

POR UNA INTERPRETACIÓN RAZONABLE DE LA REGLA DE LOS TRES PASOS, O POR QUÉ HAY QUE EVITAR LA IMPRECISIÓN: UN ESTUDIO SOBRE LA «DECLARACIÓN POR UNA INTERPRETACIÓN EQUILIBRADA DE LA REGLA DE LOS TRES PASOS EN DERECHO DE AUTOR»

por André LUCAS
Professeur de Droit Civil
Université de Nantes

y Pilar CÁMARA ÁGUILA
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN:

El presente trabajo versa sobre la «Declaración en vista de una interpretación de la regla de los tres pasos respetando los equilibrios del derecho de autor» recientemente suscrita por eminentes especialistas en la materia, y que se enmarca en un claro comportamiento de *lobbying*. El movimiento que está detrás de esta declaración promueve una interpretación del derecho de autor que en esencia no compartimos. Compartimos con la declaración la importancia que ha alcanzado la regla de los tres pasos, y la necesidad de que su aplicación sea razonable. A este respecto, entendemos que los jueces sólo deberían recurrir a este correctivo en los casos en que el demandante aportase prueba del perjuicio causado, sobre la base de elementos precisos, y no operar sobre meras presunciones. Coincidimos también con la declaración al señalar que los criterios tomados en cuenta a la hora de ponderar el «perjuicio causado a los intereses legítimos» no deben ser exclusivamente económicos. A continuación se exponen en el trabajo los puntos de desacuerdo. En primer lugar, no podemos compartir la perspectiva exclusivamente utilitarista que se hace del derecho de autor al afirmar que su objetivo es servir al interés general incitando la creación de obras nuevas y a su difusión al público. Por otro lado, también se exageran los riesgos de la regla de los tres pasos, empleando un sorprendente tono alarmista, que pone en la diana de los peligros anunciados a la jurisprudencia y la legislación francesas. En particular, se

denuncia una amenaza a los derechos fundamentales y una paralización de las excepciones, que no compartimos. Tampoco compartimos la interpretación amplia de las etapas propuesta por la declaración, ni el análisis global de las mismas, negando así el principio de aplicación por etapas querido por las normas internacionales, y asumido por el derecho comunitario. En conclusión, entendemos que la interpretación propuesta por la declaración no haría más que añadir a la imprecisión de la regla de los tres pasos, la propia del *fair use*.

PALABRAS CLAVE: Propiedad intelectual. Límites a los derechos patrimoniales. Regla de los tres pasos. Declaración por una interpretación equilibrada de la regla de los tres pasos. *Faire use*.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LOS PUNTOS DE ACUERDO CON LA DECLARACIÓN. 1. EL RIESGO DE CUESTIONAR LAS EXCEPCIONES COMO CONSECUENCIA DE UNA APLICACIÓN NO RAZONABLE DE LA REGLA DE LOS TRES PASOS. 2. LA TOMA EN CONSIDERACIÓN DE CRITERIOS NO ECONÓMICOS EN LA APLICACIÓN DE LA REGLA DE LOS TRES PASOS. III. LOS PUNTOS DE DESACUERDO CON LA DECLARACIÓN. 1. DESACUERDO CON LOS PUNTOS DE PARTIDA. 1.1. *Inadecuación de la perspectiva exclusivamente utilitarista*. 1.2. *Exageración del riesgo provocado por la regla de los tres pasos*. 2. DESACUERDO CON LA INTERPRETACIÓN QUE SE PROPONE DE LA REGLA DE LOS TRES PASOS. 2.1. *Desnaturalización de la letra y del espíritu de la regla de los tres pasos*. 2.1.1. A la luz del derecho internacional a) Análisis de cada una de las etapas de la regla. b) Análisis global de las etapas. 2.1.2. A la luz del derecho comunitario. 2.2. *Interpretación que genera inseguridad*.

TITLE: FOR A BALANCED INTERPRETATION OF THE THREE-STEP TEST, OR WHY WE MUST AVOID ANY INACCURATE INTERPRETATION: ONE STUDY REGARDING THE DECLARATION A BALANCED INTERPRETATION OF THE THREE STEPS TEST IN COPYRIGHT LAW».

ABSTRACT: This work focuses on the «Declaration a balanced interpretation of the three-steps test in copyright law», recently signed by some eminent specialists on copyright. This declaration intends to lobby for promoting an interpretation of copyright which in essence we don't agree. We agree with the declaration that the three-steps test has reached an important status, and that its application must be reasonable. In this regard, we understand that the judges should appeal to this corrective in the cases in which the plaintiff presents a proof of the caused damages,

on the basis of precise elements, and not to proceed on mere suppositions. We also agree that the criteria to evaluate the «damages caused to the legitimate interests must not be exclusively economic. Next, the disagreements are discussed in the text. First, we can not endorse an exclusively utilitarian perspective of the copyright that states that its objective is to serve the general interest by promoting the creation of new works and its diffusion to the public. Besides, the risks of the three-steps test are also exaggerated, using a surprising alarmist tone, so that a plethora of announced dangers seem to aim to the whole French jurisprudence and legislation. In particular, a threat to the fundamental rights and a stop of the exceptions is denounced, something that we do not agree with. Nor can we agree with the ample interpretation of the stages that the declaration proposes, nor the global analysis of them, thus denying the principle of application in stages that the international norms want, and the communitarian law assumes. In conclusion, we understand that the interpretation the declaration proposes will do nothing but to add more imprecision to the three-steps test, that of the *fair use*.

KEYWORDS: Copyright law. Limitations to economics rights. The three-steps test. Declaration a balanced interpretation of the three steps test in copyright law. Fair use.

CONTENTS: I. INTRODUCTION. II. POINTS OF AGREEMENT WITH THE DECLARATION. 1. The risk of questioning the exceptions as a consequence of a non-reasonable application of the three-steps test. 2. Non-economic criteria in the application of the three-steps test taken into account. III. POINTS OF DISAGREEMENT WITH THE DECLARATION 1. Disagreement with the starting points. 1.1. *Inadequacy of an exclusively utilitarian perspective*. 1.2. *Exaggeration of the risks caused by the three-steps rule*. 2. Disagreement with the proposed interpretation of the three-steps test. 2.1. Denaturalization of both the letter and the spirit of the test. 2.1.1. From the point of view of international law. a) Analysis of every stage of the test. b) Global analysis of all the stages. 2.1.2. From the point of view of communitarian law. 2.2. An interpretation which generates insecurity.

I. INTRODUCCIÓN

La «Declaración por una interpretación equilibrada de la regla de los tres pasos en el derecho de autor», firmada recientemente por eminentes especialistas en derecho de autor, se enmarca en un comportamiento de *lobbying* que da buena muestra de la creciente influencia de los grupos de presión en esta disciplina, algo a lo que debemos ir acostumbrándonos¹. La opinión que aquí manifestamos quiere contribuir debate abierto por ella. No se trata de una mera cuestión dogmática. El movimiento que se encuentra detrás de esta declaración promueve una interpretación del derecho de autor que entendemos desenfocada, y que en esencia no compartimos. El análisis que sigue a continuación se centrará en el estudio de los puntos de acuerdo y de desacuerdo con ella.

II. LOS PUNTOS DE ACUERDO CON LA DECLARACIÓN

La declaración tiene el doble mérito de llamar la atención sobre el riesgo de que la regla de los tres pasos (también conocida como «test de las tres etapas» o «triple test») cuestione las excepciones previstas en las leyes de propiedad intelectual (1) y de sugerir que se tomen en consideración criterios no económicos a la hora de su aplicación (2).

1. EL RIESGO DE CUESTIONAR LAS EXCEPCIONES COMO CONSECUENCIA DE UNA APLICACIÓN NO RAZONABLE DE LA REGLA DE LOS TRES PASOS

La declaración acierta al poner el acento en la importancia que ha alcanzado la regla de los tres pasos en materia de derechos de autor y derechos conexos. En cuanto al derecho de autor se refiere, su inclusión en el Acuerdo ADPIC —art. 13— supuso un envite de gran importancia, habida cuenta el procedimiento de solución de diferencias en él previsto, y que tuvo ocasión de ponerse en práctica con el conocido *Informe* del Grupo Especial de la OMC, de 15 de junio de 2000, al que luego nos referiremos². Pero, sobre todo, la incorporación de la regla en el orden jurídico comunitario a través del artículo 5.5 de la Directiva de 2001/29/CE sobre derecho de autor y derechos a fines a los derechos de autor en la sociedad de la información —en adelante DDASI—, ha ampliado su alcance y modificado su naturaleza. A este respecto, se ha planteado si los Estados miembros venían obligados a transponer este precepto, o se trataba de una norma exclusivamente dirigida a sus legisladores a la hora de elaborar

¹ *La declaración*, en su versión original en inglés, está disponible en el sitio web del Max-Planck: <http://www.ip.mpg.de>. Para la realización del presente trabajo se ha manejado, principalmente, la versión en francés, realizada por Christophe Geiger y Sylvie Nerisson. Dicha versión se encuentra disponible en la misma página web referenciada.

² Caso WT/DS 160/R.

las normas sobre límites, sin que alcanzara a los jueces nacionales³. En todo caso, la ausencia de transposición no hace desaparecer la obligación del juez nacional de interpretar su ley a la luz del art. 5.5, como expresamente se señala en la Exposición de Motivos de la Ley belga de transposición de la DDASI, y como han mantenido ya los tribunales de algunos Estados miembros⁴. Asimismo, como es sabido, varios países han incorporado en su legislación la regla de los tres pasos (sin ánimo de ser exhaustivos, entre otros, Francia —art. L 122-5 CPI, Italia —art. 71 nonies de la *Legge di diritto di autore*, Portugal —art. 75.4 del *Código do direito de autor*, y España —art. 40 bis LPI—). Como particularidad, en España, la regla de los tres pasos se introdujo con motivo de la incorporación al derecho interno de la Directiva 96/9/CE sobre Bases de Datos, pero ampliando su alcance a todos los límites. Así incorporada en el art. 40 bis LPI, se convirtió en la regla de los dos pasos al señalar que los artículos sobre límites «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». El test pasó a ser regla de interpretación y aplicación a la hora de interpretar las excepciones al derecho de autor reconocidas en la LPI, con los pasos dos y tres alterados en comparación con el orden dispuesto en el art. 5 DDASI, ya que ese era el orden de la Directiva sobre Bases de Datos, y el legislador español, al transponer la DDASI no volvió sobre la regla, lo cual, como se verá más adelante, no deja de ser criticable⁵.

Sea cual fuera el alcance que la DDASI quiso dar a la regla de los tres pasos, ésta se encuentra en la actualidad perfectamente integrada en el orden jurídico comunitario⁶. El resultado es que los titulares de derechos han comenzado a

³ En España, ha defendido que el art. 5 se dirige a los Estados a la hora de implementar la directiva R. BERCOVITZ, «Google y la regla de los tres pasos», *Aranzadi Civil*, Tribuna, nº 5/2009. Por su parte, J.J. MARÍN LÓPEZ no acaba de ver qué papel puede desempeñar el test a la hora de que un Juez dicte sentencia, y así, se pregunta «¿sirve el test de las tres fases para que un juez inaplique, porque vaya en contra de ese test de las tres fases, una excepción legalmente prevista?» —vid. «El test de las tres etapas y la comunicación pública», *IDP*, disponible en la siguiente dirección: <http://www.uoc.edu/idp/1/dt/esp/mesaredonda01.pdf>—.

⁴ Vid. «Study on the Implementation an Effect in Member States' Laws of Directive 2001/29/EC on the Harmonisation of Certain Aspect of Copyright and Related Right in the Information Society», *Institute for information law*, Amsterdam, febrero 2007, pág. 57 y ss. Está disponible en: http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/studies/studies_en.htm. A este respecto, vid. también la sentencia del TPI de Bruselas de 13-2-2007, *Auteurs et Media*, 2007 1, pág. 107, nota Voorhoof. En ella se señala que aunque el test de las tres etapas no se recoge en la Ley belga, «ello no obsta para que sirva a los jueces y tribunales en la aplicación de la Ley». En esta línea, en la doctrina española, CASAS VALLÉS señala que aunque el art. 5.5 de la DDASI «se dirige ante todo a los legisladores de los estados miembros...el art. 5.5 tiene sin duda potencial suficiente como para llegar hasta los jueces, incluso en países que no lo han trasladado a sus leyes», vid. «Comentario al art. 40 bis LPI» en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, R. BERCOVITZ Coord., ed. Tecnos, 3,^a ed., 2007, pág. 689.

⁵ Vid. *infra*, nota 52.

⁶ Vid. en este sentido, Zolynski, *Methode de transposition des directives communautaires. Études á partir de l'exemple du droit d'auteur et des droits voisins*, Dalloz, 2007, nº 230.

utilizarla para oponerla a los usuarios de las obras y demás prestaciones protegidas. Mientras que, por un lado, la tendencia apunta más bien hacia una ampliación de la lista de las excepciones (como se ha visto con la Directiva y como podría verse de seguir adelante la propuesta contenida en el reciente *Libro Verde* sobre *El derecho de autor en la economía del conocimiento*, de crear, inspirándose en el *fair use* americano una excepción para las «obras transformativas»), ciertamente un uso indebido de la regla podría llegar a paralizar en la práctica las referidas excepciones o, cuando menos, a reducir su alcance⁷. Se comprende así que los firmantes de *la declaración* muestren su rechazo a un escenario como el descrito, pues afectaría a la seguridad jurídica y amenazaría los equilibrios alcanzados con gran dificultad por parte de los legisladores nacionales.

De este modo, debemos sumarnos al deseo expresado en *la declaración* en favor de una aplicación razonable del test. Sobre la cuestión de fondo, ello pasa principalmente por una definición de la «explotación normal» que sólo tome en cuenta los efectos potenciales de la excepción cuando sean de tal naturaleza que supongan una privación de ganancias sustanciales para los titulares de derechos. Asimismo, debe hacerse una aproximación a la noción de «perjuicio injustificado» que permita modular la aplicación del test en función de los intereses que fundamentan la excepción. Pero probablemente sea en el terreno probatorio donde pueda conjurarse el riesgo de una aplicación abusiva de la regla de los tres pasos. En efecto, el juez sólo debería recurrir a este correctivo en los casos en que el demandante aportase la prueba del perjuicio causado, sobre la base de elementos precisos, comprendiendo en ellos estudios económicos y datos estadísticos. Desde este punto de vista, la sentencia dictada por la *Cour de Cassation* francesa el 28 de febrero de 2006 en el asunto *Mulholland Drive* merece ser criticada, por haber razonado a partir de simple presunciones⁸. En la jurisprudencia española, la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (sección 28), con fecha 6 de julio de 2007, se refiere a las «circunstancias» para afirmar que la aplicación del art. 40 bis de la ley española permite una interpretación restrictiva de la excepción prevista por el art. 32.2, a favor de las revistas de prensa⁹. El litigio enfrentaba a la editora del diario *El mundo* contra *El periodista digital*. Este último reproducía un número significativo de artículos de opinión, fotografías, entrevistas, etc., de *El mundo*, entre otros diarios, sin autorización de su editora. La sentencia parte de la base de que dicho comportamiento no tiene acogida en el límite del art. 32.2 LPI, en su redacción anterior a la reforma operada en 2006, que resulta aplicable al caso. Para la Audiencia, la actuación de la demandada no encaja ni con la especialización ni con el grado de difusión que caracteriza al *press clipping*. La aplicación del

⁷ COM (2008) 466/3. En el punto 3.4 del *Libro Verde* se señala que esta excepción permitiría «la utilización del contenido protegido por el derecho de autor para crear obras nuevas o derivadas».

⁸ Vid. JCP, 2006, II, 10084, nota A. LUCAS.

⁹ AC 2007\1146.

art. 40 bis parece más bien formar parte de los *obiter dicta* que de la *ratio decidendi*. Así, se señala que, aunque tuviera encaje dentro del citado precepto, una interpretación del art. 32 a la luz del art. 40 bis llevaría en este caso a entender que la actuación de la demandada cae fuera de los límites al derecho de autor, pues en atención a las circunstancias, dicha conducta era perjudicial para los legítimos intereses del demandante y manifiestamente contrario a la posibilidad de que ésta explotase normalmente sus obras. La sentencia señala a continuación cuáles son esas circunstancias «que impedían a la demandada explotar su obra con normalidad»: elevado número de contenidos protegidos por el derecho de autor reproducidos, incorporación de esos contenidos de forma inmediata, dando lugar a una explotación casi simultánea en el tiempo, acceso a contenidos que sólo eran accesible para abonados, y finalmente, el ánimo de lucro de la demandada¹⁰.

Continuando con sentencias españolas, especialmente sumaria fue la SAP de Barcelona, de 31 octubre 2002, aunque en este caso como en el siguiente que mencionaremos, se concluye que el uso realizado no atenta contra la regla de los tres pasos. Se trataba de la reproducción in consentida de obras plásticas en los libros editados por la demandada. La Audiencia entendió que aunque «la inclusión puede causar un perjuicio, el mismo no puede considerarse injustificado y por su ámbito no impide una explotación normal de las obras reproducidas»¹¹. En la misma línea, en un supuesto muy similar, la SAP de Madrid de 23 de diciembre de 2003 señaló que «Las obras reproducidas en los libros de texto que se hacen a título de cita no pueden considerarse ilícitas, pues no atentan contra la explotación normal de la obra, ni causan un perjuicio injustificado a los intereses legítimos de su autor»¹². Hubiera sido deseable, en la línea que venimos apuntando, que ambos tribunales invocaran la falta de prueba aportada por el demandante a la hora de acreditar el atentado contra la explotación normal de la obra y/o el carácter injustificado del perjuicio ocasionado a sus legítimos intereses. Por ello, nos parece acertada la solución a la que llegó el Tribunal Federal Suizo en sentencia de 26 de junio de 2007 que, en un caso parecido a los anteriormente señalados desestimó la pretensión de los titulares de los derechos de autor, en la medida en que no se aportó prueba de la caída de las ventas y la pérdida de lectores alegada por la demandante¹³.

¹⁰ Véanse los Fundamentos de Derecho 2.º y 3.º de la sentencia.

¹¹ El pleito enfrentaba a la entidad de gestión VEGAP, contra la editorial Barcanova (JUR 100454771).

¹² El pleito enfrentaba de nuevo a VEGAP contra una editorial (Ediciones SM-Fundación Santa-maría), JUR 200490140.

¹³ Prolitteris c. Aargauer Zeitung AG: ATF 133 III 473.

2. LA TOMA EN CONSIDERACIÓN DE CRITERIOS NO ECONÓMICOS EN LA APLICACIÓN DE LA REGLA DE LOS TRES PASOS

La declaración acierta igualmente al señalar que los criterios tomados en cuenta a la hora de ponderar el perjuicio injustificado a los intereses legítimos (tercera etapa a nivel internacional y comunitario, segunda en el art. 40 bis LPI), no deben ser exclusivamente económicos. En primer lugar, cabe defender que salvo en el marco de la aplicación del Acuerdo ADPIC, que ignora el derecho moral, este derecho debe tomarse en cuenta a la hora de ponderar los intereses legítimos del autor o del artista intérprete¹⁴. En segundo lugar, aunque la letra del texto no lo impone, podría admitirse que el carácter «injustificado» del perjuicio no sólo depende de la intensidad del perjuicio sufrido por el titular del derecho, sino también de consideraciones de interés general que pueden militar a favor del mantenimiento de la excepción, así como del interés del autor o del artista-intérprete cuando hayan cedido su derecho¹⁵.

Sobre este último punto, nos sumamos a la orientación que marca *la declaración* al reservar un lugar al titular originario del derecho, en particular al autor, en la ponderación de intereses que implica la tercera etapa. Sin embargo, tal y como está formulada la quinta propuesta de *la declaración* («La aplicación del test de las tres etapas debe tener en cuenta tanto los intereses de los titulares originarios de los derechos como los de sus cesionarios»), resulta demasiado radical para ser admitida. En efecto, no es razonable defender que el interés del autor deber colocarse siempre a la hora de aplicar el test en pie de igualdad con el de su cesionario. Por ejemplo, la valoración sobre la explotación normal de la obra debe tomar en cuenta los intereses de quien la explota, y no los del autor que haya cedido sus derechos.

Sólo en el estadio de la tercera etapa, los intereses (aquí patrimoniales) del autor pueden tomarse en cuenta para apreciar la conformidad de la excepción con el triple test. Pero de nuevo hay que actuar con mesura. En buena lógica, antes de calificarlo como «injusto» habrá que determinar qué perjuicio se ha ocasionado al autor. A este respecto, conviene señalar que la fórmula del art. 5.5 de la DDASI, aludiendo a los «intereses legítimos del titular del derecho» sobre la que se ha discutido mucho, oponiéndola a la letra del art. 9.2 del Convenio de Berna, de donde procede el test, y que se refiere a los «intereses

¹⁴ Vid. RICKETSON y GINSBURG, *International copyright and neighbouring rights, the Berne Convention and beyond*, OUP, 2005, § 13.24.

¹⁵ Vid., en este sentido RICKETSON y GINSBURG, *ibídem*. SENFTLEBEN, «Copyright limitations and the three-step test», *Information Law Series-13*, kluwer 2004, págs. 229 y 230. En Francia, durante la tramitación parlamentaria de la ley de transposición de la DDASI se propuso una enmienda dirigida a valorar el carácter injustificado del perjuicio «en función del equilibrio necesario entre las condiciones de explotación normal de la obra y su utilización social», enmienda que no prosperó (*Journal Officiel, Sénat* CR, 4 de mayo 2006, pág. 3579).

legítimos del autor», no ha de verse como una herejía¹⁶. El interés del autor que haya cedido sus derechos sólo puede tomarse en cuenta cuando se estime que la tercera etapa se supera remplazando el derecho exclusivo por un derecho de simple remuneración (lo que no puede convertirse en una regla, pues de otro modo se generalizaría el uso de la licencia legal)¹⁷. Entonces, pero sólo entonces, ese interés puede hacer inclinar la balanza a favor de la sustitución del derecho exclusivo por un derecho de remuneración, solución que puede resultar más favorable al autor en la medida en que la ley le garantice que participará en dicha remuneración. Podemos así estar de acuerdo con el razonamiento empleado por el Tribunal federal suizo, en la sentencia precitada de 26 de junio de 2007, que mantiene esta solución del derecho a la remuneración observando que ésta permite conciliar los intereses del autor, de la sociedad y del editor de prensa.

No obstante tomar en consideración el interés del autor, *la declaración* lo hace de forma muy limitada, al señalar en su preámbulo que la remuneración a la que podría aspirar el autor puede fijarse en un montante inferior «al de mercado», con el único límite de que suponga para el autor «una motivación suficiente para la creación de nuevas obras y su difusión».

III. LOS PUNTOS DE DESACUERDO CON LA DECLARACIÓN

En nuestra opinión, *la declaración* parte de premisas discutibles (1). Asimismo, entendemos que la interpretación que se propone de la regla de los tres pasos no puede ser compartida (2).

1. DESACUERDO CON LOS PUNTOS DE PARTIDA.

1.1. *Inadecuación de la perspectiva exclusivamente utilitarista.*

El primer considerando de *la declaración* plantea de entrada lo siguiente: «El objetivo del derecho de autor es servir al interés general incitando a la creación de obras nuevas y a su difusión al público». Ciertamente, la Constitución de los Estados Unidos acoge esta perspectiva utilitarista de forma expresa y que, además, siempre se ha recibido de manera favorable en el derecho inglés¹⁸. Pero esta perspectiva utilitarista, por sí sola, no puede constituir el fundamento del

¹⁶ Como sucede en la DDASI, el art. 13 de los Acuerdos ADPIC se refiere también al titular de los derechos.

¹⁷ Vid. no obstante DESBOIS, FRANÇON y KEREVER, *Les conventions internationales du droit d'auteur et des droits voisins*, Dalloz, 1976, n° 173.

¹⁸ La sección 8.^a del art. 1 de la Constitución de los EEUU señala que el Congreso tendrá la facultad, entre otras, «para fomentar el progreso de la ciencia y de las artes útiles, garantizando a los autores e inventores el derecho exclusivo a sus respectivos escritos y descubrimientos por tiempo limitado».

copyright y, sobre todo, no ha sido jamás recibida en el derecho positivo de los sistemas de derecho de autor¹⁹. Así, ni en la legislación, ni en la jurisprudencia francesa se encuentran atisbos de tal concepción del derecho de autor. Por su parte, en la doctrina, basta con recordar que Desbois, inspirador de la Ley de 11 de marzo de 1957 codificada en el *Code de la propriété intellectuelle*, afirmaba que el Derecho francés rechazaba claramente la idea de que las obras fueran protegidas «en virtud de consideraciones de oportunidad, a fin de estimular la actividad literaria y artística»²⁰.

Por lo que respecta al Derecho español, tampoco se encuentran antecedentes legislativos ni jurisprudenciales que atribuyan tal papel al derecho de autor. Desde sus primeros reconocimientos legislativos, la protección al autor fue concebida como un derecho de propiedad²¹. Su encaje constitucional se encuentra en el art. 33.1 de la CE, que consagra el derecho a la propiedad privada. La función social de este derecho delimitará su contenido (art. 33.2 CE). Esa función social que integra el concepto de propiedad se vuelve especialmente evidente en materia de propiedad intelectual, pues en su regulación se toman en cuenta valores sociales, que son oponibles frente al propio titular (así las reglas sobre duración de los derechos, sus límites, por no hablar del ejercicio del derecho de divulgación tras la muerte del autor, que es puesto al servicio de la protección del interés social por el acceso a la cultura —art. 40 LPI—). En la Exposición de Motivos de la Ley 22/1987 de Propiedad Intelectual, se señaló lo siguiente: «La presente ley se propone dar adecuada satisfacción a la demanda de nuestra sociedad de otorgar el debido reconocimiento y protección de los derechos de quienes a través de las obras de creación contribuyen tan destacadamente a la formación y el desarrollo de la cultura y de la ciencia para beneficio y disfrute de todos los ciudadanos». A la luz de la configuración del derecho de propiedad intelectual en la Ley de 1987, esta afirmación no significa en ningún modo que el derecho de autor se haya convertido en un instrumento destinado a satisfacer la demanda por el público de bienes culturales; antes bien, significa el reconocimiento de la importancia de la legislación sobre propiedad intelectual en el desarrollo cultural de un país, sin que los derechos conferidos al autor se conviertan en recompensas acordadas por la sociedad al autor.

En resumen, el legislador francés y español, en la línea de los demás países de derecho de autor continental, nunca han mantenido que el derecho de autor

¹⁹ Vid. STROWEL, *Droit d'auteur et copyright. Divergences et convergences. Etude de droit comparé*. Bruylant-LGDJ, 1993, págs. 221 y 222. En este sentido, el autor señala que es dudoso que la función primaria del derecho de autor sea la de estimular el esfuerzo creativo.

²⁰ *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3.^a, 1978, n.º 449.

²¹ De forma todavía embrionaria, ya se reconoce como la más sagrada de las propiedades en el preámbulo de la primera ley española sobre protección de los derechos de autor, de 10 de junio 1847, por la que se declara el derecho de propiedad a los autores y a los traductores de obras literarias, y establece las reglas oportunas para su protección, y ya claramente, como una propiedad especial, en la Ley de propiedad intelectual de 1879, así como en los arts. 428 y 429 Código Civil.

tuviera por principal función (y *a fortiori*, en la interpretación simplista aquí propuesta, exclusiva), incitar a la creación y a la difusión de las obras²². En esta línea, la *declaración* reivindica para los Estados un «margen de maniobra suficiente para adaptar su derecho de autor nacional en función de sus propias necesidades culturales, sociales y económicas». La idea es excelente, pero debería conducir a rechazar toda confusión sobre la cuestión fundamental de la *ratio* que justifica el derecho de autor.

La polémica que acabamos de exponer no es solamente académica. Los sistemas que se inscriben en una perspectiva utilitarista llevan a reducir los derechos reconocidos al autor. En esta lógica, la *declaración* sugiere, como se ha dicho anteriormente, la limitación del montante de la compensación atribuida al autor en contrapartida de la excepción que le imponga la ley. De forma más general, esta tesis invita a poner exactamente en el mismo plano los intereses del autor y los que la *declaración* llama «otros intereses concurrentes». De ahí deriva también el rechazo a considerar las limitaciones al derecho exclusivo como verdaderas excepciones. Pero estas premisas no son acogidas en los sistemas que se inscriben en una perspectiva personalista, centrados en la protección del autor. En ellos se confiere al autor todas las utilidades económicas de la obra, con la única reserva de las excepciones²³. El perímetro de esas excepciones debe ser delimitado con precisión por la ley, siendo pues objeto de una interpretación restrictiva²⁴. Estas diferencias no pueden subestimarse. Nadie puede asombrarse de que ejerzan una influencia en la aplicación de la regla de los tres pasos, como lo demuestra la sentencia de la *Cour de Cassation* francesa de 2006, citada por la *declaración* como ejemplo a no seguir. Pero precisamente, antes de condenar a la más alta jurisdicción francesa, acusándola de haber comprendido mal los

²² A este respecto, el preámbulo del Tratado OMPI sobre derecho de autor, aunque subraya la «importancia excepcional» del derecho de autor para «promover la creación literaria y artística», no hace de ello su única justificación.

²³ En Francia, el art. L 122-1 CPI atribuye al autor un derecho de explotación que comprende el derecho de representación y de reproducción. En Derecho español, el art. 2 LPI, como explicitación a su vez del art. 348.1 del CC, establece que «la propiedad intelectual está integrada por derechos de carácter personal y patrimonial, que atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra, sin más limitaciones que las establecidas en la ley». Vid., respecto al amplio alcance del derecho patrimonial del autor, LACRUZ, «Comentario al art. 2 LPI», *Comentarios a la LPI*, 3.ª ed., Tecnos, 2007, pág. 34.

²⁴ Sobre la interpretación restrictiva de los límites o excepciones en Derecho español, vid. RIVERO HERNÁNDEZ, «Comentario a la sección 2.ª, capítulo III, libro I de la LPI», *Comentarios a la LPI, op.cit.*, pág. 265, G.BERCOVITZ, *Manual de propiedad intelectual*, Tirant lo Blanch, 3.ª ed., 2006, pág. 105. Respecto al derecho francés, vid., entre otros, CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec 2006, n° 350, GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 1991, pág. 385. En la jurisprudencia francesa, vid. sentencia de la *Cour de Cassation* civil, 1.ª, 3-3-1992, *RIDA* 1/1994, pág. 313. En la jurisprudencia española, aboga por una interpretación restrictiva de los límites, a la luz de la regla de los tres pasos, la citada SAP Madrid de 6 de julio de 2007. En cambio, las también citadas SAP Barcelona de 31 de octubre de 2002 y SAP Madrid de 23 diciembre 2003, emplean el art. 40 bis LPI para admitir una interpretación amplia del límite contenido en el art. 32 LPI, aceptando usos distintos a los expresamente previstos en la Ley (se admitió como supuestos de cita la inclusión de obras plásticas en libros de texto, sin que fueran objeto de análisis o comentario).

textos, hubiera sido razonable preguntarse si ésta no habría comprendido «otra cosa» que lo que se ha presentado demasiado deprisa como la opinión común.

1.2. *Exageración del riesgo provocado por la regla de los tres pasos*

Para denunciar los riesgos de la regla de los tres pasos, *la declaración* dibuja la situación actual con un sorprendente tono alarmista. En primer lugar, debemos tener en cuenta que la aplicación jurisprudencial de la regla de los tres pasos ha sido escasa hasta la fecha, lo que debe invitar a la prudencia. *La declaración* emplea el plural al criticar «algunas interpretaciones del test a nivel internacional», y la aplicación del test «por algunos tribunales y legislaciones nacionales». Pero a continuación constatamos que el primer texto señalado en esta dirección es el famoso *Informe* del Grupo Especial de la OMC «Estados Unidos, sección 110 5) de la *US Copyright Act*», de fecha 15 de junio de 2000. En cuanto a la jurisprudencia, la única sentencia en la que se apoya la crítica es la precitada de 28 de febrero de 2006, de la *Cour de Cassation* francesa. No se hace mención alguna a una sentencia holandesa de 2 de marzo de 2005, que acudió al triple test para justificar una interpretación restrictiva del art. 15 de la Ley de derecho de autor de 1912, a propósito de un servicio informático de recortes de prensa.²⁵ Tampoco se alude a la sentencia anteriormente citada de la Audiencia Provincial de Madrid de 6 de julio de 2007, que ha llegado a similar conclusión en relación con la interpretación del art. 32.2 de la LPI²⁶. Respecto a la legislación, no se hace precisión alguna, aunque todo apunta que se trata de Francia, y su Ley de 1 de agosto de 2006 de transposición al derecho interno de la DDASI. Siendo así, parecen muy pocos antecedentes para justificar las «inquietudes» señaladas.

Por otro lado, la crítica que se hace al *Informe* del panel de la OMC es bastante comedida, pues *la declaración* se limita a observar que «sólo parece dejar un margen de maniobra muy limitado a los Estados para buscar un equilibrio satisfactorio entre los intereses de los titulares de derechos y los otros intereses concurrentes». Desde luego, era difícil ser más crítico, pues el resultado, en el fondo, fue bastante equilibrado —recordemos que la UE sólo obtuvo una satisfacción parcial a su reclamación—, y no puede calificarse como abusivo a favor de los titulares de derechos²⁷.

En cambio, el preámbulo de *la declaración* es especialmente crítico con la sentencia de la *Cour de Cassation*, al señalar que ésta habría aplicado la regla de

²⁵ Rechtbank's-Gravenhage, 2 de marzo de 2005, LJN AS87778: *Informatierecht/AMI* 2005, n° 9, pág. 103, nota SEIGNETTE.

²⁶ A este respecto, la sentencia de la AP de Madrid señala que el art. 40 bis pugnaría con un entendimiento excesivamente amplio de la limitación a que se refería el art. 32.2 LPI —Vid. Fundamento de Derecho 3.º—.

²⁷ Vid. GINSBURG, «Chronique des Etats-Unis», *RIDA* 1/1999, pág. 284.

los tres pasos «de una manera profundamente desequilibrada». Esta opinión nos parece demasiado sesgada. Ciertamente, como ha quedado apuntado anteriormente, la sentencia resulta criticable por su sumaria motivación. Pero la idea de que la copia digital pueda amenazar la explotación normal de la obra en algunas circunstancias, como es en este caso el de la explotación de obras audiovisuales bajo formato de DVD, resulta difícil de rechazar.

Por otro lado, tampoco se ve muy bien cuáles son los derechos fundamentales y las excepciones que los autores de *la declaración* consideran amenazados por una interpretación literal de la regla de los tres pasos. El ejemplo de las revistas de prensa no sería pertinente pues, si bien es cierto que la aplicación del test puede reducir el alcance de la excepción en el entorno digital (como se ha constatado ya en España y en Holanda), ningún derecho fundamental parece susceptible de legitimar el comportamiento de empresarios que buscan sacar el mayor provecho a sus inversiones, a menos que se admita que tales intereses deben ponerse en la misma balanza que el derecho de autor²⁸. Pero esta tesis no merece ser compartida. La cita y la parodia ofrecerían un ejemplo más sólido, en la medida en que esas excepciones se fundamentan en la libertad de expresión que constituye un valor fundamental en los sistemas democráticos²⁹. Ciertamente, hay que acudir a hipótesis de laboratorio para encontrar supuestos en los que la aplicación del test pudiera paralizar excepciones, sacrificando derechos fundamentales en aras de los intereses económicos de los titulares de derechos.

2. DESACUERDO CON LA INTERPRETACIÓN QUE SE PROPONE DE LA REGLA DE LOS TRES PASOS

Para remediar los peligros que denuncia, *la declaración* sugiere una interpretación de la regla de los tres pasos que, en nuestra opinión, desnaturaliza tanto su letra como su espíritu y aporta demasiada inseguridad jurídica como para poder ser admitida.

2.1. Desnaturalización de la letra y del espíritu de la regla de los tres pasos.

En nuestra opinión, la lectura propuesta no es compatible ni con el derecho internacional ni con el derecho comunitario.

²⁸ Vid. en este sentido, NETANEL, «Copyright and democratic civil society», 106 *Yale Law Journal* 283(1996), SENFTEBEN, *op.cit.*, págs. 33-34.

²⁹ Vid. en este sentido, SENFLEBEN, *op.cit.*, pág. 196, al señalar lo siguiente: «Criticism or parody, thus, does not generally encroach upon economic core of copyright»). En cambio, a propósito de la parodia, admitiendo que la hipótesis es plausible, GINSBURG, «Toward supranational copyright law? The WTO panel decision and the three-step test for copyright», *RIDA*, 2001/1, pág. 48.

2.1.1. A la luz del derecho internacional

La declaración propone, por un lado, una interpretación amplia de las etapas previstas inicialmente en el art. 9.2 del Convenio de Berna, luego recogidas en el art. 13 del Acuerdo ADPIC así como en el art. 10 del Tratado OMPI sobre derecho de autor (art. 16 del Tratado OMPI sobre interpretación y ejecución de fonogramas) y, sobre todo, un análisis global de las mismas, negando así el principio de aplicación por etapas querido por los instrumentos internacionales citados.

a) Análisis de cada una de las etapas del test

Casos especiales

El tercer punto de *la declaración* afirma que la obligación de limitar las excepciones a casos especiales no impide a los legisladores «introducir limitaciones y excepciones de tipo abierto en tanto que su alcance sea razonablemente previsible». Así formulado, el análisis va en contra de la opinión doctrinal según la cual el caso especial se entiende para un fin especial³⁰. Pero también es contraria a la interpretación mantenida por el *Informe* del Grupo Especial de la OMC del 2000 que, aún descartando la exigencia de un «fin especial», concluyó que las excepciones debían estar claramente definidas, precisando que esto suponía, al menos, que su alcance «sea conocido y particularizado»³¹. Asimismo, *la declaración* se aparta en este punto de la tesis sostenida por el grupo de estudio compuesto por representantes del gobierno sueco y de las oficinas internacionales reunidas para la protección de la propiedad intelectual (BIRPI), que se constituyó para la preparación de la Conferencia de Estocolmo de 1967. Éste sugería autorizar que los países limitaran el derecho de reproducción (único contemplado por la regla de los tres pasos en el Convenio de Berna) «para fines claramente definidos»³². Desde luego, la propuesta de *la declaración* anula la importancia de la primera etapa, pues la simple previsibilidad es insuficiente para garantizar, según la expresión del *Informe* de la OMC «un grado suficiente de seguridad jurídica»³³.

³⁰ Vid. FICSOR, «How much of that? The three-step test and its implication in two recent WTO dispute settlement cases», *RIDA* 2002/2 pág. 129, REINBOTHE y VON LEWINSKI, *The WIPO Treaties 1996—The WIPO Copyright Treaty and the WIPO Performances and Phonograms Treaty—Commentary and legal analysis*, Butterworths, 2002, págs. 124 y 125, RICKETSON, *The Berne Convention for the Protection Literary and Artistic Works: 1886-1986*, Londres, Queen Mary College, Kluwer, 1987, pág. 482. Este autor ha cambiado de opinión posteriormente (*Étude de l'OMPI sur les limitations et les exceptions au droit d'auteur et aux droits connexes dans l'environnement numérique*, SCCR/9/7, 5 de abril de 2003, págs. 24 y 25).

³¹ § 6.108, del *Informe*.

³² §6. 179 del *Informe*.

³³ §6.108 del *Informe*.

A decir verdad, los Estados miembros de la Unión Europea —incluido el Reino Unido— no deberían tener problema alguno en relación con esta etapa del test, si su legislación respeta la DDASI³⁴. Este tema concierne sobre todo al *fair use* americano, cuya conformidad a la regla de los tres pasos, en este punto, es muy dudosa³⁵. Por muchos esfuerzos dialécticos que se intenten, será difícil defender que un sistema de excepciones que se presente expresamente como abierto sólo supone la derogación del derecho exclusivo en casos especiales. Este razonamiento se ha contestado señalando que el análisis caso por caso que implica el *fair use* corresponde a la tradición de *common law*, y que los Estados Unidos han podido adherirse al Convenio de Berna sin ser obligados a modificar su legislación sobre este punto³⁶. Pero ninguno de estos argumentos es decisivo, en nuestra opinión. La primera etapa del triple test no conlleva en ningún modo el abandono de la tradición del *common law*, como lo confirma el hecho de que la legislación del Reino Unido es conforme a la regla. El hecho de que se deje un amplio margen de apreciación a los Estados y a los jueces a la hora de la puesta en práctica de la segunda y la tercera etapa, no autoriza a obviar la letra del texto relativo a la primera etapa. En cuanto a la circunstancia de que la legislación de los Estados Unidos haya permanecido sin cambios después de su adhesión al Convenio de Berna, ello no prueba nada, como lo demuestra la inacción estadounidense en relación con el derecho moral de autor reconocido en el art. 6 bis del citado Convenio. En todo caso, no podría justificarse una interpretación global con el único fin de legitimar la sección 107 de la *US Copyright Act*³⁷.

Atentado a la explotación normal

La segunda etapa, que prohíbe las excepciones que supongan «un atentado a la explotación normal de la obra» es, como todo el mundo reconoce, la más importante. En efecto, esta etapa puede conllevar la paralización de la excepción, sin que ésta pueda reactivarse por la concesión de un simple derecho de remuneración³⁸. La *declaración* señala en su punto cuarto que las limitaciones

³⁴ Vid., sin embargo, SENFTLEBEN, *op.cit.*, págs. 262 y 263, al estimar que esta condición no se cumple en la Directiva, ni por la excepción de inclusión incidental (art. 5.3 i), ni por la relativa a la demostración o reparación de equipos (5.3.l).

³⁵ En este sentido, vid. JOYCE, LEAFFER, JASZI y OCHOA, *Copyright law*, LexisNexis, 7.ª ed., 2006, págs. 866 y 867. Opinan lo contrario, COHEN JEHOAM, «The evolution of copyright exceptions», en *Perspektiven des Geistigen Eigentums und Wettbewerbsrechts, Festschrift für Gherhard Schricker*, Beck, 2005, págs. 255, RICKETSON, *Etude.....op.cit.*, págs. 76 y 77.

³⁶ Vid. SENFTLEBEN, *op.cit.*, págs. 164 a 167.

³⁷ Vid., sin embargo, en este sentido KOELMAN, «Fixing the three-step test», 2006 *EIPR* pág. 411, al señalar lo siguiente: «A redesigned test that is inspired by the fair use test could lessen the danger that the United States —not the least influential state— will be found to violate the TRIPs Agreement».

³⁸ A este respecto, el Tribunal Supremo español, en sentencia de 8 de junio de 2007 —RJ 2007/3650—, señaló en alusión a la regla de los tres pasos, que las fotocopias realizadas por la demandada «dañaban seriamente el mercado potencial del sector editorial, y no puede considerarse compensado

y excepciones no contravienen la explotación normal de los derechos protegidos cuando «descansan en importantes consideraciones de igual valor a las que fundamentan la protección» o cuando «tengan por efecto impedir restricciones injustificadas a la libre competencia, particularmente cuando se garantiza una remuneración equitativa, ya sea por vía contractual o por cualquier otra vía». No nos detendremos en la última proposición, en la medida en que no estamos en condiciones de penetrar en su significación.

La toma en consideración en este punto de criterios no económicos alimenta desde hace algunos años un activo debate. Esta perspectiva no fue verdaderamente abordada en el asunto sometido al Grupo Especial de la OMC en el año 2000. Aunque en el *Informe* se indicó que éste se adhería a un enfoque «normativo» para delimitar la noción de explotación normal, en realidad nada se avanzó, pues se mantuvo en el terreno económico, limitándose a incluir en la explotación normal los mercados potenciales de una importancia significativa³⁹. Fue posteriormente cuando se planteó abiertamente la cuestión de saber si la «normalidad» de la explotación podía apreciarse también en función de consideraciones no económicas, principalmente de interés público. Eminentemente autores no han dudado en apuntar en esta dirección, a fin de evitar que una valoración limitada a las consecuencias económicas de la excepción llegue a paralizar la aplicación de la excepción en el entorno digital⁴⁰. Desde esta perspectiva, las consecuencias económicas deberían ponerse en una balanza junto con los valores que fundamentan la excepción de cuya aplicación se trate⁴¹.

No obstante, este razonamiento no resulta convincente. Primero, hay que admitir que rompe radicalmente con la interpretación tradicional, que ha limitado la segunda etapa del triple test a la esfera económica. Tal era el sentido de la proposición inicial de donde arranca la regla de los tres pasos, que se limitaba a la condición de que la excepción «*should not enter into economic competition with these works*»⁴². Esta interpretación es la que defendieron los primeros comentaristas de la regla, sin que nadie mantuviera la posibilidad de hacer una ponderación de intereses en este punto. Y esto es lo que se adoptó en el *Informe*

por el sistema establecido en el art. 25 LPI». El pleito enfrentaba a la entidad de gestión CEDRO contra la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid. Las fotocopias realizadas en este centro caían fuera del límite de la copia privada previsto en el art. 31.2 LPI, de manera que para su lícita realización se requería la preceptiva licencia.

³⁹ Vid. §6.178 y 6.180. En este último punto se señala lo siguiente: «Por consiguiente, parece que una forma de evaluar el aspecto normativo del término explotación normal consiste en examinar las formas de explotación que con cierto grado de probabilidad podrían tener una importancia económica o práctica considerable».

⁴⁰ Vid., por ejemplo, GINSBURG, «Toward»...*op.cit.*, págs. 48 a 52, SENFTLEBEN, *Copyright limitation...* *op.cit.*, pág. 181.

⁴¹ RICKETSON y GINSBURG, *International copyright...* *op.cit.*, § 13.21, SENFTLEBEN, *op.cit.*, págs. 177 y ss.

⁴² Vid., a este respecto, DUSOLIER, *Droit d'auteur et protection des oeuvres dans l'univers numérique*, Larcier, 2.^a ed., 2007, n° 559, nota 66.

del Grupo Especial de la OMC del año 2000⁴³. Incluso, después de esta fecha, la tesis continúa siendo defendida por numerosos autores, incluidos aquéllos que en principio se muestran favorables a realizar tal balanza de intereses, pero convienen que las consideraciones no económicas sólo pueden plantearse en relación con la tercera etapa⁴⁴.

Además, esta interpretación contraviene la letra de la regla de los tres pasos y desnaturaliza su espíritu. Hay que forzar mucho el sentido del adjetivo «normal» para darle el sentido de «legítimo», que sólo se emplea en la tercera etapa («intereses legítimos»). Tratándose de las normas sobre el ADPIC, esa distorsión es menos convincente aún cuando los arts. 26.2 y 30 precisan, a propósito de los dibujos y modelos y de las patentes respectivamente, que las excepciones no «atenten de manera injustificada contra la explotación normal»⁴⁵. La exposición de motivos de la *declaración* pone de manifiesto la diferente redacción en este punto de las citadas normas con el art. 13 ADPIC, pero rechaza extraer la menor consecuencia, viendo solamente una «laguna que los jueces tendrán que completar». Ahora bien, nada lleva a sospechar que exista un *lapsus calami* y, contrariamente a lo que se sugiere, existen muy buenas razones para no poner en el mismo plano la propiedad industrial y el derecho de autor.

Por otro lado, los trabajos preparatorios de la Conferencia de Estocolmo de 1967 tampoco avalan la lectura del art. 9.2 del Convenio de Berna que venimos criticando. Basta con señalar que el grupo de estudio sueco/BIRPI afirmaba sin ninguna duda la necesidad de «atribuir a los autores todas las formas de utilización que tengan, o que sean susceptibles de tener una importancia económica o práctica considerable»⁴⁶. No obstante se ha defendido la legitimidad de esta tesis señalando que ésta se inscribía en el espíritu del Convenio de Berna, el cual, previendo excepciones basadas en el interés público como por ejemplo la referida a los textos oficiales (art. 2.4), los discursos o alocuciones oficiales (art. 2 bis), las citas (art. 10.1), los usos con fines de enseñanza (art. 10.2) y las actualidades de prensa (art. 10 bis), habría así integrado implícitamente el concepto de «equilibrio de intereses»⁴⁷. Desde esta posición doctrinal, el hecho

⁴³ § 6.183 del *Informe*, donde se señala lo siguiente: «Estimamos que una excepción o limitación relativa a un derecho exclusivo, prevista por una ley nacional atentaría contra la explotación normal de la obra —es decir, contra el derecho de autor o más bien al conjunto de derechos exclusivos atribuidos por el derecho de autor— si los usos que en principio caen dentro de la esfera de ese derecho pero se benefician de la excepción o limitación constituyen una competencia con los medios económicos por los cuales los titulares del derecho obtienen normalmente un rendimiento económico de ese derecho sobre la obra.... privándoles de ese modo de ganancias comerciales significativas o tangibles».

⁴⁴ Vid., en este sentido, GEIGER, «From Berne to national law, via the copyright directive: the dangerous mutations of the three-step-test» *EIPR*, 2007, pág. 490, REINBOTHE y VON LEWINSKI, *The WIPO Treaties...*, *op.cit.*, pág. 125.

⁴⁵ El subrayado es nuestro.

⁴⁶ Vid. §6.181.

⁴⁷ Vid. RICKETSON y GINSBURG, *International copyright...*, *op.cit.*, § 13.21.

de que haya que conceder al autor «todas las formas de explotación de una obra que tengan o puedan tener una importancia económica o práctica considerable» no debe impedir «tener en cuenta que las legislaciones nacionales contienen ya una serie de excepciones a favor de diversos intereses públicos y culturales y que sería ilusorio suponer que los países estén dispuestos a partir de ahora a abolir estas excepciones en una medida considerable»⁴⁸.

Ninguno de los argumentos que acabamos de exponer es en verdad convincente. Que el Convenio de Berna, al igual que las leyes nacionales, prevea excepciones basadas en consideraciones de interés general, escapa a toda discusión. Pero ello no es suficiente para legitimar la interpretación que se propone. En efecto, no hay ninguna contradicción en decir que el interés general justifica la admisión de una excepción pero que la protección de los intereses del autor, objetivo al que se dirige el Convenio de Berna como reconoce en su preámbulo, puede conllevar a reducir su alcance cuando ello amenace la explotación económica de la obra⁴⁹. En cuanto al hecho de que los redactores de la revisión de Estocolmo permitieran a los países que admitieran excepciones «a favor de diversos intereses públicos y culturales» su conservación, esto prueba solamente que el triple test fue una solución de compromiso, permitiendo evitar la derogación de algunas excepciones, a lo que habría conducido la solución defendida por algunos países como Francia, consistente en establecer una lista limitativa de excepciones⁵⁰. Es difícil comprender por qué este compromiso implicaría la necesidad de recurrir a un equilibrio de intereses a la hora de poner en práctica de la segunda etapa.

Finalmente, esta interpretación eliminaría prácticamente todo el interés de la tercera etapa del test. Sería difícil imaginar hipótesis en las cuales la excepción pasaría de la segunda etapa si las consecuencias económicas perjudiciales para la explotación de la obra fueran puestas en una balanza con consideraciones de interés general.

En resumen, la tesis defendida, permitiendo poner en el platillo de la balanza todas las «consideraciones importantes de igual valor a las que fundamentan la protección» es demasiado vaga para resultar operativa. Los primeros partidarios de esta interpretación fueron más prudentes, conviniendo que corría el riesgo de ir «demasiado lejos en el sentido contrario»⁵¹. Asimismo se señaló que los intereses no económicos que podrían tomarse en consideración debían ser «clara y específicamente enunciados» y que las justificaciones debían «tener

⁴⁸ RICKETSON y GINSBURG, *ibidem*; SENFTLEBEN, *op.cit.*, págs. 182 y 183. Vid., también contraria a una interpretación exclusivamente económica de la segunda etapa, DUSOLLIER, *Droit d'auteurur....*, *op.cit.*, n° 570, nota 56.

⁴⁹ Vid., sobre este punto, RICKETSON y GINSBURG *ibidem*, quienes convienen en que esta perspectiva no juega en favor de su tesis.

⁵⁰ Cfr. DESBOIS, FRANÇON y KEREVER, *Les conventions.....*, *op.cit.*, n° 172.

⁵¹ En este sentido, vid. GINSBURG, *Toward.....*, *op.cit.*, pág. 50.

claramente un carácter de interés público que fuera más allá de los intereses puramente individuales de los titulares del derecho de autor»⁵².

Ausencia de perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor

Hemos manifestado anteriormente nuestra conformidad a la hora de tener en cuenta consideraciones no económicas en la aplicación de la tercera etapa del test, que impone verificar que la excepción no causa un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor (o al titular del derecho según señala el art. 13 del ADPIC, y art. 5.5. de la DDASI). Esta interpretación nos parece compatible con la letra del texto y conforme a su espíritu, pero con un matiz. En efecto, *la declaración* no duda en erigir en principio en su punto sexto, que «el test de las tres etapas debería ser interpretado de tal manera que respete los intereses legítimos de los terceros, a saber los intereses que emanan de los derechos del Hombre y las libertades fundamentales, los intereses que emanan del principio de libre competencia, principalmente sobre los mercados secundarios, y otros intereses de la colectividad, como son principalmente el progreso científico y el desarrollo cultural, social y económico». En nuestra opinión, *la declaración* va demasiado lejos. Podría admitirse por lo que respecta a las libertades fundamentales y los derechos humanos, siempre y cuando no se estire el concepto de forma irrazonable. Pero la irrupción del derecho de la competencia, que obedece a su propia lógica, no tiene ninguna razón de ser en la interpretación de un texto que nunca ha querido incorporar estas preocupaciones. En cuanto al progreso científico y al desarrollo cultural, social y económico, constituyen objetivos tan vagos que tememos que se perdería rápidamente el norte con tales brújulas.

b) Análisis global de las etapas.

Como si esta interpretación tan laxa de las exigencias del triple test no fuera suficiente, *la declaración* afirma en el punto primero que el test «constituye un conjunto indivisible», precisando además que «las tres condiciones deben ser examinadas de forma conjunta y conforme a una perspectiva global y abierta». Ello significaría que una excepción que no corresponda a un caso especial o incluso que atente contra la explotación normal de la obra puede y debe ser admitida si existen valores considerados de gran importancia que hagan inclinar la balanza en su favor, en detrimento de los titulares de derechos. Según los autores de *la declaración*, «la formulación actual del test no excluye tal lectura del mismo». Nuestra opinión es radicalmente opuesta. Semejante interpretación es abiertamente contraria a la letra de la regla de los tres pasos.

⁵² En esta línea, RICKETSON, *Etude de l'OMPI...*, op.cit., pág. 28; RICKETSON y GINSBURG, *International copyright...* op.cit., §13.22.

Basta con recordar que el orden de las etapas (de las dos últimas) se discutió en Estocolmo y los redactores indicaron expresamente que no cabía examinar la tercera etapa si no se había superado la segunda⁵³. El *Informe* del Grupo Especial de la OMC de 2000 siguió en esa misma línea, sin que nadie lo discutiera⁵⁴. Es más, incluso la palabra «etapa» impone esta lectura. ¿Alguien ha visto alguna vez a los ciclistas en el *Tour* de Francia correr al mismo tiempo los Alpes y los Pirineos?⁵⁵

2.1.2. A la luz del derecho comunitario

Si la interpretación del triple test sugerida por *la declaración* es, como hemos intentado demostrar, contraria al derecho internacional, ella lo es tanto más respecto al derecho comunitario, a la luz de lo dispuesto en el art. 5.5 de la DDASI. A este respecto, el silencio de *la declaración* sobre los aspectos comunitarios es sorprendente. A primera vista, hubiéramos podido pensar que los autores de *la declaración* podían invocar la DDASI en su favor en la medida en que el 31 considerando recuerda la necesidad de «mantener un justo equilibrio en materia de derechos y de intereses entre las diferentes categorías de los titulares de los derechos así como entre estos últimos y los usuarios de los bienes protegidos». Esto parecería ir en el sentido de la balanza de intereses que el triple test podría admitir, según *la declaración*⁵⁶. Pero hubiera sido necesario entonces citar también el considerando 44 que, después de recordar la obligación de aplicar las excepciones con el respeto del triple test indica que hay que tener en cuenta «el aumento en la incidencia económica» que las excepciones pueden tener «en el marco del nuevo entorno digital» para deducir de ahí que «podría ser necesario restringir el alcance de algunas excepciones o limitaciones

⁵³ Vid. Actas de la Conferencia de Estocolmo, 11-14 junio 1967, vol. II, en concreto el informe sobre los trabajos de la Comisión principal presidida por Bergström, pág. 1152, n° 85. A este respecto se indica que el orden se ha invertido para que quede claro que si «la reproducción atenta contra la explotación normal de la obra, no ha de estar admitida». Sobre la inversión del orden de las etapas sugerida por la propuesta británica, vid. DESBOIS, FRANÇON y KEREVER, *Les conventions...*, *op.cit.*, n° 172. Así, como indicamos anteriormente —vid. *supra* § 1.1—, resulta criticable que el art. 40 bis de la LPI española mantenga en la actualidad el orden invertido de la segunda y tercera etapa. En la medida en que el orden de las etapas no es aleatorio, cabría entender que el legislador español no ha respetado ni los Tratados internacionales referidos ni la DDASI.

⁵⁴ §6.74.

⁵⁵ Contrariamente, en Derecho español, CASAS VALLÉS ha defendido la aplicación de la prueba de los tres pasos por parte de los jueces como una herramienta de ponderación global, con posibilidad de llegar siempre hasta el tercer paso, cosa inevitable en Derecho español habida cuenta la inversión del orden en el art. 40 bis LPI. El autor considera que el art. 40 bis es una norma interpretativa interna, análoga al art. 3 del Código Civil relativo a la interpretación de las normas jurídicas —vid. «Comentario al art. 40 bis LPI», *op.cit.*, pág. 696—.

⁵⁶ Vid. en este sentido DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection...* *op.cit.*, n° 571, quien invoca también el considerando 14, que atribuye a la DDASI el fin de promover «la difusión del saber y la cultura», pero esta indicación no es muy esclarecedora, en la medida en que en el mismo considerando se señala que esa promoción debe buscarse «mediante la protección de las obras y otras prestaciones protegidas».

en lo que concierne a algunos usos de obras protegidas», precisiones estas que no van en el sentido del reequilibrio en provecho de los usuarios reivindicado por *la declaración*.

El silencio de *la declaración* puede explicarse también por el hecho de que algunas de las propuestas formuladas son difíciles de conciliar con la DDASI. Así sucede cuando se admite la posibilidad que debería darse a los legisladores nacionales de introducir limitaciones y excepciones de tipo «abierto» (bajo la única reserva de que su alcance sea «razonablemente previsible»). La propuesta no encaja con la letra del art. 5 de la DDASI, que enumera las excepciones cuidando su delimitación, de tal modo que los Estados miembros no pueden ampliar su perímetro. Igualmente sucede cuando se concede a los jueces nacionales la facultad de «crear nuevas excepciones y limitaciones cuando su sistema jurídico se lo permita». Ello parte de la base de que las leyes nacionales pueden permitir tal actuación de los jueces, pero entonces ¿de qué serviría la lista legal de excepciones que existe en todos los Estados miembros? También chocaría con la DDASI la recomendación ya señalada anteriormente que apunta a reducir el montante de la remuneración equitativa en ella prevista, en contrapartida de algunas excepciones en la medida necesaria para incitar a los autores a crear. Ello contradice abiertamente la opinión unánimemente admitida según la cual esta compensación debe evaluarse por referencia al perjuicio sufrido por los titulares de derechos⁵⁷. Opinión ésta que, además, resulta conforme al considerando 35 de la Directiva⁵⁸.

2.2. Interpretación que genera inseguridad

En teoría, el problema de la interpretación de las excepciones al derecho de autor es distinto del que se deriva de la aplicación del triple test. El trabajo de un juez que se ve en la necesidad de interpretar una excepción es delimitar el perímetro del derecho exclusivo a la luz de las condiciones planteadas por la ley, mientras que el test impone inclinarse sobre las consecuencias, principalmente (pero no exclusivamente) económicas de la excepción así interpretada para, llegado el caso, paralizar la aplicación. Las dos perspectivas son diferen-

⁵⁷ Vid., en este sentido, HUGENHOLTZ, GUIBAULT y VAN GEFFEN, *The future of levies in a digital environment*, IVIR, Amsterdam, marzo 2003, pág. 36, al señalar que «The notion of fair compensation is thereby intricately linked to the notion of harm (damage), i.e. the prejudice suffered by a right holder due to acts of private copying». Para DUSOLLIER, *op.cit.*, n° 544, «En suma, el montante de la *compensación equitativa* depende del perjuicio causado mientras que la *remuneración equitativa* interviene incluso en ausencia de todo daño causado a los titulares de derechos».

⁵⁸ En él se señala lo siguiente: «En determinados casos de excepciones o limitaciones, los titulares de los derechos deberían recibir una compensación equitativa para recompensarles adecuadamente por el uso que se haya hecho de sus obras o prestaciones protegidas. A la hora de determinar la forma, las modalidades y la posible cuantía de esa compensación equitativa, deben tenerse en cuenta las circunstancias de cada caso concreto. Un criterio útil para evaluar estas circunstancias sería el posible daño que el acto en cuestión haya causado a los titulares de los derechos....».

tes. Concretamente, podría imaginarse un sistema en el cual el principio de interpretación restrictiva condujera a dibujar la excepción en límites estrechos, pero en donde el correctivo del test estuviera sujeto a condiciones de prueba y de fondo que hicieran de él una aplicación excepcional. En este sentido, no podemos más que compartir el segundo punto de *la declaración* según el cual el test «no impone una interpretación restrictiva de las limitaciones y excepciones». A la inversa, podemos perfectamente imaginar un sistema en el cual las excepciones fueran vistas como límites abiertos, pero en donde las consecuencias económicas de la excepción se ponderaran en un sentido favorable al titular del derecho. Con todo, existe una vinculación evidente entre las dos cuestiones. En efecto, el test no sólo puede utilizarse para descartar pura y simplemente la aplicación de la excepción, sino también para rechazar una interpretación amplia de las excepciones, como ha sucedido en los casos holandés y español anteriormente citados.

En esta línea, los autores de *la declaración* señalan que «el test de las tres etapas constituye una herramienta eficaz que permite evitar una aplicación excesivamente amplia de los límites y excepciones del derecho de autor. En cambio, no existe ningún otro mecanismo jurídico que permita evitar una aproximación excesivamente estrecha de las limitaciones y excepciones». Esto supone plantear el silogismo siguiente: el test ha sido concebido para limitar la aplicación de las excepciones. Esta limitación es un peligro para el equilibrio de intereses que es necesario mantener; hay pues que atemperar su nocividad, diluyendo las exigencias que implica en el océano de los grandes principios.

El método viene en el fondo a completar el test por una suerte de *fair use*. Tal es el sentido de la interpretación «global y abierta» que debe conducir al juez a hacer, caso por caso, un balance de la aplicación de la excepción, analizando sus consecuencias económicas junto con la ponderación de otros intereses. Ciertamente sólo se trata aquí de un correctivo, pues los Estados son libres de mantener su lista exhaustiva de excepciones. Pero siendo el test un elemento central en la problemática de las excepciones, puede adivinarse la importancia que tal correctivo tendría a lo largo del tiempo. Téngase en cuenta que algunos Estados miembros de la Unión Europea han manifestado su preferencia por esta aproximación⁵⁹. Tampoco ha sido indiferente a ella la propia Comisión, a la vista de la excepción de las «obras transformativas», lo que abriría la puerta al reconocimiento de un *fair use* europeo⁶⁰. Una reciente decisión de la Audiencia provincial de Barcelona, de fecha 17 de septiembre de 2008 apunta claramente

⁵⁹ En este sentido, la propuesta formulada en 1998 por la comisión holandesa de derecho de autor (GROSHEIDE, «Copyright law from a user's perspective: acces rights for users», *EIPR*, 2001, pág. 325. En el Reino Unido, vid. el informe GOWERS anteriormente citado, § 4.69, nota 19, alabando la flexibilidad del *fair use*.

⁶⁰ SENTLEBEN, «L'application du triple test: vers un système de fair use européen», in *Droit d'auteur et numérique, Quelles réponses de la DADVSI?*, Colloque IRPI, *Propriété intellectuelle*, 2007, págs. 453 y ss.

en esa dirección. El caso enfrentaba al titular de una página web con *Google*. Según el demandante, *Google* lesionaba sus derechos de autor, pues por medio de los sistemas de búsqueda para incorporar una página web a sus archivos realizaba una copia caché, sin requerir para ello su preceptiva autorización. La Audiencia señala que «...en realidad estas conductas carecen de entidad suficiente como para considerarlas infractoras de los derechos de autor respecto de la información reproducida y/o puesta a disposición del público», añadiendo a continuación que « [S]i bien aparentemente la Ley parece haber seguido un listado cerrado de excepciones al ejercicio de las facultades patrimoniales derivadas de la titularidad de derechos de propiedad intelectual, ello admite algunas matizaciones. En primer lugar, el art. 40 bis... dispone que los artículos sobre límites (arts. 31 y ss.) no podrán interpretarse de manera tal 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. Este precepto, que originariamente pretendía ser un criterio hermenéutico de los límites legales tipificados previamente, puede dar lugar a que, por vía interpretativa nos cuestionemos los límites de estos derechos más allá de la literalidad de los preceptos que los regulan, positiva y negativamente, en este caso los derechos de reproducción y de puesta a disposición (comunicación). Lo que en el ámbito anglosajón es la doctrina del *fair use* debería guiar nuestra interpretación del alcance de la protección de los derechos de propiedad intelectual, que en ningún caso puede configurarse como derechos absolutos, y sus límites. En última instancia, se trata de trasladar a la esfera de la propiedad intelectual lo que el *ius usus inoqui* ha sido para la propiedad mobiliaria e inmobiliaria, un límite natural del derecho de propiedad, que opera sobre todo al interpretar el alcance de su protección para evitar extralimitaciones absurdas».

Como puede apreciarse, lo que hace la Audiencia Provincial de Barcelona es crear una excepción nueva, empleando par ello la coartada de la regla de los tres pasos. Se parte de la base de la existencia de una laguna legal (pues las copias caché denunciadas no entran dentro del límite del art. 31 LPI), que vendría a integrarse por la aplicación de la regla de los tres pasos. Pero ello supone desconocer que nuestro sistema parte de un sistema cerrado de excepciones que, en consecuencia, no admite la existencia de lagunas legales⁶¹. Y es dentro de las excepciones existentes donde ha de jugar el art. 40 bis LPI, convertido en Derecho español en norma de interpretación y aplicación de las excepciones reconocidas en la Ley. Así, con esta sentencia, la sección 15 de Audiencia Provincial de Barcelona da un paso más en la dirección ya anunciada en la citada sentencia de 31 de octubre de 2002⁶², favorable a una interpretación amplia de las excepciones a la luz del art. 40 bis LPI. Sirva la extensa cita a esta sentencia

⁶¹ Vid., a este respecto, R. BERCOVITZ, «Google y la regla de los tres pasos», *op.cit.*, vid. *supra* nota 3.

⁶² Recordemos que en esta sentencia se admitió como cita la reproducción de obras plásticas aunque no fuera con finalidad de comentario o análisis, habida cuenta que se trataba de la ilustración de un texto con fines educativos —vid. *supra* nota 10—.

española para denunciar el peligroso camino iniciado por algunos tribunales en la aplicación de la regla de los tres pasos.

Ciertamente, quienes abogan por un reequilibrio del derecho de autor a través de una ampliación de las excepciones y un control judicial que haga valer los intereses protegidos por la Convención Europea de Derechos Humanos, cuando no por un abandono de la expresión «derecho de autor» a fin de marcar simbólicamente la toma en consideración de intereses concurrentes con los del autor, aplaudirán la tesis defendida por *la declaración*⁶³. En cambio otros, entre quienes nos encontramos, la rechazaremos. Se invoca a menudo la flexibilidad del *fair use* para adaptar mejor el derecho de autor a los cambios sociales y tecnológicos que se van produciendo a lo largo del tiempo. Pero esta ventaja debe ser relativizada. No es cierto que una lista legal exhaustiva de excepciones interpretadas restrictivamente impida toda adaptación a las novedades tecnológicas y a las nuevas necesidades sociales. Las transposiciones sucesivas de las Directivas y particularmente de la DDASI han demostrado que las listas nacionales podían ser regularmente «revisadas», pudiéndose hacer a la luz de un debate en que se tuvieran en cuenta los intereses sociales. En cambio, el *fair use* presenta el inconveniente de generar inseguridad jurídica a los usuarios de las obras y prestaciones protegidas. A este respecto, incluso una ley mal redactada es mejor que una jurisprudencia inevitablemente fluctuante⁶⁴. Confiar a los jueces la misión de buscar equilibrios tan importantes para la sociedad no es razonable, sobre todo si, como sugiere *la declaración*, han de tomar en cuenta criterios tan vagos como «los valores que fundamentan la protección» y «reconciliar el derecho de autor con los intereses individuales y colectivos del público». Uno de los autores de *la declaración* había llamado oportunamente la atención sobre este peligro escribiendo hace poco lo que sigue: «Sin embargo, podemos preguntarnos si conviene delegar al juez cuestiones tan delicadas, implicando elecciones de carácter político. ¿No sería mejor que el legislador previera un marco jurídico previsible para los usuarios y contrapesar una extensión de los derechos con una extensión de las excepciones?». No lo hubiéramos expresado mejor⁶⁵.

En resumen, el reverso de la flexibilidad es la falta de seguridad. La regla de los tres pasos es desde este punto de vista criticable. Su diseño es ajeno a la

⁶³ GEIGER, *Droit d'auteur et droit du public à l'information*, Litec, 2004, n° 491, afirma que «el derecho de autor no es sólo el derecho de los autores», y añade que «incluso es posible preguntarse acerca de la pertinencia del mantenimiento del término derecho de autor, que parece inapropiado para describir una realidad mucho más compleja».

⁶⁴ Sobre la opacidad del *fair use* americano, vid., «Intellectual property and the national information infrastructure», *The report of the working group on intellectual property rights, information infrastructure task force*, septiembre 1995, pág. 73. Téngase en cuenta que el *fair use* ha sido criticado por anacrónico en el entorno digital (*The British copyright council submission to the european commission*), 1996, *EIPR*, n° 1, pág. 54.

⁶⁵ Vid. GEIGER, *Droit d'auteur et droit du public....op.cit.*, n° 420.

tradición civilista, y responde a una «especie de filosofía directriz que encontraría mejor su ubicación en una exposición de motivos que en una regla de derecho positivo»⁶⁶. El peligro que encierra en sí misma la regla de los tres pasos puede conjurarse con una interpretación estricta de las dos primeras etapas y la toma en consideración en la tercera de criterios no económicos⁶⁷. En lugar de eso, el remedio propuesto por *la declaración* no haría más que aumentar los peligros anunciados, ya que añadiría a la imprecisión del test la propia del *fair use*.

⁶⁶ Cfr. P-Y GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, *op.cit.*, pág. 425, quien añade lo siguiente: «A la vez restrictivo e impreciso, no puede ser más que fuente de complicaciones». Vid. también GINSBURG, «Toward supranational...», *op.cit.*, pág. 56, al señalar que una ponderación de intereses «constituye un método de evaluación muy impreciso, con tendencia a ser empleado más a menudo en países del *common law* que en los de tradición civilista», de modo que la autora «no lo encuentra recomendable como método de análisis aceptable en el plano supranacional o multinacional».

⁶⁷ Vid., claramente en este sentido, «Study on the implementation and effect in member states' laws of directive 2001/29/EC on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the information society», *op. cit.*, pág. 59.