

LOS LÍMITES A LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL PARA FINES EDUCATIVOS EN INTERNET

por Prof. Dra. Raquel XALABARDER
Estudios de Derecho y Ciencia Política
Universidad Oberta de Catalunya - UOC

RESUMEN:

La educación es un derecho fundamental reconocido en el art. 27 de la Constitución Española. Como tal, no es de extrañar que los fines educativos queden contemplados en el sistema de límites que la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI) establece a los derechos exclusivos del autor. Sin embargo, no deja de extrañar que lejos de recibir el trato coherente y uniforme que merecen, los fines educativos queden recogidos de forma dispersa e incompleta en diferentes artículos del TRLPI. En este estudio se analiza el trato que los fines educativos reciben a nivel internacional y europeo (en concreto, en el Convenio de Berna, la Directiva sobre derechos de autor en la sociedad de la información y en las leyes nacionales de los países de la Unión Europea) y los contrasta con su regulación en la legislación española. En especial, se examina la predisposición de estos límites para dar cobertura a la enseñanza «a distancia» que tiene lugar en contextos digitales (en Internet y a través de claves de acceso restringido); adjetivos que pronto dejarán de tener significado alguno para distinguirla de la enseñanza que se desarrolla en un mismo espacio y tiempo.

PALABRAS CLAVE: Límites. Excepciones. Fines educativos. Ilustración de la enseñanza. Cita. Regla de los Tres Pasos. *Three-Step Test*.

SUMARIO:

I. INTRODUCCION. 1. EL USO DE OBRAS PROTEGIDAS PARA FINES EDUCATIVOS EN INTERNET: ¿LÍMITE O LICENCIA? 2. LÍMITES PARA FINES EDUCATIVOS. (a) *Calificación de los actos*. (b) *Beneficiarios*. (c) *Finalidad*. (d) *Alcance y naturaleza de las obras cubiertas*. 3. ESTRUCTURA DEL ESTUDIO. II. EL CONVENIO DE BERNA. 1. LA ILUSTRACIÓN PARA LA ENSEÑANZA. 2. LA CITA. III. LA DIRECTIVA 2001/29/CE SOBRE DERECHOS DE AUTOR EN LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN. 1. FINES EDUCATIVOS. (a) *Calificación*. (b) *Alcance y tipo de obras*. (c) *Beneficiarios*. (d) *Fin perseguido*: «la ilustración con fines educativos o de investigación científica». (e) *Compensación equitativa*. 2. LOS FINES EDUCATIVOS EN DERECHO COMPARADO. (a) *Límites favorables a los usos educativos on-line*. (b) *Límites menos favorables a los usos educativos on-line*. (c) *Licencias colectivas extendidas*. (d) *Otros*

usos relacionados con la educación: representaciones escolares y compilaciones. 3. LA CITA: DDASI Y DERECHO COMPARADO. (a) *Calificación.* (b) *Beneficiarios.* (c) *Naturaleza y alcance de las obras citadas.* (d) *Fines.* (e) *Sin compensación.* (f) *La integración del CB y la DDASI: ¿límite obligatorio u opcional?* (g) *La importancia del derecho de cita para la educación.* 4. LÍMITES A FAVOR DE BIBLIOTECAS: DDASI Y DERECHO COMPARADO. (a) *El art. 5.2 (c) DDASI.* (b) *El art. 5.3 (n) DDASI.* IV. LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL ESPAÑOLA. 1. LA CITA: FINES DOCENTES O DE INVESTIGACIÓN. (a) *Inclusión en una obra propia.* (b) *Fragmentos de obras ajenas de naturaleza escrita, sonora o audiovisual, así como la de obras aisladas de carácter plástico o fotográfica figurativo.* (c) *A título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico.* (d) *Con fines docentes o de investigación.* (e) *En la medida justificada por el fin de esa incorporación.* (f) *Con o sin ánimo de lucro y sin compensación equitativa a los titulares.* 2. LAS BASES DE DATOS: FINES DE ILUSTRACIÓN DE LA ENSEÑANZA. 3. EL NUEVO LÍMITE: LA ILUSTRACIÓN DE ACTIVIDADES EDUCATIVAS EN LAS AULAS. (a) *Tramitación parlamentaria.* (b) *Calificación de los actos.* (c) *Alcance y naturaleza de las obras.* (d) *Beneficiarios: profesorado de la educación reglada.* (e) *Fines: ilustración de las actividades educativas en las aulas.* (f) *Sin compensación.* (g) *En resumen.* 4. ¿EN QUÉ QUEDAN LOS FINES EDUCATIVOS EN EL TRLPI? 5. LÍMITES, MEDIDAS TECNOLÓGICAS Y CONTRATOS ON-LINE. V. LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LOS LÍMITES. LA «REGLA DE LOS TRES PASOS». 1. LA «REGLA DE LOS TRES PASOS» EN EL CONVENIO DE BERNA. 2. LA «REGLA DE LOS TRES PASOS» MÁS ALLÁ DEL CONVENIO DE BERNA. (a) *De acuerdo con el art. 10 (1) WCT.* (b) *De acuerdo con el art. 13 ADPIC.* 3. LA «REGLA DE LOS TRES PASOS» EN LA UNIÓN EUROPEA. 4. LA «REGLA DE LOS TRES PASOS» EN EL TRLPI. 5. EXAMEN DE LOS TRES PASOS. (a) *Determinados casos especiales.* (b) *Que no atenten contra la explotación normal de la obra.* (c) *Ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos.* 6. ¿CÓMO PUEDE AYUDAR LA «REGLA DE LOS TRES PASOS» A DISEÑAR UN LÍMITE PARA FINES EDUCATIVOS? UNA PROPUESTA PARA EL LEGISLADOR. VI. CONCLUSIÓN. ANEXOS. 1. LEGISLACIÓN EXTRANJERA CONSULTADA. 2. CUADROS COMPARATIVOS.

TITLE:

COPYRIGHT LIMITATIONS FOR ON-LINE TEACHING PURPOSES.

ABSTRACT:

Education is a fundamental right recognized in art. 27 of the Spanish Constitution. As such, it is not surprising that teaching purposes are included within the system of limitations to the exclusive rights granted by the Spanish Intellectual Property Law (TRLPI). Nevertheless, what is surprising is that instead

of receiving a coherent and uniform treatment, teaching purposes are dispersed and incompletely addressed by the TRLPI. This study analyzes how teaching purposes are envisioned in international and European instruments (i.e., the Berne Convention, the EUCD (or *InfoSoc* Directive) and the national laws of EU members) and compares them all to the Spanish solutions. In special, it examines whether these limitations are adequate to exempt teaching uses conducted on-line (through the Internet and access-restricted networks). Soon, no adjectives will be needed to distinguish 'distance' education from the one that takes place within a same space and time frame.

KEY WORDS: Limitations. Exceptions. Teaching purposes. Illustration for teaching. Quotation. *Three-Step Test*.

CONTENTS: I. INTRODUCTION. 1. The use of protected works for teaching purposes on-line: limitation or license? 2. Limitations for teaching purposes. (a) Qualification of acts (b) Beneficiaries. (c) Purposes (d) Scope and nature of covered works. 3. Structure of the article. II. THE BERNE CONVENTION. 1. Illustration for teaching. 2. Quotations. III. DIRECTIVE 2001/29/EC ON COPYRIGHT AND RELATED RIGHTS IN THE INFORMATION SOCIETY. 1. TEACHING PURPOSES. (a) Qualification. (b) Scope and kind of works. (c) Beneficiaries. (d) Purposes: «illustration for teaching or scientific research». (e) Fair compensation. 2. TEACHING PURPOSES IN THE E.U. MEMBER STATES. (a) Limitations in favor of on-line teaching uses. (b) Limitations less in favor of on-line teaching uses. (c) Extended collective licenses. (d) Other uses related to education: school performances and compilations. 3. QUOTATION: EUCD AND EU MEMBER STATES LAW. (a) Qualification. (b) Beneficiaries. (c) Nature and Scope of quoted works. (d) Purposes. (e) No compensation. (f) How to integrate the BC and the EUCD: compulsory or optional limitation. (g) The importance of quotations in terms of education. 4. LIMITATIONS IN FAVOR OF LIBRARIES: EUCD AND COMPARATIVE LAW. (a) Art. 5.2 (c) EUCD. (b) Art. 5.3 (n) EUCD. IV. THE SPANISH INTELLECTUAL PROPERTY LAW (TRLPI). 1. QUOTATIONS: TEACHING PURPOSES OR RESEARCH. (a) To include in one's work. (b) Fragments of somebody else's written, sound or audiovisual works, and isolated graphic or photographic works. (c) As a quotation or to analyze, comment or criticize. (d) For purposes of teaching or research. (e) To the extent justified for the purpose of the inclusion. (f) With or without commercial purposes; no fair compensation. 2. DATA BASES: FOR PURPOSES OF ILLUSTRATION FOR TEACHING. 3. THE NEW LIMITATION: ILLUSTRATION OF TEACHING ACTIVITIES IN THE CLASSROOMS. (a) Parliamentary works. (b) Qualification of the acts. (c) Scope and nature of works. (d)

Beneficiaries: teachers of official education. (e) Purposes: illustration of teaching activities in the classrooms. (f) No fair compensation. (g) Summary. 4. WHAT IS THE SCOPE OF TEACHING PURPOSES IN THE TRLPI? 5. LIMITATIONS, TECHNOLOGICAL MEASURES AND ON-LINE CONTRACTS. V. THE INTERPRETATION AND APPLICATION OF LIMITATIONS. THE «THREE-STEP TEST». 1. THE «THREE-STEP TEST» IN THE BERNE CONVENTION. 2. THE «THREE-STEP TEST» BEYOND THE BERNE CONVENTION. (a) According to art. 10 (1) WCT. (b) According to art. 13 TRIPS. 3. THE «THREE-STEP TEST» IN THE EUROPEAN UNION. 4. THE «THREE-STEP TEST» IN THE TRLPI. 5. EXAM OF THE THREE «STEPS». (a) Certain special cases. (b) Which do not conflict with the normal exploitation of the work. (c) Do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the right holder. 6. HOW CAN THE «THREE-STEP TEST» HELP DESIGN A LIMITATION FOR TEACHING PURPOSES? A PROPOSAL FOR THE LEGISLATOR. VI. CONCLUSION. ANNEXES. 1. FOREIGN LEGISLATION CONSULTED. 2. COMPARATIVE CHARTS.

I. INTRODUCCIÓN

La utilización masiva de tecnologías digitales como parte de la actividad educativa, es ya una realidad. La tecnología digital está ya integrada en la mayoría de escuelas, institutos y universidades, y los programas académicos recogen ya desde temprana edad la instrucción en el uso de ordenadores y programas digitales. Además, Internet (y en general, las redes digitales de telecomunicación) han supuesto un auténtico revulsivo para la enseñanza a distancia, propiciando también el desarrollo de nuevas modalidades pedagógicas de enseñanza, derivadas directamente de la tecnología digital. Tecnología y metodología se funden en un único objetivo común: el aprendizaje. En un futuro no muy lejano es previsible que el adjetivo «a distancia» en relación con la educación pierda todo significado, siendo imposible distinguirla de la que ahora llamamos «presencial»¹. Las tarimas, pizarras, pupitres y paredes de la clase tradicional dejan paso (aún sin desaparecer) a otros medios y metodologías pedagógicas basados en la tecnología digital para transmitir y generar conocimiento.

A diferencia de la enseñanza presencial y de la enseñanza a distancia mediante radiodifusión, la enseñanza «virtual»² no tiene lugar en un espacio y tiempo determinado, sino de forma asincrónica y ubicua, en el lugar y momento que cada estudiante y profesor elija. El valor social e interés público de la activi-

¹ Además, en el Proceso de convergencia del Espacio Europeo de Enseñanza Superior (EEES) se prevé que los estudiantes participen de manera más «constructiva» en el proceso de aprendizaje; <http://europa.eu/scadplus/leg/es/cha/c11088.htm>. Y de hecho, los nuevos planes de estudio diseñados en este marco ya prevén la disminución de «horas de clase» a favor de horas de trabajo del estudiante que no necesariamente se realizarán en las instalaciones de la Universidad.

² Utilizaremos esta expresión para referirnos a la enseñanza que tiene lugar a través de tecnología digital de todo tipo, mediante ordenadores conectados a Internet.

dad educativa (de la formación) es el mismo con independencia del medio y de la tecnología utilizada. Sin embargo, sus efectos legales y económicos, especialmente en el ámbito de la propiedad intelectual que ahora nos ocupa, pueden ser bien distintos. Como ocurre con frecuencia, la ley va un paso por detrás de la tecnología. La mayoría de leyes de propiedad intelectual actuales están pensadas para la enseñanza «presencial» tradicional y no dan todavía una respuesta aceptable a las necesidades de esta nueva actividad educativa. Ello se hace notar especialmente en dos ámbitos concretos³:

- la **titularidad** (y subsiguiente explotación) de las obras creadas por profesores⁴ (grabación de lecciones impartidas oralmente, redacción de material docente, selección de lecturas, elaboración de ejercicios, comentarios, debates, etc) y por los propios estudiantes (ejercicios, exámenes, comentarios, debates, etc);⁵
- el **uso de obras pre-existentes** como parte de la instrucción (ya sea mediante su transmisión o su puesta a disposición, por ejemplo en un web o espacio de disco compartido).

La mayoría de países disponen de reglas tipo «*work made for hire*» o presunciones de cesión similares⁶ que permitirían (en mayor o menor medida) otorgar a la universidad —normalmente, en defecto de pacto en contra— la titularidad inicial o, cuanto menos, derivada de los derechos de explotación sobre las obras creadas por su cuerpo docente: tanto la producción docente de todo tipo (lecciones y materiales docentes, manuales, ejercicios, exámenes, etc.),

³ En general, véase el estudio realizado por el Berkman Center de la Universidad de Harvard, *The Digital Learning Challenge: Obstacles to Educational Uses of Copyrighted Material in the Digital Age* (2006), en <http://cyber.law.harvard.edu/media/files/copyrightandeducation.html>. Es también de interés (recoge prácticas de licencia y de tecnología utilizada en aquel momento) el informe que realizó la Copyright Office de los Estados Unidos de América, *USCO Report on Copyright and Digital Distance Education* (1999) http://lcweb.loc.gov/copyright/docs/de_rprt.pdf [en adelante, USCO Report on CDDE].

⁴ Sobre este tema, vid. Gregory Kent Laughlin, *Who Owns the Copyright to Faculty-Created Web Sites?: The Work-For-Hire Doctrine's Applicability to Internet Resources Created for Distance Learning and Traditional Classroom Courses*, 41 B.C. L. REV. 549 (2000); Michele J. Le Moal-Gray, *Distance Education and Intellectual Property: The Realities of Copyright and the Culture of Higher Education*, 16 TOURO L. REV. 981 (2000); y Kenneth D. Crews, Jacque Ramos, *Comparative Analysis of International Copyright: Law Applicable to University Scholarship* (2004) en <http://www.surf.nl/copyright>.

⁵ Aunque de normal se piensa en el profesorado como autor del material docente, la tecnología digital fomenta la creación docente por parte de los propios estudiantes, pasando de la educación «dirigida» (de profesor a estudiante) a la educación «compartida» (o aprendizaje colectivo) en el que todos los estudiantes son posibles coautores del «material docente». En este sentido, ver los trabajos de Graham Atwell en <http://www.pontydysgu.org>, y, en general, las consideraciones del Seminario de la Cátedra UNESCO de e-learning de la UOC «Web 2.0 y educación» (Octubre 2007) en <http://www.uoc.edu/symposia/internationalseminar07/presentation.html>

⁶ Por ejemplo, en España, la presunción de cesión a favor del empresario de los derechos de explotación sobre la obra creada en virtud de una relación laboral prevista en el art. 51 TRLPI. Esta presunción de cesión se entiende aplicable también a los funcionarios públicos, por cuanto la relación funcional responde a los mismos elementos que la relación laboral contemplada en la presunción: creación no espontánea sino siguiendo instrucciones o deberes asignados por el em-

como también, posiblemente, la producción científica (artículos doctrinales, resultados de investigación, etc.)⁷ Y a pesar de ello, tradicionalmente, las universidades no han mostrado demasiado interés en este tema, dejando en manos de sus respectivos autores (asalariados o funcionarios) el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual sobre tales producciones (con excepción de las patentes resultantes de proyectos de investigación y desarrollo). Quizás porque de esta manera se ofrecía un incentivo económico para el profesorado (incentivo muy importante en los países donde el profesorado no está especialmente bien remunerado); quizás porque el valor económico de estas obras no era demasiado alto (salvo con excepciones de algunos manuales universitarios recomendados por el propio profesor a sus estudiantes); o quizás simplemente porque universidades y centros educativos no se dedican a la «explotación» de la propiedad intelectual sino más bien a la generación de la misma (i.e., la universidad como centro de conocimiento, no como actividad editorial).

Ahora, la tecnología digital ofrece nuevas oportunidades de ingresos económicos derivados de la explotación de la propiedad intelectual generada en el seno de universidades y centros educativos, y de ampliación del mercado potencial de estudiantes. Sin embargo, para ello se requiere una mayor inversión económica que la realizada hasta ahora, y universidades y centros docentes empiezan a diseñar políticas de propiedad intelectual que estructuren la explotación de la diversidad de obras creadas en su seno.

Aún tratándose de un tema muy interesante, no es éste el objeto del presente estudio, sino el segundo ámbito apuntado: el uso de obras preexistentes ajenas (i.e., creadas por «otros» autores, ajenos a la actividad educativa que las utiliza).

Nadie espera que sean los propios profesores quienes creen todo el material (obras o no) que va a ser utilizado en la enseñanza virtual, de la misma manera que nadie espera que cada profesor redacte su propio manual en la enseñanza presencial. La gran mayoría de actividades educativas (presenciales o virtuales) se nutren precisamente del uso de obras preexistentes (para su comentario, análisis, estudio, etc); de hecho, lo contrario supondría un claro empobrecimiento de la educación. En la medida que tales obras estén protegidas por la legislación de propiedad intelectual, y a no ser que sea de aplicación alguno de los límites legalmente previstos para fines educativos, su uso quedará sujeto a la autorización (licencia) del titular respectivo.

pleador, relación de subordinación del autor y enajenación del resultado de su labor creativa a favor del empresario o Administración; Ver, por todos, J.M. Rodríguez Tapia, *Comentario al art. 51, Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (R. Bercovitz coord.), Ed. Tecnos, 3d ed. (2007) p. 840. En cambio, la misma presunción no sería de aplicación para la producción intelectual de profesores «contratados» (que no sean funcionarios ni tengan relación laboral con la universidad), quedando sujeta, en tales casos, la atribución de los derechos de explotación sobre las obras resultantes, a lo que disponga el contrato correspondiente.

⁷ Siguiendo con el ejemplo español, antes cabría matizar en cada caso cuál es la «actividad habitual» de la universidad o centro docente, en el momento de la creación de la obra; es decir, ¿sólo la impartición de la docencia o también la edición (explotación) de manuales o incluso la actividad de investigación?

1. EL USO DE OBRAS PROTEGIDAS PARA FINES EDUCATIVOS EN INTERNET:
¿LÍMITE O LICENCIA?

Los fines educativos siempre han sido mencionados, y con frecuencia, en primer lugar, como ejemplo de interés público que justifica un límite (o excepción) a los derechos exclusivos del autor. Los fines de enseñanza ya estaban presentes en la primera versión del Convenio de Berna de 1886⁸ y han permanecido ahí desde entonces, aunque con alguna revisión de su lenguaje. El Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor en Internet (WCT) de 1996⁹ también hace referencia expresa a la educación en su preámbulo: «Reconociendo la necesidad de mantener un equilibrio entre los derechos de los autores y los intereses del público en general, en particular en *la educación, la investigación y el acceso a la información*, como se refleja en el Convenio de Berna». Y más recientemente, la Directiva europea 2001/29/CE sobre Derecho de Autor en la Sociedad de la Información (DDASI)¹⁰ refuerza como uno de sus objetivos el de «fomentar el aprendizaje y la cultura mediante la protección de las obras y prestaciones, permitiendo al mismo tiempo excepciones o limitaciones en interés general *para fines educativos y docentes*» (Cons. 14).

Y a pesar de ello, las finalidades educativas no reciben un trato uniforme, ni siquiera completo, en las leyes nacionales de propiedad intelectual. Como veremos en este estudio, el alcance y las condiciones previstas para los límites para fines educativos varían, a veces de forma substancial, entre las leyes nacionales. Estas diferencias, agravadas por la territorialidad de tales leyes y por el todavía no resuelto tema de la ley aplicable (especialmente importante cuando los estudiantes que acceden al material educativo pueden estar en cualquier país del mundo) pueden convertirse en un grave obstáculo para el desarrollo de la educación virtual en un marco legal: ¿qué ley deberemos tener en cuenta para establecer si el uso educativo está o no amparado por un límite, o si necesitamos la debida licencia y para qué territorios?

Lo cual nos lleva a las licencias. Las dificultades para la obtención de licencias para fines educativos son básicamente de carácter práctico: la localización del titular,¹¹ la obtención de respuestas a tiempo, la sujeción a precio o condiciones irrazonables¹² y, la peor pesadilla, la prohibición de

⁸ Vid. Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas de 9 Sept. 1886 [en adelante, CB].

⁹ Vid. Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, de 20 Dic. 1996 [en adelante, WCT]. Una disposición paralela se encuentra en el Preámbulo del Tratado OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, de 20 Dic. 1996 [en adelante, WPPT].

¹⁰ Vid. Directiva 2001/29/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 Mayo 2001, sobre la armonización de determinados aspectos del derecho de autor y derechos vecinos en la sociedad de la información, 2001 DOCE L-167/10 (22.06.2001) [en adelante, DDASI].

¹¹ A ello debe añadirse la dificultad para identificar quien retiene la titularidad de tales derechos sobre la publicación concreta: el autor o el editor o productor.

¹² Sirva a título de ejemplo, el siguiente: la UOC solicitó a una editorial autorización para escanear y colgar en el web de una asignatura optativa, 3 artículos (que sumaban un total de 96 páginas) de 3 autores diferentes (todos ellos extranjeros), publicados en español en 3 ediciones (compila-

uso.¹³ La mayoría de estos problemas se deben al miedo y a la reticencia de editoriales, productores y titulares, en general, frente a una modalidad de explotación que les es todavía desconocida. Por su parte, las entidades de gestión correspondientes no siempre pueden ser de ayuda, ya que en muchos casos no han obtenido (todavía) de sus socios el encargo de gestión de los correspondientes derechos de explotación digital de las obras en su repertorio.¹⁴

Llegados a este punto es cuando uno se pregunta por qué aparece éste como un nuevo problema, cuando el uso de material preexistente en actividades educativas ha sido siempre una realidad. La respuesta no requiere demasiada imaginación: en la enseñanza presencial, el uso de las obras está «auto-contenido» en un espacio físico y temporal concreto (el de la clase) y no tiene demasiada repercusión económica en el mercado de la obra (ya sea porque la comunicación pública realizada de la obra nace y muere en tal momento y lugar, o porque las copias —manuscritas o fotocopias— utilizadas son de baja calidad). Más aún, cabría pensar que la mayoría de usos educativos realizados podrían directamente verse exonerados del régimen de propiedad intelectual por la doctrina del *de minimis lex non curat*. Quizás por este motivo, ni legisladores ni autores (y titulares) se preocuparon en demasía¹⁵ por si alguno de los usos educativos que tenían lugar en el contexto de una clase presencial podía o no ocurrirse entre las «costuras» de la excepción educativa.

En el mundo digital, ya no es así. En primer lugar, porque las redefiniciones de los derechos exclusivos de reproducción y puesta a disposición del público¹⁶ hacen virtualmente imposible utilizar una obra en un contexto digital sin afectar a los de-

ciones) distintas de 2001, 2002 y 2003; la asignatura estaba bi-semestralizada (sólo se ofrecía un semestre por curso académico), con un promedio de 15 estudiantes matriculados por semestre. La editorial autorizó el uso con sujeción a los siguientes precios: 1772 euros, 927 euros y 1209 euros, durante 2 años (i.e., 2 semestres). Es decir, una media de 130 euros por estudiante cada semestre!

¹³ Aunque no siempre nos guste recordarlo, la exclusividad del derecho de autor permite, en principio, la prohibición del uso de la obra, con o sin motivo justificado, y la discriminación (incluso caprichosa) entre usuarios. Cuestión distinta es si posteriormente, la doctrina del abuso de derecho (art. 7.2 CC) puede servir para impedir o corregir abusos concretos en el ejercicio del derecho de autor. Pero incluso siendo así, ello exige acudir a los tribunales, con el consiguiente retraso e inversión económica que ello comporta.

¹⁴ En este sentido, la *licencia de usos digitales* que CEDRO ofrece en la actualidad a Universidades y demás centros docentes cubre de forma anual la reproducción (escaneado) y puesta a disposición de la obra a través de intranet, su visualización en pantalla y la impresión de una copia por parte de los estudiantes registrados al curso, con sujeción a unas tarifas generales en función del número de alumnos matriculados (por ejemplo, 5 euros por alumno por año lectivo). Para la completa efectividad de esta licencia, es necesario que todos sus asociados (autores y editores) hayan encomendado a CEDRO la gestión de los derechos de explotación digital. En este sentido, es de alabar el esfuerzo que esta entidad de gestión está realizando. Vid. <http://www.cedro.org>. De forma similar, vid. la licencia para fines educativos digitales que otorga el *Centre Français d'exploitation du droit de Copie* (CFC): http://www.cfcopies.com/V2/cop/cop_ens_num_home.php

¹⁵ De hecho, como admite el USCO Report on CDDE, los usos como parte de la instrucción (en la clase, propiamente) son los licenciados con menos frecuencia. Vid. USCO Report on CDDE, *supra*, p. 35.

¹⁶ No olvidemos que tanto el WCT (arts.6 y 8) como el WPPT (arts.10 y 14) permiten a los Estados miembros determinar si el derecho de puesta a disposición del público en Internet va a configu-

rechos exclusivos del autor. En otras palabras, en el contexto digital no caben usos *de minimis*, todo uso es acto de explotación. En segundo lugar, porque el reciente refuerzo (algunos prefieren hablar de «expansión») de los derechos exclusivos del autor (véase ADPIC, WCT/WPPT) no se ha visto contrarrestado con un refuerzo paralelo de las excepciones y límites aplicables a tales derechos exclusivos. Un claro ejemplo de ello es el lamentable art. 6.4 DDASI que rebaja la efectividad de los límites, que ceden frente a la potestad del titular de establecer medidas tecnológicas de protección sobre las obras. Y en tercer lugar, porque a resultas de lo previsto en el párrafo 4.º de este mismo art. 6.4 DDASI, a medida que el acceso a más y más obras se obtenga a través de servicios *on-line*, las condiciones contractuales de la licencia junto con el uso de DRMs puede acabar reduciendo de forma drástica la cantidad (y calidad) de las obras que pueden ser utilizadas libremente (no necesariamente de forma gratuita) para fines educativos.

Aunque sea difícil de predecir cuándo,¹⁷ es de esperar que el desarrollo de las medidas digitales de protección¹⁸ y de gestión de derechos facilite la creación de sistemas digitales de licencia. Sin embargo, que la licencia sea más fácil no siempre se traduce en una mayor autorización de los usos educativos (al fin y al cabo, el titular puede prohibirlos), ni tampoco significa que debamos prescindir del sistema legal de límites a los derechos exclusivos. Con independencia de la terminología utilizada para referirnos a ellos, los límites (o excepciones o exenciones) son una pieza fundamental del régimen de propiedad intelectual; y no una simple respuesta a las dificultades o deficiencias que puedan existir en el mercado o en los sistemas de licencia. En tanto vienen justificados por derechos y libertades fundamentales, que rivalizan en importancia con la protección de la propiedad intelectual, los límites son instrumentos estructurales de este régimen, tan o más importantes que los derechos exclusivos que la ley confiere al autor.¹⁹

De ahí, la importancia de los límites para fines educativos.

2. LÍMITES PARA FINES EDUCATIVOS

¿En qué consisten los «usos educativos»? A la vista de la heterogeneidad de sistemas, tradiciones, materias y formatos educativos, sería imposible definir qué actos pueden ser calificados como educativos y cuales no. A nuestro entender, la educación —como valor y derecho fundamental en nuestras sociedades— justifica un concepto amplio de tales usos, que cubra desde la preparación de

rarse como parte del derecho de distribución (e.g., como sucede en los Estados Unidos) del de comunicación pública (e.g. como sucede en la Unión Europea).

¹⁷ Vid. USCO Report on CDDE, *supra*, p.47.

¹⁸ Por ejemplo, el formato *streaming* (que impide la realización de copias estables), la encriptación (que impide el acceso no autorizado), o el *watermarking* (que permite rastrear y encontrar copias ilícitas en Internet).

¹⁹ De hecho, a pesar de referirnos a ellos bajo el denominador común del «interés público», la mayoría de límites a los derechos de autor se justifican por la protección de derechos y libertades fundamentales, tales como la libertad de expresión, el derecho de acceso a la educación y a la cultura, la libertad de información, etc.

la docencia (por parte del profesor) hasta la impartición (instrucción) de la misma y el uso por parte del estudiante, todo ello como parte del «proceso de aprendizaje». Es decir, el uso de todo tipo de obras, ya sean lecturas, imágenes, obras audiovisuales o musicales, etc. para su análisis, comentario o debate; o formando parte de los ejercicios de aprendizaje;²⁰ como lecturas o demás obras seleccionadas como material de estudio obligatorio²¹ o como material «complementario» (o de apoyo) a la docencia; o integrados en exámenes y/o actividades de evaluación del aprendizaje.

Hasta ahora nos hemos referido genéricamente a límites «para fines educativos» pero en realidad el interés público de la educación puede concretarse en **límites diversos**, y de distinta naturaleza, que variarán en función de la ley que se tenga en cuenta. En concreto, existen límites previstos específicamente para «fines educativos» o para la «ilustración de la enseñanza». Pero también existen otros límites que son fundamentales para la actividad educativa (virtual y presencial): la cita (límite que se convierte en fundamental cuando el anterior no cubre los usos digitales o cuando no viene contemplado en la ley); los límites previstos a favor de bibliotecas (que en muchos casos hacen referencia expresa a los fines docentes y de investigación); y los límites previstos para el uso privado (o copia privada) que permitirían cubrir (de ser necesario) el uso por parte de los estudiantes en el contexto de la misma actividad educativa.

- *Límites para fines educativos*: La mayoría de leyes nacionales disponen de un límite específicamente diseñado para las finalidades docentes, tal como hace el CB (art. 10.2) y la DDASI (art. 5.3(a)), con un alcance suficientemente amplio para dar cobertura a la enseñanza a distancia virtual. No es así en todos los casos; el art. 32.2 TRLPI es un buen ejemplo de límite educativo excesivamente reducido para cubrir la enseñanza virtual.
- *Cita*: El llamado «derecho de cita» viene contemplado tanto en el CB (art. 10(1)) como en la DDASI (art. 5.3(d)) y en prácticamente todas las leyes nacionales. Este límite cubre normalmente la reproducción de parte de una obra para fines de crítica, análisis o comentario, pero también —como es el caso de España— con fines docentes o de investigación. Este límite es especialmente importante cuando no existe un límite propio para fines educativos o, simplemente, para complementarlo (ya que muchos de los usos que se realizan como parte de la actividad educativa son propiamente citas de obras ajenas).

²⁰ Por ejemplo, en la enseñanza de idiomas, los dictados (comunicación pública y reproducción) de textos literarios, la reproducción de la letra de una canción suprimiendo algunas palabras que deberán ser identificadas y completadas por el estudiante mediante la audición (comunicación pública) de la misma.

²¹ Aunque por regla general, los materiales de estudio (propiamente) son objeto de una actividad editorial independiente de la actividad docente en sí y son adquiridos mediante ejemplares por cada estudiante (manuales escolares, tratados universitarios, etc.), ello no significa que siempre sean suficientes para la actividad educativa. En casos concretos, el profesor puede añadir a la docencia nuevos aspectos o materiales que comporten el uso de obras ajenas (o propias).

- *Límites a favor de bibliotecas:* Algunas leyes nacionales contienen límites específicos a favor de bibliotecas, archivos y museos.²² Por norma general, estos límites se reducen a fines de conservación, de estudio y/o de investigación (por ejemplo, art. 37.1 TRLPI), o incluso de préstamo interbibliotecario,²³ pero raramente incluyen los fines docentes. Queda fuera del alcance de este estudio, analizar el impacto de estos límites en la prestación de servicios bibliotecarios «virtuales» (*on-line*).²⁴ Sin embargo, es imprescindible considerar el impacto que puedan tener en relación con la actividad docente; al fin y al cabo, las bibliotecas han jugado siempre un papel fundamental en la obtención (por parte de profesores y estudiantes) de los materiales que formarán parte de la instrucción y del proceso de aprendizaje. Si estos límites a favor de bibliotecas dieran cobertura a la obtención (reproducción y comunicación pública) del material que será utilizado para fines educativos, se «cerraría el círculo,» evitando tener que recurrir a la ficción jurídica de que el profesor las obtiene (de la biblioteca) para fines de investigación.
- *Uso privado:* Finalmente, los límites previstos para el uso privado (o copia privada) también puede tener relevancia en los usos educativos. De hecho, en algunos países este límite queda sujeto (o se refiere expresamente) a fines como la investigación o el estudio.²⁵ En cualquier caso, este límite es especialmente importante para completar los usos educativos virtuales, cuando el límite educativo no cubra la copia final que realiza el estudiante de la obra utilizada como parte de la instrucción.

²² Algunas de forma muy detallada; e.g., UKCA §§ 37-44, The Copyright (Librarians and Archivists) (Copying of Copyright Material) Regulations 1989 (N.º1212 of 14 July 1989). Vid. G.P. Cornish, *The New United Kingdom Copyright Act and Its Implications for Libraries and Archives*, 83 *Law Library Journal* 51 (1991).

²³ Como es, e.g., el caso de Grecia (art. 22) y Hungría (art. 40).

²⁴ Por ejemplo, si los usuarios pueden obtener copias digitales en virtud de los límites establecidos a favor de bibliotecas; si es posible realizar copias digitales para fines de conservación o para mejorar los servicios bibliotecarios de préstamo público pero también el préstamo interbibliotecario, etc. Sobre este tema, vid. L. Gasaway, *Values Conflict in the Digital Environment: Librarians Versus Copyright Holders*, 24 *Columbia -VLA Journal of Law & the Arts* 115 (2000).

²⁵ Los límites para uso privado pueden distinguirse de dos maneras: por un lado, los que sólo permiten la copia (reproducción), frente a los que se refieren en general al «uso»; y por otro, los que se refieren a fines «privados» o «personales,» frente a los que hablan de fines específicos como el estudio o la investigación. La combinación de estos dos factores da como resultado un abanico variado de posibilidades que permiten:

- cualquier uso para fines privados, entre ellos el estudio (Suiza art. 19.1a, Liechtenstein art. 22.1a, Polonia art. 23), mientras que los países anglosajones se refieren al «*fair dealing*» (lo cual en teoría admitiría actos más allá de la copia) pero sólo para fines de investigación o estudio privado (UK sec.29.1, Irlanda sec.20.1);
- o solamente la copia (reproducción) para usos privados o personales (Austria art. 42.1, Alemania art. 53.1, Italia art. 68, Finlandia sec.12, Suecia sec.12, República Checa art. 25, Estonia sec.18); algunos excluyendo además expresamente el «uso colectivo» (Alemania art. 53.6, Francia art. L122-5(2), Portugal art. 81, Holanda art. 16b.1) y/o los fines comerciales (Dinamarca sec.12, Noruega sec.12) o lucrativos (España art. 31.2, Bulgaria art. 25.1, Lituania art. 20, Hungría art. 35, Malta art. 9.1c, Eslovaquia sec.24.1, Eslovenia art. 50).

Por norma general, el límite de copia/uso privado queda sujeto a la compensación de los titulares. No es así en el Reino Unido, Irlanda, Suiza, Liechtenstein, Hungría, Estonia, Eslovaquia, Eslovenia (Lituania sólo la establece a favor de obras audiovisuales y musicales).

Para ordenar el análisis de cada uno de estos límites tendremos en cuenta los siguientes aspectos:

(a) *Calificación de los actos*

En todo uso con finalidad educativa en Internet se pueden distinguir 3 actos distintos:

- la carga (*upload*) de una copia digital de la obra en el servidor, (lo cual normalmente implica su previa digitalización —cuando la obra está disponible en formato impreso);
- el acceso a la obra por parte de los estudiantes, para lo cual serán necesarias múltiples reproducciones y transmisiones que hagan posible que la visualización o audición de la obra en el ordenador del receptor (copias temporales, copias *proxy* y *caché*, y copias RAM);
- y, posiblemente, la descarga (*download*) de la obra por parte del receptor (estudiante) en un formato estable (disco duro, soporte externo, impresión, etc).

En términos jurídicos, estos actos pueden traducirse en actos de explotación diferentes (de reproducción,²⁶ puesta a disposición del público, comunicación pública) que a su vez pueden quedar o no sujetos a diferentes límites. Dependiendo del lenguaje concreto utilizado en cada ley nacional y de la interpretación de sus límites, una actividad educativa virtual puede o no exigir licencia del titular. Por ejemplo, suponiendo que el límite cubra el derecho de reproducción, será necesario establecer si la modalidad digital queda incluida o no, y cuántas copias pueden realizarse, y si alcanza sólo la primera reproducción (carga) y las reproducciones de transmisión, o también las descargas por parte de los estudiantes.²⁷ Igualmente, cuando el límite permita la distribución y/o la comunicación pública de la obra, deberemos determinar si también lo es en formato digital y con qué alcance, etc.

(b) *Beneficiarios*

La identificación del beneficiario del límite puede realizarse a un doble nivel: personal (individual) e institucional. ¿Qué entidades educativas pueden beneficiarse del límite legalmente previsto? Como veremos, algunas leyes naciona-

²⁶ El uso digital de obras siempre comportará una reproducción. La mera transmisión de una obra en Internet comporta diferentes actos de reproducción: digitalización (si cabe), carga al servidor, reproducciones técnicas que hacen posible la transmisión digital, visionado en la pantalla o audición por parte del receptor, y si es el caso, copia estable (descarga y/o impresión).

²⁷ O sí, alternativamente, éstas pueden quedar cubiertas por el límite de uso privado (copia privada).

les se refieren estrictamente a un tipo de institución concreto (escuela, universidad, entidad sin ánimo de lucro, etc), mientras que otras discriminan entre ellas en función de la naturaleza lucrativa o no lucrativa de la misma o incluso del tipo de «actividad educativa» que lleven a cabo. Ambas condiciones son difíciles de separar en el marco de la enseñanza virtual, la cual «se ofrece tanto por entidades sin ánimo de lucro como con ánimo de lucro, con finalidad comercial o no, y mediante variedad de sociedades,»²⁸ desde instituciones públicas hasta fundaciones sin ánimo de lucro o empresas privadas.

A nivel individual, deberemos identificar si sólo los profesores son beneficiarios del límite o también los estudiantes. Es decir, si el uso educativo o la cita pueden realizarse por unos u otros y, en general, examinar como pueden estos usos educativos ser complementados por el límite de copia/uso privado.

(c) *Finalidad*

Normalmente, los límites se refieren a conceptos vagos como «ilustración para la enseñanza» o «fines educativos» cuya interpretación no viene detallada en la propia ley. Con frecuencia, se utilizan conceptos como aulas, recinto escolar, publicación docente, etc. que hacen pensar en las actividades educativas que tienen lugar en el mundo físico y, en consecuencia, pueden dificultar e incluso impedir su aplicación al contexto digital.

La asincronía de la mayoría de actividades educativas en Internet complica todavía más el panorama, ya que si bien el espacio físico puede «simularse» mediante *interfaces* y sistemas de claves de acceso, la falta de constricciones temporales hace que el uso (o la simple cita) de una obra con fines educativos se aproxime «peligrosamente» a una compilación. En la enseñanza virtual es difícil distinguir entre uso docente y compilación, ya que el material utilizado como parte de la instrucción permanece disponible como si se tratara de una compilación de materiales (y con independencia de si ello se debe a la planificación del profesor o a la improvisación —de éste o de los estudiantes— a lo largo del curso).

(d) *Alcance y naturaleza de las obras cubiertas*

Finalmente, es necesario tener presente que los diversos límites pueden establecer condiciones o restricciones específicas en cuanto al tipo de obra (artística, literaria, musical, audiovisual, bases de datos, programas de ordenador, manuales escolares, etc) y al alcance (fragmentos, obras aisladas, etc.) del uso permitido.

Para la *interpretación y aplicación* de estos límites, se estará a las reglas interpretativas aplicables según el cuerpo normativo de que se trate. Normalmente se tomará en consideración no sólo el significado de sus términos y el contex-

²⁸ USCO Report on CDDE, *supra*, p. 21.

to en el que fueron redactados, sino también el objetivo para el cual fueron establecidos.²⁹ Además, por indicación del WCT (art. 10), WPPT (art. 16) ADPIC (art. 13)³⁰ y la DDASI (art. 5.5), también deberán ser tenidos en cuenta los criterios interpretativos de la llamada «Regla de los Tres Pasos», de la cual nos ocuparemos en su debido momento.

3. ESTRUCTURA DEL ESTUDIO

Este estudio expone el análisis jurídico de los límites relacionados con la actividad educativa virtual: en especial, los previstos para *finés educativos* y para la *cita*, sin olvidar el apoyo puntual que pueden ofrecer los límites previstos a favor de bibliotecas y para el uso privado.

El estudio de estos límites se realiza a un triple nivel: del CB (II), de la DDASI (III) y de la ley española (IV), haciendo referencia también —aunque sin ánimo de exhaustividad— a otras soluciones nacionales adoptadas por otros legisladores europeos.³¹ Posteriormente, se hace un breve análisis de cómo puede la interpretación de estos límites verse afectada por las normas interpretativas generales y por la «Regla de los Tres Pasos» (V), y se proponen algunas conclusiones (VI).

Antes de entrar a analizar el estado y las implicaciones de estos límites educativos previstos a nivel internacional, europeo y de España, vale la pena mencionar otras disposiciones específicas que dan cobertura a los usos para fines de enseñanza virtual en los Estados Unidos de América (*TEACH Act* de 2002),³²

²⁹ Así, por ejemplo, el art. 3.1 CC español: «Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas.» Vid. también, el art. 31.1 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969: «Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.» U. N. Doc. A/CONF.39/27 (1969).

³⁰ Vid. Acuerdo en el marco de la Organización Mundial del Comercio (OMC) sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio de 1995 [en adelante, ADPIC].

³¹ Sin intención de ofrecer un estudio de derecho comparado exhaustivo, en anexos se recogen las disposiciones nacionales que se han tenido en cuenta.

³² La *TEACH Act* de 2002 fue adoptada para trasladar al ámbito digital la excepción educativa ya prevista en la sec.110 que cubría usos en enseñanza presencial y usos mediante transmisión por radio o televisión en enseñanza a distancia. Vid. <http://www.copyright.gov/title17/>. Por este motivo, tiene un alcance muy limitado (que puede excusarse por el carácter gratuito de la excepción) y claramente insuficiente para cubrir las necesidades de la educación virtual. Por tanto, bajo la USCA siguen siendo fundamentales también para la educación a distancia: la defensa general del *fair use* de la sec.107 USCA (al tratarse de una doctrina flexible y tecnológicamente neutra basada en el análisis y valoración conjunta de todos los factores y circunstancias de cada caso individual, tales como el propósito y tipo de uso, la naturaleza de la obra utilizada, la cantidad e importancia de la porción usada, y el efecto de tal uso en el mercado potencial o en el valor de la obra) y el ampliamente extendido sistema de licencias voluntarias y remuneradas que autoriza la compilación de material para fines educativos también en formato digital [vid., entre otros, Copyright Clearance Center: <http://www.copyright.com/>]. Para más información, vid. R. Xalabarder, *Copyright and Digital Distance Education: The Use of Pre-Existing Works in Distance Education Through the Internet*, 26 (2) *Columbia Journal of Law & the Arts* 101 (Spring 2003).

Australia (*Copyright Reform Act* de 2000),³³ Canadá (sendos proyectos de ley)³⁴ e incluso China (Reglamento de 2006).³⁵

II. EL CONVENIO DE BERNA

El Convenio de Berna recoge dos límites que pueden ser de aplicación a los usos educativos digitales: la excepción de *cita* del art. 10(1) y la excepción para *finalidades educativas* del art. 10(2). No existe en el CB, ni tampoco en el WCT, ninguna excepción a favor de bibliotecas ni para uso privado, aunque la doctrina está de acuerdo en que la inclusión de tales excepciones en las leyes nacionales es compatible con ellos.³⁶

Los límites de cita y para fines docentes son de los pocos límites expresamente recogidos en el texto del CB,³⁷ lo cual demuestra su importancia; en

³³ La *Digital Agenda Amendment Act* de 2000 establece un sistema de licencias colectivas obligatorias para la reproducción y comunicación pública de todo tipo de obras (obtenidas ya en formato digital) para fines educativos (en sentido amplio, desde el uso como parte de la instrucción, hasta la compilación de listados de lecturas *e-packs* o *e-reserves*), por parte de todo tipo de instituciones educativas (centros de primaria y secundaria, universidades e instituciones asimiladas). Estas licencias se gestionan por una única entidad de gestión. La remuneración es acordada por las partes (y, en su defecto, establecida por el Copyright Tribunal) de acuerdo con diversos parámetros, tales como la naturaleza de la institución, el tipo de obra, el número de estudiantes, etc. Esta 'licencia legal' no impide la posibilidad de que autores y instituciones negocien licencias individuales. Vid. http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/caaa2000294/

³⁴ Actualmente, se está considerando un proyecto de ley de modificación de la *Copyright Act* [Bill C-61, disponible en <http://www2.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?Docid=3570473&file=4>] que propone incorporar un límite para fines educativos de estructura y contenido similar a la *TEACH Act* norte-americana. Anteriormente (2004-2005), una fallida reforma [Bill C-60, disponible en <http://www.parl.gc.ca/>], proponía un doble sistema de limitación para usos con fines educativos: una excepción amplia y no remunerada para usos digitales educativos, y una extensión *ex lege* de las licencias colectivas de reprografía (suscritas por los centros educativos) para cubrir los usos digitales. Se pretendía con ello fomentar la adopción de licencias colectivas voluntarias y, al mismo tiempo «asegurar que el ejercicio de los nuevos derechos digitales por parte de los creadores no obstaculizará en acceso a las obras para fines educativos y otras finalidades socialmente importantes.»

³⁵ Los arts.6 y 8 del Reglamento para la protección del Derecho de Comunicación a través de Redes de la Información de 18 Mayo 2006, permiten el uso de fragmentos de obras publicadas para fines educativos on-line, así como su inclusión en compilaciones digitales con la misma finalidad (quedando esta última sujeta al pago de remuneración a favor de los titulares); Vid. Hong Xue, *Copyright Exceptions for Online Distance Education*, (2008) 2 Intellectual Property Quarterly 213. También es interesante el estudio realizado por la organización Consumers International, *Copyright and Access to Knowledge* (2006), en <http://www.ciroap.org/A2k>, en el que se examinan (entre otros aspectos) los límites previstos para fines educativos en las leyes de los países asiáticos.

³⁶ Vid. Sam Ricketson, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*, London, Kluwer (1987) §9.11. Vid. Sam Ricketson, Jane C. Ginsburg, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*, Oxford, New York, Oxford University Press (2006) §13.45. Vid. también C. Masouyé, *Guide to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works* (Paris Act, 1971), OMPI (1978), §9.10

³⁷ Además de los límites de cita (y revistas de prensa) y de la educación previstos en el art. 10 CB, se recogen los siguientes: la reproducción de discursos públicos por parte de la prensa y radiodifusión (art. 2bis(2) CB), el uso de artículos de prensa por otros medios de comunicación (art. 10bis(1) CB), el uso para información de actualidad (art. 10bis(2) CB).

especial, del límite de cita, que tiene carácter imperativo. Por otra parte, los fines docentes y de investigación tienen también especial relevancia bajo el (infrautilizado) Anexo del CB³⁸ que permite a los Gobiernos de los países en vías de desarrollo sujetar —para tales fines— la traducción de obras extranjeras a una licencia legal obligatoria, durante un tiempo determinado.

Además de los límites expresamente recogidos en su articulado, el CB recoge otros dos niveles de límites: los habilitados bajo el art. 9(2) CB y la doctrina de las «reservas menores,» ambos resultantes de sendas revisiones del CB. En las revisiones de Bruselas y de Estocolmo se consideró la conveniencia de introducir una lista de límites exhaustivos a los derechos de comunicación pública y de reproducción que acababan de ser incorporados, respectivamente, al texto del CB. En ambos casos se descartó esta posibilidad:

- en Bruselas, a favor de una declaración expresa relativa a las «*reservas menores*»³⁹: los límites «menores» ya contenidos en las leyes nacionales son conformes con el CB; y,
- en Estocolmo, a favor de la cláusula del art. 9(2) CB, conocida como «*Regla de los Tres Pasos*», que habilita a los Estados miembros a mantener e introducir nuevos límites al derecho de reproducción, en tanto cumplan con los criterios en él especificados. Esta «Regla» se ha visto reforzada recientemente por el art. 10 WCT y el art. 13 ADPIC.

Además, rige para la interpretación de los límites contenidos en el CB el principio general del *de minimis lex non curat* (la ley no se preocupa de minucias);⁴⁰ Este principio fue tenido en cuenta en ambas revisiones del CB y, sin embargo, no debería confundirse ni con la doctrina de las «reservas menores»⁴¹ ni con la «Regla de los Tres Pasos».⁴²

³⁸ Pocos países (tan sólo unos 15) han hecho uso de tal posibilidad al adherirse al CB. <http://www.wipo.int/treaties/>

³⁹ Vid. Ricketson, *op.cit.supra*, §9.60 (1987). El Informe Final de la Conferencia de Bruselas aceptó expresamente como «reservas menores» conformes al CB, los límites previstos en leyes nacionales al derecho de comunicación pública para el uso de obras para ceremonias religiosas, por parte de bandas militares, y para fines de docentes (de menores o adultos).

⁴⁰ Vid. Ricketson, *op.cit.supra*, §9.63(1) (1987).

⁴¹ Aunque con frecuencia, al explicar ambos conceptos se tienda a confundirlos. De hecho, el propio Ricketson así lo hace al explicar que el principio *de minimis* significa que «las excepciones a los derechos establecidos en los artículos del Convenio deben tratar de usos que tengan una mínima o ninguna importancia para el autor» o que «estos límites [reservas menores] deben tener 'carácter restrictivo'»; vid. Ricketson, *op.cit.supra*, §9.63(1) (1987). Es cierto que ambas afirmaciones (la doctrina de las reservas menores y la interpretación restrictiva de los límites) fueron incluidas en los trabajos de la Revisión de Bruselas y, de acuerdo con el art. 31.2 Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, forman parte del «contexto» que deberá informar su interpretación. Sin embargo, no deberían confundirse con el principio general del *de minimis lex non curat*.

⁴² Los límites que superan los criterios de la «Regla de los Tres Pasos» no son necesariamente *de minimis*; al contrario, si el límite acaba teniendo formulación expresa es que seguramente no es ninguna minucia!

Con ello, puede verse como en materia de límites a los derechos exclusivos del autor, el CB descarga todo el peso en las leyes nacionales. En otras palabras, el CB se preocupa de confeccionar un mínimo de protección internacional de derechos exclusivos, pero no de establecer límites a los mismos.

1. LA ILUSTRACIÓN PARA LA ENSEÑANZA

El art. 10(2) CB establece que:

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

Y el apartado (3) del mismo artículo añade:

Las ... utilizaciones a que se refieren los párrafos precedentes deberán mencionar la fuente y el nombre del autor, si este nombre figura en la fuente.

Siempre se ha aceptado que esta disposición se refería tanto a la enseñanza básica como a la superior, ya sea en escuelas y universidades públicas o privadas, siempre y cuando ella condujera a algún tipo de título oficial.⁴³ Quedando excluida, pues, la enseñanza en otro tipo de instituciones que se ofrezca al público en general, tales como los cursos de enseñanza para adultos, etc.⁴⁴

También queda fuera de dudas que la educación a distancia quede cubierta por el art. 10(2) CB:

Una última cuestión es si la expresión «enseñanza» se reduce a la instrucción física en el aula o también alcanza a los cursos por correspondencia donde los estudiantes no reciben instrucción cara a cara del profesor... no hay razón alguna para excluirlos del ámbito de «enseñanza» a efectos del art. 10(2).⁴⁵

Y no hay motivo alguno para excluir las modalidades digitales de enseñanza a distancia, ya sea por Internet, *pod-casting*, etc.⁴⁶. Por un lado, porque el término «utilización» permite cubrir no sólo la reproducción sino también la comunicación al público (y la puesta a disposición del público, *ex art. 8 WCT*), facilitando así la

⁴³ Vid. Ricketson, *op.cit.supra*, §9.25 and §9.27 n.3 (1987); Ricketson/Ginsburg, *op.cit.supra*, §13.45 (2006).

⁴⁴ Vid. *id.*

⁴⁵ Vid. Ricketson, *op.cit.supra*, §9.27 n.3 (1987).

⁴⁶ Vid. Ricketson/Ginsburg, *op.cit.supra*, §§13.44-45 (2006).

cobertura tanto de la enseñanza virtual como de la enseñanza a través de radio-difusión. Y por otro, porque la referencia «a título de ilustración de la enseñanza por medio de publicaciones, emisiones de radio o grabaciones sonoras o visuales» fue específicamente concebida, no como una lista exhaustiva (que pudiera excluir modalidades de enseñanza no listadas),⁴⁷ sino con el objetivo concreto de acomodar bajo este límite cualesquiera nuevas modalidades tecnológicas.⁴⁸

Al no especificar los derechos que se ven afectados por el límite,⁴⁹ la referencia a la «utilización» permite una interpretación amplia que cubra todos los derechos de explotación reconocidos por el CB y, posteriormente, por el WCT: reproducción,⁵⁰ distribución, comunicación pública (incluida la puesta a disposición) y también la traducción.⁵¹

Igualmente, el límite da cobertura a todo tipo de obras, literarias o artísticas y, ante el silencio, debemos concluir a favor de la posibilidad de utilizar la totalidad de la obra, siempre y cuando ello se realice «en la medida justificada por el fin perseguido,» «a título de ilustración de la enseñanza» y «conforme a los usos honrados»:

⁴⁷ Se podría defender su carácter exhaustivo en base a que la lista ha ido «creciendo» desde las publicaciones del art. 8 del Acta de Berna, hasta las emisiones y grabaciones del art. 10(2) del Acta de Estocolmo. Sin embargo, ello significaría que la misma obra incluida en una publicación, emisión o grabación no podría ser utilizada en una actividad formativa en directo (por ejemplo, recitada o ejecutada en clase). Este «descuido» del art. 10(2) podría tener dos explicaciones: o bien que el simple uso como parte de la instrucción «en directo» ya quede por norma general cubierto por el límite de la cita previsto en el art. 10(1) CB también para fines docentes, o bien que simplemente nadie pensó que tales usos pudieran entrar en conflicto con los intereses del autor; haciendo innecesaria su cobertura por el límite (una vez más, el *de minimis lex non curat*). Todo ello, junto con la clara intención del legislador (vid. nota siguiente), desaconseja su interpretación como lista exhaustiva.

⁴⁸ Como explica Ricketson, la referencia a las emisiones y grabaciones se introdujo en el art. 10(2) CB con el objetivo de que los educadores pudieran aprovechar al máximo de los nuevos medios de comunicación aportados por la tecnología moderna [Vid. Ricketson, *op.cit.supra*, §9.27 n.5 (1987)]; Sin que haya en la actualidad motivo alguno para entender que no sea extensible a las fijaciones digitales de obras [Vid. Ricketson/Ginsburg, *op.cit.supra*, §13.45 (2006)]. Más aún, la Conferencia de Estocolmo aceptó expresamente que las emisiones educativas quedaban cubiertas por la excepción aún cuando éstas fueran recibidas por un público más amplio que aquel para el cual iba destinada la instrucción. Vid. Ricketson, *op.cit.supra*, §9.27 n.5 (1987). Ambos elementos favorecen la inclusión de la enseñanza a distancia digital bajo el art. 10(2) CB.

⁴⁹ Lo cual es del todo comprensible dado el trato poco sistemático que éstos ha recibido en la historia del CB, al menos, hasta la adopción del WCT en 1996. Por ejemplo, el derecho de reproducción no se contempló formalmente en el CB hasta la revisión de Estocolmo de 1967.

⁵⁰ Por supuesto, el límite a la reproducción de obras para fines de ilustración de la enseñanza correspondería al art. 9 CB y, de hecho, era éste uno de los fines expresamente recogidos entre los límites considerados al redactar el art. 9(2) CB (vid. infra). Pero nada impide que una vez este derecho de reproducción se contempla en el art. 9 CB, se entienda que el específico límite del art. 10(2) incluye también las reproducciones realizadas para fines de enseñanza. En este sentido, vid. Ricketson/Ginsburg, *op.cit.supra*, §13.36 (2006).

⁵¹ La inclusión de la traducción bajo los límites del art. 10 CB quedó confirmada en Estocolmo, tal como recoge el Informe del Comité Principal I: «había acuerdo generalizado en que los arts. ...10(1) y (2) virtualmente implican la posibilidad de utilizar la obra no sólo en su forma original, sino también traducida, sujeta a las mismas condiciones...» Vid. WIPO, Reports on the Work of the Five Main Committees of the Intellectual Property Conference of Stockholm 1967, WIPO Publication 309(E) (1976) §205 (1976).

Estas referencias... hacen que la disposición sea abierta, sin necesidad de establecer limitaciones cuantitativas. Las palabras «a título de ilustración» imponen una cierta restricción pero no excluirían el uso de la totalidad de una obra en las circunstancias adecuadas.⁵²

También el número de copias permitidas se regirá por «la medida justificada por el fin perseguido,» siempre y cuando «sea conforme a los usos honrados».⁵³ Es precisamente esta flexibilidad la que permite dibujar la línea entre el interés público protegido por el art. 10(2) CB y los intereses del autor, en atención a la tecnología y modalidades de explotación utilizadas en cada caso concreto.⁵⁴ En este sentido, el art. 10(2) CB ya incorpora, como veremos, la esencia de la «Regla de los Tres Pasos» (art. 9(2) CB).

Dicho todo esto, el elemento esencial de este límite es precisamente la referencia «a título de ilustración de la enseñanza». Para entender su significado es necesario recurrir a la historia convencional. La redacción actual del art. 10.2 CB proviene del Acta de Estocolmo (1967), pero los fines educativos han estado contemplados en el CB como límite a los derechos de autor desde sus orígenes. El art. 8 del Texto de Berna de 1886 decía:

*En lo que concierne a la libertad para extraer fragmentos de obras literarias o artísticas para publicaciones destinadas a fines educativos o científicos, o para crestomatías, el alcance de la legislación de los países de la Unión, así como de acuerdos especiales existentes o que se celebren entre ellos, no se ve afectado por el presente Convenio.*⁵⁵

En 1948, con el Acta de Bruselas, este artículo pasó a ser el art. 10(2) con el siguiente redactado:

El derecho a incluir fragmentos de obras literarias o artísticas en publicaciones educativas o científicas, o en crestomatías, en la medida que esta inclusión quede justificada por la finalidad, se reserva a la legislación de

⁵² Vid. Ricketson, *op.cit.supra*, § 9.27 n. 2 (1987); Vid. Ricketson/Ginsburg, *op.cit.supra*, §13.45 (2006).

⁵³ Vid. Ricketson, *op.cit.supra*, § 9.27 n.8 (1987); Vid. also Ricketson/Ginsburg, *op.cit.supra*, §13.45 (2006). Sin embargo, estos autores entienden que la realización de copias para cada uno de los estudiantes para ser utilizadas como parte de la instrucción no quedaría amparada por el art. 10(2) CB, pero podría serlo (posiblemente con sujeción a compensación) a través del art. 9(2) CB; Vid. Ricketson/Ginsburg, *op.cit.supra*, §13.36 (2006).

⁵⁴ Vid. Declaración Concertada Art. 10 WCT. Por ejemplo, la actividad educativa en Internet puede suponer un mayor riesgo para la explotación de las obras utilizadas que la que pueda derivarse de publicaciones, grabaciones o incluso radiodifusiones educativas que transcurren en el mundo «no digital».

⁵⁵ «As regards the liberty of extracting portions from literary or artistic works for use in publications destined for educational or scientific purposes, or for chrestomathies, the effect of the legislation of the countries of the Union, and of special arrangements existing or to be concluded between them, is not affected by the present Convention».

*los países de la Unión y a los Acuerdos especiales que existan o se celebren entre ellos.*⁵⁶

La pregunta es ¿tiene la «ilustración de la enseñanza» el mismo significado que los «fines educativos» recogidos en el art. 8 de Berna y el art. 10(2) de Bruselas? Los documentos de la Conferencia de Estocolmo apuntan hacia una respuesta positiva: las expresiones «a título de ilustración de la enseñanza» y «fines educativos» son equivalentes. La referencia a la «ilustración» responde exclusivamente a la preocupación por la cantidad de obra utilizada⁵⁷ (motivada por la búsqueda de una correcta equivalencia entre las versiones inglesa y francesa),⁵⁸ sin que pretendiera con ella ampliar ni reducir el concepto de ‘fines educativos’ o de enseñanza, que se mantiene inmutable. En resumen, la referencia a la «ilustración» pretende limitar la cantidad de obra que puede ser utilizada libremente para fines educativos o de enseñanza, pero en ningún momento va destinada a limitar la finalidad o actividad educativa en sí misma.

No obstante, al observar la evolución histórica de este límite, se identifica una modificación importante que, a pesar de ello, no generó demasiado debate: a diferencia de los textos de Berna⁵⁹ y de Bruselas,⁶⁰ el art. 10(2) de Estocolmo omite la referencia a los fines científicos o de investigación.⁶¹ Y ello a pesar de que en el programa inicialmente propuesto para la Revisión de Estocolmo mantenía el lenguaje del Acta de Bruselas «publicaciones destinadas a la enseñanza o que tengan carácter científico».⁶² Ello es debido, según explica el Prof. Ricketson, a que los legítimos intereses de la investigación científica ya quedan suficientemente protegidos con el más amplio límite de la cita bajo el art. 10(1) CB [que trataremos en el siguiente capítulo] y con la excepción general al derecho de reproducción permitida bajo el art. 9(2).⁶³

⁵⁶ «The right to include excerpts from literary or artistic works in educational or scientific publications, or in chrestomathies, in so far as this inclusion is justified by its purpose, shall be a matter for legislation in the countries of the Union, and for special Arrangements existing or to be concluded between them.»

⁵⁷ Vid. Ricketson, *op. cit. supra*, §9.27(2) (1987).

⁵⁸ En 1967, el programa inicial del Acta de Estocolmo proponía tan sólo un pequeño cambio en el art. 10(2) de Bruselas, que afectaba únicamente a la versión inglesa, y que consistía en remplazar «*excerpts*» con «*borrowings*», al entender que se correspondía mejor con la expresión contenida en la versión francesa «*emprunts*»; Vid. WIPO, *Records of the Intellectual Property Conference of Stockholm*, p.118 (1971), [en adelante, *Stockholm Conference Records*]: Doc.S/1 p.48. La propuesta atrajo la atención de varios grupos nacionales que realizaron propuestas de revisión diversas, a raíz de lo cual se asignó al Grupo de Trabajo del Comité Principal I la redacción de un redactado alternativo (vid. *Stockholm Conference Records*, p.708, *supra*: Doc.S/185) que fue finalmente aprobado. El nuevo redactado evita por completo la expresión «*borrowings*» o «*emprunts*» y, en su lugar, se refiere a la ‘utilización’ de obras «en la medida justificada por el fin perseguido» pero sólo «a título de ilustración de la enseñanza» y «con tal de que esa utilización sea conforme a los usos honrados.»

⁵⁹ Vid. Ricketson, *op. cit. supra*, §9.25 (1987).

⁶⁰ Vid. *Stockholm Conference Records* p.118, *supra*, Doc.S/1 p.48.

⁶¹ Curiosamente, como veremos en el siguiente capítulo, el límite para fines docentes que recoge la DDASI «recupera» la referencia a los fines de investigación científica.

⁶² Vid. *Stockholm Conference Records* p. 118, *supra*, Doc.S/1 p.48.

⁶³ Vid. Ricketson, *op. cit. supra*, § 9.27 n. 7 (1987).

Más debatible, en cambio, es si la específica referencia a «publicaciones» da cobertura a las compilaciones (antologías) docentes en formato digital, y en qué medida. En principio, el redactado de este artículo (y la intención del legislador convencional) da clara cobertura a las compilaciones de materiales con fines de enseñanza,⁶⁴ siempre y cuando las mismas se realicen «en la medida justificada por el fin perseguido» y sean «conformes a los usos honrados»; lo cual sólo podrá apreciarse en cada caso concreto. Sin embargo, al referirse a las compilaciones digitales, los Prof. Ricketson y Prof. Ginsburg muestran cierta cautela:

[...] aún siendo posible que algunas [antologías] entren dentro de la cobertura del art. 10(2), es más plausible que ello no sea así en la mayoría de casos ... sería una distorsión del lenguaje describir una antología de poesía (con el texto completo de los poemas) o un «*course pack*» consistente en capítulos seleccionados de varios libros sobre el objeto del curso, como «a título de ilustración para la enseñanza». Tales usos son formas de explotación que en muchos países han dado lugar a acuerdos de licencia voluntarios o incluso a sistemas de licencia obligatoria, cumpliendo las condiciones del art. 9(2).⁶⁵

Dejando de lado el hecho de que los dos ejemplos seleccionados no son «ejemplificativos,» ni describen la diversidad de modalidades de antologías educativas posibles, la existencia de sistemas de licencia (voluntarios u obligatorios) en algunos países no parece motivo suficiente para justificar una interpretación contraria al lenguaje del art. 10(2) CB y a la intención del legislador convencional. Al fin y al cabo, las leyes nacionales no están obligadas a recoger este límite; y si lo hacen, no están obligadas a recogerlo en toda su extensión.

A modo de conclusión, podemos afirmar que el art. 10(2) CB recoge un límite abierto y flexible (tecnológicamente neutro) para todo tipo de usos (reproducción, distribución, comunicación pública, puesta a disposición y traducción) con fines de enseñanza, tanto presencial como a distancia (incluida la virtual), que quedan acotados no en términos cuantitativos (alcance de la utilización y cantidad de copias) o cualitativos (todo tipo de obras literarias y artísticas), sino en función de dos criterios fundamentales: «*la medida justificada por el fin perseguido*» y «*conforme a los usos honrados.*»

Ahora bien, no podemos olvidar que el art. 10(2) CB simplemente establece los contornos para que las leyes nacionales establezcan límites educativos.⁶⁶ Con independencia de la flexibilidad y amplitud del art. 10(2) CB, los límites para el uso de obras protegidas con fines de enseñanza siguen siendo

⁶⁴ Vid. Ricketson, *op.cit.supra*, §9.27 n.7 (1987).

⁶⁵ Vid. Ricketson/Ginsburg, *op. cit. supra*, §13.45 (2006).

⁶⁶ Vid. Ricketson, *op.cit.supra*, §9.27 n.1 (1987); Vid. Ricketson/Ginsburg, *op.cit.supra*, §13.45 (2006).

cuestión a decidir por cada ley nacional. Aunque en el marco de la UE, esta libertad se vea en cierta medida «alterada» por el sistema de límites establecido en la DDASI (vid. infra III).

2. LA CITA

De acuerdo con el art. 10(1) CB:

*Son lícitas las citas tomadas de una obra que se haya hecho lícitamente accesible al público, a condición de que se hagan conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga, comprendiéndose las citas de artículos periodísticos y colecciones periódicas bajo la forma de revistas de prensa.*⁶⁷

Y como ya sucedía con la ilustración de la enseñanza, es de aplicación el apartado (3) del art. 10 CB:

Las citas... a que se refieren los párrafos precedentes deberán mencionar la fuente y el nombre del autor, si este nombre figura en la fuente.

A diferencia de la ilustración de la enseñanza, el límite de cita fue introducido en el CB en la Conferencia de Roma de 1928, quedando en tal momento doblemente restringido a los «análisis o cortas citas textuales de obras literarias publicadas» y a «para fines de crítica, discusión polémica o enseñanza.» Su actual redacción proviene de la Conferencia de Estocolmo de 1967, momento en que se desvinculó de toda finalidad o uso específico, por cuanto se pensó que ninguna lista podría ser lo suficientemente exhaustiva para dar respuesta a la realidad del límite.⁶⁸ En todo caso, no hay duda alguna de que las citas «para fines científicos, de crítica, informativos o educativos» entran dentro de su ámbito⁶⁹ y, por lo tanto, puede dar cobertura a algunos de los usos de obras ajenas realizados para fines educativos.

Este límite permite cubrir todo tipo de obras, en tanto hayan sido lícitamente divulgadas. Además, evita establecer restricción alguna respecto a la cantidad de obra que puede ser citada, refiriéndose en su lugar a «conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga,» como criterios flexibles para establecer el alcance del límite en cada caso concreto.

⁶⁷ A los efectos del presente estudio, no vamos a considerar la cobertura de las revistas de prensa, por cuanto (a pesar de la importancia económica y social de las mismas, especialmente en modalidades de explotación digital) no tienen especial relevancia para la actividad docente, en sí.

⁶⁸ Vid. Ricketson, *op.cit.supra*, §9.22 n.3 (1987); Vid. Ricketson/Ginsburg, *op.cit.supra*, §13.41 (2006).

⁶⁹ Vid. Ricketson, *op.cit.supra*, §9.22 n.3 (1987).

Además, nótese que no se refiere a derechos (quedan cubiertos todos),⁷⁰ ni a medios o modalidades de explotación concretos. Por todos estos motivos, se trata de un límite fácilmente aplicable para dar cobertura a los usos educativos *on-line*.

Especialmente interesante es el carácter imperativo de este límite; siendo el único límite establecido como imperativo en el CB. Los Estados miembros de la Unión de Berna están obligados a respetarlo (negando en tales casos protección a los derechos exclusivos del autor), al menos en relación con obras extranjeras protegibles de acuerdo con el CB.

La pregunta que se plantea es ver como puede afectar el carácter imperativo del art. 10(1) CB al límite para ilustración de la enseñanza previsto en el art. 10(2) CB, así como a los límites de cita nacionales y, en el caso de la Unión Europea, al previsto en el art. 5.3(d) DDASI.

Por una parte, el carácter general⁷¹ del art. 10(1) CB reafirma la especificidad del art. 10(2) CB, destinado a cubrir justamente aquellos actos (usos) educativos que superan el alcance ya exceptuado por la cita.

Más complicada es, en cambio, la relación entre la imperatividad del art. 10(1) CB y los límites de cita nacionales normalmente de alcance más reducido.⁷²

Es cierto que la imperatividad de este límite sólo tiene efectos respecto de la protección de obras y autores extranjeros en virtud del CB; y, por tanto, los límites de cita previstos en las leyes nacionales (ya sean más o menos restrictivos) sólo serán aplicables a los escenarios domésticos de propiedad intelectual —ya que en virtud del art. 5.3 CB, la protección en el país de origen se regirá por la legislación nacional (sin quedar afectada, pues, por el límite imperativo del art. 10(1) CB).

También es cierto que el art. 20 CB permite a los Estados miembros de la Unión de Berna a «adoptar entre ellos Arreglos particulares, siempre que estos Arreglos confieran a los autores derechos más amplios que los concedidos por este Convenio.» Pero ello se permite en tanto tales acuerdos no sean contrarios a las disposiciones del CB. El objetivo de esta disposición es impedir que los Estados pacten una reducción del mínimo de protección recogido en el art. 19 CB.⁷³ Con ella se pretende reforzar el mínimo de protección convencional, pero no avalar que los Estados desoigan los límites imperativos (como un máximo

⁷⁰ Incluso, al igual que concluíamos bajo el art. 10(2) CB, es necesario entender que la obra objeto de cita también puede ser traducida; Vid. WIPO, Reports on the Work of the Five Main Committees of the Intellectual Property Conference of Stockholm 1967, WIPO Publication 309(E) §205 (1976).

⁷¹ No referido a fines específicos (vid. *supra*).

⁷² Vid. e.g., Bélgica art. 21, Francia art. L122-5.3(a), Grecia art. 19, Italia art. 70.1, Portugal art. 75.2g, e incluso España art. 32.1.

⁷³ Vid. Ricketson/Ginsburg, *op.cit.supra*, §6.130 (2006).

de protección) recogidos en el CB.⁷⁴ En otras palabras, aplicar un límite de cita nacional más restringido que el del art. 10(1) CB respecto de obras/autores extranjeras protegidas en virtud del mismo sería claramente contrario al CB.⁷⁵

Más complicada, si cabe, es la integración del carácter imperativo del art. 10(1) CB con el carácter opcional del límite de cita en el art.5.3(d) DDASI. ¿Hasta qué punto puede el legislador europeo estar fomentando, indirectamente al calificarlo de límite opcional, que los Estados miembros desoigan sus respectivas obligaciones internacionales bajo el CB, en relación con la protección de autores/obras procedentes de otro país de la UE (y, al fin y al cabo, de la Unión de Berna)? Tendremos ocasión de retomar este curioso y delicado tema en el próximo capítulo.

III. LA DIRECTIVA 2001/29/CE SOBRE DERECHOS DE AUTOR EN LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

De entre la lista de limitaciones o excepciones que el art. 5.2 y 3 Directiva sobre derecho de autor en la sociedad de la información (DDASI) permite a los Estados Miembros incorporar (o mantener) en sus leyes nacionales,⁷⁶ las siguientes pueden tener repercusión para la enseñanza virtual:

- como límites al derecho de *reproducción*: uso privado [art. 5.2(b)] y a favor de bibliotecas y establecimientos educativos [art. 5.2(c)];
- como límites a los derechos de *reproducción y comunicación pública*: fines educativos [art. 5.3(a)], cita [art. 5.3(d)] y terminales especializados en bibliotecas [art. 5.3(n)].

Además, recoge el art. 5.1 DDASI la única excepción obligatoria que permite dar cobertura (dentro de ciertos márgenes) a la gran mayoría de actos de reproducción que hacen posible la transmisión de obras en Internet.

⁷⁴ «Si la legislación nacional establece protección para los autores de la Unión en tales casos [en que el CB restringe o excluye tal protección] ello debe ser considerado contrario al Convenio. Dada la existencia del art. 19 [que recoge el principio de mínimo de protección], sería deseable que estos casos de ‘máximo de protección’ también encontraran reconocimiento expreso en el Convenio, pero la ausencia de tal reconocimiento no debería afectar esta conclusión.» Vid. Ricketson, *op.cit.supra*, §12.17-18 (1987); Vid. Ricketson/Ginsburg, *op.cit.supra*, §6.110-6.111 (2006).

⁷⁵ Ficsor, en cambio, prefiere explicar que el límite obligatorio de la cita contenido en el art. 10(1) CB no es una excepción al principio de mínimo de protección recogido en el CB sino que «es a resultas de una libertad humana básica, la libertad de expresión y de crítica, que es justificado y necesario permitir las citas libres en las circunstancias apropiadas.» Vid. Ficsor, *op.cit.supra*, §5.12. En cualquier caso, ya sea como excepción interna (al principio de mínimo convencional) o como obligación externa (por vía de derechos humanos), los Estados miembros vienen obligados —respecto a las obras de la Unión no nacionales— a respetar el límite de cita con el alcance previsto en el art. 10(1) CB.

⁷⁶ Al tratarse de un listado opcional de límites, no tendrán aplicación directa a pesar de ser cláusulas suficientemente claras y específicas. Sin embargo, no sería de extrañar que el alcance de los límites listados en el art. 5 DDASI acabara moldeando, de forma indirecta a través de la interpretación judicial, el alcance de los correspondientes límites nacionales.

1. FINES EDUCATIVOS

El art. 5.3(a) DDASI permite a los Estados Miembros establecer límites:

*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.*

Al igual que el art. 10(2) CB, se trata ésta de una excepción tecnológicamente neutra y diseñada para cubrir tanto la enseñanza presencial como la que se lleva a cabo a distancia, incluida a través de medios digitales. Así lo confirma el Cons.42 DDASI al referirse expresamente a «*incluida la educación a distancia.*» Tratándose de una Directiva que pretende regular el derecho de autor en la «sociedad de la información,» debe entenderse referida claramente a la «virtual.»

(a) *Calificación*

Este límite puede establecerse frente a los derechos de reproducción, distribución (*ex art. 5.4 DDASI*)⁷⁷ y comunicación pública, incluida la puesta a disposición (*ex art. 3.1 DDASI*). En el caso de que así sea, veamos cómo puede afectar a los diversos actos requeridos para la educación virtual:

La carga de la obra en el servidor y su puesta a disposición del público (aunque se trate de un público «restringido,» como sería el de los estudiantes matriculados al curso) quedaría cubierta por el límite al tratarse de un acto de reproducción y comunicación pública. Las reproducciones provisionales que hacen posible la transmisión digital y la recepción de la obra quedarán cubiertas por el art. 5.1 DDASI. A la misma conclusión puede llegarse en relación con las copias RAM que hacen posible la visualización de la obra en pantalla (o su audición) por parte del receptor.⁷⁸

La solución es menos pacífica cuando se trata de las descargas permanentes de la obra transmitida, por parte de los receptores (estudiantes), ya sea en formato impreso o digital. Estas copias no quedan cubiertas como «copias provi-

⁷⁷ El art. 5.4 DDASI permite a los Estados Miembros extender la aplicación de las limitaciones previstas para el derecho de reproducción, al derecho de distribución.

⁷⁸ Si de acuerdo con el Cons.33 DDASI, el *caching* y el *browsing* son subsumibles como reproducciones provisionales cubiertas bajo el art. 5.1 DDASI, lo mismo debe concluirse respecto de las copias provisionales que hacen posible la recepción de la obra transmitida en pantalla; después de todo, ambos actos comportan una reproducción provisional (en un servidor o en una terminal de PC) y tienen el mismo efecto: hacer posible la transmisión y recepción de la obra. Ahora bien, también sería posible entender que tales copias quedan forman parte del propio acto de comunicación pública: para que el mismo exista es independiente que exista propiamente comunicación o recepción de la obra (basta con la mera posibilidad), pero una vez existe, no tiene

sionales» por el art. 5.1 DDASI;⁷⁹ ni tampoco parece que puedan quedar cubiertas por el límite de uso privado del art. 5.2(b) DDASI (al menos, teniendo en cuenta que los límites nacionales de uso/copia privada no acostumbra a dar cobertura a la reproducción de la obra en copias múltiples para repartir entre los estudiantes).⁸⁰ De hecho, algunos de tales límites de uso/copia privada excluyen expresamente el uso colectivo.⁸¹ En cambio, algunos límites educativos cubren expresamente la reproducción de tantas copias como sean necesarias para el uso por parte de los estudiantes;⁸² lo cual no significa que aquellos límites que guardan silencio en este aspecto concreto no las permitan.

Lo cual justifica (aunque sea por tradición) que las copias que retienen los estudiantes, en tanto que se realizan como parte de la enseñanza, hallan un mejor encuadre (más natural) bajo el límite educativo, también en el contexto digital. Por lo tanto, deberíamos entender que el límite del art. 5.3(a) DDASI permite tales copias.⁸³ Nada en la DDASI impide al legislador nacional establecer que las copias estables realizadas por los estudiantes queden también cubiertas por este límite educativo, ya sea como parte de la comunicación pública o como una reproducción distinta —pero con idéntica finalidad docente— de la que hizo posible tal comunicación. Como veremos, tanto la referencia a «en la medida justificada por la finalidad» (vid. infra), como el lenguaje utilizado en algunos límites nacionales para fines educativos (vid. infra) así lo permiten.

Así pues, el art. 5.3(a) DDASI permite cubrir todos los actos de reproducción, distribución y comunicación pública que sean necesarios para llevar a cabo la actividad educativa: carga, transmisión, recepción, y también descarga permanente (digital y/o impresión).

demasiado sentido desasociar los actos de reproducción que la hacen posible del acto de comunicación pública. Esto es precisamente lo que establece el art. 5.1 DDASI, pero quizás en algún momento deberemos cuestionarnos la bondad de semejante disposición que tiene como resultado sujetar a límites distintos actos absolutamente inseparables.

⁷⁹ Ya que ni se trata de una reproducción provisional, ni puede decirse que no tenga una significación económica independiente.

⁸⁰ Salvo, quizás, cuando los fines de «estudio» estén expresamente amparados bajo el límite de copia privada (como es el caso de Suiza). Vid. Jane C. Ginsburg, *Reproduction of Protected Works for University Research or Teaching*, 39 *Journal of the Copyright Society of the USA* 181 (Spring 1992), p. 189.

⁸¹ Vid. e.g., Francia art. L122-5.2, España art. 31.2, Alemania art. 53.6 (al prohibir que las copias sean distribuidas o comunicadas al público) y Holanda art. 16b.1 (al prohibir que las copias sean distribuidas a terceros). También la UKCA sec.29.3b excluye «la copia sistemática de una obra» (es decir, la copia de una obra concreta realizada o solicitada individualmente por cada uno de los estudiantes de un grupo).

⁸² Vid. e.g., Alemania art. 52a y art. 53.3 (límites previstos para ilustración de la enseñanza «virtual» y «presencial» respectivamente) y USCA sec.107 (*fair use*).

⁸³ Y ello, tanto si el límite para fines educativos cubre expresamente la distribución, como si sólo se refiere a la reproducción y comunicación pública. En el primer caso, sería plausible entender que la descarga y reproducción estable realizada por parte del estudiante «*equivale a*» (*tiene el mismo efecto que*) una distribución realizada en un entorno «presencial» - puesto que no es ésta la definición de distribución recogida en el art. 4 DDASI.

En cambio, nada dice este artículo respecto al derecho de transformación, ni respecto a un tema fundamental para la educación a distancia en Internet: la digitalización de obras impresas. Lo primero es comprensible por cuanto la DDASI no armoniza el derecho de transformación; por tanto, cada Estado Miembro puede decidir si incluirla en el ámbito de cobertura de este límite o no.⁸⁴ En cuanto a la digitalización, el silencio de la DDASI parece apuntar a la misma solución, dejándose en manos de cada ley nacional (o del tribunal nacional). Tratándose el art. 5.3(a) DDASI de un límite tecnológicamente neutro, no parece existir impedimento alguno para que la ley nacional permita la digitalización (reproducción, al fin y al cabo) de obras para fines educativos, siempre dentro de los parámetros previstos en el mismo.⁸⁵

(b) Alcance y tipo de obras

Siguiendo también la opción del art. 10(2) CB, el art. 5.3(a) DDASI prefiere evitar referencias específicas al tipo de obras y a la cantidad de obra que puede ser utilizada,⁸⁶ a favor de fórmulas abiertas. Por tanto, es posible que el uso de todo tipo de obras⁸⁷ para fines educativos quede permitido «*en la medida en que esté justificado por la finalidad no comercial perseguida.*» La licitud del tipo y alcance (en todo o en parte) de la obra utilizada vendrá establecido por la necesidad del fin educativo concreto y de la finalidad no comercial perseguida.

Esta misma flexibilidad en cuanto al alcance y tipo de obras cubiertas facilita la cobertura de las compilaciones de materiales docentes, también en formato digital, siempre y cuando ello se lleve a cabo dentro de las condiciones anteriormente citadas [vid. infra (d)].

(c) Beneficiarios

Para determinar quienes son los beneficiarios del límite para fines educativos, el art. 5.3(a) DDASI no recurre a la naturaleza de institución educativa (universidad, escuela, instituto, etc) ni a su régimen jurídico (institución de carác-

⁸⁴ Como veremos (vid. infra), sólo unos pocos lo han hecho. Esta opción es especialmente importante en países con lenguas minoritarias, ya que ello permitiría dar cobertura a la traducción de obras extranjeras para fines docentes, sin necesidad de contar con la autorización de su autor; Es decir, permitiría situar en plano de igualdad el uso de obras nacionales y extranjeras para fines educativos.

⁸⁵ De hecho, es interesante observar que mientras la ley australiana sólo permite el uso excepcionado de obras obtenidas en formato digital, la TEACH Act norteamericana permite expresamente la digitalización de obras bajo la excepción educativa. [Vid. §110(2) USCA].

⁸⁶ No olvidemos que para quedar cubierta por estos límites, es necesario que la obra haya sido lícitamente divulgada; de no ser así, estaríamos (posiblemente en todos los países de la UE) ante una infracción del derecho moral del autor.

⁸⁷ Por ejemplo, las obras destinadas principalmente a la enseñanza, ya sea en formato analógico o digital, podrían quedar cubiertas *a priori*, pero los subsiguientes requisitos (incluida la «Regla de los Tres Pasos») acabarían excluyéndolas del ámbito de la excepción. De hecho, como tendremos ocasión de ver, algunas leyes nacionales ya excluyen directamente el uso de cierto tipo de obras del ámbito de este límite educativo.

ter privado o público, con o sin ánimo de lucro), sino directamente a la «*finalidad no comercial perseguida*».

Determinar los beneficiarios según a la naturaleza de la institución⁸⁸ hubiera sido más fácil pero también menos justo. Es la educación, sin adjetivo alguno, ya sea en instituciones públicas o privadas, con o sin ánimo de lucro, el derecho fundamental que justifica este límite. Por tanto, es razonable que no se haga distinción alguna en este sentido.

Entonces, ¿qué significa «finalidad no comercial»? El Cons.42 DDASI ofrece una cierta guía:

... la naturaleza no comercial de la actividad de que se trate debe venir dada por la actividad en sí. La estructura institucional y los medios de financiación de la entidad de que se trate no son los factores decisivos a este respecto.

¿Y qué significa «naturaleza no comercial de la actividad en sí»? Para empezar, el hecho de que el curso sea ofrecido a cambio de un pago no será suficiente para descalificarlo a los efectos del límite educativo. Tanto las instituciones privadas como las públicas podrán beneficiarse de este límite, aunque posiblemente quedando sujetas a regímenes compensatorios distintos (por ejemplo, según la naturaleza de la institución, el precio de matrícula, o el carácter oficial o no del título al cual va destinada la actividad educativa). Este es un aspecto importante a tener en cuenta: no todos los usos educativos sujetos a este límite van a ser gratuitos, sino que pueden (y/o deben) quedar sujetos a regímenes de compensación equitativa de los titulares [vid. infra (e)].

En cambio, nada dice el art. 5.3(a) DDASI respecto al individuo concreto que puede llevar a cabo el uso educativo: ¿sólo los profesores o también los estudiantes?⁸⁹ Podría un estudiante reproducir y comunicar al público obras ajenas para ser objeto de estudio en un debate o foro de discusión o realizar un ejercicio? Una vez más, el silencio de la DDASI debe ser interpretado a favor de esta posibilidad, aunque como siempre la última palabra será del legislador nacional.

(d) *Fin perseguido: «la ilustración con fines educativos o de investigación científica»⁹⁰*

Es aquí donde reside el núcleo del límite del art. 5.3(a) DDASI: «la ilustración con fines educativos». A primera vista, la «ilustración» parece venir a compli-

⁸⁸ Como hace, por ejemplo, la TEACH Act, al limitar la excepción a las instituciones educativas sin ánimo de lucro. Vid. §110(2) USCA.

⁸⁹ La TEACH Act cubre expresamente los usos educativos realizados por los propios estudiantes Vid. §110(2)(A) USCA.

⁹⁰ Aún no siendo el objeto del presente estudio, vale la pena recordar que los fines de investigación científica están excluidos del actual art. 10(2) CB, a pesar de que el art. 8 Acta de Berna de

car innecesariamente la interpretación de los fines educativos. Aún admitiendo algunas zonas grises, todos sabemos lo que son fines educativos; pero «ilustración con fines educativos» no es tan evidente. En el proceso parlamentario se propusieron y barajaron otros términos: «*fines educativos, pedagógicos y de investigación*» y «*la educación, el aprendizaje, la investigación y fines de carácter privado.*»⁹¹ Al final, todos ellos fueron apartados a favor de la expresión más familiar del art. 10(2) CB.

Sería erróneo entender que la «ilustración» supone una restricción de los fines educativos, en el sentido de que sólo aquellos usos que «ornamentan» o «ejemplifican» el uso educativo quedan exceptuados, ya que ello equivaldría a negar la cobertura precisamente a aquellos usos educativos «substanciales», que son los que propiamente vienen justificados por el derecho fundamental a la educación. Aunque no sea vinculante a los efectos de la interpretación de la DDASI, puede ser útil revisitar la conclusión adoptada en sede del art. 10(2) CB, en el sentido de que la referencia a la «ilustración de la enseñanza» no pretende restringir la finalidad educativa en sí, sino simplemente la cantidad de obra que puede ser utilizada para tal fin. Además, nada en la DDASI indica que «ilustración con fines educativos» sea distinto de los «fines educativos y docentes» (Cons.14) o de la ‘finalidad educativa’ (Cons.34) o incluso de los «fines educativos, pedagógicos y de investigación» (considerados por el Parlamento).⁹² Todas ellas ayudan en la interpretación del art. 5.3 DDASI: usos realizados como parte de la actividad educativa. Por este motivo, no sería contrario a la DDASI que un Estado miembro decidiera introducir (o mantener) un límite para «fines educativos» o «fines docentes», en lugar de referirse específicamente a la «ilustración con fines educativos.»

Por otra parte, tiene sentido asumir que el límite del art. 5.3(a) cubre usos que van más allá de los cubiertos ya por el límite de cita del art. 5.3(d) DDASI, ya que de no ser así, no sería necesario ningún límite específico para la educación. Por tanto, fines educativos comprenderá el uso de una obra como parte de una lección magistral⁹³ (e.g., explicaciones del profesor), de un ejercicio (e.g., propuesto por el profesor para el estudio o la evaluación del estudiante), pero también de una lectura para escribir un comentario de texto o participar en un debate o simplemente para el estudio. Es decir, llegamos a una conclusión similar a la recogida en la TEACH Act norteamericana, al exigir que la obra uti-

1886 como el art. 10(2) Acta de Bruselas de 1948 se referían expresamente a los fines científicos y a las publicaciones científicas, respectivamente (vid. supra). En todo caso, el término «investigación científica» es, de por sí, suficientemente impreciso y difícil de definir.

⁹¹ Vid. Resolución legislativa que contiene el dictamen del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información COM(97)0628 - C4-0079/98 - 97/0359(COD), de 10 de febrero de 1999; Respectivamente, Enmienda 18 (al art. 5.3) de la Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios y Política Industrial y Enmienda 24 (al art. 5.3) de la Comisión de Medio Ambiente, Salud Pública y Protección del Consumidor.

⁹² Vid. *id.*

⁹³ Incluidos, e.g. los usos que sean necesarios para preparar tal lección.

lizada esté «directamente relacionada con y [sea] de asistencia material para el contenido docente.»⁹⁴

Y ello incluye claramente la posibilidad de realizar compilaciones docentes al amparo del límite. De hecho, en el Informe (*Explanatory Memorandum*) que acompañaba la propuesta inicial de Directiva de 1997, la Comisión expresamente mencionaba la ‘compilación de una antología’⁹⁵ como ejemplo de usos educativos que pueden quedar cubiertos bajo el art. 5.3(a) DDASI. Además, la solución neutral de la DDASI (en perfecta alineación con la del CB) tiene pleno sentido en el ámbito digital.⁹⁶ Tal como ya apuntábamos en relación con el art. 10(2) CB, que el límite permita dar cobertura a la realización de compilaciones docentes no significa que todas ellas queden amparadas por el mismo: sólo lo serán aquéllas que (y en la medida en que) sean utilizadas para fines educativos, no persigan finalidad comercial y, en última instancia, cumplan con la «Regla de los Tres Pasos».⁹⁷

(e) *Compensación equitativa*

A pesar de que el límite del art. 5.3(a) DDASI no queda expresamente sujeto a compensación equitativa de los titulares, el legislador nacional puede exigirla⁹⁸ e incluso verse obligado a ello a raíz de la «Regla de los Tres Pasos» prevista en el art. 5.5 DDASI (vid. infra).

Los Estados miembros tienen un cierto margen de flexibilidad para interpretar esta exigencia, hasta el punto que podrían eximirla cuando el perjuicio que se causa al titular es mínimo o éste ya ha sido compensado de alguna otra manera. Además, la forma y la cantidad de tal compensación serán establecidas por cada Estado, de acuerdo con sus propias tradiciones legales y prácticas. Y, de hecho, el Cons.38 DDASI ya admite que las «diferencias entre estos regímenes de remuneración [puedan] afectar el funcionamiento del mercado interior.»

⁹⁴ Vid. §110(2)(B) USCA. Y no «para el entretenimiento de estudiantes o como material de fondo no relacionado con la docencia;» Vid. S. Rep. N.º 107-31 (2001) p.11

⁹⁵ Vid. *Explanatory Memorandum* (p.40), Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información, COM(1997)628final, DO C-108 de 07.04.1998.

⁹⁶ Tal como hemos apuntado, cualquier material (obra protegida o no) destinado a ser utilizado como parte de la instrucción acaba siendo almacenado en algún espacio (ya sea un foro de mensajes, una página web, o un espacio de disco compartido) y accesible mientras dura el curso, con lo cual acaba generándose una compilación de material docente. Y ello, con independencia de que esta compilación sea obra protegida, ya que para ello se requiere una previa selección y organización de sus contenidos (una creación original, en sí misma).

⁹⁷ Por ejemplo, una compilación de materiales docentes en soporte digital tangible (e.g., CD o DVD) vendido o simplemente distribuido entre los estudiantes (como parte del precio de matrícula) difícilmente satisfaría ni la «finalidad no comercial» exigida por el art. 5.3(a) DDASI, ni los parámetros de la «Regla de los Tres Pasos».

⁹⁸ Así lo prevé el Cons.36 DDASI.

2. LOS FINES EDUCATIVOS EN DERECHO COMPARADO

Como hemos visto, tanto el CB como la DDASI establecen límites flexibles y tecnológicamente neutros para cubrir usos con fines educativos. Sin embargo, ninguno de ellos es obligatorio para los Estados miembros, y las leyes nacionales no aprovechan al máximo la oportunidad que ambos les brindan.

Las soluciones adoptadas en la legislación nacional europea son bien diversas. Un breve repaso,⁹⁹ sin ánimo de ser exhaustivo, demuestra que todas ellas disponen de algún límite para fines educativos, pero su alcance y condiciones varían sustancialmente, y no todas ellas permiten dar cobertura a los usos educativos *on-line*. Veámoslas.

(a) *Límites favorables a los usos educativos on-line*

Algunos Estados han optado por una transposición (más o menos) literal del art. 5.3(a) DDASI.¹⁰⁰ Este es el caso de Alemania, Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo, Portugal, Holanda, Polonia, Bulgaria, Latvia, Hungría, Estonia y República Checa. También, sin ser de la UE, Malta, Suiza y Liechtenstein adoptan límites para fines educativos similares al art. 5.3(a) DDASI.

Todos ellos cubren los derechos de reproducción y de comunicación al público (y algunos incluso se refieren al de distribución).¹⁰¹ En Alemania, el nuevo art. 52a(1) cubre expresamente a la puesta a disposición del público, y su apartado (3) incluye cualesquiera reproducciones necesarias para hacer posible tal puesta a disposición.¹⁰² También en Italia (art. 70.1bis) el nuevo límite para fines educativos se refiere expresamente a la publicación en Internet (cubriendo, se entiende, la reproducción y puesta a disposición del público).

Sólo unos pocos cubren la traducción: es el caso de Malta, Holanda y Polonia.¹⁰³ Suiza, Liechtenstein, Bulgaria,¹⁰⁴ Estonia, Latvia y República Checa se refieren

⁹⁹ Vid. Anexo. Vid. S. Ernst, D.M. Haeusermann, *EUCD Teaching Exceptions in selected E.U. Member States — A Rough Overview*, 8 Junio 2006; http://papers.ssrn.com/abstract_id=925950

¹⁰⁰ Algunos requieren expresamente que se indique la fuente y el nombre del autor, y que la obra utilizada haya sido previamente lícitamente divulgada. Pero aún cuando la ley guarde silencio, ambos requisitos derivan directamente de los derechos morales de atribución (al menos, el nombre del autor) y de divulgación (de existir). Por este motivo, y para evitar repeticiones innecesarias, en este apartado no haremos referencia a estos requisitos.

¹⁰¹ Vid. Portugal (art. 75.2f), Malta (art. 9.1h), Eslovaquia (sec.28.1).

¹⁰² Este límite viene a completar el «tradicional» límite para fines de ilustración de la enseñanza (contenido en el art. 53.3) que sólo cubre la reproducción de obras (es decir, pensado para entornos educativos «presenciales»: concretamente, para la ilustración de la enseñanza y para la realización de exámenes).

¹⁰³ Holanda (art. 16.4) extiende el uso amparado por el límite a la traducción; de forma similar, aunque sólo cubre la reproducción para fines educativos, Eslovenia (art. 53.3) vid. infra; Mientras que Malta (art. 9.1h) se refiere expresamente a la traducción, junto con la reproducción, distribución y comunicación pública cubiertos por el límite, y Polonia (art. 27) se refiere al uso de la obra «en original o en traducción».

¹⁰⁴ Bulgaria recoge dos límites un tanto dispares para fines educativos: por un lado, permite el «uso» de obras (o partes) para su análisis o comentario con fines de investigación o de educación,

al «uso» para fines educativos, en un sentido mucho más cercano al art. 10(2) CB que, por tanto, sería más favorable a la admisión de la traducción. También Luxemburgo, antes de la implementación de la DDASI, recogía un límite para fines educativos que cubría el «uso» para fines docentes. Lamentablemente, el límite post-DDASI se reduce a la reproducción y comunicación pública.

Es este un ejemplo del desastroso resultado que la estructura fragmentada de la DDASI (que armonización parcial de derechos y limitaciones referidas a tales derechos) puede tener sobre las leyes nacionales. Por supuesto, sería de esperar que el legislador nacional introdujera las modificaciones necesarias al implementar la DDASI para asegurar el equilibrio y la consistencia necesaria dentro de su respectiva ley nacional. Pero este somero repaso a las leyes nacionales es clara muestra de que ello no es lo habitual.

Nada se dice respecto a la digitalización, pero puesto que ninguna de estas excepciones queda restringida a obras disponibles en formato digital, es posible concluir —al igual que hicimos bajo la DDASI— que la digitalización de obras en formato impreso (en tanto es una reproducción) para fines educativos puede quedar amparada por ellas.

Normalmente se refieren a fines educativos, de enseñanza o a la ‘ilustración de la enseñanza’ (aunque el lenguaje concreto puede variar un poco),¹⁰⁵ por lo cual su alcance será similar al del art. 5.3(a) DDASI: cualquier uso que forme parte de la actividad educativa.¹⁰⁶

En última instancia, las excepciones quedan restringidas al «alcance justificado por la finalidad no comercial perseguida». Por tanto, en términos generales, estas excepciones están preparadas, al menos en teoría, para dar cobertura a los usos de enseñanza virtual.

El grupo empieza a ser menos homogéneo al referirse a la naturaleza de las obras y su alcance cubiertos por el límite. Sólo unos pocos guardan silencio (como hace la DDASI) en cuanto a la cantidad concreta de obra que puede ser utilizada,¹⁰⁷ exigiendo sólo que el uso sea ‘en la medida justificada por el fin,» lo cual implícitamente restringe ya la cantidad y naturaleza de la obra utiliza-

en la medida justificada por el fin perseguido (art. 24.3); y por otro, permite la reproducción para fines educativos en escuelas y demás establecimientos docentes en tanto no se persiga finalidad comercial (art. 24.9).

¹⁰⁵ Vid. Francia (art. L122-5(3)e) se refiere a la ‘ilustración en el marco de la enseñanza [...] excluyendo cualquier actividad lúdica o recreativa’ y exige que el público se «componga mayoritariamente de discípulos, estudiantes, profesores» (en el mismo sentido, Latvia art. 26.2); Bélgica (art. 22.1) exige que ‘tenga lugar en el contexto de las actividades normales del establecimiento;» o Alemania (art. 52a(1)) que exige que el uso y el acceso queden restringidos a los estudiantes y demás participantes en la instrucción. Pero, en general, todo ello ya *va de soi* dentro de la finalidad educativa perseguida.

¹⁰⁶ Alguno incluye expresamente la realización de exámenes (vid. Grecia art. 21); También Alemania (art. 53.3: permite la reproducción de obras para fines de exámenes, en entornos «presenciales»).

¹⁰⁷ Vid. Malta (art. 9.1h), República Checa (art. 31c), Estonia (sec.19.2), Suiza (art. 19.2b) y Liechtenstein (art. 22.1b).

da e incluso el número de copias permitidas. La gran mayoría, en cambio, se refiere al menos a «partes» o «fragmentos» de obras,¹⁰⁸ o incluso establecen medidas diferentes para ciertos tipos de obras.¹⁰⁹

Algunos expresamente excluyen del límite a las obras destinadas principalmente a la educación;¹¹⁰ exclusión que se explica fácilmente por la «Regla de los Tres Pasos»: la cobertura de estas obras (manuales escolares, etc.) bajo el límite de fines educativos sería contraria a la normal explotación de estas obras. De manera que, incluso en los países donde la ley guarda silencio es posible que estas obras acaben siendo excluidas (e.g., por los tribunales) del ámbito de aplicación del límite educativo. En cambio, otro tipo de exclusiones son más difíciles de justificar: por ejemplo, la exclusión de las obras cinematográficas¹¹¹, las dramáticas o las partituras musicales, etc.¹¹² o la reducción del límite a las obras impresas o publicadas en periódicos o revistas.¹¹³

Luxemburgo (art. 10.2) y Holanda (art. 16.1) requieren expresamente que el uso se realice «conforme a las buenas prácticas» o «conforme a lo razonablemente aceptado por la costumbre social»; lo cual una vez más puede leerse como una reiteración de la «Regla de los Tres Pasos».¹¹⁴

En todo caso, queda por ver si estas restricciones iniciales anquilosan el alcance de la excepción y/o restringen la capacidad de maniobrar de los tribunales, en cada país.

Las diferencias más visibles en este grupo se concretan en torno al tipo de instituciones que pueden beneficiarse de la excepción. La mayoría no hace distinción alguna,¹¹⁵ limitándose a la «finalidad no comercial perseguida,» (como

¹⁰⁸ Vid., e.g., Italia (art. 70.1) reduce el límite a 'fragmentos o partes de una obra'; Francia (art. L122-5(3)e) a 'fragmentos de obras'; Portugal (art. 75.2) a 'partes de una obra publicada'; Luxemburgo (art. 10.2) a «cortos fragmentos»; Holanda (art. 16.1) a «partes de una obra literaria, científica o artística legalmente divulgada», Alemania (art. 52a(1)) restringe el límite al uso de «pequeños fragmentos de obras publicadas, otras obras cortas, o contribuciones individuales a periódicos o revistas;» etc.

¹⁰⁹ Vid., e.g., Bélgica (art. 22(1)4ter) distingue entre «reproducción de fragmentos o la totalidad de artículos o de obras de arte» y la «reproducción de pequeños fragmentos de otras obras»; es interesante observar que esta misma distinción no se mantiene para la comunicación al público para fines de ilustración de la enseñanza (art. 22(1)4quater). Alemania (art. 52a(2)) limita el uso de obras audiovisuales para fines de ilustración de la enseñanza, a que haya transcurrido un período de dos años desde su explotación comercial.

¹¹⁰ Vid. Francia (art. L122-5(3)e): además de las 'obras concebidas con fines pedagógicos', también se excluyen las partituras musicales y las obras realizadas para ediciones digitales literarias. También Alemania excluye las obras destinadas a ser utilizadas para la instrucción de ambos límites (art. 52a(3) y art. 53.3) para fines de ilustración de la enseñanza (y para los exámenes, en el entorno presencial).

¹¹¹ Especialmente, si ello incluye documentales y otras obras audiovisuales; como sucede en los Países Nórdicos.

¹¹² Como hacen Francia (art. L122-5(3)e) y los Países Nórdicos.

¹¹³ Como hace Hungría (art. 35.5) y, en menor medida, Alemania (art. 52a(1)).

¹¹⁴ Aunque se ha apuntado la posibilidad de que tales requisitos sean adicionales (no exigidos por la «Regla de los Tres Pasos» ni por el art. 5.3(a) DDASI); Vid. Ernst/Haeusermann, *op.cit.supra*, §5.3.2.

¹¹⁵ Vid. Italia (art. 70.1bis), Holanda (art. 16.1), Luxemburgo (art. 10.2), Malta (art. 9.1h), Estonia (sec.19.2).

hace la DDASI) o como máximo se refieren a instituciones educativas (escolares o universitarias). Pero unos pocos van más allá. Por ejemplo, en Bélgica, los usos educativos se cubren mediante dos excepciones distintas: una para la reproducción (incluida la digital) y otra para la comunicación pública (incluida a través de redes digitales), que queda limitada a las instituciones «oficialmente reconocidas o organizadas —a tal efecto— por las autoridades públicas.»¹¹⁶ Las escuelas públicas y las universidades serán claros beneficiarios, pero queda por ver si una institución privada podrá subsumirse como «oficialmente reconocida». Además, la ley belga requiere que el uso educativo se lleve a cabo a través de redes cerradas de transmisión del establecimiento», lo cual, en principio, no significa que quede necesariamente limitado a las instalaciones de la institución educativa.¹¹⁷ Portugal sólo se refiere a las «instituciones que no vayan dirigidas a obtener, directa o indirectamente un beneficio comercial o económico,»¹¹⁸ con lo cual desoye el criterio interpretativo establecido por el Cons.42 DDASI de centrarse en la naturaleza de la actividad y no en el carácter de la institución. Alemania distingue entre «escuelas y universidades» y «instituciones no comerciales de educación continua y de instrucción profesional;»¹¹⁹ todas ellas pueden beneficiarse del límite de puesta a disposición para fines docentes, pero mientras que escuelas y universidades pueden tener ánimo de lucro, sólo se beneficiarán aquellas escuelas profesionales y/o de educación continua que no tengan ánimo de lucro. En cambio, Francia opta por un lenguaje formalmente más próximo a la DDASI, al exigir únicamente que el uso no dé lugar a «ninguna explotación comercial» e incluso al añadir que el público se «componga mayoritariamente de alumnos, estudiantes, profesores o investigadores.»¹²⁰

También la compensación es terreno de desencuentros. Alemania, Bélgica, Francia, Holanda, Suiza y Liechtenstein establecen una remuneración a favor de los autores.¹²¹ En Malta, Bulgaria, Estonia, Hungría, Latvia y República Checa los usos educativos son expresamente gratuitos.¹²² Mientras que los res-

¹¹⁶ Vid. Bélgica (art. 22(1)4quater).

¹¹⁷ Otra interpretación limitaría drásticamente el alcance de la excepción educativa belga y excluiría a la educación virtual de su ámbito de cobertura. Además, su comparación con el lenguaje del art. 5.3(n) DDASI, transpuesto en el art. 22.1(9) como «mediante terminales especializadas accesibles dentro de las premisas de estos establecimientos» favorece la interpretación inicialmente propuesta.

¹¹⁸ Vid. Portugal (art. 75.2).

¹¹⁹ Vid. Alemania (art. 52a(1)). Esta misma distinción se hacía ya en el art. 53.3 que establece el límite para fines educativos en entornos «presenciales», es decir, cubriendo la reproducción.

¹²⁰ Vid. Francia (art. L122-5(3)e).

¹²¹ Estos regímenes no se definen por la ley, sino que se dejan a la regulación por el Gobierno (en el caso de Francia (art. L122-5(3)(e)) se establece expresamente que se tratará de una 'remuneración negociada a tanto alzado.' Alemania (art. 52a(4)) sujeta tales usos a remuneración equitativa de los autores, que se realizará a través de gestión colectiva obligatoria.

¹²² El límite previsto en Malta ya se refiere al «fin no comercial perseguido;» De todas maneras, un uso educativo (aún sin finalidad comercial) amparado por el límite que perjudicada la normal explotación de la obra debería —en cumplimiento de la «Regla de los Tres Pasos»— dar lugar a una remuneración o quedar descalificado bajo el límite. También en Bulgaria, Lituania, Eslovaquia y Eslovenia (examinadas bajo el próximo grupo) los usos educativos son expresamente gratuitos.

tantes (e.g., Italia,¹²³ Luxemburgo,¹²⁴ Grecia, Polonia y Portugal) guardan silencio. Ante lo cual cabe preguntarse si la compensación vendrá exigida indirectamente (al menos, respecto de algunos usos educativos) por la «Regla de los Tres Pasos».

(b) Límites menos favorables a los usos educativos on-line

Bajo un segundo grupo de leyes nacionales, compuesto por Austria, Grecia, Eslovenia, Eslovaquia, Lituania, Irlanda y el Reino Unido, los límites para fines educativos no son favorables a la enseñanza virtual; ya sea por dar cobertura únicamente a la reproducción,¹²⁵ o por limitar la comunicación pública a las ejecuciones de obras en directo (representaciones teatrales, recitales, conciertos,... ante un público presencial).¹²⁶ Son de aplicación aquí algunas de las mismas apreciaciones que vimos en el grupo anterior.¹²⁷ España quedaría incluida en este grupo; al menos, en atención al nuevo art. 32.2 TRLPI (vid. infra).

(c) Licencias colectivas extendidas

Otro grupo es el formado por los Países Nórdicos donde los usos educativos quedan sujetos a licencias colectivas extendidas¹²⁸ y remuneradas.

Estas licencias acostumbraban a permitir la reproducción para «fines educativos» de obras ya publicadas (o realizar copias de audio y video de grabaciones de acti-

¹²³ En Italia (art. 70.1bis) el límite queda restringido a aquellos usos educativos que no tengan finalidad lucrativa, con lo cual ya se reduce su ámbito, pero también se establece que tales usos quedarán regulados por Decreto gubernamental —el cual podría prever algún tipo de remuneración.

¹²⁴ Según se explica en la ley de transposición (N.º 5128, 14 Mayo 2003), Luxemburgo rechazó establecer un sistema de cánones compensatorios sobre soportes y equipos, explicando que la compensación equitativa que requiere la DDASI no equivale necesariamente a una «remuneración» y que deben explorarse medios de compensación alternativa más equilibrados. Tal vez instituciones educativas y entidades de gestión puedan llegar a acordar algún tipo de régimen compensatorio.

¹²⁵ Vid. e.g. Austria (art. 42), Eslovenia (arts. 49-50), Lituania (art. 22.1) y Reino Unido (sec.32; la fotocopia para fines educativos queda regulada en la sec.36).

¹²⁶ Es el caso de Irlanda (la excepción para fines educativos o de examen sólo cubre las copias (sec.53) y la excepción que permite la representación, ejecución o exhibición de obras en el curso de actividades en establecimientos educativos (sec. 55) se reduce claramente a las sesiones en directo). También Eslovaquia (sec.28.1) ha adoptado el lenguaje de la DDASI (al permitir la reproducción, distribución y comunicación pública) pero sólo «para fines educativos en la escuela», lo cual puede leerse restringido a las instalaciones físicas de la escuela. Probablemente, también sea el caso de Grecia que establece dos excepciones para la reproducción para fines educativos o de examen (art. 21) y la comunicación o exhibición pública de obras (art. 27), pero la referencia al «establecimiento educativo» (art. 21) y a la «audiencia compuesta por...» (art. 27) favorece una interpretación restringida a las instalaciones físicas.

¹²⁷ Vid. e.g. Austria (art. 42) restringe el límite a «los participantes del curso» y excluye expresamente del mismo a las obras destinadas a la educación.

¹²⁸ Y todas ellas permiten expresamente la realización de compilaciones docentes (de pequeñas partes de obras) bajo la licencia colectiva extendida.

vidades escolares), pero no incluían la comunicación al público (o cuando lo hacían, sólo cubrían la representación o ejecución en directo, en la escuela). Al parecer ello está en fase de cambio y se prevé que las licencias colectivas extendidas que se ofrece a las instituciones educativas pronto cubran también los usos digitales. Por ejemplo, en Dinamarca, la licencia colectiva extendida que ofrece COPYDAN ya permite el escaneado, impresión, almacenamiento, transmisión por e-mail, colgar en una intranet con acceso restringido con claves de acceso (*passwords*) y descargar obras, en todo tipo de instituciones educativas (escuelas de todos los niveles, universidades, etc), a cambio de una remuneración fija por estudiante por año. Sin embargo, como herencia de las licencias reprográficas, sólo permiten la copia de un máximo del 20% o de 30 páginas por obra (la cantidad menor).

Todos estos países permiten la comunicación pública de obras publicadas (excluyendo expresamente las obras dramáticas y audiovisuales) para fines educativos (en un «ámbito educativo» o como parte de «actividades educativas») siempre y cuando no tengan fines comerciales.¹²⁹ Noruega excluye expresamente que ello incluya la transmisión (alámbrica o inalámbrica) al público cuando se trate de educación para fines comerciales. Lo cual podría dar a entender que tratándose de un «ámbito educativo no comercial», sí quedaría incluida en el límite, y por tanto, bajo la licencia correspondiente.

(d) Otros usos relacionados con la educación: representaciones escolares y compilaciones

Algunos países permiten el uso de obras para representaciones (dramáticas o musicales) en las escuelas y demás instituciones educativas, normalmente por parte de los propios estudiantes y profesores.¹³⁰ Sin embargo, a pesar de realizarse en un entorno escolar, ello no es propiamente un límite para fines docentes y no debe confundirse con él.¹³¹ Igualmente, algunos países permiten expresamente la grabación de tales representaciones o la reutilización de las obras creadas por los propios estudiantes (exámenes, ejercicios, etc).¹³²

Otro gran ámbito relacionado con los usos educativos es el de las compilaciones docentes, que normalmente se encuentran a caballo entre los límites previstos para fines docentes y el límite de cita. De hecho, ya vimos como el CB daba cobertura a tales compilaciones bajo ambos límites art. 10(2) y art. 10(1) y hemos concluido que el art. 5.3(a) DDASI también lo permite (siempre dentro de los parámetros allí recogidos).

¹²⁹ Islandia (sec.21), en cambio, establece que si existe un precio de entrada a la representación, el autor tiene derecho a ser remunerado.

¹³⁰ Vid. e.g. Reino Unido (sec.34), Irlanda (sec.55), Grecia (art. 27), Hungría (art. 38.1b), República Checa (art. 35.2) y Eslovaquia (sec.30.1b).

¹³¹ Como vimos, los países nórdicos acostumbran a permitir tales representaciones, sin la autorización del autor; en tanto no se cobre precio de entrada por la representación.

¹³² Vid. República Checa (art. 35.3: permite el uso de 'una obra creada por un alumno o estudiante para el uso interno de la escuela o establecimiento educativo').

Sin embargo, algunas de leyes nacionales prefieren recogerlos bajo un límite específico que permita la realización de antologías o compilaciones para fines docentes.¹³³ Este es el caso de Austria (art. 45.1), Italia (art. 70.2), los Países Nórdicos, y tal vez de Luxemburgo.¹³⁴ También el Reino Unido (sec.33) y Irlanda (sec.54) establecen un límite específico para la compilación de materiales docentes, pero con un alcance más restringido, al exigir que la mayoría del material que compone la compilación esté en el dominio público. El caso de Bélgica (art. 21.2) es llamativo, por cuanto este límite sólo es aplicable tras la muerte del autor.¹³⁵

Grecia (art. 20), Holanda (art. 16.1)¹³⁶ y la República Checa (art. 31b), se refieren no tanto a la compilación de materiales sino más bien a la inclusión de obras ajenas en manuales escolares.¹³⁷ Mientras que Hungría (art. 34) los cubre expresamente ambos.¹³⁸ También Polonia (art. 29.2)¹³⁹ y Eslovenia (art. 48)¹⁴⁰ permiten dar cobertura a ambos. Y finalmente, Latvia (art. 21) y Lituania (art. 22.1) permiten no sólo el uso de obras ajenas en publicaciones docentes sino también en programas de radio y TV, en obras audiovisuales, etc destinadas a la educación.

Como tendremos ocasión de ver cuando examinemos la legislación española, la carencia de este tipo de límite ha conducido a una interpretación jurisprudencial amplia del límite de cita del art. 32.1 TRLPI para dar cabida al uso de obras ajenas para la realización de compilaciones y, en especial, de ediciones docentes.

*Este breve repaso muestra que las diferencias existentes en las leyes nacionales son importantes y que no es de esperar demasiada armonización en este campo.*¹⁴¹ Además, queda por ver cómo van a aplicar los tribunales nacionales la «Regla de los Tres Pasos» para acabar de moldear el alcance de los usos educativos, en cada caso.

¹³³ Vid. Anexo.

¹³⁴ Antes de la implementación de la DDASI, Luxemburgo amparaba la compilación de materiales para fines docentes bajo el antiguo límite de ilustración de la enseñanza (art. 13.2), lo cual no es de extrañar, ya que seguía los parámetros establecidos por el art. 10(2) CB (que, como vimos, permite dar cobertura a las publicaciones para fines docentes); en cambio, no está tan claro si el nuevo límite para fines de ilustración para la enseñanza (art. 10.2), que adopta el lenguaje más próximo al art. 5.3(a) DDASI, también les dará cobertura.

¹³⁵ Tras la muerte del autor sus obras podrán ser libremente utilizadas en compilaciones educativas en tanto se respeten los derechos morales y se pague la compensación equitativa establecida para ese fin. Mientras viva, el autor podrá autorizar o prohibir la inclusión de sus obras en la confección de antologías docentes, aunque tales no persigan finalidad comercial o económica, directa o indirecta.

¹³⁶ Además de la reproducción, Holanda (art. 16.4) permite también la traducción de la obra ajena utilizada.

¹³⁷ Más dudoso el caso de Portugal (art. 75.2h); no está claro si se refiere a compilaciones o a manuales.

¹³⁸ Hungría (art. 34): '*Está permitido utilizar parte de una obra literaria o musical, o una obra de reducido tamaño (más allá del ámbito de la cita) para fines de educación escolar y lecturas docentes, así como en manuales o tratados de referencia para fines académicos (y se indique el crédito correspondiente en la portada).*'

¹³⁹ Vid. Polonia (art. 29.2) permite '*para fines educativos y científicos, insertar cortas obras divulgadas o fragmentos de obras más extensas en manuales y colecciones de piezas seleccionadas.*'

¹⁴⁰ En este caso, a diferencia de los restantes, con sujeción a remuneración.

¹⁴¹ Tal vez el TJCE pueda aportar criterios para aproximar la interpretación de las disposiciones nacionales relativas al límite para fines de ilustración de la enseñanza.

3. LA CITA: DDASI Y DERECHO COMPARADO

El art. 5.3(a) DDASI permite a los Estados Miembros establecer límites a los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública (incluida la puesta a disposición):

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.

(a) Calificación

Al cubrir los derechos de reproducción y comunicación pública y ser tecnológicamente neutro en cuanto a medios de explotación, este límite es compatible con las citas realizadas en Internet. Más aún, a nivel nacional, la mayoría de límites de cita previstos evitan toda referencia a actos o derechos de explotación concretos y simplemente se refieren en general al «uso» o a la «cita».¹⁴² De hecho, estas soluciones ‘abiertas’ tienen más sentido que la restricción de la DDASI (a derechos/actos de explotación concretos), ya que facilitan la inclusión de la traducción de la obra citada.¹⁴³

(b) Beneficiarios

Tampoco existe restricción alguna en cuanto a los beneficiarios de este límite, ni a nivel individual ni institucional; por tanto, pueden beneficiarse del mismo, tanto profesores como estudiantes, tanto instituciones educativas públicas o privadas, con o sin ánimo de lucro. Tampoco las leyes nacionales restringen los beneficiarios del límite de cita.¹⁴⁴ Siendo el límite de cita un bastión fundamental para la libertad de expresión y de creación, es lógico que —a diferencia de lo que ocurre con los demás límites— no exista restricción alguna en su ámbito de beneficiarios.

(c) Naturaleza y alcance de las obras citadas

El límite permite el uso de todo tipo de obras, en tanto hayan sido lícitamente divulgadas, sin establecer restricción alguna en cuanto a su alcance, el cual

¹⁴² Vid. Anexo. Sólo unos pocos se refieren expresamente a la «reproducción, distribución y comunicación pública»; e.g., Alemania (art. 51) y Malta (art. 9.1k —que opta por incluir también la traducción).

¹⁴³ Vid. Holanda (art. 15a.4), Malta (art. 9.1k), Lituania (art. 21) y Eslovenia (art. 51) incluyen expresamente la traducción de la obra citada. El Reino Unido (sec.30.1) y Irlanda (sec.51.1) utilizan la expresión genérica «fair dealing» que, en principio, debería poder cubrir todo acto de explotación (incluida, ¿por qué no? la traducción).

¹⁴⁴ Vid. Anexo.

queda limitado por dos extremos: ‘el buen uso’¹⁴⁵ y ‘en la medida que lo exija el objetivo específico perseguido’. Aunque, de hecho, el mismo concepto de «cita» ya exige implícitamente una cierta restricción en la cantidad de obra utilizada para tal fin, ello permite citar la obra entera, en la medida en que «se haga *buen uso* de ella, y ...lo *exija el objetivo específico perseguido*».

La mayoría de leyes nacionales exigen también que la obra citada haya sido lícitamente divulgada. En cambio, tienden a restringir su alcance en función del tipo de obra de que se trate,¹⁴⁶ sin «aprovechar» la mayor flexibilidad permitida por el art. 5.3(d) DDASI.

(d) *Fines*

La DDASI permite la cita «*con fines de crítica o reseña*», pero sería erróneo entender que se trata de fines específicos con carácter exhaustivo y que no se permite la cita para otros fines. De hecho, las versiones inglesa y francesa del art. 5.3(d) confirman que se trata de fines *a título de ejemplo*,¹⁴⁷ aunque al traductor español se le olvidara mencionarlo así. Por tanto, es posible utilizar el límite de cita para otros fines, como por ejemplo, la enseñanza —ya sea como parte de la actividad educativa o como parte de una compilación o antología para fines educativos.

La mayoría de leyes nacionales prefieren un derecho de cita amplio, sin referirse a finalidades específicas,¹⁴⁸ aunque algunas siguen mencionando fines concretos,¹⁴⁹ entre ellos los fines educativos. En ambos casos, el límite de cita permite el uso de obras para fines educativos. La mayoría implican o exigen también que la obra citada entre a formar parte (siendo comentada, criticada o analizada) de una nueva obra.¹⁵⁰ Este requisito parece haber sido aplicado hasta el momento con mucha laxitud, al menos en relación con las citas que se realizan en ámbitos educativos presenciales. Queda por ver si esta misma flexibilidad será trasladable al contexto virtual.

¹⁴⁵ El texto en inglés de la Directiva se refiere a ‘*fair practice*’, mucho más acorde con el art. 10(1) CB.

¹⁴⁶ Vid. Anexo. Este es el caso, e.g., de Francia y España. Para Francia, vid. A. Lucas, *Traité de la Propriété Littéraire & Artistique*, Litec, 3 ed. (2006) p. 309; Para España, vid. C. Pérez de Ontiveros Vaquero, *Comentario al art. 32, Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual (Bercovitz ed.)*, Tecnos, 3ed. (2007) p. 583.

¹⁴⁷ Tanto las versiones inglesa como francesa hablan de ejemplos: «for purposes *such as* criticism or review» y «*par exemple*, à des fins de critique ou de revue».

¹⁴⁸ Vid. Alemania (art. 51), Reino Unido (sec.30.1), Irlanda (sec.51.1), Suiza (art. 25) Liechtenstein (art. 27), Países Nórdicos, Malta (art. 9.1k: para fines *tales como* crítica o reseña), etc. Vid. Anexo.

¹⁴⁹ See, e.g., Bélgica (art. 21: fines de crítica, polémica, reseña, enseñanza o trabajos científicos), Luxemburgo (art. 10.1) y Francia (art. L122-5.3(a): naturaleza crítica, polémica, pedagógica, científica o informativa de la obra a la que se incorpora la cita), Italia (art. 70.1: fines de crítica, discusión o fines docentes), Holanda (art. 15.^o: en anuncios, críticas, escritos polémicos o textos científicos), Polonia (art. 29.1: para explicación, análisis crítico, enseñanza), Portugal (art. 75.2g: para corroborar la propia doctrina o para fines de crítica, discusión o enseñanza), etc. Vid. Anexo.

¹⁵⁰ Vid., e.g. Bélgica (art. 21), Francia (art. L122-5.3(a)), Italia (art. 70.1), Holanda (art. 15a), Alemania (art. 51) y Grecia (art. 19).

(e) *Sin compensación*

El límite de cita del art. 5.3(d) DDASI no queda sujeto a compensación equitativa. Tampoco lo hacen las leyes nacionales.¹⁵¹

(f) *La integración del CB y la DDASI: ¿límite obligatorio u opcional?*

Como hemos tenido ocasión de ver, este límite de cita es muy similar al recogido en el art. 10(1) CB, y por tanto no es de esperar demasiados problemas para integrar sus respectivas interpretaciones. De hecho, el carácter imperativo de la disposición del CB puede acabar moldeando la interpretación del art. 5.3(d) DDASI. Sin embargo, queda por examinar el tema (ya apuntado en el capítulo del CB) de si es posible o incluso obligatorio dentro de la UE aplicar directamente el alcance del límite de cita previsto en el art. 10(1) CB para restringir la protección de autores/obras de otros países de europeos.

Apuntamos ya que los Estados miembros de la UE están obligados a permitir los usos eximidos bajo el art. 10(1) CB en relación con las obras/autores extranjeros (de otros países miembros de la Unión de Berna, incluidos los de la UE). Por tanto, un límite de cita nacional de alcance más restringido sólo podría aplicarse en casos estrictamente domésticos. En cambio, un límite nacional de cita más amplio que el del art. 10(1) CB (que permitiera más usos o con mayor alcance —cosa bastante improbable), debería también aplicarse a las obras/autores extranjeras, a raíz del principio de trato nacional (art. 5(1) CB).

Desgraciadamente, el carácter imperativo de este límite ha sido pasado por alto por el legislador europeo, que debería haber aprovechado la ocasión para recogerlo como imperativo en la DDASI, integrándolo así en el *acquis* comunitario, y asegurando que los Estados miembros de la UE cumplirían con sus comunes obligaciones internacionales previamente asumidas bajo el CB. En cualquier caso, el 'lapsus' del legislador comunitario no deroga ni modifica el carácter imperativo del límite del art. 10(1) CB entre Estados miembros (y, por tanto, tampoco entre Estados de la UE); simplemente hace su aplicación más complicada y menos evidente.

(g) *La importancia del derecho de cita para la educación*

El derecho de cita es importante para los fines educativos porque, por norma general, la instrucción requiere necesariamente del análisis, comentario o crítica de obras preexistentes. Quizás por este motivo, muchos de los límites nacionales de cita se refieren expresamente a los fines educativos, junto con la investigación, la información, la crítica, la discusión, el análisis, etc.¹⁵² Además,

¹⁵¹ Vid. Anexo.

¹⁵² Vid. Anexo.

los límites de cita tienden a ser más flexibles, en cuanto a beneficiarios y, al mismo tiempo, «auto-contenidos» (en cuanto a naturaleza de la obra, alcance y fin) por las propias circunstancias de la cita, en cada caso. Por estos motivos, este límite es especialmente importante cuando la ley nacional no dispone de un límite específico para fines educativos¹⁵³ o cuando el mismo queda sujeto a condiciones rígidas o restrictivas de su alcance¹⁵⁴. Incluso cuando exista un límite específico y flexible para los fines docentes como permite el art. 5.3(a) DDASI, el límite de cita es importante para distinguir entre diferentes usos con fines docentes: citas con fines docentes (amparadas por el límite de cita, sin que generen compensación alguna al autor) y demás usos para fines docentes (amparados por el límite de ilustración de la enseñanza y sujetos a condiciones específicas, e.g. la compensación del autor).

4. LÍMITES A FAVOR DE BIBLIOTECAS: DDASI Y DERECHO COMPARADO

Antes de cerrar este capítulo de la DDASI, conviene referirse aunque sea brevemente a los otros dos límites allí previstos a favor de bibliotecas [arts.5.2(c) y 5.3(n)], para comprobar su falta de encaje (quizás más en el marco de las leyes nacionales que de la DDASI) con los otros límites relacionados con la educación.

(a) *El art. 5.2(c) DDASI*

Recoge un límite 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.

Por supuesto, aunque sólo cubre el derecho de reproducción, se entiende que el formato digital está incluido (en este sentido vid. Cons. 40 DDASI); pero nótese que no se restringe en modo alguno ni la naturaleza ni el alcance de las obras que pueden ser copiadas por estos establecimientos, y que no se exige *a priori* compensación equitativa alguna para los titulares de derecho.¹⁵⁵ Así pues, la única condición para la correcta aplicación de este límite sería el cumplimiento de los criterios de la «Regla de los Tres Pasos» (art. 5.5 DDASI).

Sin embargo, dos aspectos llaman la atención en este límite (al menos desde la perspectiva de la ley española):

¹⁵³ Como era el caso, antes de la implementación de la DDASI, de Francia y España.

¹⁵⁴ Por ejemplo, tras la implementación de la DDASI, España (art. 32.2).

¹⁵⁵ Aunque los Estados miembros pueden exigirla (vid. Cons.36 DDASI).

- que se refiera no sólo a bibliotecas, museos o archivos (a los cuales ya nos tiene acostumbrados el art. 37 TRLPI), sino también a «centros de enseñanza» sin ánimo de lucro (directo o indirecto);
- y que se dejen abiertos los fines para los cuales se realice la copia.

No es de extrañar que los cambios sufridos durante su tramitación parlamentaria respondieran justamente a ambos aspectos: instituciones y fines.¹⁵⁶

La actual lista cerrada de instituciones beneficiarias complica la interpretación y aplicación de este límite, poniendo presión sobre tales conceptos. ¿Que significa «accesibles al público»? ¿Puede este adjetivo predicarse de una biblioteca virtual o sólo de las bibliotecas «presenciales»? ¿Cuándo se entiende que una biblioteca, museo, archivo o una institución educativa no persigue la obtención de «un beneficio económico o comercial directo o indirecto»? ¿O debería referirse tal intención no comercial a la actividad de reproducción concreta efectuada al amparo del límite?

Además, se trata de un límite claramente insuficiente para las bibliotecas virtuales por cuanto, sólo permiten la reproducción, pero no la transmisión de la copia realizada al investigador o a en préstamo inter-bibliotecario; El Cons.40 no deja margen alguno: «dicha excepción...debe limitarse a una serie de casos específicos en los que se aplique el derecho de reproducción. ... no debe aplicarse a las utilizaciones realizadas en el contexto de la entrega en línea de obras o prestaciones protegidas.» Con lo cual, al final, las bibliotecas digitales acaban siendo discriminadas en comparación con las presenciales que podrán 'distribuir' la copia digital (en formato tangible) a sus usuarios.¹⁵⁷

¹⁵⁶ La Propuesta inicial de la Comisión sólo se refería a «establecimientos accesibles al público y que no persigan directa o indirectamente ningún beneficio económico o comercial» Vid. Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información, COM(1997)628final (DO C-108 de 07.04.1998). El Parlamento, en primera lectura, introdujo la condición de que la reproducción se realizada «con fines de archive o conservación» y, en cambio, abrió la lista de instituciones beneficiarias con «como en particular las bibliotecas y los archivos, y otras instituciones pedagógicas, educativas o culturales» Vid. Resolución legislativa que contiene el dictamen del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información COM(97)0628 - C4-0079/98 - 97/0359(COD), de 10 de febrero de 1999, Enmienda 38 al art. 5.2(c) En su propuesta modificada de Mayo de 1999, la Comisión aceptó el texto del Parlamento, retocándolos sensiblemente (Vid. DO C-180 de 25.6.1999). En Septiembre del 2000, la posición común adoptada por el Consejo eliminó la referencia a los fines de documentación/archivo o conservación a favor de una fórmula más flexible que permitiera todo formato de reproducción (incluido el digital) y para todo tipo de fines, siempre y cuando se realizara sin intención de obtener un beneficio comercial, pero a cambio volvió a cerrar la lista de instituciones beneficiarias. Vid. Posición común del Consejo de 28 de septiembre de 2000 (DO C-344 de 1.12.2000).

¹⁵⁷ La misma discriminación que se repite en relación con el límite previsto en el art. 5.3(n) y que sólo beneficia a aquellas instituciones que dispongan de «locales» donde se hallen instalados los terminales especializados.

En cuanto a los fines, por norma general las soluciones nacionales permiten la reproducción para fines de reemplazo y conservación, para préstamos interbibliotecarios (en algunos casos) y para fines de investigación; pero, salvo alguna excepción, no se contemplan los fines educativos.¹⁵⁸ Y sin embargo, no tiene sentido que no exista una verdadera interacción entre ambos límites (a favor de bibliotecas y fines educativos), ya que al fin y al cabo, la obra utilizada para la instrucción normalmente se obtiene de una biblioteca, al amparo de un límite o de una licencia. No tiene sentido que el uso de una obra para fines educativos quede amparado por un límite, pero su obtención quede sujeta a una licencia con posibles condiciones contractuales que restrinjan su uso posterior (e.g. prohibiendo su uso para fines educativos).

Para evitar este desfase, sería conveniente que los límites previstos a favor de bibliotecas y establecimientos educativos también permitieran las copias para fines educativos, además de los fines de investigación y conservación, etc. El art. 5.2(c) DDASI lo permite así (al no restringirlo a fines concretos) al menos, en cuanto a la reproducción, y siempre y cuando la misma no sea para fines comerciales o lucrativos.

Así lo hizo el legislador alemán en la reciente modificación de Octubre de 2007, estableciendo un nuevo artículo 53a denominado «Entrega de copias bajo demanda» que permite a las bibliotecas públicas la realización de copias, e incluso su transmisión (por fax, correo o electrónica), a petición de profesores e investigadores para ser utilizadas con fines de ilustración de la enseñanza o de investigación, respectivamente, a cambio de una compensación equitativa sujeta a gestión colectiva obligatoria.¹⁵⁹

(b) El art. 5.3(n) DDASI

Permite a los Estados miembros establecer límites a los derechos de reproducción y comunicación pública:

cuando el uso consista en la comunicación a personas concretas del público o la puesta a su disposición, a efectos de investigación o de estudio personal, a través de terminales especializados instalados en los locales de los establecimientos mencionados en la letra c) del apartado 2, de obras y prestaciones que figuran en sus colecciones y que no son objeto de condiciones de adquisición o de licencia.

¹⁵⁸ Sirva como ejemplo de este «desencuentro» entre límites, la solución española: el art. 37.1 TRLPI se establece a favor de bibliotecas, museos, archivos y demás establecimientos pero no beneficia a las instituciones educativas (a no ser, de forma indirecta, a través de sus bibliotecas), y queda restringido a los fines de investigación o de conservación (tras la adición realizada por la Ley 23/2006, de 7 julio) sin incluir los fines educativos. Es decir, en lugar de «abrir» la lista de fines cubiertos por el límite (tal como permitía el art. 5.2(c) DDASI, se optó por mantenerla cerrada y restrictiva.

Como ya apuntábamos, al referirse a los «locales de los establecimientos» anteriormente citados, este límite no es de aplicación a favor de bibliotecas virtuales o de centros educativos virtuales. Y ello a pesar de que aquí se habla de «investigación o de estudio personal.»

En el caso de España, la ley de implementación de la DDASI incorporó este límite el art. 37.3 TRLPI pero sólo a favor de los mismos establecimientos listados en el art. 37.1 TRLPI (por tanto, con exclusión de los centros de enseñanza), y sujetándolo a la «remuneración equitativa» de los autores.

IV. LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL ESPAÑOLA

La educación es un derecho fundamental reconocido en el art. 27 de la Constitución española.¹⁶⁰ Como tal, no es de extrañar que las finalidades educativas queden contempladas en el sistema de límites a los derechos exclusivos del autor. Pero, curiosamente, lejos de recibir un trato coherente y uniforme, los fines educativos quedan recogidos en el TRLPI de forma dispersa:

- bajo el límite de cita «*con fines docentes o de investigación*» del art. 32.1 TRLPI —cuyo origen se remonta a la LPI de 1987.
- bajo un límite «*con fines de ilustración de la enseñanza*» previsto únicamente para las bases de datos (art. 34.2(b) TRLPI) —introducido por la Ley 5/1998, de 6 de Marzo, de transposición de la Directiva 96/9/CE, de 11 Marzo 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos;¹⁶¹
- bajo un nuevo límite para la «*ilustración de... actividades educativas en las aulas*» —introducido como art. 32.2 TRLPI, con ocasión de la transposición de la DDASI, mediante Ley 23/2006, de 7 de Julio.

¹⁵⁹ Vid. Alemania Art. 53a: «(1) 1.—Está permitida, a petición del usuario, la reproducción y transmisión de contribuciones individuales publicadas en periódicos o revistas, así como de cortos fragmentos de una obra publicada, mediante correo o fax, por parte de las bibliotecas públicas siempre y cuando el uso quede permitido bajo el art.53. 2.—La reproducción y transmisión en otra forma electrónica está permitida, con exclusión de los archivos gráficos, para la ilustración de la enseñanza o para fines de investigación científica, en la medida en que no se realice con fines comerciales. 3.—Además, la reproducción y transmisión en forma electrónica solo está permitida cuando el acceso a las contribuciones o a los cortos fragmentos de una obra desde el lugar y el momento elegido por los miembros del público no ha quedado sujeto a condiciones específicas mediante acuerdo contractual. (2) 1.—El autor recibirá una compensación equitativa por la reproducción y transmisión. 2.—Esta remuneración solo se efectuará mediante gestión colectiva.»

¹⁶⁰ Junto con la educación, como derecho fundamental, nuestra Constitución también reconoce el derecho de acceso a la cultura (art. 44 CE) que deberá ser impulsada y desarrollada por los poderes públicos.

¹⁶¹ Además, en sede del derecho *sui generis* del fabricante de la base de datos, se establece un límite paralelo en el art. 135.1 TRLPI a favor del usuario legítimo de la base de datos.

A ellos hay que añadir los límites específicos previstos en el art. 37 a favor de bibliotecas, a los que ya tuvimos ocasión de referirnos brevemente en el capítulo anterior.

Todo ello tiene como resultado un sistema de *tres capas* para la protección de los fines educativos frente a la esfera de exclusividad del autor; un complicado sistema que, como tendremos ocasión de ver, se asevera como dislocado, fragmentado e insuficiente para dar respuesta a las necesidades de la educación.

Dicho esto, entraremos ahora a analizar más en detalle estos límites para fines educativos del TRLPI, siguiendo el mismo orden histórico que los vio nacer.

1. LA CITA: FINES DOCENTES O DE INVESTIGACIÓN

La Ley de Propiedad Intelectual de 1879 no hacía ninguna referencia a los fines educativos como límite a los derechos exclusivos del autor.¹⁶² Si bien es cierto que aquella ley no contenía propiamente un sistema de límites como el que tenemos en la actualidad.¹⁶³

Curiosamente, sí que contenía ya lo que podemos considerar el antecedente legislativo del actual límite de cita en su art. 7:

*Nadie podrá reproducir obras ajenas sin permiso de su propietario, ni aún para anotarlas, adicionarlas ó mejorar la edición: pero **cualquiera** podrá **publicar** como de su exclusiva propiedad **comentarios, críticas y notas** referentes á las mismas, **incluyendo sólo la parte del texto necesario al objeto.***

El llamado «*derecho de cita*» viene expresamente recogido en la Ley de Propiedad Intelectual de 1987, en su art. 32, cuyo redactado se ha visto en esencia inalterado a lo largo de todos estos años:

¹⁶² Tan sólo el art. 32 LPI de 1879 hacía referencia a la «enseñanza», pero no tanto como límite al ejercicio de los derechos de autor, sino más bien para establecer la titularidad de la institución («las Academias Reales o en cualquier otra Corporación») sobre las obras (escritos) encargadas por ésta y destinadas a la enseñanza:

El autor de discursos leídos en las Academias Reales o en cualquier otra Corporación, puede publicarlos en colección o separadamente. Gozan los Académicos de igual facultad con respecto a los demás escritos redactados con anuencia o por encargo de dichas Academias, excepto aquellos que a estas pertenecen indefinidamente como destinados a la enseñanza especial y constante de su respectivo instituto.

¹⁶³ De hecho, la importancia del sistema de límites a los derechos exclusivos es un fenómeno relativamente reciente (de la segunda parte del siglo XX), quizás porque —a diferencia de la tendencia actual— las antiguas leyes (e.g. Ley de Propiedad Intelectual de 1879) garantizaban derechos exclusivos «auto-contenidos,» con lo cual los límites no eran tan importantes.

Es lícita la inclusión en una obra propia de fragmentos de otras ajenas de naturaleza escrita, sonora o audiovisual, así como la de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo, siempre que se trate de obras ya divulgadas y su inclusión se realice a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico. Tal utilización sólo podrá realizarse con fines docentes o de investigación, en la medida justificada por el fin de esa incorporación e indicando la fuente y el nombre del autor de la obra utilizada.

Este límite ha venido siempre restringido a los «fines docentes o de investigación.»¹⁶⁴ En otras palabras, lo que hizo el legislador español en 1987 fue «fundir» los dos límites previstos en el art. 10(1) y (2) del CB: la cita y la ilustración de la enseñanza. Y como es de esperar, el resultado es insatisfactorio para ambos intereses protegidos. Por una parte, el límite de cita es insuficiente porque se ve limitado tanto por la naturaleza de las obras como por su alcance —cuando la cita, *per se*, queda abierta a todo tipo de obras y con el alcance necesario para tal finalidad. Y por otra, el límite para la ilustración de la enseñanza es insuficiente porque se ve limitado a fines de cita o de análisis, comentario o juicio crítico —cuando la ilustración de la enseñanza permite dar cobertura a muchos otros usos/fines educativos, tal como hemos tenido ocasión de ver tanto bajo el CB como de la DDASI. Pero veamos todos estos elementos más en detalle.

(a) *Inclusión en una obra propia*

Se trata ésta de la primera condición para el amparo de este límite: la creación de una obra nueva, lo cual demuestra dónde se encuentra su justificación: en la libertad de expresión y de creación. Es, pues, un límite arraigado en la propia esencia del régimen de propiedad intelectual, que permite explicar que tanto los derechos exclusivos otorgados a los autores como los límites establecidos a los mismos tienen un objetivo común: el fomento de la creación cultural, literaria, artística y científica.

Dicho esto, es importante tener presente que al utilizar la palabra ‘inclusión’ este límite permite dar cobertura no sólo a los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública (como hace el art. 5.3(a) DDASI), sino también al derecho de transformación. La traducción, abreviación, etc. de la obra citada es posible, siempre y cuando se dé cumplimiento a las restantes condiciones establecidas en el art. 32.1 TRLPI. Además, esta amplitud y flexibilidad es altamente valiosa para la educación a distancia virtual que aquí nos ocupa: el límite del art. 32.1 TRLPI permite (siempre dentro de los confines del mismo) la cita de obras también como parte de actividades docentes realizadas en Internet, tanto por parte de profesores como de alumnado, y tanto en institu-

¹⁶⁴ Como ya hicimos en los anteriores capítulos, no vamos a tratar aquí los fines de investigación.

ciones públicas como privadas. Como veremos, es un límite flexible y amplio en cuanto a la calificación de los actos permitidos y a los beneficiarios. En cambio, esta amplitud y flexibilidad no es tan aparente cuando se trata de fines y alcance/naturaleza de las obras cubiertas.

(b) *Fragmentos de otras ajenas de naturaleza escrita, sonora o audiovisual, así como la de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo*

Para superar la irracionalidad e injusticia de semejante discriminación entre tipos de obras y aproximar el límite de la cita al art. 10(1) CB, varias Enmiendas propusieron, sin suerte, su sustitución por «de fragmentos cortos de otras ajenas ya divulgadas.»¹⁶⁵

Aunque, en principio, sólo cabe utilizar *fragmentos* de obras literarias, audiovisuales o musicales (estas obras no pueden ser «citadas» en su totalidad), el sentido común y la propia lógica interpretativa del precepto conduce a que, en última instancia, sea el parámetro de «*en la medida justificada por el fin*» (vid. infra) el que determine la licitud del alcance de la utilización.¹⁶⁶

En cuanto a las obras de carácter plástico o fotográfico figurativo, es importante destacar un «sutil» cambio operado por la Ley 23/2006, de 7 de Julio, de forma casi imperceptible y sin demasiada justificación aparente. Mientras que la LPI de 1987 se refería a «obras aisladas de carácter plástico, *fotográfico, figurativo o análogo*» el actual redactado habla de «obras aisladas de carácter plástico o *fotográfico figurativo*».¹⁶⁷ En cualquier caso, tanto antes como des-

¹⁶⁵ Vid. Enmienda n.108 (Grupo Parlamentario Popular); y Enmienda n.92 (Convergencia y Unió) en el Congreso, con la siguiente justificación: «La expresión «... de naturaleza escrita, sonora o audiovisual, así como de obras aisladas de carácter plástico, fotográfico, figurativo o análogo...» no tiene sentido y establece una discriminación entre las distintas obras protegidas, pues unas, las de naturaleza escrita, sonora o audiovisual sólo pueden citarse de forma fragmentada, y otras, las de carácter plástico, gráfico, figurativo o análogo pueden reproducirse íntegramente. Es conocido que esta frase se introdujo en la redacción del texto legislativo para evitar que la fragmentación de las creaciones visuales, como consecuencia de su cita, conllevara la lesión al derecho moral de los creadores, pero, por otra parte, no tiene sentido que el legislador español, a la hora de recoger el límite de la cita, no utilice la redacción, más que diáfana, del Convenio de Berna. El carácter restrictivo del límite ha de aplicarse no al objeto sino al sujeto y a las condiciones en que va a poder realizarse el uso de obras protegidas sin autorización de los titulares de los derechos. Por otra parte, el artículo 10 del Convenio de Berna, en su apartado 1, realiza una definición de la cita en la que no se establece ninguna determinación en cuanto, a la naturaleza de las obras protegidas afectadas por el límite.» Vid. Enmiendas en el Congreso de los Diputados, BOCG, Congreso, Serie A, n. 44-10 de 30 Noviembre 2005, pp. 29-96.

¹⁶⁶ En este sentido, vid. Pérez de Ontiveros, *op.cit.supra*, p.587 (2007).

¹⁶⁷ El nuevo lenguaje ya aparece en el proyecto de ley presentado por el Gobierno [BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A n. 44-1 de 26 de Agosto de 2005, pp. 8-9] y no levanta ningún tipo de consideración durante su tramitación parlamentaria. VEGAP, a través de su Director General, Sr. Javier Gutiérrez Vicén, ya criticaba el adjetivo «figurativo» con ocasión de su comparecencia en la Comisión de Cultura del Congreso de los Diputados, al referirse a las «obras de carácter plástico, figurativo o análogo» del (entonces vigente) art. 32 TRLPI como «una descripción verdaderamente cacofónica, porque no sé lo que significa figurativo, pero ahí está, una pésima redacción.» Vid. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Cultura, Sesión núm. 18, de 17 de octubre de 2005, Año 2005 n.392, p. 31.

pués de la modificación, su interpretación no es natural. Las obras de carácter plástico aparecen definidas «por defecto» en el art. 10(e) TRLPI al referirse a «las esculturas y las obras de pintura, dibujo, grabado, litografía y las historietas gráficas, tebeos o cómics, así como sus ensayos o bocetos y las demás obras plásticas, sean o no aplicadas.» La definición de las obras fotográficas también hubiera podido derivarse del art. 10(h) TRLPI «obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía».¹⁶⁸ En cambio, queda por ver qué es una obra de carácter «fotográfico figurativo» y si con esta modificación ha variado el alcance del límite.

Ahora bien, que las obras de carácter plástico o fotográfico figurativo puedan ser utilizadas en su totalidad no significa que no puedan serlo en una parte. Una vez más, el alcance del uso lícito vendrá establecido (en su máximo y mínimo) por «la medida justificada por el fin».¹⁶⁹ En todo caso, es imprescindible que éstas hayan sido lícitamente divulgadas.¹⁷⁰

(c) *A título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico*

La interpretación judicial de estos conceptos ha insuflado un poco de aire (algunos dirían que en demasía) en este enconsertado límite. Concretamente, la jurisprudencia¹⁷¹ ha confirmado que ‘a título de cita’ es un concepto distinto e independiente del ‘análisis, comentario o juicio crítico,’ y que debe ser interpretado de forma amplia.¹⁷² En otras palabras, cabe citar, sin analizar, comentar o criticar.¹⁷³ Interpretación que no parece desacertada y que encuentra también apoyo en la doctrina jurídica.¹⁷⁴ En primer lugar, por la propia disyuntiva recogida en el articulado: una cosa o las otras. En segundo lugar, por el propio lenguaje y alcance del límite de cita en el CB (clara fuente de inspiración

¹⁶⁸ Tampoco está claro si ello incluye las meras fotografías, aunque, en principio, la aplicación *mutatis mutandis* del capítulo de límites del derecho de autor, a los derechos conexos (vid. art. 132 TRLPI), apuntaría hacia una respuesta positiva.

¹⁶⁹ En este sentido, vid. C. Rogel Vide/ J.M. Rodríguez Tapia, *Comentarios a la LPI*, Ed. Civitas (1998) p.170.

¹⁷⁰ Cuestión distinta es la responsabilidad en la que pudiera incurrir aquél que, sin conocimiento de causa, cita una obra que no fue lícitamente divulgada.

¹⁷¹ Vid. AP Barcelona (sec.15), 31 Octubre 2002 [Barcanova], Westlaw.ES JUR2004/54771; vid. AP Sevilla (sec.6), 30 Octubre 2003 [CEDRO v. Atril 96], Westlaw AC2003/1828; AP Madrid (sec.14), 23 Diciembre 2003 [Fundación Santamaría], Westlaw.ES JUR2004/90140; AP Madrid (sec.13), 26 febrero 2007 [Grupo Anaya] Westlaw.ES JUR2007/151600.

¹⁷² Vid. AP Barcelona (sec.15), 31 Octubre 2002 [Barcanova], Westlaw.ES JUR2004/54771: las únicas citas que no quedan cubiertas por el art. 32.1 TRLPI son las que no se realizan para fines docentes o de investigación, las que no cumplen con todos los demás requisitos (fragmentos, obras aisladas de carácter plástico, en la medida justificada por el fin...) o las que causen un perjuicio injustificado a los intereses del autor o vayan en detrimento de la normal explotación de la obra (ex art. 40bis TRLPI).

¹⁷³ Vid., por todas, AP Barcelona (sec.15), 31 Octubre 2002 [Barcanova], Westlaw.ES JUR2004/54771.

¹⁷⁴ Vid., por todos, Pérez de Ontiveros, *op.cit.supra*, p. 588: «la cita en sentido estricto es sólo una de las posibilidades que ofrece el texto [art. 32.1 TRLPI] pues en él se contempla también la utilización de la obra para análisis, comentario o juicio crítico».

del art. 32.1 TRLPI), que se refiere únicamente a «las citas tomadas de una obra» (y no al análisis, comentario o juicio crítico).¹⁷⁵ Y en tercer lugar, porque cualquier otra interpretación hubiera *de facto* convertido en ilegales a gran cantidad de prácticas editoriales, periodísticas, y artísticas, que usan obras ajenas sin analizar, comentar o criticar y cuya legitimidad nadie se atrevería a discutir. Además, no olvidemos que cualquier otra interpretación supondría un incumplimiento claro del único límite obligatorio del CB, al menos con respecto a la protección de autores u obras originadas en otros países miembros de la Unión de Berna.¹⁷⁶

La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona¹⁷⁷ se encarga de explicar qué se entiende por *análisis* («distinguir y separar sus partes para llegar a conocer sus elementos»), *comentario* («exponer su contenido y circunstancias para que se entienda con más facilidad»), *crítica* («enjuiciar sus cualidades y defectos») y *cita*:

La cita, en sentido estricto, constituye una de las cuatro posibilidades que el artículo 32 TRLPI legitima. Se trata de una actividad distinta de las otras tres, por lo que cabe afirmar, aplicando un argumento excluyente, que la reproducción puede ser lícita aunque no se analice, comente o critique la obra plástica ajena reproducida. La cita, por su significación gramatical y lógica, es un acto de reproducción con un fin inmediato más neutro y amplio que aquellos a los que se dirigen los otros tres permitidos y cuya relación con la obra que la contiene es menos específica. La cita, realmente, está justificada por su fin, al que también se refiere el artículo 32. Es su función o causa final la que la convierte en lícita: la docencia o la investigación.¹⁷⁸

(d) Con fines docentes o de investigación

Como apuntábamos, la inclusión de estos fines como únicos legitimados para permitir la cita aleja a este límite de lo previsto en derecho convencional y europeo (tanto en la DDASI como en derecho comparado), y lo desconecta de la más absoluta realidad. Y sin embargo, no deja de ser curioso que las citas para otros fines (literarios, periodísticos, políticos, etc) no hayan dado lugar a conflicto alguno ante los tribunales; posiblemente, porque las partes implicadas tienen el sentido común que le faltó al legislador español y entienden que la

¹⁷⁵ De hecho, la AP de Barcelona en la sentencia del caso Barcanova se refiere expresamente a los arts.5.3(a) DDASI y 10(2) CB, para fundamentar la inclusión de la «ilustración» dentro del concepto de cita del art. 32.1 TRLPI. Vid. AP Barcelona (sec.15), 31 Octubre 2002 [Barcanova], Westlaw.ES JUR2004/54771.

¹⁷⁶ Como vimos en el capítulo anterior, el CB no se preocupa de como trata la legislación de un Estado miembro a sus obras y autores nacionales (protección en el país de origen según la ley nacional, *ex art.* 5.3 CB).

¹⁷⁷ Vid. AP Barcelona (sec.15), 31 Octubre 2002 [Barcanova], Westlaw.ES JUR2004/54771. Vid. también Pérez de Ontiveros, *op.cit.supra*, p.589.

¹⁷⁸ Vid. AP Barcelona (sec.15), 31 Octubre 2002 [Barcanova], Westlaw.ES JUR2004/54771.

referencia a los «fines docentes o de investigación» debe ser leído de forma amplia (al menos, no restrictiva) para así permitir que este límite de cita cumpla con su finalidad natural, más allá de los fines docentes y de investigación.

Esta interpretación generosa es la consecuencia lógica de aplicar el criterio de interpretación teleológica, previsto en el art. 3.1 CC: a pesar del restrictivo lenguaje del límite de cita, a nadie se le escapa que el interés público protegido por esta disposición no es únicamente la educación (y la investigación), sino principalmente la libertad de expresión y, en general, la producción y creación intelectual, recogidos ambos como derechos fundamentales en el art. 20.1(a) y (b) CE, respectivamente.¹⁷⁹ Aspecto que, a nivel internacional, viene reafirmado por el carácter obligatorio de este límite en el CB (vid. supra).

Dicho esto, ¿qué se entiende por fines docentes o de investigación? La doctrina se manifiesta generalmente a favor de una interpretación amplia de estos fines para cubrir, además de la docencia e investigación, «cualquier actividad dirigida a informar del estado de una cosa o a descubrirla o averiguarla.»¹⁸⁰

También la jurisprudencia ha tenido ocasión de pronunciarse a favor de un concepto amplio que permite dar amparo bajo el límite del art. 32.1 TRLPI a las compilaciones realizadas por profesores de universidad de fragmentos de obras ajenas (y propias) para ser utilizadas en sus clases, en tanto que tal reproducción se realiza para fines docentes y con el alcance necesario para el uso docente que la justifica:¹⁸¹

estas lecciones o lecturas tienen que estar en relación con unas explicaciones de cátedra anteriores dadas a los alumnos, incorporando partes de varios libros (con datos de su autor), artículos de revista, en unión de conclusiones propias expresadas en folios a máquina, que el profesor desea sean estudiadas, preparando un conjunto de folios que entrega a la demandada [Atril 96] ... para que los fotocopie y se recojan por los alumnos [...] estas lecciones son mezcla de diversas opiniones, de difícil comprensión, al estar formadas por fragmentos pequeños de libros que sólo pueden interesar a alumnos muy concretos, como consta en las fotocopias en seis ocasiones: 'Programa de Doctorado' o 'Alumnos que desean mejorar nota'.

¹⁷⁹ Además de la libertad de cátedra y la libertad de información recogidos en los apartados (c) y (d) del mismo art. 20.1 CE. Además, recordemos que la cita debe incluirse en una nueva obra (vid. supra).

¹⁸⁰ Vid. Rogel Vide / Rodríguez Tapia, *op.cit.supra*, p.172. En cambio, vid. Pérez de Ontiveros, *op.cit.supra*, p.590: «no me parece prudente admitir de forma generalizada que la inclusión en una obra de fragmentos de otra practicada a fines informativos pueda subsumirse en el [art. 32.1 TRLPI]...» ello sólo podrá admitirse excepcionalmente «apreciando las circunstancias concurrentes en algún supuesto determinado.»

¹⁸¹ En este sentido, vid. AP Sevilla (sec.6), 30 Octubre 2003 [CEDRO v. Atril 96], Westlaw AC2003/1828: una compilación de fotocopias de obras destinada a ser utilizada en la enseñanza queda cubierta bajo el art. 32(1) TRLPI.

Ahora bien, la realización de estas «compilaciones de material docente» debe distinguirse de la «realización masiva e indiscriminada» de fotocopias de libros en los servicios de reprografía de centros docentes o universitarios, que no puede quedar amparada por el límite de la cita.¹⁸²

Por otra parte, la expresa referencia a los fines docentes incluidos en el límite de la cita ha permitido (casi obligado) a leerlo también como límite para la «ilustración de la enseñanza,» a la luz del art. 10(2) CB y del art. 5.3(a) DDA-SI (pendiente en aquel momento de transposición):

el legislador español ha hecho uso positivamente, bien que no de modo expreso, de la facultad a que se refieren los artículos 10.2 del Convenio de Berna y 5.3.a de la Directiva 2001/29/CE, al regular como lícita, en la medida justificada por el fin perseguido, la reproducción de las obras literarias o artísticas, a título de ilustración de la enseñanza por medio, entre otros, de publicaciones.¹⁸³

Diversas sentencias han confirmado que el uso de imágenes para «ilustrar» manuales escolares (y, en menor medida, universitarios) queda amparado por el art. 32.1 TRLPI. La primera de ellas fue la sentencia de la Sección 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el caso de VEGAP contra Editorial Barcanova.¹⁸⁴ Tras una interpretación amplia del concepto «a título de cita,» como distinto e independiente del comentario, análisis o juicio crítico (vid. supra), la Audiencia concluyó que:

una interpretación correcta del artículo 32 lleva a entender que la ilustración [definida previamente como «adorno de un impreso mediante estampas, grabados o dibujos alusivos al texto»]¹⁸⁵ constituye en nuestro sistema una modalidad de cita, también admisible tratándose de obras plásticas y similares [...] no hay razón para no incluir en la cita la reproducción que se efectúa *con fines de ilustración*, con obra plástica ajena, de la obra propia; si es que, claro está, se cumplen los demás requisitos que son precisos para justificarla, entre ellos, la causa de docencia o investigación y la proporcionalidad.¹⁸⁶

¹⁸² Vid. AP Zaragoza (sec.5) 2 Diciembre 1998 [Universidad de Zaragoza] Westlaw.ES AC1998/2303; Esta sentencia distingue, a efectos del límite del art. 37.1 TRLPI, entre fines docentes y fines de investigación que define como «propios de los profesores o doctorados».

¹⁸³ Vid. AP Barcelona (sec.15), 31 Octubre 2002 [Barcanova], Westlaw.ES JUR2004/54771.

¹⁸⁴ Vid. AP Barcelona (sec.15), 31 Octubre 2002 [Barcanova], Westlaw.ES JUR2004/54771.

¹⁸⁵ Además, recoge la sentencia que «la finalidad perseguida por la demanda al reproducir en los libros las obras plásticas ajenas era la de ilustrar, complementar, aleccionar o facilitar la explicación que contiene el texto de la obra principal a la que se incorpora la ilustración»; Vid. AP Barcelona (sec.15), 31 Octubre 2002 [Barcanova], Westlaw.ES JUR2004/54771.

¹⁸⁶ Vid. AP Barcelona (sec.15), 31 Octubre 2002 [Barcanova], Westlaw.ES JUR2004/54771.

Una sentencia posterior de la sección 14 de la Audiencia Provincial de Madrid, que enfrentaba también a VEGAP contra la Fundación Santamaría, hace suyos los postulados de la sentencia de Barcelona:

El precepto se refiere a un análisis, un comentario, un juicio crítico y, además, a una mera cita (en sentido estricto) pudiéndose considerar que la finalidad perseguida al reproducir en los libros las obras plásticas ajenas es la de ilustrar, complementar, aleccionar o facilitar la explicación que contiene la obra principal a la que se incorpora la ilustración. Considerando a la ilustración como el adorno de un impreso mediante estampas, grabados o dibujos alusivos al texto, lo cierto es que una interpretación correcta del art. 32 nos lleva a considerar que la ilustración en nuestro sistema constituye una modalidad de cita, ... [que] se justifica por la finalidad perseguida: la docencia o investigación.¹⁸⁷

Pero ¿es esta interpretación de la 'ilustración de la enseñanza' acorde con los textos convencionales y europeo? En el caso concreto de autos, la Audiencia de Barcelona apreció que las 'ilustraciones' contenidas en los libros de texto:

(a) guardan relación con el contenido pedagógico de los libros de texto a los que se incorporan (unas, forman parte de la actividad que proponen, otras, complementan los textos y, otras, sugieren al lector una asociación de ideas entre éstos y las imágenes representadas) y que (b), como toda relación entre texto y obra plástica, facilitan la comprensión de la realidad de que los primeros tratan (la, llamada literatura de imagen se considera un medio adecuado para transmitir información), incluso en la enseñanza de las matemáticas, al ser el arte una herramienta motivadora del estudio de las mismas y potenciadora de una formación integral.¹⁸⁸

También la Audiencia de Madrid concluyó a favor de la licitud de la inclusión de obras ajenas en los manuales escolares de autos, por cuanto «ayudan a estudiar la materia a que hace referencia el texto del libro [...] sirven para una mejor comprensión del texto, siendo su finalidad la docencia.»¹⁸⁹

¹⁸⁷ Vid. AP Madrid (sec.14), 23 Diciembre 2003 [Fundación Santamaría], Westlaw.ES JUR2004/90140.

¹⁸⁸ Vid. AP Barcelona (sec.15), 31 Octubre 2002 [Barcanova], Westlaw.ES JUR2004/54771.

¹⁸⁹ Vid. AP Madrid (sec.14), 23 Diciembre 2003 [Fundación Santamaría], Westlaw.ES JUR2004/90140. Aún sin estar relacionado con los hechos del caso, esta sentencia añade la siguiente explicación de lo que considera cita para ilustración de la enseñanza: «si por ejemplo, se está haciendo referencia en el texto de un libro de educación a la guerra civil española, es perfectamente lícito que se represente esta contienda bélica ilustrando el texto con la obra de 'Guernica' de Picasso.»

Al hallarse tan íntima y necesariamente relacionados con la finalidad docente perseguida con su utilización, no parece que hubiera motivo alguno para negarles amparo tanto bajo el art. 10(2) CB (vid. supra), como por el art. 5.3(a) DDASI (vid. supra). Más cuestionable, en cambio, es una reciente Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sec.13) de 26 febrero 2007 que, partiendo de los mismos razonamientos que las anteriores, se niega a distinguir entre las obras utilizadas para la ilustración del texto de los manuales y las utilizadas en la portada y contraportada de los mismos, entendiendo que quedan todas amparadas bajo el límite de cita «en la medida en que la inclusión en su portada y contraportada de obras correspondientes al repertorio de la actora participa de la finalidad docente...»¹⁹⁰

Junto con los manuales (escolares y universitarios), también los diccionarios pueden beneficiarse de los «fines docentes o de investigación» por cuanto «se trata de obras orientadas a la finalidad docente que contempla el [art. 32.1 TRLPI] interpretando tal término '*latu sensu*' equiparándolo a 'obras de carácter informativo, que dan a conocer a uno el estado de una cosa y le informan de ella.'»¹⁹¹

Con independencia de la calificación concreta de los hechos en cada caso, lo interesante es aquí resaltar como mediante la interpretación contextual y teleológica (*ex art. 3.1 CC*) de los «fines docentes» del art. 32.1 TRLPI, la jurisprudencia (menor) ha dado entrada a un límite «formalmente» inexistente (pero claramente necesario) en la normativa española: el de la ilustración de la enseñanza. Y es que una interpretación exclusivamente literal del art. 32.1 TRLPI podría, en muchos casos, ser contraria no sólo al interés público perseguido por el límite de cita (la libertad de expresión y de creación intelectual), sino también al interés público de la educación el cual, a falta de otra disposición específica, debe entenderse amparado por el mismo art. 32.1 TRLPI.¹⁹² No es nada fácil la labor jurisprudencial, cuando el legislador no ha cumplido debidamente con la suya.

Como veremos, no es previsible que el nuevo art. 32.2 TRLPI (vid. infra) altere la importancia del art. 32.1 TRLPI como límite para los fines docentes y, vía interpretación judicial, para la ilustración de la enseñanza.

¹⁹⁰ Vid. AP Madrid (sec.13), 26 febrero 2007 [Grupo Anaya] Westlaw.ES JUR2007/151600.

¹⁹¹ Vid. AP Madrid (sec.13), 26 febrero 2007 [Grupo Anaya] Westlaw.ES JUR2007/151600. Al parecer, el juzgador tuvo en cuenta que el convenio con VEGAP suscrito por la Federación de Gremios de Editores de España incluye expresamente a diccionarios y enciclopedias, junto con los libros de texto (escolares y universitarios) bajo el ámbito del límite de cita del art. 32.1 TRLPI: «se entenderá que gozan, en todo caso, de este carácter [fines docentes o de investigación] los libros de texto escolares o universitarios...»

¹⁹² Y es importante tener presente que ambos fines no son necesariamente los mismos. Ya apuntábamos al iniciar este estudio, que a pesar de referirnos en general al «interés público», las justificaciones de cada límite (cita y fines educativos) son diferentes. En el primer caso, el límite viene justificado por la libertad de expresión, pero también por la propia libertad de creación intelectual (el 'derecho de cita' es un límite fundamental para la creación de nuevas obras). En cambio, el segundo viene justificado por el derecho de acceso a la cultura y a la enseñanza.

(e) *En la medida justificada por el fin de esa incorporación*

Este parámetro es decisivo para acotar el alcance y la naturaleza de la obra que puede ser lícitamente citada. Como ya vimos en el apartado anterior, y al igual que ocurre bajo el CB y la DDASI, su flexibilidad permite aceptar como citas la selección y compilación de fragmentos de obras ajenas para ser utilizadas para fines docentes, siempre que la reproducción se realice con el alcance necesario (justificado) por tal uso docente.

En palabras de la Audiencia Provincial de Madrid (sec.19):¹⁹³

No exige la LPI que la cita sea corta ni marca limitación al fragmentado reproducido, lo que no supone que la misma no tenga límites, sino que éstos hayan de extraerse atendiendo a la naturaleza y carácter sustancial o no del fragmento, en relación a la obra a la que se lleva 'en la medida justificada por el fin de la incorporación'

Tanto los fines docentes o de investigación como las restricciones en cuanto al alcance de la obra citada, han podido ser «maleados» por los tribunales a la luz de esta condición suficientemente flexible;¹⁹⁴ junto con la consideración en cada caso concreto de los parámetros del art. 40bis TRLPI: «que no causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor y no vayan en detrimento de la explotación normal de la obra.»

(f) *Con o sin ánimo de lucro y sin compensación equitativa a los titulares*

Por una parte, el «derecho de cita» no queda sujeto a compensación equitativa de los titulares de derechos. Y por otra, no queda restringido a aquellos fines docentes que no persigan ánimo de lucro (aunque, indirectamente, *ex art. 40bis TRLPI*, la existencia de ánimo de lucro podría, en ciertos casos, excluir

¹⁹³ Vid. AP Madrid (sec.19), 25 marzo 2004 [Inversiones Editoriales Dossat 2000], Westlaw.ES JUR2004/248592; En este caso, el tribunal concluyó que la publicación de un libro que contenía (sin autorización de los autores respectivos) el texto de las ponencias completas realizadas en unos seminarios organizados por el Instituto de Fomento Empresarial, no podía quedar amparado por el límite de cita (ni tampoco por el art. 33 TRLPI: información o trabajos sobre temas de actualidad).

¹⁹⁴ En este sentido, vid. AP Barcelona (sec.15), 31 Octubre 2002 [Barcanova], Westlaw.ES JUR2004/54771: «la medida de la inclusión de las obras plásticas de que se trata fue adecuada a la función docente que las mismas cumplen en los libros de texto a las que se incorporaron». La justificación de la cita, en general, también puede examinarse teniendo en cuenta la «importancia contextual de las partes citadas» (vid. AP Valencia, 3 Enero 2007 [Contrato de seguro] Westlaw.ES AC2007/1252); la «naturaleza sustancial e importante» de las partes citadas (vid. AP La Coruña (sec.5), 23 Marzo 1999 [Autonomía y Heteronomía Moral] Westlaw.ES AC1999/1570); o incluso comparando la cantidad de obra citada en relación con el conjunto de la obra resultante que la incluye (vid. AP Ciudad Real (sec.1) 2 Marzo 2001 [Unión Eléctrica Fenosa] Westlaw.ES JUR2001/149833: no queda amparado por el art. 32 TRLPI una «cita» consistente en 9 páginas de un catálogo de 19 páginas, sin mencionar el nombre del autor).

la cobertura del límite). Ello significa que, *a priori*, son perfectamente posibles las citas (gratuitas) para fines comerciales e incluso con ánimo de lucro, en tanto se realicen «en la medida justificada por el fin» y se mantengan dentro de los parámetros de la «Regla de los Tres Pasos».

En este sentido, es especialmente interesante la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona [caso Barcanova], al distinguir (como ya hacía el art. 5.3(a) DDASI y su Cons.42) entre el ánimo de lucro de la actividad (cita/uso) concreta y el de la empresa o institución que la lleva a cabo (vid. supra):

Esa función [pedagógica] de las ilustraciones priva a las mismas de significación como instrumentos al servicio de fines comerciales, *pese a que los libros de texto se venden y la demandada actúa con ánimo de lucro*. Con otras palabras, obtener un lucro no era, a los efectos de que se trata, la causa concreta de la ilustración, por más que resulte una consecuencia normal— en el mercado de la calidad del producto, resultante a la finalidad educativa.¹⁹⁵

He aquí otro motivo para apreciar el difícil engranaje de los fines docentes (que no siempre deberán ser gratuitos) con el límite de cita (por tradición, gratuito).

A la vista de todos estos problemas, es absolutamente comprensible que, durante la tramitación parlamentaria de la Ley 23/2006, la mayoría de grupos parlamentarios en la oposición se pronunciaran (sin éxito alguno) a favor de la simplificación de este límite o, al menos, de la eliminación de los fines docentes o de investigación¹⁹⁶ para desvincularlo, de una vez por todas, del límite de ilustración de la enseñanza que (aparentemente) se iba a incluir en el nuevo apartado 2 del art. 32 TRLPI.

2. LAS BASES DE DATOS: FINES DE ILUSTRACIÓN DE LA ENSEÑANZA

El art. 34.2(b) TRLPI establece que:

no se necesitará la autorización del autor de una base de datos protegida en virtud del artículo 12 de esta Ley y que haya sido divulgada: [...] (b)

¹⁹⁵ Vid. AP Barcelona (sec.15), 31 Octubre 2002 [Barcanova], Westlaw.ES JUR2004/54771. Vid. también AP Madrid (sec.14), 23 Diciembre 2003 [Fundación Santamaría], Westlaw.ES JUR2004/90140, confirmando que los manuales escolares utilizados en la enseñanza oficial, a pesar de tener finalidad comercial, pueden quedar amparados por el límite de cita. Vid. también AP Sevilla (sec.6), 30 Octubre 2003 [CEDRO v. Atril 96], Westlaw.ES AC2003/1828: tras apreciar que «los apuntes o 'lecturas' ... son seleccionadas por los profesores para grupos reducidos de alumnos sin finalidad lucrativa», recogió expresamente que el límite de cita «no exige 'sin finalidad lucrativa' y sería lícita la actividad aunque la hubiera»;

¹⁹⁶ Por ejemplo, las Enmiendas n.108 (Grupo Parlamentario Popular) y n.92 (Convergencia i Unió) en el Congreso proponían eliminar tanto la referencia a los fines docentes o de investigación como la referencia a la naturaleza y alcance de las obras cubiertas. La Enmienda n.23 (Grupo Parlamentario Vasco) en el Congreso proponía también la supresión de los fines docentes o de investigación, aunque manteniendo la distinción entre alcance y naturaleza de las obras. Vid. Enmiendas en el Congreso de Diputados, BOCG, Congreso, Serie A, n. 44-10 de 30 Noviembre 2005, pp. 29-96.

*Cuando la utilización se realice **con fines de ilustración de la enseñanza o de investigación científica** siempre que se lleve a efecto en la medida justificada por el objetivo no comercial que se persiga e indicando en cualquier caso su fuente.*

Se trata de un límite aplicable *sólo a las bases de datos*, definidas de acuerdo con el art. 12 TRLPI, es decir como «las colecciones de obras, de datos, o de otros elementos independientes dispuestos de manera sistemática o metódica y accesibles individualmente por medios electrónicos o de otra forma» (art. 12.2 TRLPI), que «por la selección o disposición de sus contenidos constituyan creaciones intelectuales» (art. 12.1 TRLPI) —es decir sean «objeto de propiedad intelectual» (en palabras del mismo art. 12.1 TRLPI)— y (debe entenderse) que hayan sido lícitamente divulgadas. Por tanto, este límite sólo cubrirá el uso de aquellos aspectos de la base de datos que le confieren la condición de obra protegida: la selección o disposición (estructura) de sus contenidos; pero no dará cobertura al uso de tales contenidos.

Para la cita del contenido de una base de datos,¹⁹⁷ deberemos acudir o bien al «derecho de cita» general (cuando el contenido sea una obra protegida) y/o a los límites previstos para el derecho «*sui generis*» (siempre y cuando —obviamente— haya existido una inversión sustancial en la obtención, verificación o presentación del contenido, *ex* art. 133 TRLPI). En concreto, al límite paralelo previsto en el art. 135.1 TRLPI, a favor del usuario legítimo de la base de datos, y que le permite la extracción y/o reutilización de una parte sustancial del contenido de la misma para «*fines ilustrativos de enseñanza o de investigación científica* en la medida justificada por el objetivo no comercial que se persiga y siempre que se indique la fuente.»

Estos límites responden a una transposición directa de los arts.6.2(b) y 9(b) de la Directiva 96/9/CE sobre bases de datos.

Nótese también que el límite del art. 34.2(b) TRLPI se refiere a la «*utilización*», con lo cual en principio permite cubrir cualquier derecho de explotación (incluido el de transformación).¹⁹⁸ En cambio, como tendremos ocasión de examinar a continuación, el límite del art. 32.2 TRLPI sólo es de aplicación respecto de los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública de las obras. En todo caso, se trata este de un problema «en origen», es decir, de incongruencia entre ambas Directivas, pero que fácilmente podría haber superado el legislador español, sin haber desatendido las obligaciones para con las mismas (vid. *infra*).

¹⁹⁷ Por supuesto, el contenido que no tenga la condición de obra protegida y se incluya en una base de datos que no se beneficia de la protección del derecho *sui generis* podrá ser utilizado (y citado) libremente por cualquiera.

¹⁹⁸ En contra, vid. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Comentario al art. 34, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (R. Bercovitz, ed.), Ed. Tecnos, 3 ed. (2007) p.612: entiende que el alcance del límite del art. 34.2(b) TRLPI es el mismo que el del art. 32.2 TRLPI y por tanto, limitado a los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública (y ello a pesar de que el primero antecede temporalmente al segundo).

Dado su reducido ámbito de aplicación material, no es de extrañar que este límite no haya dado lugar a jurisprudencia en interpretación del concepto de «ilustración de la enseñanza.» En todo caso, puesto que esta referencia proviene de la Directiva 96/9/CE sobre bases de datos (y posteriormente recogida en la DDASI) y, a su vez, del art. 10(2) CB, nos remitimos al análisis realizado en los capítulos anteriores.

3. EL NUEVO LÍMITE: LA ILUSTRACIÓN DE ACTIVIDADES EDUCATIVAS EN LAS AULAS

El nuevo art. 32.2 TRLPI introducido por la Ley 23/2006, de 7 de julio, dice así:

*No necesitará autorización del autor el **profesorado de la educación reglada** para realizar actos de **reproducción, distribución y comunicación pública de pequeños fragmentos de obras o de obras aisladas** de carácter plástico o fotográfico figurativo, **excluidos los libros de texto y los manuales universitarios**, cuando tales actos se hagan únicamente para la **ilustración de sus actividades educativas en las aulas**, en la medida justificada por la **finalidad no comercial perseguida**, siempre que se trate de obras ya divulgadas y, salvo en los casos en que resulte imposible, se incluyan el nombre del autor y la fuente. No se entenderán comprendidas en el párrafo anterior la reproducción, distribución y comunicación pública de **compilaciones o agrupaciones de fragmentos de obras o de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo**.*

Con este límite pretende el legislador¹⁹⁹ generalizar para todas las obras el límite de la ilustración de la enseñanza previsto en el art. 34.2(b) TRLPI sólo para las bases de datos. Cuestión distinta es si realmente lo consigue o, más aún, si realmente se trata del mismo límite.

(a) *Tramitación parlamentaria*

La tramitación parlamentaria de este nuevo límite se explica rápidamente con decir que el texto aprobado fue exactamente el mismo contenido en el Proyecto de ley presentado por el Gobierno. Y ello a pesar de los reparos presentados por el Consejo de Estado en su Dictamen de 10 de Marzo de 2005,²⁰⁰ y de las

¹⁹⁹ Así se explica en la Exposición de Motivos de la Ley 23/2006: «El límite de la ilustración con fines educativos ya está recogido en la actual normativa, aunque limitado a las bases de datos y para el derecho *sui generis*. Este límite, crucial en lo que a la educación se refiere, se recoge ahora para extenderlo a todas las demás categorías de obras, de forma equilibrada, lo que permite el desarrollo de la actividad educativa.»

²⁰⁰ Vid. Dictamen del Consejo de Estado n. 187/2005 de 10 de Marzo de 2005.

consistentes enmiendas presentadas en el Congreso²⁰¹ y el Senado,²⁰² por parte de todos los grupos parlamentarios (salvo el socialista, en el Gobierno).

Todas las enmiendas presentadas iban destinadas a acercar este límite al art. 5.3(a) DDASI, en concreto, evitar las referencias al «profesorado de educación reglada» y a las «actividades educativas en las aulas»,²⁰³ con el objetivo de dar cobertura a todo tipo de educación, reglada y no reglada, incluida la educación a distancia en Internet,²⁰⁴ así como a todo tipo de usos en el curso de la instrucción, incluidos los usos por parte de estudiantes (no sólo de profesores).²⁰⁵ Veámoslas²⁰⁶:

- Las Enmiendas n.5 (Grupo Parlamentario Mixto) y n.38 (Grupo Parlamentario de Izquierda Verde) en el Congreso coincidían en proponer: *«para la **ilustración de actividades educativas**, en la medida justificada por la finalidad no comercial perseguida.»*

²⁰¹ Vid. Enmiendas en el Congreso de los Diputados, BOCG, Congreso, Serie A, n. 44-10 de 30 Noviembre 2005, pp. 29-96.

²⁰² Vid. Enmiendas en el Senado, BOCG, Senado, Serie II, n.53 de 21 Abril 2006, pp. 21-58.

²⁰³ También la Federación Española de Sociedades de Archivística, Biblioteconomía, Documentación y Museística (FESABID) defendió la supresión de ambos «profesorado de educación reglada» y «ilustración de sus actividades en las aulas»; vid. Alegaciones de FESABID al Proyecto de Ley, de 26 de agosto de 2005, de modificación del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

²⁰⁴ Vid. Justificación a la Enmienda n.5 presentada en el Senado (Grupo Parlamentario de Senadores Vascos): «En cuanto a la ilustración, la enmienda de acuerdo con la sugerencia del Consejo de Estado amplía el ámbito de la excepción al no limitarlo al profesorado de educación reglada ni que haya de ser utilizada en las aulas, ya que la Directiva no establece dichas limitaciones y, además, se posibilita la afectación de la educación no reglada pero cada vez más importante en el sistema educativo y la enseñanza «on-line.» Vid. Justificación a la Enmienda n.23 presentada en el Congreso (Grupo parlamentario Vasco): para posibilitar «la afectación de la educación no reglada pero cada vez más importante en el sistema educativo y las enseñanzas on-line.» Vid. Justificación a la Enmienda n.38 presentada en el Congreso (Grupo Parlamentario de Izquierda Verde): «Es conveniente eliminar las expresiones «profesorado de educación reglada», «actividades educativas en las aulas», así como del segundo párrafo que presenta el artículo en su redacción inicial. ... Igualmente la propia Directiva 2001/29/CE pensaba en la educación a distancia cuando planteó la redacción del límite 5.3(a) ... [tal como se explica] en el Considerando 42»

²⁰⁵ Vid. Enmienda n.138 presentada en el Congreso (Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana): «De entrada limita al «profesorado», ignorando que los alumnos cada vez más han de exponer sus trabajos en clase y por tanto pueden necesitar también de realizar un acto de «comunicación pública» de alguna obra para ilustrar su trabajo. Recordemos que tanto la reforma educativa en la enseñanza secundaria como en los nuevos planes de estudio que se preparan a través de la declaración de Bolonia en ámbito universitario piden que cada vez más el alumno utilice mucho más las fuentes bibliográficas existentes en detrimento del sistema clásico de apuntes. Es necesario pues, facilitar la utilización de estas obras. También encontramos que en el ámbito universitario imparten clases miembros del personal de administración y servicios (que no son propiamente profesorado pero que participan en el desarrollo de las clases): bibliotecarios, técnicos de laboratorio, técnicos de informática, etc. que no quedarían amparados por el actual redactado.»

²⁰⁶ Además, como ya apuntábamos en sede del art. 32.1 TRLPI, algunas de estas enmiendas proponían la supresión de los fines docentes o de investigación, entendiéndose que el nuevo apartado (2) venía a ocuparse de ellos (vid. supra).

- La Enmienda n.23 (Grupo parlamentario Vasco)²⁰⁷ en el Congreso proponía *«reproducción, distribución y comunicación pública la utilización de obras protegidas realizada únicamente para la **ilustración con fines educativos, de esfuerzo personal** o de investigación científica, en la medida justificada por la finalidad no comercial perseguida.»*²⁰⁸
- La Enmienda n.92 (Convergencia i Unió) en el Congreso proponía un redactado más próximo al texto europeo y sujeto a compensación equitativa que sería establecida por reglamento: *«la utilización de **obras ya divulgadas** que tenga únicamente por objeto la **ilustración con fines educativos** o de investigación científica, siempre y cuando la utilización se realice en la medida justificada por la finalidad no comercial perseguida,... y los titulares reciban una **compensación equitativa**. Los supuestos y las condiciones para el disfrute de este límite se determinarán **reglamentariamente**.»*²⁰⁹
- La Enmienda n.138 (Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana) en el Congreso²¹⁰ proponía: *«No necesitará autorización del autor los actos de reproducción, distribución y comunicación pública de **obras** cuando tales actos tengan únicamente por objeto la **ilustración con fines educativos** o de investigación científica, en la medida justificada por la **finalidad no lucrativa** perseguida,...»*

En otro orden, la Enmienda n.108 (Grupo Parlamentario Popular) se limitaba a sujetar el límite del art. 32.2 a una compensación equitativa y única para los titulares de derechos,²¹¹ y a suprimir la referencia al derecho de distribución.²¹²

Cierto es que a pesar de que se mantiene parte del lenguaje del art. 5.3(a) DDA-SI (*«reproducción, distribución y comunicación pública»*), *«ilustración»*, *«finali-*

²⁰⁷ En igual sentido, la Enmienda n.5 presentada en el Senado (Grupo Parlamentario de Senadores Vascos).

²⁰⁸ Curiosamente, esta Enmienda también añadía un tercer apartado que permitía sin autorización del autor *«la reproducción, comunicación pública y distribución de obras cuando se trate de su inclusión incidental en otro material.»*

²⁰⁹ Esta misma Enmienda proponía la eliminación de los «fines docentes y de investigación» del límite de cita en el art. 32.1 TRLPI (vid. supra), con la siguiente justificación: *«si la sede de los límites de «cita» y de «ilustración de la enseñanza» va a ser el mismo artículo, éste se redacte de forma que queden claramente diferenciados cada uno de los límites. Atendiéndose por separado al bien jurídico que cada uno de ellos tutela, [...] mientras los usos al amparo del derecho de cita son gratuitos, los usos al amparo de esta nueva excepción de ilustración deberían ser remunerados.»*

²¹⁰ En el mismo sentido, la Enmienda n.46 presentada en el Senado (Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés).

²¹¹ Con la siguiente justificación: *«la compensación o retribución de los derechos del autor, como cualquier otro gasto vinculado a la enseñanza y articulado por Ley, debe ser asumida por la Administración responsable.»*

²¹² Curiosamente, esta misma Enmienda proponía respecto del art. 32.1 la eliminación de las *«obras de naturaleza escrita, sonora o audiovisual, así como de obras aisladas de carácter plástico, fotográfico, figurativo o análogo...»* que, en cambio, mantenía en el art. 32.2.

dad no comercial perseguida», «salvo en los casos en que resulte imposible, se incluyan el nombre del autor y la fuente»), el art. 32.2 TRLPI queda lejos —en alcance y en espíritu— tanto del CB como de la DDASI, a causa de las originales referencias al «profesorado de la educación reglada» y a «sus actividades educativas en las aulas», que limitan de forma drástica su alcance objetivo de esta excepción, al menos en los ámbitos digitales. En este sentido, las Enmiendas introducidas por los grupos parlamentarios coincidían plenamente con la opinión expresada por el Consejo de Estado en su Dictamen de 10 de marzo de 2005:

«...el anteproyecto de Ley limita la excepción —mas allá de la normativa comunitaria— al profesorado de **educación reglada, restricción que no comparte este Consejo de Estado, dada la importancia que la educación no reglada ostenta en la actualidad** no sólo por los sectores que abarca (formación continua de trabajadores y empresarios, formación de candidatos al funcionariado y continua del propio funcionariado, idiomas, música, desarrollo sostenible, formación de profesores, sociedad de la información ... etc.) sino por su importancia, reconocida entre otras organizaciones por la propia UNESCO. Por lo demás, se excluyen los actos de reproducción «*cuando tales actos se hagan únicamente para la ilustración de sus actividades educativas en las aulas*», lo cual puede resultar **demasiado excluyente (o incluso irrazonable, por el trato desigual que supone) respecto de las enseñanzas a distancia, on line, o no presenciales en general, enseñanzas éstas que deberían estar también listadas junto a la presencial «en las aulas».²¹³**

Ni la consistencia e uniformidad de las Enmiendas presentadas, ni la claridad del Dictamen del Consejo de Estado consiguieron variar en nada el texto presentado por el Gobierno.

Examinemos ahora en más detalle los elementos de este nuevo límite.

(b) *Calificación de los actos*

Los actos de explotación cubiertos por el art. 32.2 TRLPI son los de reproducción, distribución y comunicación pública. Nada se dice respecto al de transformación (i.e., traducción), con lo cual debe entenderse excluido. En otras palabras, el profesorado de la educación reglada (y de la no reglada) no podrá traducir, abreviar, resumir o realizar cualquier otro acto de transformación de pequeños fragmentos de obras o de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo (ni tampoco respecto de libros de texto y manuales universitarios) para ilustración de sus actividades educativas en las aulas, en la medi-

²¹³ Vid. Dictamen del Consejo de Estado n.187/2005 de 10 de Marzo de 2005.

da justificada por la finalidad no comercial perseguida.²¹⁴ Afortunadamente, como hemos visto, el límite de cita —en los términos previstos en el art. 32.1 TRLPI— lo permitiría.

(c) *Alcance y naturaleza de las obras*

La referencia a los «pequeños fragmentos de obras o de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo» proviene, en su segunda parte, del art. 32.1 TRLPI, por lo tanto, es de esperar que tenga el mismo sentido que en sede del límite de cita. Pero en su primera parte, se puede observar algunas pequeñas diferencias: el art. 32.1 habla de *fragmentos* de obras de naturaleza escrita, sonora o audiovisual, en cambio el art. 32.2 se refiere a «pequeños fragmentos» de «obras.» En cuanto a las obras, se trata de una diferencia más formal que sustancial; pero lo más alarmante —especialmente tratándose del límite específico previsto para cubrir aquello que no quede amparado por la cita— es que aquí solo se permitan «pequeños» fragmentos! Tratándose de un límite ya excesivamente reducido (en atención a los fines y beneficiarios, vid. infra), el legislador podía haber permitido un poco más de flexibilidad en cuanto al alcance y naturaleza de las obras cubiertas por el mismo.

Además, tampoco quedan cubiertas por el nuevo límite las «compilaciones o agrupaciones de fragmentos de obras o de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo.» Lo cual, una vez más, no deja de ser curioso ya que en principio (y siempre atendiendo a las circunstancias del caso concreto y de la «Regla de los Tres Pasos») podrían perfectamente realizarse como citas para fines docentes, al amparo del art. 32.1 TRLPI.

Finalmente, quedan excluidos de este límite, los libros de texto y los manuales universitarios, Posiblemente esta exclusión vendría impuesta, de todas maneras, por el art. 40bis TRLPI,²¹⁵ con lo cual su formalización en el texto legal se muestra razonable (posiblemente, lo único justificado en todo el límite).

(d) *Beneficiarios: profesorado de la educación reglada*

El límite sólo alcanza al «profesorado de la educación reglada». Esta restricción comporta dos problemas. En primer lugar realiza una distinción del todo arbitraria entre educación reglada y la no reglada, cuando el interés público de

²¹⁴ No hubiera sido demasiado caro añadir la traducción a este restrictivo límite, pero una vez más estamos ante una prueba evidente de la tradicional implementación de mínimos que realiza nuestro legislador.

²¹⁵ Al ir en detrimento de la explotación normal de estas obras y causar un perjuicio injustificado a los intereses legítimos de sus autores (vid. infra). Como tuvimos ocasión de ver, la exclusión de los libros de texto y los manuales es una opción avalada también por otros legisladores europeos (vid. supra).

la educación en ambos casos es el mismo.²¹⁶ Cuestión distinta es que se hubieran amparado ambas bajo el límite, pero sujetas a un uso gratuito o compensado, respectivamente (o ambos compensados, pero con sujeción a distintas tarifas). Recordemos que el art. 5.3(a) DDASI rechaza una tal distinción arbitraria y prefiere sujetar el límite a la finalidad no comercial perseguida por la actividad educativa (vid. supra).

En segundo lugar, la referencia al profesorado deslocaliza el centro de responsabilidad por tales usos (o infracciones) de la institución docente a la persona física que lleva a cabo la docencia. Como tuvimos ocasión de ver en derecho comparado europeo, la solución española es la única que se refiere a los profesores (individuos) como beneficiarios de este límite.

(e) *Fines: ilustración de las actividades educativas en las aulas*

En lugar de «la ilustración con fines educativos» del art. 5.3(a) DDASI o incluso de los «fines de ilustración de la enseñanza» del art. 34.2(b) TRLPI, el límite se refiere a la «ilustración de sus actividades educativas en las aulas.» A pesar de la afirmación recogida en la Exposición de motivos de que el nuevo límite del art. 32.2 TRLPI se corresponde con el del art. 34.2(b) (y por contexto, con el art. 5.3(a) DDASI), la distancia entre estos textos es tan grande que debemos ponerlo en duda.²¹⁷

Por supuesto, se podría interpretar que un curso virtual constituye una «aula,» pero tanto su tramitación parlamentaria como el Dictamen del Consejo de Estado sugieren justamente lo contrario: que solo prevé cubrir las aulas pre-

²¹⁶ En este sentido, el Dictamen del Consejo de Estado de 10 de Marzo de 2005: «restricción que no comparte este Consejo de Estado, dada la importancia que la educación no reglada ostenta en la actualidad no sólo por los sectores que abarca (formación continua de trabajadores y empresarios, formación de candidatos al funcionariado y continua del propio funcionariado, idiomas, música, desarrollo sostenible, formación de profesores, sociedad de la información... etc.) sino por su importancia.» También la FACUA —Federación de Consumidores en Acción— expresaba su repudio: «... más allá de los sistemas de enseñanza reglada o no reglada del profesorado hay otros colectivos y entidades, públicas o privadas, que también desempeñan tareas educativas y formativas de los ciudadanos, que constituyen pilares esenciales en nuestra sociedad y que también tendrían que estar protegidos en el ámbito de la norma. Sólo se está reconociendo la contribución a la cultura, a la difusión del conocimiento, a la actividad docente y reglada dentro de las aulas. Es una concepción que lógicamente tenemos que rechazar de plano, además porque pone en evidencia esa visión que comentamos exclusivamente mercantilista de la cultura.» Vid. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Cultura, Sesión núm. 18, de 17 de octubre de 2005, Año 2005, n.392, pp. 30.

²¹⁷ Distancia que se acrecienta si se tiene en cuenta que a diferencia del art. 5.3(a) DDASI y del art. 34.2(b) TRLPI, este nuevo límite no recoge los usos para *fines de investigación científica*. Algunas de las Enmiendas presentadas en la tramitación parlamentaria propusieron, sin éxito, su inclusión. Vid. Enmiendas n.23, 92 y 138 (en el Congreso) y n.5 y 46 (en el Senado). Vid. Enmiendas en el Congreso de los Diputados, BOCG, Congreso, Serie A, n. 44-10 de 30 Noviembre 2005, pp. 29-96. Vid. Enmiendas en el Senado, BOCG, Senado, Serie II, n.53 de 21 Abril 2006, pp. 21-58.

senciales.²¹⁸ Además, basta con comparar la redacción actual con la que proponía el Borrador de 11 de Noviembre de 2004:²¹⁹

Art. 32.2.—No necesitarán autorización del autor, las instituciones docentes integradas en el sistema educativo español ni aquéllas otras que estatutariamente tengan finalidades investigadoras para realizar actos de reproducción, distribución y comunicación pública de pequeños fragmentos de obras de obras aisladas de carácter plástico, fotográfico figurativo o análogo, excluidos los libros de texto y los manuales universitarios, cuando tales actos se hagan únicamente para la ilustración de sus actividades educativas o de investigación científica, en la medida justificada por la finalidad no comercial perseguida, siempre que se trate de obras ya divulgadas y, salvo en los casos en que resulte imposible, se incluyan el nombre del autor y la fuente.

Con esta redacción, mucho más acorde con el art. 5.3(a) DDASI (y con el art. 34.2(b) TRLPI) quedaba claramente incluida la educación a distancia. De hecho, así se hacía constar en la Exposición de motivos que acompañaba este Borrador:

*El límite de ilustración con fines educativos ya está recogido en la actual normativa, aunque limitado a las bases de datos y, para el derecho sui generis. Este límite, crucial en lo que a la educación se refiere, se recoge ahora para extenderlo a todas las demás categorías de obras, de forma equilibrada, lo que permite el desarrollo de la actividad educativa —**incluida la enseñanza a distancia basada en el uso de nuevas tecnologías**—.*

¿Suena familiar? Efectivamente, el Anteproyecto de 10 Diciembre 2004 (sometido al Dictamen del Consejo de Estado y que se corresponde con el Proyecto finalmente introducido en las Cortes) modificó por completo el redactado del art. 32.2, pero mantuvo la explicación de la Exposición de Motivos del Borrador de 11 de Noviembre de 2004, eliminando expresamente la concreta referencia

²¹⁸ El Dictamen del Consejo de Estado de 10 de Marzo de 2005 ya expresa su preocupación por este texto: «lo cual puede resultar demasiado excluyente (o incluso irrazonable, por el trato desigual que supone) respecto de las enseñanzas a distancia, *on-line*, o no presenciales en general, enseñanzas estas que deberían estar también listadas junto a la presencial «en las aulas».»

²¹⁹ Debe mencionarse la existencia, en la previa legislatura (Gobierno del Partido Popular), de un fallido Borrador de Anteproyecto de Ley de Reforma del TRLPI, de 7 Noviembre 2002, que eliminaba la referencia a los «fines docentes o de investigación» del art. 32.1 TRLPI y proponía un redactado todavía más sencillo y flexible para el nuevo art. 32.2 TRLPI: «*No se necesitará autorización del autor cuando la **utilización de obras** protegidas se haga únicamente para la **ilustración con fines educativos** o de investigación científica, en la medida justificada por la **finalidad no comercial** perseguida, siempre que se trate de obras ya divulgadas y, salvo en los casos en que resulte imposible, se incluyan el nombre del autor y la fuente. Los supuestos y condiciones para el disfrute de este límite se determinarán reglamentariamente;*» que no llegó a prosperar dentro de aquella legislatura.

a la enseñanza a distancia. Todo ello parece zanjar cualquier duda respecto a la posible inclusión de la enseñanza a distancia (y virtual) en el límite del art. 32.2 TRLPI.

Es del todo incomprensible por qué no se utilizó el lenguaje de la DDASI «*ilustración para la enseñanza,*» (que al fin y al cabo, también lo era del art. 34.3(b) TRLPI que se pretendía generalizar); o incluso conocer qué motivó el drástico cambio de redactado entre el Borrador de 11 Noviembre 2004 y el Anteproyecto de 10 Diciembre 2004 (finalmente introducido en el Parlamento). En la redacción contenida en el Borrador, este límite hubiera tenido un significado autónomo, más allá del ámbito que ya queda excluido por el límite de cita. La única explicación del cambio operado se deja entrever en los términos añadidos en la Exposición de Motivos: «**Para no comprometer los derechos de los autores y otros titulares, la ley especifica las condiciones en que debe desarrollarse este límite...**».

Afirmación del todo gratuita por no existir ningún estudio (de tipo económico y social) que demuestre que la adopción de este límite con un alcance más amplio (tal como permite el art.5.3(a) DDASI y como han hecho la mayoría de legisladores europeos) pudiera «comprometer» los derechos de autores y titulares.

(f) *Sin compensación*

No se establece para este límite remuneración alguna a favor de los titulares de derechos, y ello a pesar de que la DDASI lo hubiera permitido (vid. supra). CEDRO reclamó tal compensación equitativa para este nuevo límite o, en su defecto, su eliminación del proyecto de ley.²²⁰ Posiblemente el Gobierno se alar-

²²⁰ En palabras de la Directora General de CEDRO Sra. Magdalena Vinent, «Este nuevo límite... no es admisible porque provocaría un cambio y un perjuicio desmesurado, y si no se establece una remuneración compensatoria preferimos que se elimine. ... En los demás países europeos que cuentan con ese límite tienen una remuneración compensatoria y los dos únicos países que lo han incorporado (Alemania y Bélgica) con motivo de la transposición también han establecido una remuneración compensatoria. Hasta ahora, ningún profesor ha tenido problemas para citar en clase cualquier obra, parte de una obra o una revista, lo ha podido hacer sin ningún problema, y entendemos que este límite, dado el desconocimiento y el descontrol sobre este tema, podría ser el paraguas para realizar múltiples copias ilegales sin autorización de autores y editores. ... Cedro concede licencias tanto para fotocopiado como para escaneado y utilización en intranet que pueden ser útiles y necesarias en la enseñanza. ... esta es una nueva forma de explotación de contenidos. Si se expropia ataca a la explotación normal de la obra, ya que el sistema tradicional de explotación del libro y la revista ha variado —ya no solo el libro que se edita va a la librería o a la biblioteca— ese es otro canal de explotación que es normal que exista en la nueva era pero que no puede expropiarse sin ningún tipo de compensación.» Vid. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Cultura, Sesión núm. 18, de 17 de octubre de 2005, Año 2005, n.392, pp. 13-14. También VEGAP, a través de su Director Sr. Javier Gutiérrez Vicén abogaba por la sujeción del nuevo límite del art. 32.2 TRLPI a una compensación equitativa: «Cuando el planteamiento sea que vamos a atender el interés general y que queremos hacerlo de manera amplia — el uso privado claramente lo demanda—, tendremos que compensar. Este es el sentido y la diferencia entre elementos en donde en el límite [gratuito] hay que acotar y en otros hay que compensar.» Vid. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Cultura, Sesión núm. 18, de 17 de octubre de 2005, Año 2005, n.392, p. 31.

mó ante el considerable incremento del gasto público si universidades y centros docentes quedaban sujetos al pago de tal compensación. En cualquier caso, no hay duda alguna de que la sujeción de este límite a una compensación equitativa hubiera permitido ampliar su alcance (aproximándolo al lenguaje y al espíritu del art. 5.3(a) DDASI) y, al mismo tiempo hubiera facilitado el papel tanto de la entidades de gestión como de los usuarios (universidades y centros docentes) para llevar a cabo tales usos.

(g) *En resumen*

Aunque la Exposición de motivos de la Ley 23/2006 afirme que el art. 32.2 TRLPI supone una extensión del límite del art. 34.2(b) TRLPI «a todas las demás categorías de obras,» el resultado es bien distinto. Si verdaderamente hubiera sido ésta la intención del legislador, bastaba con repetir lo ya dispuesto en éste:

no se necesitará la autorización ... cuando la utilización se realice *con fines de ilustración de la enseñanza o de investigación científica* siempre que se lleve a efecto en la medida justificada por el objetivo no comercial que se persiga e indicando en cualquier caso su fuente.

O, simplemente, con haber mantenido el texto del Borrador de Anteproyecto de 11 Noviembre 2004.

Cualquiera de ambas posibilidades hubiera permitido «*el desarrollo de la actividad educativa,*» incluida la digital, en consonancia con el derecho europeo e internacional. El texto adoptado, en cambio, no lo permite. La introducción de este nuevo límite, con un lenguaje completamente «original», sólo servirá (si sirve para algo) para generar problemas de interpretación y de encaje con el resto de límites previstos propiamente para fines docentes y de ilustración de la enseñanza.

En resumen, se trata de un límite demasiado restrictivo que deja a todos insatisfechos sin aportar nada nuevo para ninguna de las partes (ni autores, ni instituciones educativas, ni entidades de gestión). Por este motivo, es más que probable que se convierta en una disposición inútil.

4. ¿EN QUÉ QUEDAN LOS FINES EDUCATIVOS EN EL TRLPI?

La respuesta positiva es que gran parte de los usos de obras ajenas con fines docentes se realizan para su «análisis, comentario o juicio crítico,» y que la interpretación jurisprudencial ha subsumido la ilustración con fines educativos bajo el límite de cita. Por lo tanto, podemos pronosticar, no sin cierta ironía, que de entre este triple sistema de límites para fines educativos (ninguno de los cuales queda sujeto a compensación equitativa), el límite más antiguo, amplio y flexi-

ble, el «derecho de cita»²²¹ (art. 32.1 TRLPI) seguirá teniendo un papel principal para dar cobertura a los usos para fines educativos, también en Internet.

La respuesta negativa es que a pesar de contar con tres límites que se refieren específicamente a los fines educativos, el sistema sigue siendo defectuoso e insuficiente.

Por una parte, porque la incorrecta inserción de los fines docentes bajo el límite de la cita no sólo conlleva problemas de interpretación de este límite (innecesariamente encorsetado por tales fines e irremediablemente abocado a su ampliación por interpretación judicial), sino que lo aleja inexplicablemente del alcance que este límite tiene en el derecho internacional (i.e. CB), en la DDASI y en derecho comparado europeo.

Por otra parte, ya era lamentable que el legislador español dejara pasar la oportunidad de establecer un límite propio para fines de ilustración de la enseñanza, con carácter general (para todas las obras) y desvinculado del derecho de cita, al transponer el límite previsto en la Directiva sobre bases de datos; fragmentación que sólo puede explicarse (que no justificarse) por la tradicional transposición «de mínimos» a la que nos tiene acostumbrados el legislador español.

Pero lo que ya parece desafiar toda lógica es que, con la reciente transposición de la DDASI no sólo se dejara pasar de nuevo la oportunidad de ‘desvincular’ el límite de la cita de los «fines docentes y de investigación» que lo encorsetan²²² y de superar el trato fragmentado para las bases de datos,²²³ corrigiendo así un error que ha venido arrastrando la LPI desde su origen y poniendo fin a las dificultades interpretativas que esta disposición ha venido causando en la jurisprudencia; sino que además se introdujera un tercer límite para fines educativos que ni soluciona los problemas de dislocación y fragmentación mencionados, ni se aproxima al ámbito permitido por el art. 5.3(a) DDASI y el art. 10(2) CB, y por tanto, es claramente insuficiente para dar respuesta a la realidad social de la educación.

5. LÍMITES, MEDIDAS TECNOLÓGICAS Y CONTRATOS ON-LINE.

De entre los límites examinados hasta ahora, sólo dos de ellos aparecen recogidos en el art.6.4 DDASI, como límites «reforzados» frente a la adopción de medidas tecnológicas por parte de los titulares:

²²¹ A diferencia del art. 32.2 TRLPI, el art. 32.1 TRLPI no establece discriminación alguna respecto a educación reglada o no reglada o respecto a instituciones públicas o privadas con o sin ánimo de lucro; cubre todo tipo de usos (incluida la transformación) y todo tipo de obras (con distinto alcance), siempre en la medida justificada por el fin perseguido.

²²² Dándole así la adecuación internacional (tanto respecto a la DDASI, como al CB) que este límite fundamental merece.

²²³ El hecho de que la DDASI deje expresamente intactas y no afecte a las Directivas anteriores (art. 1.2 DDASI), entre ellas, la de bases de datos, no significa que el legislador español no pudiera poner orden en su legislación interna, siempre manteniendo la armonización establecida por tales directivas; en otras palabras, no es necesario mantener los límites del art. 34.2 TRLPI de forma separada sólo para las bases de datos.

- 5.2(c) DDASI: reproducción por parte de bibliotecas y centros de enseñanza
- 5.3(a) DDASI: fines educativos

De forma similar, los límites educativos del art. 32.2 TRLPI y del art. 34.2(b) TRLPI quedan formalmente recogidos entre los límites especialmente reforzados, frente a la inclusión de medidas tecnológicas por los titulares (art. 161.1(a) TRLPI).²²⁴ Ahora bien, nótese que el «derecho de cita» no se encuentra entre la lista de límites «reforzados» (ni el la DDASI, ni tampoco en el TRLPI).

Esto significa que cuando los titulares no adopten voluntariamente las medidas necesarias para que los beneficiarios de estos límites puedan disfrutar de ellos, los Estados miembros están obligados a «tomar las medidas pertinentes» para que los titulares faciliten a los beneficiarios «los medios adecuados» para tal disfrute «en la medida necesaria para ese disfrute, siempre y cuando dicho beneficiario tenga legalmente acceso a la obra o prestación protegidas.» La única «medida pertinente» adoptada por el legislador español es limitarse a ofrecer la vía de la jurisdicción civil para reclamar (art. 161.2 TRLPI). Las organizaciones de defensa de los consumidores y usuarios podrán actuar en defensa de los intereses de éstos, respecto de aquellos límites que les beneficien (art. 161.2 TRLPI), pero en general, la solución adoptada por el legislador español es una gran decepción.

Tal como explicó el Director de los Servicios Jurídicos de SGAE, Sr. Pablo Hernández, en su comparecencia ante la Comisión de Cultura del Congreso:

... generalmente se ha entendido en el marco comunitario ... que se iba a dotar de unas herramientas, a nivel de competencias reglamentarias, a la Administración para incentivar esos acuerdos, y en el caso de que no se produzcan, establecer mecanismos para facilitar el acceso. Es cierto que el Poder Judicial forma parte también de los poderes públicos y no se podría decir que está excepcionado en la ley, pero ... no va en sintonía con lo que pretendía la directiva, con un mecanismo menos contencioso o menos litigioso y de facilitar esos convenios sectoriales.²²⁵

También crítica con la fórmula adoptada por el art. 161.1 TRLPI, se manifestaba la Portavoz del Grupo «Bibliotecas y Propiedad Intelectual» de FESABID, Sra. Patricia Riera:

²²⁴ Es interesante mencionar que además de los límites previstos en el art. 6.4 DDASI, el legislador español ha optado por incluir también la copia privada.

²²⁵ Vid. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Cultura, Sesión núm. 18, de 17 de octubre de 2005, Año 2005 n.392, p.23.

El sector bibliotecario ni tiene los medios jurídicos ni tiene bufetes de abogados a su disposición; por tanto, consideramos que sería mucho más útil poder disponer de una comisión, quizá la propia Comisión de Propiedad Intelectual que existe ahora, que haga una actividad de mediación real y que pueda sentar a los representantes de los sectores para dirimir este tipo de problemas.²²⁶

En la práctica, ello equivale a dejar exclusivamente en manos de los titulares (a través de la implementación de medidas tecnológicas) el efectivo ejercicio todos los límites legalmente previstos, tanto los «reforzados» como los restantes.

Si a ello se le añade el hecho de que la propia DDASI (art. 6.4(4.º)) y el art. 161.5 TRLPI disponen que las obras o prestaciones puestas a disposición del público (a través de Internet) con arreglo a lo convenido por contrato, quedarán sujetas a las condiciones contractuales que el titular haya establecido²²⁷ (incluida la utilización de medidas tecnológicas que restrinjan los usos permitidos), y se tiene en cuenta que las modalidades de explotación *on-line* son cada vez más y más utilizadas, el panorama de futuro para los límites educativos (y en general, para todos los límites) no es demasiado alentador.

Sirva ello para confirmar uno de los comentarios ya avanzados en la introducción de este estudio, en el sentido de que la doble sujeción de los límites a las condiciones de licencia establecidas para el acceso a obras *on-line* y a las medidas tecnológicas, tiende inevitablemente a reducir el ámbito de los límites y, en última instancia, pone en peligro la consecución de ciertos intereses públicos, tales como la educación.

No es éste el espacio idóneo para analizar la pérdida de peso del sistema de límites en las modalidades de explotación digital,²²⁸ ni tampoco el efecto que estas disposiciones (art. 6.4 DDASI) puedan tener a la larga sobre el acceso y uso de obras para fines educativos (especialmente a medida que Internet vaya asentándose como modalidad de explotación de obras). Pero todo parece apuntar a que los límites al derecho de autor dejan de ser disposiciones de naturaleza imperativa (derecho público no disponible) para convertirse en derecho dispositivo en manos de los titulares.

²²⁶ Vid. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Cultura, Sesión núm. 19, de 18 de octubre de 2005, Año 2005 n.393, p.35.

²²⁷ Además, nótese que el límite del art.5.3(n) DDASI y art.37.3 TRLPI (no reforzado) queda sujeto, en todo caso (i.e., tanto si la obra consultada se adquirió *on-line* o no) a la inexistencia de «*condiciones de adquisición o de licencia*» que prohíban los usos cubiertos por el mismo!

²²⁸ ¿Es posible que el interés público o los derechos fundamentales que justifican el régimen de límites contenido en las leyes de propiedad intelectual hayan perdido valor en el contexto digital? ¿O simplemente asistimos a una reacción legal sobre-protectora de los derechos exclusivos del autor frente a otros intereses públicos y privados también merecedores de protección, a la espera de reencontrar el equilibrio que todos merecen?

Veremos como soluciona la jurisprudencia los posibles conflictos relativos al engranaje entre los límites legalmente establecidos, por un lado, y los contratos y medidas tecnológicas, por otro.

V. LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LOS LÍMITES. LA «REGLA DE LOS TRES PASOS»

Una vez analizado el sistema de límites para fines educativos contenidos a nivel internacional, europeo y nacional, en este capítulo examinaremos los diferentes criterios que deben ser tenidos en cuenta en la interpretación de tales límites con el objetivo de decidir sobre la licitud o ilicitud de un uso concreto.²²⁹

Empecemos por referirnos al criterio que se repite constantemente cuando se habla de interpretación de los límites: *la interpretación restrictiva de las excepciones*. Es del todo comprensible la preferencia y tendencia reciente a utilizar el término «excepción,» en lugar de límites,²³⁰ para justificar que su carácter excepcional requiere una interpretación restrictiva (frente a la interpretación «expansiva» que se reserva para los derechos exclusivos que la ley otorga a los autores). Para lo que pueda valer, recordemos que el TRLPI (Capítulo 2 del Título III del Libro Primero) se refiere a ellos, no como excepciones sino como *límites*.

En todo caso, es importante apuntar que este criterio de *interpretación restrictiva* no viene recogido formalmente en ninguna disposición convencional, y menos aún a nivel nacional (al menos, no en la ley española). Su origen es netamente doctrinal²³¹ y parece encontrar fundamento en dos momentos claves: la mención del «*carácter restrictivo de los límites*» recogida en el Informe de la

²²⁹ No olvidemos que, por más detallado y específico que sea la definición de un límite, siempre deberá ser aplicado a hechos y circunstancias concretas, siendo su concreta interpretación y aplicación lo que separará el uso lícito de la infracción.

²³⁰ O incluso de distinguir entre ambos: ya sea 'excepción' para referirse a la exclusión del ejercicio derecho exclusivo del autor/titular (con o sin sujeción a compensación) y 'límite' para referirse a la exclusión de la protección (vid. S. Ricketson, *WIPO Study on Limitations and Exceptions of Copyright and Related Rights in the Digital Environment*, WIPO Standing Committee on Copyright and Related Rights, April 5th 2003, SCCR/9/7, y también J. Spoor, *General aspects of exceptions and limitations: general report*, The Boundaries of Copyright – ALAI Study Days, 14-17 Sept. 1998, Cambridge, 1999, p.29) o justo a la inversa: «sería más correcto hablar de 'limitación' al considerar un derecho de remuneración y de 'excepción' cuando no existe derecho de autor.» (vid. P. Sirinelli, *Exceptions and Limits to Copyright and Neighboring Rights*, Workshop on implementation issues of the WCT and the WPPT, Geneva, Dec. 6-7th 1999, WCT-WPPT/IMP/1, p.3). Como explica el propio Prof. Sirinelli (vid. *id.*): «la fuerza de la costumbre es tan fuerte y la diversidad de leyes tan amplia que ambas palabras se utilizan con frecuencia sin distinción para designar las restricciones al derecho exclusivo.» Prueba de la importancia que la terminología puede tener, y de lo mal resuelto que está el tema, es que la propia DDASI se refiere constantemente a 'límites y excepciones' como dos conceptos diferentes.

²³¹ Curiosamente, el criterio de la interpretación restrictiva de los límites ha sido pacíficamente aceptado por la doctrina internacional, llegando a eclipsar por completo la consideración de otros criterios interpretativos que sí se hallan positivizados en las leyes nacionales.

conferencia de revisión de 1948,²³² al reconocer la denominada «*doctrina de las reservas menores*»; y en el primer criterio de la «Regla de las Tres Etapas» del art. 9(2) CB en la revisión de 1967.²³³ Sin embargo, como tendremos ocasión de ver, este carácter restrictivo de los límites fue pensado para guiar al legislador en el diseño de los mismos, más que para guiar al juez en la aplicación e interpretación de los mismos; y, por otra parte, la «Regla de los Tres Pasos» no siempre exige en una *interpretación* restrictiva de los límites.

Con independencia del nombre utilizado, los límites a los derechos exclusivos son instrumentos estructurales del régimen de la propiedad intelectual²³⁴ y no simples «excepciones» a la «norma general.»²³⁵ Por lo tanto, deben quedar sujetos a las mismas reglas de interpretación general previstas para el resto de disposiciones (convencionales o nacionales) que lo regulan, según el ámbito normativo de que se trate. A nivel internacional, tendremos en cuenta el art. 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969: «Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin,»²³⁶ además de las reglas interpretativas específicamente contempladas en el texto convencional de que se trate: i.e., el art. 13 ADPIC y el art. 10 WCT (art. 16 WPPT).

A nivel de legislación española, por ejemplo, deberemos recurrir no sólo al específico art. 40bis TRLPI (y, al art. 5.5 DDASI) sino también a los criterios generales de interpretación normativa previstos en el art. 3.1 CC:²³⁷ «*Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas.*» En otras palabras, es posible que en consideración de todos estos criterios, acabe siendo justificada una interpretación restrictiva del límite en cuestión, pero ello no vendrá establecido *a priori* (por ningún criterio de interpretación restrictiva) sino como resultado de la concreta valoración de las palabras, el contexto, los antecedentes, la realidad social del momento y, en última instancia, la finalidad del límite.

²³² La necesidad de una interpretación restrictiva de los límites puede entenderse recogido con ocasión de la aceptación de la «doctrina de reservas menores» en la Revisión de Bruselas de 1948 del CB, con el objetivo de admitir implícitamente bajo el CB que las legislaciones nacionales incorporen o mantengan límites «menores» a los derechos previstos en el mismo.

²³³ Especialmente, en el art. 10(2) WCT que dice: «*Al aplicar el Convenio de Berna, las partes contratantes restringirán cualquier limitación o excepción impuesta...*»

²³⁴ Ver, por todos, P. Bernt Hugenholtz, *Fierce Creatures. Copyright Exemptions: Towards Extinction?, IFLA/IMPRIMATUR Conference on Rights, Limitations and Exceptions: Striking the Proper Balance* (Oct.30-31 1997), http://www.imprimatur.net/IMP_FTP/fierce.pdf. [en adelante, IMPRIMATUR]: «Los límites a los derechos de autor son meros (pero esenciales) instrumentos, no excepciones a una regla»

²³⁵ De hecho, la historia nos recuerda que tanto el *droit d'auteur* como el *copyright* derivan de un reconocimiento legal (ya sea como derecho de propiedad o como monopolio, respectivamente) que modifica (altera) el destino «natural» de tales creaciones una vez divulgadas (publicadas): el dominio público. Vid. A. Strowel, *Droit d'auteur and Copyright: Between History and Nature, Of Authors and Origins* (B. Sherman and A. Strowel, eds.), Oxford University Press (1994), pp. 235-253.

²³⁶ U. N. Doc. A/CONF.39/27 (1969).

²³⁷ En virtud del art. 429 CC (aplicación subsidiaria del CC en lo no previsto en el TRLPI).

De hecho, las decisiones jurisprudenciales examinadas en el anterior capítulo son claros ejemplos de cómo los tribunales españoles han recurrido (a pesar de no referirse expresamente a ello) a los criterios interpretativos generales del art. 3.1 CC —en especial, el teleológico— para evitar, con mayor o menor fortuna, resultados claramente contrarios a la protección del interés público perseguido por el límite de cita del art.32.1 TRLPI.

Así pues, sin perder nunca de vista los criterios generales de interpretación, analicemos ahora la llamada «Regla de los Tres Pasos» como criterio interpretativo en la aplicación de los límites.

1. LA «REGLA DE LOS TRES PASOS» EN EL CONVENIO DE BERNA

Esta disposición o «Regla de los Tres Pasos», como se la ha venido a llamar, fue incorporada en el art. 9(2) del CB en la Conferencia de Estocolmo de 1967, con el objetivo de permitir a los Estados miembros el mantenimiento y la introducción en sus leyes nacionales de límites al derecho de reproducción:

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.

Ya en la Conferencia de Bruselas de 1948 se había considerado el problema del encaje del mínimo convencional de protección (i.e., los derechos exclusivos recogidos en el CB) con los límites nacionales previstos, en aquel momento, en relación con el «nuevo» derecho de comunicación pública.²³⁸ En tal ocasión, se rechazó tanto la inclusión de una lista exhaustiva de posibles límites nacionales (puesto que eran de naturaleza variada y nunca sería una lista completa), como de una cláusula general que permitiera a los Estados miembros la inclusión de nuevos límites (se temió que ello «incitara» a los Estados a incorporar en su ley nacional los límites vigentes en otros Estados). Al final, se optó por encargar a Marcel Plaisant (como *General Reporter*) la inclusión en el Informe Final de la Conferencia de «una mención expresa de la posibilidad que tienen las leyes nacionales de establecer lo que comúnmente se denominan *reservas menores*».²³⁹ En cumplimiento de tal mandato, el Informe Final afirmó que:

²³⁸ Diversos límites nacionales permitían la comunicación pública de obras en actos oficiales, ceremonias religiosas, conciertos de bandas militares, conciertos públicos o de beneficencia, usos educativos, etc.

²³⁹ En este sentido, vid. Ricketson, *op. cit. supra*, §9.61 (1997); Ricketson/Ginsburg, *op. cit. supra*, §13.79 (2006); M. Senftleben, *Copyright, Limitations and the Three Step Test*, Kluwer (2004) p. 45-47; R. Casas Vallés, Comentario al art. 40bis, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (R. Bercovitz, ed.), Ed. Tecnos, 3 ed. (2007) p. 672.

estos límites deben tener *carácter restrictivo* y que, en concreto, no basta con que la ejecución, representación o recitación se realice ‘sin ánimo de lucro’ para escapar del derecho exclusivo del autor.²⁴⁰

Este reconocimiento de la «*doctrina de las reservas menores*» como implícitamente compatibles con el CB (por ello también se habla de «límites implícitos»), junto con la mención expresa del «*carácter restrictivo*» de los límites, pueden considerarse como los antecedentes inmediatos de la «Regla de los Tres Pasos,» ya que ambos derivan de situaciones comparables y responden a una preocupación similar, pero no deberían confundirse.²⁴¹

En la Conferencia de Estocolmo de 1967, el mismo debate se generó en torno al engranaje del derecho de reproducción que se pretendía introducir en el art. 9(1) CB,²⁴² con los correspondientes límites ya previstos en la mayoría de leyes nacionales. Esta vez, en cambio, los límites nacionales al derecho de reproducción no formaban un grupo reducido y homogéneo (como sucedía con el derecho de comunicación pública y la ‘doctrina de las reservas menores’ de Bruselas) sino extenso y diverso, hasta el punto que no todos ellos podían ser calificados de «reservas menores» ya implícitamente aceptadas por el CB. Por este motivo, se optó por introducir una disposición que protegiera al nuevo derecho de reproducción frente a posibles límites nacionales de amplio alcance que lo vaciaran de contenido, pero que al mismo tiempo no encorsetara la libertad de los Estados miembros para establecer aquellos límites que consideraran necesarios para satisfacer sus necesidades culturales y sociales.²⁴³

Inicialmente, el art. 9(2) propuesto en 1964 por el Grupo de Estudio en preparación del Programa de Estocolmo (Doc. S/1) contenía sólo dos criterios (o «pasos»): «para fines específicos» y «que tales fines no entren en competencia económica con la obra».²⁴⁴ El animado debate convencional²⁴⁵ resultó, como es habitual, en una redacción de compromiso propuesta por el Grupo de Trabajo liderado por Ulmer, y que hoy conocemos como «Regla de los Tres Pasos».

²⁴⁰ Vid. Ricketson, *op. cit. supra*, §9.61 (1997); Ricketson/Ginsburg, *op. cit. supra*, §13.79 (2006); M. Senftleben, *op. cit. supra*, p. 47.

²⁴¹ De hecho, tal como reconoce Ricketson, la doctrina de las ‘reservas menores’ tiene un alcance más limitado que la «Regla de los Tres Pasos»; Vid. Ricketson, *WIPO Study on Limitations...*, *op. cit. supra*, p. 63.

²⁴² Derecho exclusivo de reproducción que hasta entonces no venía, al menos formalmente, recogido en el CB.

²⁴³ Vid. Ricketson, *op. cit. supra*, §9.2 (1997); Ricketson/Ginsburg, *op. cit. supra*, §13.03 (2006); Senftleben, *op. cit. supra*, p. 48.

²⁴⁴ Vid. Stockholm Conference Records p. 112, *supra*: Doc.S/1 p. 42. Vid. Ricketson, *op. cit. supra*, §9.3 (1997); Ricketson/Ginsburg, *op. cit. supra*, §13.06 (2006); Senftleben, *op. cit. supra*, p. 48. Vid. Senftleben, *op. cit. supra*, p. 49.

²⁴⁵ Vid. Ricketson, *op. cit. supra*, §§9.4-9.5 (1997); Ricketson/Ginsburg, *op. cit. supra*, §13.09 (2006); Senftleben, *op. cit. supra*, p. 47-52.

Que el art. 9(2) CB recoge una regla en «tres pasos» queda fuera de dudas (y de ahí, su nombre): las tres condiciones deben examinarse y cumplirse de forma cumulativa y por el orden específicamente establecido.²⁴⁶ En este sentido, es elocuente que por sugerencia expresa de Ulmer, la explotación normal de la obra²⁴⁷ aparezca como segunda condición y no como tercera (tal como propuso el Grupo de Estudio encargado de redactar el art. 9.2) por cuanto la consideraba más importante que los intereses legítimos del autor: si el límite entra en conflicto con la explotación normal de la obra, ya no hace falta valorar si perjudica o no los intereses legítimos de su autor.²⁴⁸

Pero también es incuestionable que esta regla, al igual que la «doctrina de las reservas menores,» nace con una clara voluntad *habilitadora* para el establecimiento de nuevos límites nacionales al derecho de reproducción. En este sentido, puesto que ambas comparten esta voluntad, no es de extrañar que a pesar de que el art. 9(2) CB no lo mencione expresamente, el mismo «*carácter restrictivo*» que se exigió en Bruselas para que los Estados miembros mantuvieran o introdujeran nuevos límites al amparo de la «doctrina de las reservas menores» también es aplicable a la «Regla de los Tres Pasos;» en concreto, al amparo de la fórmula de «determinados casos especiales» del primer «paso».²⁴⁹

Cuestión distinta es si el examen cumulativo y ordenado de los «pasos», el «carácter restrictivo,» así como su carácter habilitador, son también predicables respecto de las subsiguientes formalizaciones de la «Regla de los Tres Pasos,» más allá del CB (vid. infra).

2. LA «REGLA DE LOS TRES PASOS» MÁS ALLÁ DEL CONVENIO DE BERNA

Posteriormente, la «Regla de los Tres Pasos» ha sido reutilizada (y retocada) en diversos instrumentos internacionales y nacionales.

Con ocasión del Acuerdo ADPIC de 1995 y posteriormente, con los Tratados Internet de la OPMI de 1996 (WCT y WPPT), se amplió el carácter habilitador de la «Regla de los Tres Pasos» para la introducción de nuevos límites nacionales a todos los derechos de explotación (más allá del de reproducción). Como veremos, quizás no sea ésta la única modificación acaecida en este viaje.

²⁴⁶ Vid. Casas Vallés, *op. cit. supra*, p. 674.

²⁴⁷ Y en este sentido, merece la pena recordar que ya en el Doc.S/1 se recogen las palabras del Grupo de Estudio: «es obvio que todas las formas de explotación de una obra que tengan o puedan tener una importancia económica o práctica considerable deben en principio quedar reservadas a los autores;» Vid. Stockholm Conference Records, *supra*, p. 111 (Doc.S/1 p. 41).

²⁴⁸ Vid. M. Senftleben, *op. cit. supra*, p. 52.

²⁴⁹ Lo cual no queda lejos de la interpretación que recogen Ricketson y Ginsburg de este primer «paso»: que el límite sea «finito y de alcance limitado»; Vid. Ricketson/Ginsburg, *op. cit. supra*, §13.14 (2006).

Por proximidad con el CB, empezaremos por analizar el WCT, a pesar de ser posterior en el tiempo.²⁵⁰

(a) *De acuerdo con el art. 10(1) WCT*²⁵¹:

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.

Se recoge aquí formalmente la «Regla» en los mismos términos que el art. 9(2) CB y con el mismo carácter habilitador («podrán prever») de *nuevos* límites respecto de *todos* los derechos conferidos por el WCT (y por el CB)²⁵²: reproducción, distribución, alquiler, comunicación pública, puesta a disposición y traducción, en cualquier entorno tecnológico.²⁵³ La declaración concertada respecto al art. 10 WCT así lo confirma.²⁵⁴

Ahora bien, en el segundo apartado del art. 10 WCT se produce un cambio casi imperceptible, pero tal vez fundamental:

*Art. 10(2) WCT: 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*

²⁵⁰ Teniendo en cuenta el mayor número de países miembros de la OMC que de la Unión de Berna, es el art. 13 ADPIC, y no las disposiciones del CB, WCT o WPPT el que ha conseguido una mayor penetración en la legislación nacional. En este sentido, vid. J. C. Ginsburg, *Toward a Supranational Copyright Law? The WTO Panel Decision and the 'Three Step Test' for Copyright Exceptions*, 192 RIDA 2 (2001).

²⁵¹ En términos similares, vid. art. 16 WPPT.

Y la declaración concertada respecto al art. 10 dice así: «Queda entendido que las disposiciones del art. 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 limitaciones y excepciones que resulten adecuadas al entorno de red digital.»

²⁵² Y con independencia de que alguno de estos derechos ya se viera recogido en el CB, como es el caso de la comunicación pública (para cierto tipo de obras). Vid. J. Reinbothe/S. von Lewinski, *The WIPO Treaties of 1996*, Butterworths (2002) p. 129.

²⁵³ Vid. Reinbothe/von Lewinski, *op. cit. supra*, p. 130: «los tres requisitos del *test* vienen formulados de manera suficientemente abstracta para ser de aplicación con independencia del contexto de los derechos de explotación».

²⁵⁴ Vid. Declaración Concertada Art. 10 WCT: «Queda entendido que las disposiciones del art. 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 limitaciones y excepciones* que resulten adecuadas al entorno de red digital.»

explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor

La misma Declaración concertada añade: «...que el art. 10(2) no reduce ni amplía el ámbito de aplicabilidad de las limitaciones y excepciones permitidas por el Convenio de Berna.» En tal caso, si no sirve ni para reducir ni para ampliar las limitaciones permitidas por el CB, ¿para qué se introdujo? La doctrina explica que el primer apartado se refiere a los derechos del WCT y el segundo a los del CB, y concluye que a pesar del diferente redactado, ambos apartados (1) y (2) tienen el mismo significado.²⁵⁵

Aún admitiendo que sea así, es posible hacer otra lectura menos «inocua» de los dos apartados del art. 10 WCT, en el sentido de ver que en el art. 10(2) WCT la «Regla de los Tres Pasos» pasa de ser una cláusula principalmente *habilitadora* (dirigida al legislador nacional) para el diseño legislativo de límites nacionales (art. 9(2) CB y art. 10(1) WCT), a ser una cláusula *interpretativa* (dirigida a los tribunales) y, además, **con carácter restrictivo** (*al aplicar... restringirán*) para la aplicación de tales límites nacionales.²⁵⁶ En otras palabras, el art. 10(2) CB no pretende que los Estados «prevean», diseñen nuevos límites, sino que al aplicar los límites previstos en sus leyes nacionales los interpreten de acuerdo con la «Regla de los Tres Pasos» y de forma «restrictiva;» al menos, en tanto lo hagan en el contexto de protección del CB.²⁵⁷ Es decir, mediante un sutil «recalibrado» de la «Regla de los Tres Pasos,» su alcance se extiende a la aplicación —no sólo al diseño— de los límites nacionales.

²⁵⁵ Vid. M. Ficsor, *The Law of Copyright and The Internet, The 1996 WIPO Treaties, their Interpretation and Implementation*, Oxford University Press (2002) §10.06.

²⁵⁶ Vid. Reinbothe/von Lewinski, *op. cit. supra*: «el *test* en el art. 10(2) WCT es un *test* de escrutinio, no una cláusula habilitadora. Interpreta los límites y excepciones que, ahora o en el futuro, se apliquen a los derechos recogidos en el CB» (p. 132); «...el *test* del art. 10(2) WCT no puede ser utilizado como base única para la introducción de nuevos límites o excepciones. Es el *test* en sí mismo, que *al ser aplicado* a los límites o excepciones a los derechos de Berna, *puede reducir el alcance de tales límites o derechos* a la luz de las condiciones de un contexto o mercado cambiante» (p. 134). Aún sin darle importancia, también así lo reconoce Ficsor: «...el efecto acumulativo de los dos apartados del art. 10 WCT es similar al efecto de la disposición única del art. 13 ADPIC [...] el art. 10 —y, en especial, su apartado (2)— es un mero instrumento interpretativo;» vid. Ficsor, *op. cit. supra*, §10.07.

²⁵⁷ El art. 9.2 del CB forma parte del mínimo de protección convencional (*ex art. 19 CB*) y, como tal, afecta sólo a la protección que se ofrezca en los Estados miembros a las obras y autores de otros Estados miembros; ya que, de acuerdo con el art. 5.3 CB, queda excluida su aplicación a la protección de obras y autores en el país de origen. Con lo cual, en teoría, un Estado miembro del CB podría elegir no tener en cuenta la «Regla de los Tres Pasos» al establecer los límites a los derechos aplicables para la protección de sus obras y autores nacionales (es decir, tener un doble sistema de protección). Aunque, en la práctica, ello sería altamente improbable, ya que al propio país no le interesará «maltratar» a sus autores con límites más amplios que los aplicados a los autores extranjeros; y, en el ámbito de la UE, sería imposible (*ex art. 5.5 DDASI*). Lo mismo es predecible respecto del WCT y WPPT, e incluso del Acuerdo ADPIC que, además de recoger los criterios de acceso a la protección del CB, añade el criterio del domicilio o establecimiento del titular de derechos (con independencia del lugar de publicación de la obra) para delimitar su campo de aplicación: «*Los Miembros concederán a los nacionales de los demás Miembros el trato previsto en el presente Acuerdo...*» (art. 1.3 ADPIC).

Es cierto, como ya tuvimos ocasión de ver, que el Informe Final de la Revisión de Bruselas, al recoger expresamente la aceptación de la «doctrina de las reservas menores» afirmó que los límites nacionales implícitamente aceptados como conformes con el CB deben tener «**carácter restrictivo.**»²⁵⁸ Por tanto, al quedar expresamente recogida como acuerdo de las partes en los trabajos de aquella revisión,²⁵⁹ el «carácter restrictivo» de los límites nacionales forma parte del «contexto» que debe informar la interpretación del CB. Sin embargo, este carácter restrictivo se refería, al igual que hizo posteriormente el art. 9(2) CB, a la introducción de límites nacionales; no, propiamente, a su interpretación y aplicación a casos concretos.

Ahora bien, ¿hasta qué punto las condiciones de lectura cumulativa y ordenada de los «pasos» exigidas por el art. 9(2) CB son aplicables también al art. 10 WCT? Varias son las alternativas que propone la doctrina internacional²⁶⁰ para realizar lecturas más flexibles de la «Regla de los Tres Pasos» que permitan una mejor adaptación de los límites a la realidad social. En este mismo sentido, se pronuncia reciente la *Declaración por una interpretación equilibrada de la «Regla de los Tres Pasos» en el derecho de autor* de Julio de 2008²⁶¹. En respuesta a la pregunta formulada, es posible aventurar que la lectura cumulativa y ordenada de la «Regla de los Tres Pasos» va perdiendo legitimidad a medida que se separa del art. 9(2) CB y de su carácter habilitador de nuevos límites; i.e., tal vez el art. 10(1) WCT pretende seguir la misma lectura e interpretación prevista para el art. 9(2) CB (ambos con el mismo objetivo *habilitador*), pero la finalidad interpretativa del art. 10(2) WCT le desvincula de los anteriores y tal vez podría dar lugar a otras lecturas. En todo caso, debemos tener en cuenta que por el momento, el alcance del WCT es bastante limitado;²⁶² especialmente, en comparación con el Acuerdo ADPIC.

²⁵⁸ Vid. Ricketson, *op. cit. supra*, §9.63(1) (1987).

²⁵⁹ Art. 31 Convención de Viena de 1969, sobre derecho de los tratados: (1) *Regla general de interpretación. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos 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;*

²⁶⁰ Por ejemplo, Geiger propone una lectura 'inversa' de la «Regla de los Tres Pasos», mientras que Koelman propone una lectura 'integrada y completa' de la misma. C. Geiger, *The Three-Step-Test, a threat to a balanced copyright law?*, 37 IIC 683 (6/2006); K. Koelman, *Fixing the Three-Step-Test*, 8 EIPR 407 (2006). En otro orden, que va más allá del ámbito de los límites para entrar de lleno en la definición de los derechos exclusivos, el Prof. Gervais propone una lectura «al reverso», en el sentido de admitir como lícito todo uso que no interfiera con la normal explotación de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses de su titular; Vid. D. Gervais, *Towards a new core international copyright norm: the reverse three-step-test*, 9 Marq. Intell. Prop. L. Review 1 (Winter 2005).

²⁶¹ Vid. Proyecto conjunto del *Max Planck Institute for Intellectual Property* y la *School of Law at Queen Mary, University of London*, disponible en sendas páginas web: www.ip.mpg.de y www.law.qmul.ac.uk.

²⁶² El WCT sólo ha sido firmado por 65 Estados (a 31 de Julio de 2008); y entre ellos, no ha sido ratificado por los Estados de la Unión Europea que fueron signatarios originales.

(b) *De acuerdo con el art. 13 ADPIC:*

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

Al igual que el art. 9(2) CB y el art. 10(1) WCT, la «Regla de los Tres Pasos» del art. 13 ADPIC es claramente *habilitadora*.²⁶³ Mucho más elusivo, en cambio, es decidir si además del carácter habilitador, la referencia al «circunscribirán» (*'shall confine'* en inglés) implica que el art. 13 ADPIC pretende también ser un regla de interpretación, es decir, si es una disposición dirigida a los tribunales nacionales para la interpretación de los límites (y no sólo al legislador nacional para el diseño de tales límites).²⁶⁴

En todo caso, es interesante constatar que la «Regla de los Tres Pasos» recogida en el art.13 ADPIC puede quedar sujeta a otra lectura, distinta del examen cumulativo y ordenado de «los pasos» y del carácter restrictivo que tiene bajo el art. 9(2) CB (y, quizás también bajo el art. 10(1) WCT). Ello es así por diversos motivos.

En primer lugar, obsérvese que el art. 13 ADPIC habla de los legítimos intereses del «titular de derechos» no del autor (como hacen el art. 9(2) CB y art. 10(1) WCT)²⁶⁵. En segundo lugar, el art. 7 ADPIC recoge como «objetivo» general del Acuerdo, la obligación de considerar los *legítimos intereses de terceros* (e.g., los beneficiarios de los límites):

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

De hecho, sendas reglas similares en sede de marcas (art. 17) y de patentes (art. 30) recogen expresamente los legítimos intereses de terceros: que «*tengan en cuenta los intereses legítimos del titular de la marca y de terceros*» (art. 17 ADPIC) y que «*no atenten de manera injustificable contra la explotación normal de la patente ni causen un perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular de la patente, teniendo en cuenta los intereses legítimos de terceros*» (art. 30 AD-

²⁶³ Y, al igual que aquellos, sólo es de aplicación para la protección que se ofrezca bajo el ADPIC.

²⁶⁴ Ficsor entiende que el art. 13 ADPIC es *habilitador e interpretativo* al mismo tiempo (es decir, que equivale a los dos apartados del art. 10 WCT); Vid. Ficsor, *op. cit. supra*, §10.07.

²⁶⁵ Lo cual es perfectamente comprensible y coherente, tratándose de un instrumento dirigido a ordenar la actividad comercial internacional normalmente llevada a cabo por titulares de derechos (y no tanto, a la protección de los creadores).

PIC). Por supuesto, el silencio del art.13 ADPIC no significa que los legítimos intereses de terceros no deban ser tenidos en cuenta también en sede del derecho de autor y conexos (ya vimos que ello viene obligado *ex art.7 ADPIC*). Sin embargo, no deja de extrañar que se mantuviera el mismo redactado del art. 9(2) CB²⁶⁶ (que, de todas maneras, ya quedaba recogido a través del art. 9(1) ADPIC), en lugar de optar por un redactado más abierto y flexible como los previstos para marcas y patentes. Posiblemente se trató de una solución de compromiso (procurando mantener un redactado próximo al CB) pero, en última instancia, el hecho de que se incorpore expresamente como disposición nueva (en lugar de implícitamente, vía art. 9(1) ADPIC) lo distancia de del art. 9(2) CB y puede acabar favoreciendo una interpretación independiente de la lectura tradicional de aquél.

No es éste el momento adecuado para entrar a analizar las posibles consecuencias de esta significativa diferencia entre instrumentos, pero quede apuntada la idea de que el art. 13 ADPIC, a pesar de reiterar los «tres pasos» del art. 9(2) CB, se integra en un contexto muy distinto, donde la protección de la propiedad intelectual deberá contribuir, entre otros, al beneficio recíproco de productores y usuarios, de modo que favorezca «*el bienestar social y económico y el equilibrio de derechos y obligaciones*». De manera que el debido cumplimiento del art.7 ADPIC y su redacción como cláusula independiente, puede exigir un examen del art. 13 ADPIC diferente (ni acumulativo, ni por el mismo orden, ni con carácter restrictivo) del que se realice a la luz del CB y WCT/WPPT.

Esta desvinculación del art. 9(2) CB será especialmente cierta en relación con la faceta *interpretativa* del art. 13 ADPIC, más que en tanto que cláusula *habilitadora*, ya que en este caso —al menos, entre los Estados de la OMC que ya eran miembros de la Unión de Berna al suscribir el ADPIC— éstos quedaban (y permanecen) obligados entre sí por el art. 9(2) CB y por el art. 20 CB que les impide adoptar entre sí acuerdos que limiten los derechos concedidos por el CB o sean contrarios al mismo.

A modo de conclusión, se respira en el ADPIC una mayor consideración por los legítimos intereses de «terceros»;²⁶⁷ lo cual no es de extrañar: si el derecho

²⁶⁶ También es interesante preguntarse por qué, en lugar de dar por recogido el art. 9(2) CB dentro de la obligación de observancia general de los arts.1 a 21 CB (que recoge el art. 9(1) ADPIC), la «Regla de los Tres Pasos» se incorpore (y reitere) como disposición independiente en el art. 13 ADPIC. Tal vez ello pueda explicarse por la necesidad de ampliar su alcance más allá del derecho de reproducción previsto en el art. 9(2) CB (recordemos que el ADPIC es anterior al WCT). Vid. D. Gervais, *The TRIPS Agreement, Drafting History and Analysis*, Sweet & Maxwell, London, 2 ed. (2003) §§2.71-2.72.

²⁶⁷ También a tener en cuenta la afirmación contenida en el Preámbulo del Acuerdo ADPIC en el sentido de que los Estados miembros reconocen «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». Vid. H.G. Ruse-Khan, *Proportionality and Balancing within the Objectives of Intellectual Property Protection*, *Intellectual Property and Human Rights* (p. Torremans, ed.), Kluwer, 2008 (en prensa).

de autor se configura como una propiedad privada, debe quedar sujeta, como toda propiedad, a los fines de política social y económica que se establezcan en beneficio de la sociedad en general. En esta línea, el Acuerdo ADPIC anima a los Estados miembros de la OMC a construir sus sistemas nacionales de propiedad intelectual en equilibrio.²⁶⁸ Todas estas consideraciones pueden dar como resultado una lectura del art. 13 ADPIC distinta a la que se obtendría bajo el art. 9(2) CB.

3. LA «REGLA DE LOS TRES PASOS» EN LA UNIÓN EUROPEA

El proceso de «recalibrado» de la «Regla de los Tres Pasos» como criterio de interpretación (*ex art. 10(2) WCT*) ha encontrado eco en el ámbito de la Unión Europea, al ser formalmente recogido como tal en diversas directivas; y, en algunos casos, al ser objeto de transposición en la ley nacional (e.g., el TRLPI).

La lista exhaustiva de límites prevista en los art. 5.2 y 3 DDASI se establece con carácter opcional para los Estados miembros, que pueden disponer de ella a su voluntad; pero lo que no es optativo, sino obligatorio, es sujetar la *aplicación* de cualesquiera límites contenidos en las leyes nacionales a lo dispuesto en el art. 5.5 DDASI:

Las excepciones y limitaciones contempladas... 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.

Para aproximarnos al mismo, debemos considerar una doble pregunta: ¿a dónde va? y ¿de dónde viene?

¿A quien va dirigido el art. 5.5 DDASI? Debemos suponer que el legislador comunitario, al confeccionar la lista recogida en el art. 5 DDASI, ya ha tenido debidamente en cuenta²⁶⁹ tanto los tres criterios, como su orden concreto establecidos en el art. 9(2) CB y art. 10(1) WCT. Entonces, debemos entender que al repetir la «Regla de los Tres Pasos» en la Directiva, el legislador comunitario pretende que sea utilizado también por el legislador nacional para acabar de diseñar (*aplicar*, al fin y al cabo) los límites específicos de su ley respectiva.²⁷⁰ En este sentido, el art. 5.5 DDASI no añadiría nada nuevo para el legislador nacio-

²⁶⁸ Vid. Gervais, *op. cit. supra*, §2.76.

²⁶⁹ Al menos, el art. 9(2) CB ya que por el momento, el WCT no ha sido formalmente ratificado por los Estados de la UE. Sin embargo, Ricketson apunta que es posible que algunos de los límites recogidos en el art. 5 DDASI no cumplan con los 3 criterios de la «Regla de los Tres Pasos» (apunta concretamente, que los límites del art. 5.2(a) y del art. 5.3(i) no son suficientemente específicos para superar el primer «paso»); Vid. Ricketson, *WIPO Study on Limitations...*, *op. cit. supra*, p. 72.

²⁷⁰ Como explica el Prof. Gotzen: «En esta interpretación, el legislador comunitario, dándose cuenta de la formulación a veces demasiado amplia e incompleta de las excepciones que figuran en su

nal europeo, y simplemente le viene a «recordar» una obligación internacionalmente convenida bajo el CB por cada uno de los países miembros de la UE, a tener en cuenta la «Regla de los Tres Pasos» al redactar los límites.²⁷¹

Sin embargo, el art. 5.5 DDASI puede suponer una novedad importante si se lee como criterio principalmente interpretativo de los límites diseñados por el legislador nacional, en el sentido ya operado por el art. 10(2) WCT, que todavía no ha sido ratificado por la UE. En este sentido, la «Regla» quedaría incorporada al *acquis* comunitario como instrumento interpretativo dirigido a los tribunales. De hecho, en su momento, las Directivas 96/9/CE sobre bases de datos y 91/250/CEE sobre programas de ordenador ya lo hicieron así:

Art. 6.3 Directiva 96/9/CE: ... *el presente artículo no podrá **interpretarse** de manera tal que permita su aplicación de forma que cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular del derecho o que vaya en detrimento de la explotación normal de la base de datos.*

Art. 6.3 Directiva 91/250/CEE: ... *las disposiciones del presente artículo no podrán **interpretarse** de manera que permita que su aplicación perjudique de forma injustificada los legítimos intereses del titular de los derechos o sea contraria a una explotación normal del programa informático.*

Se tratan éstas de claras reglas de interpretación de los límites que, lógicamente, sólo recogen dos de los «tres pasos» de la regla (y, además, curiosamente, en orden invertido).

Precisamente, por este motivo, no deja de extrañar que si pretendía establecer un criterio interpretativo, el art. 5.5 DDASI siga manteniendo el «primer paso» (*determinados casos especiales*),²⁷² a diferencia de lo que se hizo en las directivas de 1991 y 1996. Una posible explicación, teniendo en cuenta que ambas eran anteriores a la adopción del WCT/WPPT; es que con el art.5.5 DDASI pretende el legislador comunitario cumplir con las obligaciones derivadas de estos convenios (con vistas a su futura ratificación) —cosa que no necesitaba hacer en 1991 y 1996. Otra posible explicación es que, a diferencia de

lista, dejaría a los legisladores nacionales el cuidado de precisar más en detalle los contornos de las excepciones permitidas par que los casos considerados estén bien circunscritos.» Vid. F. Gotzen, *Copyright in Europe: Quo vadis? Some Conclusions after the Implementation of the Information Society Directive*, 211 RIDA 24, p. 25 (2007).

²⁷¹ No obstante, si se tiene en cuenta que los Estados miembros e la UE no han ratificado todavía el WCT ni el WPPT (y que por tanto, directamente sólo quedan vinculados por el art. 9(2) CB y el art. 13 ADPIC), el art. 5.5 DDASI sí que puede suponer un paso más allá de la obligación ya impuesta por éstos —al menos, respecto a los derechos recogidos en el WCT y WPPT, en la medida quedan contemplados en la DDASI.

²⁷² Podría interpretarse que la expresa referencia a los «ciertos casos especiales» en el art. 5.5 DDASI pretende restringir todavía más la interpretación los límites; pero su inclusión expresa permite plantear la duda de si un juez nacional podría invalidar el límite establecido por el legislador aduciendo que no se trata de un «determinado caso concreto». En contra de tal posibilidad, vid. Casas, *op. cit. supra*, p. 689-690.

sendas directivas, la DDASI pretenda con la inclusión expresa del primer criterio trasladar al ámbito de la interpretación de los límites, el «*carácter restrictivo*» que se apuntó en sede del CB como criterio *habilitador* de nuevos límites (en las revisiones de Bruselas —«doctrina de las reservas menores» y Estocolmo —art. 9(2) CB); y en este sentido, pretende conseguir lo mismo que el art. 10(2) WCT.

En cualquier caso, la efectividad del art. 5.5 DDASI es incuestionable. Tanto si ha sido objeto de transposición expresa por el legislador nacional como si no,²⁷³ se trata de una disposición suficientemente clara y precisa como para poder ser directamente invocada por los particulares frente al Estado,²⁷⁴ gracias al denominado «efecto directo vertical» de las Directivas.²⁷⁵ Además, los jueces nacionales están obligados a interpretar las normas de derecho nacional «conforme» a las normas comunitarias, para obtener un resultado lo más próximo posible al pretendido por aquéllas.²⁷⁶ Con lo cual, por una vía u otra, el art. 5.5 DDASI está destinado a acabar siendo aplicado por los jueces nacionales y, en última instancia, va a acabar vinculando al ciudadano en su ejercicio de los límites nacionales.

Aún así, queda por ver el alcance de este «control judicial»: si se limita a comprobar si el legislador nacional ha respetado la «Regla de los Tres Pasos» al diseñar el límite (es decir, un control en abstracto)²⁷⁷ o si también sirve para evaluar si la aplicación práctica del límite en un caso concreto respeta los criterios de la «Regla»; es decir, un control «práctico» que podría conducir incluso, en algún caso concreto, a la denegación de un límite legalmente reconocido. Es difícil predecir por el momento si el art. 5.5 DDASI va dirigido al legislador nacional o —o también— al juez nacional y, en definitiva, cuál es el alcance del

²⁷³ De hecho, algunos legisladores europeos han optado por no transponer el art. 5.5 DDASI a su ley nacional, sin que ello afecte su aplicación: Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, Holanda, Finlandia, Suecia y Reino Unido; vid. Gotzen, *op. cit. supra*, p. 20; vid. también C. Geiger, *From Berne to National Law, via the Copyright Directive: The Dangerous Mutations of the Three-Step-Test*, (2007) EIPR 486, p. 488-489. Mientras que otros, como España, han adoptado la versión de los «dos pasos»: e.g., Francia (art. L.122-5 *in fine*), Luxemburgo (art. 10 *in fine*), Portugal (art. 75.4), Polonia (art. 35).

²⁷⁴ Ahora bien, este efecto directo sólo alcanza las relaciones entre particular y Estado (un particular puede reclamar al Estado la correcta aplicación de tal norma) pero no genera derechos ni obligaciones entre particulares; Vid. Sentencia del TJCE de 11 Junio 1987 (14/86) [caso Pretore di Salò]. Por tanto, el art. 5.5 DDASI no podría ser invocado por un particular frente a otro para decidir el alcance de un límite previsto en la ley nacional.

²⁷⁵ Vid. Sentencias del TJCE de 4 Diciembre 1974 (41/71) [caso Van Duyn] y de 19 Enero 1982 (8/81) [caso Becker]: cuando el contenido de una Directiva está redactado de forma suficientemente precisa y detallada que no deja margen de discreción al legislador nacional en su aplicación, los particulares pueden invocar tal norma directamente frente a los tribunales del Estado que no la ha ejecutado (por no transposición) o la ha ejecutado incorrectamente.

²⁷⁶ Vid. Sentencias del TJCE de 10 Abril 1984 (14/83) [caso Van Colson y Kamann] y de 13 Noviembre 1990 (106/89) [caso Marleasing].

²⁷⁷ Este control judicial ya va implícito en la primera interpretación (como «regla» dirigida al legislador), a raíz del efecto directo de las Directivas: el juez nacional puede identificar que el legislador nacional no ha cumplido debidamente con el art. 5.5 DDASI al diseñar un límite previsto en su ley.

control judicial permitido bajo el mismo. La doctrina, siempre prudente, prefiere esperar a que sea el TJCE quien lo decida.²⁷⁸

¿De dónde viene el art. 5.5 DDASI? Es posible que el art. 5.5 DDASI pretenda dar cumplimiento al art. 10 WCT (y art. 16 WPPT) con vistas a su ratificación por parte de la UE.²⁷⁹ Pero no debemos olvidar que el ADPIC ha sido ratificado por los miembros de la UE y, por tanto, todos ellos quedan ya vinculados por su art. 13 ADPIC; por lo cual, tendría sentido entender que el art. 5.5 DDASI pretende también recoger la obligación ahí contraída ahí.²⁸⁰

En cualquier caso, una vez convertida en regla interna de derecho comunitario para el diseño y/o interpretación de los límites nacionales en del mercado interior, la lectura ordenada y cumulativa de los «pasos» bajo el CB pierde ascendente²⁸¹ o, al menos, se sitúa en posición de igualdad con la lectura que se pueda derivar de los objetivos y criterios recogidos en el ADPIC y con las reglas concretas que recoja la propia Directiva. En este sentido, son especialmente importantes los Cons. 12, 14 y 33 DDASI que recuerdan, respectivamente: «la gran importancia desde el punto de vista cultural» que tiene el régimen de propiedad intelectual; la aspiración de la Directiva a «fomentar el aprendizaje y la cultura mediante la protección de las obras y prestaciones, permitiendo al mismo tiempo excepciones o limitaciones en interés general para fines educativos y docentes;» y, concretamente, la necesidad de garantizar «un justo equilibrio entre los derechos e intereses de las diferentes categorías de titulares de derechos, *así como entre las distintas categorías de titulares de derechos y usuarios de prestaciones protegidas.*»

Además, al igual que ya apuntábamos en el caso del art. 13 ADPIC, es muy posible que la consideración del art. 5.5 DDASI al interpretar los límites dentro de un contexto normativo nacional deba tener en cuenta otras reglas de interpretación (por ejemplo, el art. 3.1 CC) que acaben conduciendo a una lectura distinta de la que se haría en el CB y WCT/WPPT o en el ADPIC. A pesar de utilizar el mismo lenguaje, se trata de disposiciones distintas con destinatarios y objetivos claramente diferenciados. Por tanto, la interpretación del art. 5.5 DDASI será la que libremente establezcan los países de la UE y, en última instancia, ajustada a la lectura que pueda hacer del mismo el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.

²⁷⁸ En este sentido, vid. Gotzen, *op. cit. supra*, p. 33, y IVIR, *The Recasting of Copyright and Related Rights for the Knowledge Economy*, Nov.2006, <http://www.ivir.nl>.

²⁷⁹ Así lo recoge expresamente el Cons. 15 DDASI.

²⁸⁰ A pesar de que el Cons. 15 DDASI se refiere expresamente al WCT y WPPT, al final añade «La presente Directiva está destinada también a dar cumplimiento a algunas de las nuevas obligaciones internacionales», lo cual va claramente destinado al ADPIC. En este mismo sentido, el Cons. 44 DDASI hace referencia en general a «las obligaciones internacionales» al referirse específicamente a la aplicación de los límites: «Al aplicar las excepciones y limitaciones previstas en la presente Directiva, éstas deben ejercerse de acuerdo con las obligaciones internacionales. ...»

²⁸¹ No olvidemos que en su formalización en las Directivas de programas de ordenador y bases de datos, la «Regla» ya se había distanciado del art. 9(2) CB, al recoger sólo los dos últimos criterios y en orden invertido. Y ello a pesar de que ambos arts. 6.3 empiezan con un reconocimiento formal al mismo: «De acuerdo con las disposiciones del Convenio de Berna...».

4. LA «REGLA DE LOS TRES PASOS» EN EL TRLPI²⁸²

Esta «Regla» se introdujo en el art. 40bis TRLPI mediante la Ley 5/1998 de implementación de la Directiva 96/9/CE sobre bases de datos, pero con carácter general (no sólo para estas obras):

Los artículos del presente capítulo no podrán interpretarse de manera tal que permitan su aplicación de forma que causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o que vayan en detrimento de la explotación normal de las obras a que se refieran.

Se trata, pues, de una regla claramente interpretativa de los límites que recoge sólo los dos últimos criterios y en orden invertido. El legislador español no vio la necesidad de reformar este artículo con ocasión de la incorporación de la DDASI,²⁸³ y ello a pesar de que el art. 5.5 DDASI se refiere al «titular del derecho» en lugar de al «autor»,²⁸⁴ y exige que no «entre en conflicto con la normal explotación de la obra» en lugar de que no «vaya en detrimento de» la misma (art. 40bis TRLPI).²⁸⁵

Como ya apuntábamos, la transposición o no del art. 5.5 DDASI carece de importancia (porque en última instancia puede acabar siendo directamente invocado y aplicado por los tribunales españoles). Mucho más interesante es, pues, plantearse si la «Regla de los dos pasos» en el TRLPI puede entrar en conflicto con la aplicación del art. 5.5 DDASI.²⁸⁶

Dejando la cuestión apuntada para ser tratada en otra ocasión con más detenimiento, interesa aquí observar que las pocas sentencias españolas que, hasta la fecha, han recurrido al art. 40bis TRLPI para interpretar el alcance de un límite²⁸⁷ vienen a confirmar su desvinculación de las consideracio-

²⁸² En general, para un detallado análisis del art. 40bis TRLPI, vid. Casas, *op. cit. supra*.

²⁸³ Es interesante plantearse si podría producirse algún conflicto entre la interpretación del art. 40bis TRLPI y la posible aplicación directa del art. 5.5 DDASI, tratándose de una disposición suficientemente específica y detallada. De hecho, otros legisladores nacionales han optado por no incorporar de forma expresa el art. 5.5 DDASI en su ley nacional, y ello no impide su aplicación directa. Vid. Casas, *op. cit. supra*, p. 689.

²⁸⁴ De hecho, el art. 6.3 Directiva 96/9/CE ya se refería al «titular» y en el TRLPI se optó (en atención a su ubicación en el Libro I) por «autor».

²⁸⁵ Queda por ver si estos términos son equivalentes entre sí, y con la exigencia de que no «sea contraria a» utilizada en la Directiva 91/250/CEE.

²⁸⁶ Por supuesto, dejando a salvo su aplicación a los programas de ordenador y bases de datos a los cuales, por indicación de la propia DDASI, no les es de aplicación el art. 5.5 DDASI.

²⁸⁷ Vid., entre otras, AP Sevilla (sec.1) 31 Enero 2005 [Toro de Osborne] Westlaw.ES ARP2005/806; AP Madrid (sec.13), 26 febrero 2007 [Grupo Anaya] Westlaw.ES JUR 2007/151600; AP Barcelona (sec.15), 31 Octubre 2002 [Barcanova], Westlaw.ES JUR2004/54771; AP Madrid (sec.14), 23 Diciembre 2003 [Fundación Santamaría], Westlaw.ES JUR2004/90140; AP Madrid (sec.28) 6 Julio 2007 [Periodista Digital] Westlaw.ES AC2007/1146; AP Madrid (sec.1) 27 Julio 2001 [Universidad de Alcalá] Westlaw.ES ARP2001/764; AP Salamanca 23 Marzo 2000 [Informática Kora] Westlaw.ES ARP2000/2289.

nes que informan la «Regla» contenida en el art. 9(2) CB, e incluso la valoración de los legítimos intereses de terceros obligada bajo el art. 13 ADPIC. En concreto, no dan relevancia alguna al orden concreto de los factores (explotación normal o intereses legítimos del autor) sino que los valoran conjuntamente, incluso dan más importancia a valorar si el perjuicio causado a los intereses legítimos del autor es o no «injustificado», que a valorar el detrimento de la normal explotación de la obra que —perjuicio que, al fin y al cabo, tratándose de un límite a los derechos de explotación del autor siempre va a existir. En este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona en el caso de uso de imágenes para la ilustración de libros de texto al amparo del art. 32.1 TRLPI [Barcanova], antes examinado, concluye:

*la inclusión puede causar un perjuicio, pero el mismo no puede considerarse injustificado y por su ámbito no impide una explotación normal de las obras reproducidas.*²⁸⁸

Como ya apuntábamos, esta valoración conjunta y ponderada de los criterios de esta «regla» *interpretativa* es del todo lógica y aceptable, lejos de su aplicación cumulativa y ordenada prevista en el art. 9(2) CB. También en opinión del Prof. Casas, «los jueces disponen [...] de mayor libertad y nada impide que apliquen la *prueba* como una herramienta de ponderación global, susceptible de llegar siempre hasta el tercer paso, cosa por cierto inevitable en nuestro caso dado el orden establecido en el art. 40bis TRLPI.»²⁸⁹

Además, como ya apuntábamos, la «Regla de los Tres Pasos» no es el único criterio a tener en cuenta al aplicar e interpretar el alcance de los límites a los derechos de autor, sino que deben valorarse también otros criterios generales de interpretación (tal como ya ha venido haciendo la jurisprudencia española), así como los criterios que puedan verse establecidos en instrumentos internacionales (e.g., ADPIC o DDASI).

En resumen, la «Regla de los Tres Pasos» valorada junto con los demás criterios generales de interpretación de las normas, no siempre va a conducir a una interpretación restrictiva del límite. Ni siquiera si aceptamos que el primer criterio contiene el «carácter restrictivo» de los límites (*ex* Bruselas y Estocolmo). Carácter restrictivo no equivale a interpretación restrictiva, sino que va dirigido más bien al legislador como criterio configurador de los límites que como criterio interpretativo, propiamente.

²⁸⁸ Vid. AP Barcelona (sec.15), 31 Octubre 2002 [Barcanova], Westlaw.ES JUR2004/54771. Vid. también AP Madrid (sec.14), 23 Diciembre 2003 [Fundación Santamaría], Westlaw.ES JUR2004/90140, sugiriendo que al evaluar el daño causado a la explotación normal de la obra (*ex* art. 40bis TRLPI), debe tenerse en cuenta que, en ocasiones, la cita de una obra la acaba haciendo más famosa y conocida entre el público (y por tanto, que la cita puede actuar no sólo a favor del interés público sino también a favor del interés particular del autor).

²⁸⁹ Vid. Casas, *op. cit.supra*, p. 696.

Como cualquier otra herramienta hermenéutica, la «Regla» debe ayudar a encontrar la solución más equilibrada (más justa) en cada caso concreto, teniendo en cuenta todos los intereses en conflicto, también de terceros, y no sólo los del autor y/o titular de derechos (intereses que no siempre van a coincidir). Esta flexibilidad es especialmente importante y necesaria en un contexto de evolución tecnológica constante y en un ámbito como es el de la propiedad intelectual donde la tecnología siempre ha jugado un papel fundamental en la explotación de las obras, y donde su absoluta sujeción al ámbito de exclusividad del titular de los derechos no siempre va a redundar en beneficio de la sociedad, ni en última instancia, del propio autor.²⁹⁰

5. EXAMEN DE LOS TRES PASOS

A pesar de que no corresponde a este estudio realizar un análisis en profundidad de la «Regla de los Tres Pasos», es interesante analizar brevemente los rasgos principales del Informe del Grupo Especial de la OMC de 15 de Junio de 2000, sobre la sec.110(5) de la U.S. Copyright Act,²⁹¹ por cuanto —aún sin ser vinculante²⁹²— nos pueden ayudar a «diseñar» (desde la posición del legislador) un límite para fines educativos, acorde con el CB, el ADPIC y la DDASI.

(a) *Determinados casos especiales*

Estos términos fueron interpretados por el Grupo Especial de la OMC de la siguiente manera:

- «determinados» (*certain* en inglés): claramente definidos, conocidos y precisado, aunque no queden expresamente identificados todas y cada una de las posibles situaciones a las que el límite pueda aplicarse; es decir, basta con que se garantice un 'suficiente nivel de seguridad jurídica';²⁹³
- «especiales»: limitados en su ámbito de aplicación o excepcionales en su alcance, reducidos tanto en sentido cualitativo como cuantitativo, de manera que no exima a una número amplio de usuarios;²⁹⁴

²⁹⁰ En este sentido, vid. Declaración ... «Regla de los Tres Pasos», *supra*.

²⁹¹ Vid. Informe del Grupo Especial de la OMC (WT/DS160/R) of June 15, 2000 [en adelante, Informe OMC] en <http://www.wto.org>. En general, vid. Ricketson/Ginsburg, *op. cit. supra*, §§13.11-13.27.

²⁹² En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que este Informe no vincula a jueces o tribunales nacionales en su interpretación del *Three-Step Test* (vid. *supra*), y ni siquiera vincula a los legisladores nacionales en su aplicación del art. 13 ADPIC (y menos aún, en aplicación del art. 9(2) CB y art. 10 WCT). Su utilización aquí es meramente a efectos indicativos, como paso previo a la propuesta de medidas que se recogen en el siguiente subcapítulo.

²⁹³ Vid. *Informe OMC* §6.108.

²⁹⁴ Vid. *id.* §6.109. Estas consideraciones también se tuvieron en cuenta bajo la segunda etapa: si el límite sólo cubre un porcentaje pequeño de usos (o establecimientos, en aquel caso) y sólo es de aplicación a unas obras concretas, se entenderá que no entra en conflicto con la normal explotación de las obras; en cambio, si el límite cubre un número importante de usos (establecimientos) y es de aplicación a todo tipo de obras, entrará claramente en conflicto con su explotación.

- «casos»: descritos en función de los beneficiarios de los límites, los equipos utilizados, los tipos de obras cubiertas u otros factores.²⁹⁵

Además, se destacó que ‘caso especial’ no es sinónimo del ‘fin especial’ que pueda justificar el límite concreto;²⁹⁶ La CE defendía que para que un límite quedara justificado bajo el art. 9(2) CB, debía responder a un fin de interés público (lectura que se ajusta a la historia del CB)²⁹⁷. El Grupo Especial de la OMC no estuvo de acuerdo: la finalidad del límite no es *per se* significativa para la primera etapa, salvo en la medida en que sea útil para determinar su ‘especificidad’ (por ejemplo, el límite a favor de personas con minusvalía).

No es difícil predecir que algunos de los límites actualmente existentes en la mayoría de leyes nacionales no podrían superar ni siquiera esta primera etapa según la interpretación que realiza el Grupo Especial de la OMC; basta con pensar en los límites de copia privada o en algunos de los límites contenidos en el art. 5 DDASI.²⁹⁸

También es posible realizar una lectura más general (menos semántica) del primer criterio y entenderlo como «*carácter restrictivo de los límites*» apuntado en Bruselas (vid. *supra*); es decir, únicamente para recordar la necesidad de «contención» en el diseño (especialmente) e interpretación del límite legalmente establecido.

(b) *Que no atenten contra la explotación normal de la obra*

La explotación normal de la obra incluye tanto las modalidades de explotación actualmente utilizadas por los titulares, como las potenciales²⁹⁹ y debe ser evaluada no sólo en relación con el concreto derecho de explotación afectado por el límite sino en relación con todos y cada uno de los demás derechos de explotación.³⁰⁰ Ahora bien, no todo uso comercial (que pueda producir una ganancia económica) entra en conflicto con la normal explotación de la obra, sino sólo aquellos que priven a su titular de beneficios económicos ‘importantes’ y ‘tangibles.’³⁰¹

²⁹⁵ Vid. *Informe OMC* §6.110.

²⁹⁶ Vid. *id.* §6.111.

²⁹⁷ Vid. Gervais, *op. cit. supra*, §2.126.

²⁹⁸ Por supuesto, en el marco de la DDASI, sería posible interpretar que la lista de límites del art. 5 ya cumplen con este primer criterio, puesto que ya lo cumplían previamente con el CB: «Todos los límites y excepciones permitidos bajo el Convenio de Berna deberían, si son aplicados correctamente y de acuerdo con el espíritu del Convenio, superar el *test* y cumplir sus condiciones.» Vid. Reinbothe/von Lewinski, *op. cit. supra*, p. 131.

²⁹⁹ Vid. *Informe OMC* §6.178. Cada nueva modalidad de explotación vendrá a redefinir lo que constituye ‘explotación normal’; en otras palabras, el desarrollo de mercados nuevos o secundarios quedaría exclusivamente en manos del titular.

³⁰⁰ Vid. *id.* §6.183. No es posible ‘compensar’ el conflicto respecto a un derecho de explotación, con otro derecho de explotación que no quede afectado por el límite.

³⁰¹ Vid. *id.* §6.182.

En resumen, la explotación normal debe ser ‘algo menos’ (pero no mucho menos) que el completo ámbito del derecho exclusivo.³⁰²

(c) *Ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos*

Legítimo significa ‘legal’ desde un punto de vista de derecho positivo, pero también tiene la connotación de legitimidad desde una perspectiva normativa,³⁰³ en el sentido de confrontarlo con otros legítimos intereses (de terceros) que queden justificados a la luz de los objetivos que fundamentan el límite (recordemos el art. 7 ADPIC).

Perjuicio significa daño, pero lo decisivo es si este daño es o no ‘irrazonable.’³⁰⁴ La valoración del grado de perjuicio/daño que debe soportar el titular sólo se podrá decidir *in casu*, teniendo en cuenta no sólo la importancia de los demás intereses en juego (los intereses ajenos que justifican el límite), sino también el daño real económico (o de otro tipo) que el límite causa al autor.³⁰⁵ Es bajo este criterio dónde pueden y deben tenerse en consideración los legítimos intereses de terceros y el interés público que justifique el límite concreto.³⁰⁶

En su examen de la sec.110(5) USCA, el Grupo Especial sólo tuvo en consideración la pérdida (real y potencial) de ganancias económicas de los titulares, para decidir si el perjuicio causado era o no irrazonable/injustificable.³⁰⁷ En consecuencia, el carácter de injustificado puede desactivarse con el establecimiento de una compensación económica a favor del titular (posibilidad siempre admitida bajo el art. 9(2) CB),³⁰⁸ siempre y cuando ello no entre en conflicto con la explotación normal de la obra.

En resumen, podríamos afirmar que el segundo y tercer criterio son dos grados de un mismo requisito (equilibrar el interés público y el privado), mientras que el primero nos recuerda el carácter restrictivo de los límites.

6. ¿CÓMO PUEDE AYUDAR LA «REGLA DE LOS TRES PASOS» A DISEÑAR UN LÍMITE PARA FINES EDUCATIVOS? UNA PROPUESTA PARA EL LEGISLADOR

A la vista de estas consideraciones, sería posible proponer las siguientes medidas de cara al diseño legislativo de un límite para fines educativos.

³⁰² Vid. *id.* §§6.182-6.189.

³⁰³ Vid. *id.* §6.224.

³⁰⁴ Vid. *id.* §6.229. Téngase en cuenta que la versión en inglés del art. 13 ADPIC utiliza esta expresión (irrazonable) en lugar de «injustificable» tal como utiliza su versión española.

³⁰⁵ Vid. *id.* §6.229

³⁰⁶ En cambio, otros autores prefieren realizar estas consideraciones de tipo «normativo» bajo la segunda etapa (normal explotación); En este sentido, vid. por todos, Ricketson/Ginsburg, *op. cit. supra*, §§13.20-13.22 (2006).

³⁰⁷ Vid. *Informe OMC* §6.229.

³⁰⁸ Vid. Ricketson, *op. cit. supra*, §9.8 (1997); Ricketson/Ginsburg, *op. cit. supra*, §13.25 (2006).

En relación con la primera etapa, el uso de una obra para «fines educativos» o de «ilustración de la enseñanza» proporciona suficiente seguridad jurídica, pero será todavía necesario concretar más el alcance del límite. Para ello se podrían adoptar las siguientes medidas:

- Explicar (e.g., *a título de ejemplo*) el significado de «fines educativos» o de «ilustración de la enseñanza» (según se escogiera): los tipos de actividades que quedan cubiertas bajo el límite, tales como explicaciones del profesor, ejercicios que integran el proceso de aprendizaje, material de lectura para debates, comentarios o ejercicios, etc.
- El límite debería cubrir *cualquier uso* (por tanto, cubrir todos los derechos de explotación, incluida la digitalización y la transformación) que sea necesario para la instrucción.
- El límite debería cubrir *todo tipo de obras*, pero las producciones editoriales destinadas precisamente a la enseñanza deberían quedar excluidas del mismo, ya que ello entraría en conflicto con su normal explotación.
- El uso sólo quedaría legitimado *en la medida justificada por el fin* educativo concreto en cada caso: es decir, extensión del fragmento u obra entera.
- *Todo tipo de educación y de instituciones* deben poder beneficiarse del límite: enseñanza básica, secundaria, universitaria, programas no oficiales, etc, sin discriminar entre si se trata de instituciones públicas o privadas,³⁰⁹ ya que todos ellos responden al mismo interés público que lo justifica.
- En todo caso, el uso sólo quedaría legitimado *en la medida en que en sí mismo no persiguiera una finalidad comercial*.

Para cumplir con la segunda y tercera etapas, se podrían disponer tres tipos de medidas:

- Tecnológicas: asegurar que el uso va a restringirse a los estudiantes matriculados en el curso, y ello se haga efectivo mediante la implementación de *medidas tecnológicas de acceso* (claves de acceso, *firewalls*, encriptado, etc), que permita el acceso continuado a lo largo del curso pero restrinja posibles usos subsiguientes (por ejemplo, permitiendo una única copia por estudiante por curso, inhabilitando la alteración o reutilización del fichero que contiene la obra, etc).

³⁰⁹ Aunque ello pueda ser tenido en cuenta para establecer la remuneración en cada caso.

- Económicas: establecer una *remuneración* (o compensación equitativa) a favor de los titulares de derechos (autores, editores, productores, artistas, etc.). Esta remuneración debería tener en cuenta el tipo de uso (no todos los usos docentes deberían generar compensación),³¹⁰ la frecuencia del uso (semestral, anual, etc.) y el número de estudiantes que van a tener acceso a la obra; y podría ser graduada en función del carácter (oficial o no oficial) de la enseñanza y de la naturaleza de la institución que la ofrece. La fijación de las tarifas debería ser negociada por las partes implicadas (entidades de gestión y instituciones educativas), y en defecto de acuerdo, deberían ser establecidas por el Gobierno.
- De *gestión colectiva obligatoria*: la combinación de límite y remuneración lo convierte *de facto* en una licencia legal obligatoria, siendo lo más efectivo su sujeción a gestión colectiva obligatoria (de las entidades correspondientes, según las obras utilizadas),³¹¹ para evitar los problemas que encuentran las entidades al recabar de sus socios el mandato de gestión que les permita licenciar tales usos educativos.

Con estas medidas, se conseguiría un doble objetivo: por un lado, proteger el interés público de la educación (asegurando que el derecho de autor no suponga un obstáculo para la educación) y, por otro, proteger los legítimos intereses de autores y titulares en la explotación normal de sus obras. De hecho, una licencia obligatoria de este tipo acabaría generando un ingreso suplementario para los titulares de derechos (a costa, claro está, de las arcas del Estado y/o de las instituciones docentes de carácter privado) y aseguraría a universidades y centros docentes (no siempre de forma gratuita) que el ejercicio de los derechos exclusivos no pueda suponer un obstáculo para la educación, en perjuicio del interés público en general.

VI. CONCLUSIÓN

La educación, con independencia de la tecnología utilizada para llevarla a cabo, es un derecho fundamental en nuestra sociedad, y como tal debe recibir el trato que merece en la ley de propiedad intelectual española.

La exigencia de una previa autorización (con la consiguiente facultad de prohibición) para utilizar una obra para fines educativos es un privilegio que nues-

³¹⁰ Por ejemplo, serían gratuitos los usos amparados por el límite de cita o para aquellos usos mínimos que, de acuerdo con la «Regla de los Tres Pasos», no causen perjuicio alguno a los intereses legítimos del autor. Para los restantes usos, la remuneración se podría establecer en función del tipo de uso, de la institución, etc.

³¹¹ Con ello se evitarían los problemas de obtención de mandatos de gestión de derechos con que se encuentran las entidades de gestión y las entidades educativas se ahorrarían tiempo, esfuerzo y dinero en la obtención de las licencias. Además, con ello se facilitaría también la gestión de licencias voluntarias para usos no amparados por el límite.

tra sociedad actual no puede permitirse. Que autores y titulares puedan prohibir (directamente o a través de condiciones abusivas) que su obra sea utilizada para fines educativos supone un grave desequilibrio entre el interés privado y el interés público y, en última instancia, se contradice con el objetivo que justifica el régimen de propiedad intelectual, de fomentar el progreso cultural y artístico de una sociedad.

La ley de propiedad intelectual debería corregir esta lamentable situación, mediante un límite para fines educativos completo, que responda a las necesidades de la realidad actual (no del siglo pasado); un verdadero límite para fines educativos (en lugar del malogrado e inútil art. 32.2 TRLPI) que responda con honestidad al espíritu recogido en el art. 5.3(a) DDASI y en el art. 10(2) CB, y que tenga en cuenta tanto las necesidades como los riesgos de las diversas modalidades tecnológicas que hacen posible la educación actual y de las generaciones futuras.

Anexo: Legislación extranjera consultada

Unión Europea:

- Alemania:** Ley de Derecho de Autor y Derechos Vecinos de 9 Septiembre 1965, últimas modificaciones por Leyes de 12 Septiembre 2003 y 26 Octubre 2007.
- Austria:** Ley Federal de Derecho de Autor en Obras de Literatura y Arte y de Derechos Conexos de Abril 1936 (N.º 111/1936), última modificación por Ley de 16 Febrero 2006.
- Bélgica:** Ley de Derecho de Autor y Derechos Vecinos de 30 Junio 1994, última modificación por Ley de 22 Mayo 2005.
- Bulgaria:** Ley de Derecho de Autor y Derechos Vecinos de 1993 (No 56/1993; modificada por Leyes N. 63/1994, N. 10/1998, N. 28/2000, N. 77/2002)
- Dinamarca:** Ley Consolidada de Derecho de Autor de 30 Junio 2006
- Eslovaquia:** Ley de Derecho de Autor N.º 618/2003 de 4 Diciembre 2003.
- Eslovenia:** Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos de 1995 (N.º 21/95), última modificación de 15 Diciembre 2006.
- Estonia:** Ley de Derecho de Autor de 1992, modificada en 15 Febrero 2000 (*no se ha podido tener acceso a la modificación de 22 Septiembre 2004*).
- Finlandia:** Ley de Derecho de Autor N.º 404 de 8 Julio 1961, última modificación por Ley N.º 821 de 14 Octubre 2005.
- Francia:** Código de Propiedad Intelectual, Ley N.º 92-597 de 1 Julio 1992, última modificación por Ley N.º 2006-961 de 3 Agosto 2006
- Grecia:** Ley de Derecho de Autor, Derechos Conexos y Culturas de Marzo 1993 (N.º 2121/1993), última modificación por Ley N.º 3057/2002.
- Holanda:** Ley de Derecho de Autor de 23 Septiembre 1912, modificada por Ley de 27 Octubre 1972, última modificación por Ley de 6 Julio 2004.
- Hungría:** Ley No LXXVI de 1999 sobre Derecho de Autor, modificada el 1 Mayo 2004.
- Irlanda:** Ley de Derecho de Autor de 2000. Regulación sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos 2004 (N.º16/2004).

- Italia:** Ley para la protección del Derecho de Autor y Derechos Vecinos N.º 633 de 22 Abril 1941, últimas modificaciones por Decreto N.º 68/2003, Ley N.º128/2004, Ley N.º 43/2005, Decreto Np.118/2006, Decreto N.º140/2006, Decreto N.º 861/2007
- Latvia:** Ley de Derecho de Autor de 11 Mayo 2000 (modificada por Leyes de 22 Marzo 2003 y de 22 Abril 2004)
- Lituania:** Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos No IX-1355, de 5 Marzo 2003.
- Luxemburgo:** Ley de Derecho de Autor, Derechos Vecinos y Bases de Datos de 18 Abril 2001, última modificación por Ley de 18 Abril 2004.
- Malta:** Ley Derecho de Autor XIII-2000 (cap. 415), modificada por Leyes VI-2001 y IX-2003.
- Polonia:** Ley N.83 de 4 Febrero 1994, de Derecho de Autor y Derechos Vecinos, modificada por Ley de 1 Abril 2004 (*no se ha podido tener acceso a la modificación de 9 de Mayo de 2007*)
- Portugal:** Código de Derecho de Autor y Derechos Conexos, Ley N.º 45/85 de 17 Septiembre 1985, última modificación por Decreto Ley N.º 50/2004 de 24 Agosto 2004.
- Reino Unido:** Ley de Derecho de Autor, Diseños y Patentes de 1988 (Ch.48) de 15 Noviembre 1988. Regulación sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos de 2003 (N.º 2498/2003).
- República Checa:** Ley de Derecho de Autor N.º 121/2000 de 7 Abril 2000. modificada por Ley N.º 81/2005 de 21 Enero 2005.
- Suecia:** Ley de Derecho de Autor en Obras Literarias y Artísticas, Ley N.º 729 de 30 Diciembre 1960, última modificación por Ley de 1 Julio 2005.

Espacio Económico Europeo (EEE)

- Islandia:** Ley de Derecho de Autor N.º 73 de 12 Mayo 1972, última modificación por Ley N.º 60 de 19 Mayo 2000.
- Liechtenstein:** Ley de 19 Mayo 1999 sobre Derecho de Autor y Derechos Vecinos.
- Noruega:** Ley que regula el Derecho de Autor en Obras Literarias, Artísticas y Científicas N.º 2 de 12 Mayo 1961, última modificación por Ley de 17 Junio 2005.
- Suiza:** Ley Federal de Derecho de Autor y Derechos Vecinos de 9 Octubre 1992, modificada por Ley de 17 Junio 2006.

Principales Fuentes consultadas:

- CLEA (WIPO): <http://www.wipo.int/clea/en/>
UNESCO: <http://portal.unesco.org/culture/en/>

FINES EDUCATIVOS

	AUSTRIA (art.42)	BÉLGICA (art.22(1) 4bis, 4ter, 4quater)	ALEMANIA (art.52a) (art.53.3)	FRANCIA (art.122-5(3)e)	GRECIA (art.21 y 27)	ITALIA (art.70.1 y 1bis)	Luxemburg. (art.10.2)	HOLANDA (art.16.1)	PORTUGAL (art.75.2 f)	POLONIA (art.27)	MALTA (art.9.1h)	Bulgaria (s.24.3-9) República Checa (art.31c) Estonia (s.19.2) Hungria (art.35.5, 38.1b) Latvia (s.19, s.26.2) Lituania (art.22.1) Slovaquia (s.28.1) Slovenia (art.49-50)	SUIZA (art.19.1b) Liechtenstein (art.22.1b)	PAÍSES NÓRDICOS (D,N,S s.13) (F s.14) (D,F,S,N,I s.21)	Reino Unido (s.32 y 34) Irlanda (s.53 y 55)
Actos	Make copies and distribute as many reproduction copies as are required for a certain class or lecture (meeting)	(4bis) reproduction (4ter) reproduction sur tout support autre que sur papier ou similaire, (4quater) communication	(52a) (1) make available to the public + (3) reproduce (53) to make (or cause to be made) single copies	représentation ou reproduction	(art.21): reproduce (art.27): public performance or presentation	(1) abridgement, quotation or reproduction (1bis). publication by means of Internet	la reproduction et la communication au public	(a) reproduce in publications or recordings (b) communicate to the public by broadcasting (art.16.4) translations allowed	reproduction , distribution and making available to the public	to use ... in original and in translation and to make copies	reproduction , translation, distribution or communication to the public	(B) Use / reproduce (Ch, E) use; (H) reproduce / perform (La) use /perform (Li) reproduction (Slq) make a copy, distribute and communicate to the public (Sln) reproduce in any medium / perform / translate	Usage privé ... toute utilisation	(S): Photocopying (or similar) and recording of broadcasts (D, F): make copies (N): copies (sec.21): public performance	Copied... anything done... performance
Fines	for the purpose of instruction and/or education (teaching)	lorsque ... est effectuée à des fins d'illustration de l'enseignement ou de recherche scientifique	(52a) for purposes of illustration for teaching (53.3) (a) for the illustration of teaching (instruction) ... in a quantity required for the participants in the instruction (b) for examinations ... to the extent required by the purpose	à des fins exclusives d'illustration dans le cadre de l'enseignement et de la recherche, ..	(art.21): exclusively for teaching or examination purposes (art.27): within the framework of staff and pupil or student activities	(1) for the purpose of criticism or discussion, or for instructional purposes (1bis). for teaching or research uses only when such use is not for lucrative purposes	à titre exclusif d'illustration de l'enseignement ou de la recherche scientifique	for use as illustration for teaching purposes	for purposes of teaching and education	for teaching purposes or in order to conduct their own research	for the sole purpose of illustration for teaching or scientific research	(B) for educational purposes (Ch) in a lecture ... for teaching, instructive or educational purposes (E) illustration for teaching (H-reproduce) for educational purposes or for purposes of exams (H-perform) for purposes of school education or at celebrations held at school (La-use) for educational and research purposes (Li) for teaching and scientific research purposes (Slq) for teaching purposes in school (Sln-reproduce) for internal use in educational or scientific establishments (Sln-perform) For the purpose of teaching	à des fins pédagogiques	(S): for educational purposes (N): for use in public examinations, and in educational activities (D, F): for use in educational activities (sec.21): for educational purposes / educational contexts, etc	(copied) in the course of instruction or of preparation for instruction (anything done) for the purposes of an examination (performance) before an audience limited to persons who are teachers and pupils at an educational establishment or other persons directly connected with the activities of that establishment—

FINES EDUCATIVOS (continuación)

Beneficiarios	Schools and Universities	(4quarter) : par des établissements reconnus ou organisés officiellement à cette fin dans le cadre des activités normales de l'établissement, effectuée uniquement au moyen de réseaux de transmission fermés de l'établissement	in schools, universities, and non-commercial institutions of further-training and professional training	à l'exclusion de toute activité ludique ou récréative, dès lors que le public auquel cette représentation ou cette reproduction est destinée est composé majoritairement d'élèves, d'étudiants, d'enseignants ou de chercheurs directement concernés,	(art.21): at an educational establishment (art.27): at an educational establishment		dans la mesure justifiée par le but non commercial poursuivi		(f) provided that they are used for the exclusive educational purposes in the establishments and do not intend to obtain an economic or commercial advantage, directly or indirectly	Research and educational institutions		(B-reproduce) in schools or other educational establishments (H-reproduce) in public and higher education (La-perform) in educational institutions in a face-to-face teaching process with the participation of teachers and learners, if the audience comprises only the teachers and learners, and persons directly associated with the educational program. (Li) by way of illustration, in writings, sound or visual recordings, (Sn-perform) in direct teaching, at school events with free admission (if performers receive no payment), to rebroadcast a radio or television school broadcast	par un maître et ses élèves	(copied) by (or on behalf of) the person giving or receiving the instruction (anything done) by way of setting the questions, communicating the questions to the candidates or answering the questions (performance) (a) by a teacher or pupil in the course of the activities of the establishment or (b) by any person for the purposes of instruction at the establishment
----------------------	--------------------------	--	---	--	--	--	--	--	--	---------------------------------------	--	--	-----------------------------	---

FINES EDUCATIVOS (continuación)

Alcance y naturaleza de la obra utilizada	Excluded: works destined for instructions and education by their nature and designation	fragmentaire ou intégrale d'articles ou d'oeuvres plastiques ou celle de courts fragments d'autres oeuvres fixées sur un support autre qu'un support graphique ou analogue	(52a) small portions of published works, other short works, or individual contributions to newspapers or periodicals (52a) (2) works intended for instructional use at schools excluded; audiovisual works only after 2 years upon release. (53.3) small parts of a printed work or of individual contributions published in newspapers or periodicals; works intended for instructional use at schools excluded.	d'extraits d'ouvrages, sous réserve des oeuvres conçues à des fins pédagogiques, des partitions de musique et des oeuvres réalisées pour une édition numérique de l'écrit	(art. 21): articles lawfully published in a newspaper or periodical, short extracts of a work or parts of a short work or a lawfully published work of fine art work in such measure as is compatible with the purpose (art.27): of a work	(1) of fragments or parts of a work (1bis). images and music in low resolution, for free,	des courts fragments d'oeuvres	parts of a lawfully disclosed literary, scientific or artistic work	of parts of a published work	fragments of published works	of a work	(B-use) parts of published works or limited number of other works for analyses, comments or research ... to the extent justified by the purpose (Ch) of a published work in a lecture (E) a lawfully published work, or parts thereof ... To the extent justified by the purpose (H-reproduce) Specific parts of a work published as a book, as well as newspaper and periodical articles (Li) of short published works or a short extract of a published work, (Slq) of a short part of a disclosed work (Sln-reproduce) works from their own copies (Sln-perform) a disclosed work	d'oeuvre divulgué	(N, S, D, F): published works and broadcasts (N: only parts of broadcast audiovisual works) (s.21) : a published literary or musical work (excluded dramatic and audiovisual works)	literary, dramatic, musical or artistic work, sound recording, film, broadcast or cable programme or an original database
---	---	--	---	---	--	--	--------------------------------	---	------------------------------	------------------------------	-----------	---	-------------------	---	---

FINES EDUCATIVOS (continuación)

Otros requisitos ¹	to the extent justified thereby	dans la mesure justifiée par le but non lucratif poursuivi et ne porte pas préjudice à l'exploitation normale de l'œuvre (art.59) rémunération	(52a) (1) exclusively for use within the circle of participants in instruction ... (52a) (4) subject to remuneration, under collective management (art.53.6) copies should be neither distributed nor used for public communication	que l'utilisation de cette représentation ou cette reproduction ne donne lieu à aucune exploitation commerciale et qu'elle est compensée par une rémunération négociée sur une base forfaitaire sans préjudice de la cession du droit de reproduction par reprographie	(art.21): provided that the reproduction is effected in accordance with fair practice and does not conflict with the normal exploitation. (art.27): provided that the audience is composed exclusively of the aforementioned persons, the parents of the pupils or students, persons responsible for the care of the pupils or students, or persons directly involved in the activities of the establishment	(1) shall be free within the limits justified for such purposes, provided such acts do not constitute competition with the economic utilization of the work (1bis). The teaching and research uses will be limited by a Government Decree.	conforme aux bons usages	provided that it is in conformity with what may be reasonably accepted by social custom and an equitable remuneration is paid			only to the extent justified by the noncommercial purpose to be achieved not subject to remuneration	(B-reproduce) provided that no commercial purposes (Ch) use of a published work in a lecture ... for teaching, instructive or educational purposes; (H-reproduce) in a number corresponding to the number of pupils in a class ... in a number necessary for the said purpose. (H-perform) provided that the performance is not designed for direct or indirect economic gain and performers are not remunerated (La-reproduce) a musical work may be used in teaching institutions as part of a face-to-face teaching process (Li) provided that this is related to study programs and does not exceed the extent justified by the purpose (Slq) provided that such use is not exceeding the extent justified by teaching purposes in school and is not aimed at obtaining any direct or indirect economic advantage (Sln-reproduce) provided that this is not done for direct or indirect economic advantage. (ALL) No remuneration.	(S art.20) (L art.23.2) L'utilisation de l'oeuvre de des fins pédagogiques donne droit à rémunération, (N,S): provided that an extended collective agreement license applies (s.21): provided that the performance is not for commercial purposes (except for Iceland: the author is entitled to remuneration if admission is charged for the performance)	(copied) not by means of a reprographic process copies made according to these exceptions cannot be subsequently ... sold, rented or lent, or offered or exposed for sale, rental or loan, or otherwise made available to the public
-------------------------------	---------------------------------	--	---	--	---	---	--------------------------	--	--	--	---	--	--	---

¹ Debido al limitado espacio, se han eliminado las referencias a la indicación de la fuente y nombre del autor de la obra utilizada.

COMPILACIONES DOCENTES

AUSTRIA (art.45)	BÉLGICA (art.21.2)	GRECIA (art.20)	HOLANDA (art.16.1)	ITALIA (art.70.2)	POLONIA (art.29.2)	PORTUGAL (art.75.2 h)	República Checa (art.31b) Hungria (art.34.2-3) Latvia (art.21) Lituania (art.22.1) Eslovenia (art.48)	PAÍSES NÓRDICOS (D,F,N,S sec.18) (I sec.17):	Reino Unido (sec.33) Irlanda (sec.54)
<p>(1) to reproduce and distribute works in scholar or instructional compilations</p> <p>(2) use of published literary works in school radio broadcasts</p>	<p>La confection d'une anthologie destinée à l'enseignement qui ne recherche aucun avantage commercial ou économique direct ou indirect requiert l'accord des auteurs dont des extraits d'oeuvres sont ainsi regroupés. Toutefois, après le décès de l'auteur, le consentement de l'avant droit n'est pas requis à condition que le choix de l'extrait, sa présentation et sa place respectent les droits moraux de l'auteur et qu'une rémunération équitable soit payée, à convenir entre parties ou, à défaut, à fixer par le juge conformément aux usages honnêtes.</p>	<p>reproduction of published literary works in educational textbooks approved for use in primary and secondary education by the Ministry of National Education and Religions or another competent ministry, according to the official detailed syllabus, is allowed under the following conditions:</p> <p>that such reproduction only amount to a short part of the whole production of each author,</p> <p>and that such use do not conflict with the normal exploitation of these works.</p>	<p>Parts of a lawfully disclosed literary, scientific or artistic work may be</p> <p>(a) reproduced in publications or recordings made for use as illustration for teaching purposes,</p> <p>(b) be communicated to the public by broadcasting for use as illustration for teaching purposes,</p> <p>__ provided that it is in conformity with what may be reasonably accepted by social custom and an equitable remuneration is paid</p> <p>(art.16.4) translations also allowed</p>	<p>In anthologies for scholastic use, reproduction shall not exceed the extent specified in the Regulations (n.633 de 22 Abril 1941)</p>	<p>For teaching and research purposes ... to include disseminated minor works or excerpts from larger works in textbooks and reading books ... (and) in anthologies for didactic and research purposes.</p> <p>Subject to remuneration to the author.</p>	<p>Inclusion of short works or of fragments of works of others in one's own work intended for education</p>	<p>(Ch) include into ... a work designated for teaching purposes, for the clarification of its content, small published works in their entirety</p> <p>(H) Part of a disclosed literary or musical work or a work of minor size may be borrowed (beyond the scope of citation) for purposes of school education and educational lectures, as well as in textbooks or reference books for academic purposes (and it is indicated on the title page).</p> <p>(La) Use of disclosed works or fragments of them in textbooks (which are in conformity with educational standards), in radio and tv broadcasts, in audio-visual works, in visual aids and the like, which are specially created and used in the face-to-face teaching and research process in educational and research institutions for non-commercial purposes to the extent justified by the purpose of their activity.</p> <p>(Li) Reproduction for teaching and scientific research purposes of short published works or a short extract of a published work, by way of illustration, in writings, sound or visual recordings, provided that this is related to study programs and does not exceed the extent justified by the purpose;</p> <p>(ALL) No remuneration.</p> <p>(Sh) Reproduction in readings and textbooks intended for teaching, parts of disclosed works, as well as single disclosed works of photography, fine arts, ... of a number of authors; Subject to equitable remuneration</p>	<p>Minor portions of literary and musical works or short works of these categories may be reproduced in composite works (consisting of a compilation of works of a large number of authors) for use in educational activities, provided that five years have elapsed from the publication of these works.</p> <p>The author is entitled to remuneration.</p> <p>(D) It does not apply to works prepared for use in educational activities or if the use is for commercial purposes.</p> <p>(F, N, S, I) It does not apply to works created for use in education (classroom instruction).</p>	<p>(UK): The inclusion of a short passage from a published literary or dramatic work in a collection which (a) is intended for any use (for educational purposes) in educational establishments ... and (b) consists mainly of material in which no copyright subsists, ... if the work itself is not intended for use in such establishments and the inclusion is accompanied by a sufficient acknowledgment ...</p> <p>(IR): the inclusion of a short passage from a literary, dramatic or musical work, original database ... lawfully made available to the public, in a collection that—</p> <p>(a) is intended for use (i) in educational establishments and is so described in its title,</p>

CITA

	BÉLGICA (art.21)	FRANCIA art. L122-5(3)(a)	ALEMANIA (ART.51)	GRECIA (art.19)	ITALIA (art.70.1)	Luxemburgo (art.10.1)	HOLANDA (art.15a)	POLONIA (art.29.1)	PORTUGAL (art.75.2g)	MALTA (art.9.1k)	Bulgaria (s.24.2) Rep. Checa (art.31a) Estonia (s.19.1) Hungria (art.34.1) Lituania (art.21) Eslovaquia (s.25) Eslovenia (art.51)	SUIZA (art.25) Liechtenstein (art.27)	PAÍSES NORDÍCOS (D,F,N sec.22) (Iceland sec.14)	Reino Unido (sec.30.1) Irlanda (sec.51.1)
Actos	Citations	analyses et courtes citations	reproduction, distribution and communication to the public	quotation	abridgement, quotation or reproduction	Courtes citations en original ou en traduction	Quotation (art.15a.4) translation	To quote	Quotation or abridgments	reproduction, translation, distribution, communication to the public of quotations	Quote (E) summaries + quotations (Li) reproduce ... in original and translation (Sln) also translations	Citation	quote	Fair dealing
Fines	effectuées dans un but de critique, de polémique, de revue, d'enseigne- ment, ou dans des travaux scientifiques	justifiées par le caractère critique, polémique, pédagogique, scientifique ou d'information de l'oeuvre à laquelle elles sont incorporées	For the purpose of quotation Of a published work: individual works included in an independent scientific work to explain its contents;	by an author for the purpose of providing support for a case advanced by the person making the quotation or a critique of the position of the author	for the purpose of criticism or discussion, or for instructional purposes	justifiées par le caractère critique, polémique, pédagogique, scientifique ou d'information de l'oeuvre à laquelle elles sont incorporées	In announcements criticisms, polemic writings or scientific essays (treatises)	within the scope justified by explanation, critical analysis, teaching or the rights governing a given kind of creative activity	To support the own doctrines or for purposes of criticism, discussion or teaching	for purposes such as criticism or review	(B) to criticize or review (Slq) for purposes of review or criticism or for teaching purposes, scientific research or artistic purposes (Sln) for the purpose of illustration, argumentation or referral	dans la mesure ou elles servent de commentaire, de référence ou de démonstration	(I) In the context of a critical or scientific public discussion, or other recognized purpose	for the purposes of criticism or review
Alcance y naturaleza	d'une oeuvre licitement publiée, dans la mesure justifiée par le but poursuivi	lorsque l'oeuvre a été divulguée analyses et courtes citations	passages from a work in an independent literary work; passages from a published musical work in an independent musical work.	of short extracts of a lawfully published work	fragments or parts of a work within the limits justified for such purposes	qu'elles soient justifiées par le but poursuivi	the number and length of the quoted passages justified by the purpose to be achieved	fragments of disseminated works or minor works in full	works of others, of any kind and nature, To the extent justified by the purpose	lawfully disclosed works	disclosed works (Ch) excerpts ... to a justified degree (Li) a relatively short passage (Slq) short parts	d'uvre divulgué pour autant que leur emploi en justifie l'étendue	(D, F, N) a work which has been disclosed (D, F, N) to the extent required for the purpose (I) reasonable length	with a work
Otros requisitos	conformément aux usages honnêtes de la profession		to the extent justified by the purpose	provided that the quotation is compatible with fair practice and that it does not exceed that justified by the purpose.	provided that it does not constitute competition with the economic utilization of the work	conformes aux bons usages, qu'elles ne poursuivent pas un but de lucré, et qu'elles ne portent atteinte ni à l'oeuvre ni à son exploitation	According to what is reasonably accepted by social custom		use in accordance with fair practice and to the extent required by the purpose	(E) to extent justified by purpose (B) compatible with usual practice, to extent justified by purpose (Li, Slq) use in accordance with fair practice and to the extent required by the purpose (H) true to the original and its scope justified by the nature and purpose of the borrowing		(D, F, N) in accordance with proper usage (I) provided that the quotation is correct		

COPIA / USO PRIVADO

	AUSTRIA (art.42.1-4)	FRANCIA art. L122-5(2)	ALEMANIA (art.53)	ITALIA (art.68)	HOLANDA (art.16b.1)	PORTUGAL (art.81 y art.75.2a)	POLONIA (art.23)	Bulgaria (s.25.1) República Checa (art.25) Estonia (s.18) Hungria (art.35) Lituania (art.20) Malta (art.9.1c) Eslovaquia (s.24.1) Eslovenia (art.50)	SUIZA (art.19.1a) Liechtenstein (art.22.1a)	PAÍSES NÓRDICOS (Dinamarca sec.12) (Finland sec.12) (Suecia sec.12) (Noruega sec.12)	Reino Unido (sec.29.1) Irlanda (sec.50.1)
Actos	Reproduce	copies ou reproductions	(1) to make single copies in any support (copies may be done by another if free of charge or if by reprographic means)	Reproduction	Reproduction	Reproduction	(1) to use free of charge	Reproduce	usage privé	(D, F, N) make copies (or engage someone to make them –except musical, audiovisual works...) (S) make copies	Fair dealing
Fines	For his/her private use	strictement réservées à l'usage privé du copiste	(1) by a natural person for private use (2) make or cause to be made single copies... for scientific research or other personal uses	For the personal use of the reader	for the sole purpose of personal practice, study or use of the natural person who makes the copy (or orders it to be made)	for the sole purpose of private practice, study or personal use	(1) for purposes of private use	(Ch) for personal use (H) for private purpose (B, E, Li, Slq, Sln, Ma) by a natural person for individual / private use	à des fins personnelles ou dans un cercle de personnes étroitement liées, tels des parents ou des amis	(D, S) for private purposes (F, N) for private use	For the purposes of research or private study
Alcance y naturaleza	single copies Of a work	Lorsque l'oeuvre a été divulguée	(1) of a work (2) (a) in case of small parts of published works or individual contributions that have been published in newspapers or periodicals, (b) in the case of a work that has been out of print for at least two years.	Of single works or of portions of works	literary, scientific or artistic work (specific restrictions as to length apply depending on the kind of works)	A limited number of copies Of a literary, scientific or artistic work provided that it is not contrary to the normal exploitation of the work and does not cause an unjustified prejudice to the legitimate interests of the author, and the copy is not used for communication to the public or profit-making use.	(1) a disclosed work (2) The scope of the private use shall cover the use of single copies of the work by a group of persons staying in a personal interrelation with each other, including in particular blood relation, kinship or a social relationship	(H, Slq, Li,) a single copy (Sln) no more than three copies (Sln, Ma) on any medium (E, Li, Slq, Sln) of a disclosed work (B, Li, H, Ma, Slq, Sln) not for direct or indirect economic advantage, (B, Ch, Ma) subject to remuneration / (Li) compensation only for copies of audiovisual and musical works (E, H, Slq, Sln,) not subject to remuneration.	toute utilisation d'une oeuvre divulgué	(D, F, N) single copies (S) one or a few copies (D, F, N, S) Works which have been disclosed	A literary, dramatic, musical or artistic work
Otros requisitos		non destinées à une utilisation collective	(art.53.6) copies should be neither distributed nor used for public communication	when made by hand or by a means of reproduction unsuitable for marketing or disseminating the work in public	copies cannot be given to third parties				(S art.20) (L art.23.1) Pas de rémunération	(D, N) if this is not done for commercial purposes. (D, F, S, N) Such copies must not be used for any other purposes	Systematic single copying excluded