LAS EXCEPCIONES DE CITA E ILUSTRACIÓN EN EL ENTORNO TRADICIONAL Y DIGITAL. A PROPÓSITO DE LA DIRECTIVA 2001/29/CE, DE 22 DE MAYO, RELATIVA A LA ADAPTACIÓN DE LOS DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS AFINES EN LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

Juan Francisco ORTEGA DÍAZ
Prof. Ayudante de Derecho Mercantil.
Universidad de Salamanca
aracne@usal.es

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. DERECHOS EXCLUSIVOS Y EXCEPCIONES. EL NECESARIO PRINCIPIO DEL JUEGO DE EQUILIBRIOS. III. LA CONFIGURACIÓN DE LAS EXCEPCIONES DE CITA E ILUSTRACIÓN EN LA DDASI. 1 EXCEPCIÓN DE CITA. 2 EXCEPCIÓN DE LA ILUSTRACIÓN. IV. LAS EXCEPCIONES DE CITA E ILUSTRACIÓN EN EL ENTORNO TRADICIONAL Y FUERA DE LÍNEA. ESPECIAL ATENCIÓN AL ANTEPROYECTO DE REFORMA DEL TRLPI. 1. AMBIENTE TRADICIONAL. 2. ÁMBITO EN LÍNEA. V. MEDIDAS TECNOLÓGICAS DE PROTECCIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

El desarrollo tecnológico, especialmente en los campos de la informática y las telecomunicaciones, ha posibilitado el nacimiento de una cultura digital que nos envuelve no sólo en el trabajo diario sino también en los momentos de ocio, habiendo entrado en nuestras vidas con la decidida intención de quedarse. La conexión telemática, con Internet como ejemplo paradigmático, es, sin duda, el punto de referencia o, más exactamente, uno de los principales pilares en los que se sustenta. Esta capacidad de interconexión ha generado un adecuado espacio de intercambio de bienes y servicios en el que los operadores económicos han encontrado la posibilidad de actuar con libertad. A pesar de que el objeto de estas transacciones puede estar constituido por bienes materiales (*comercio electrónico indirecto*), es una realidad indiscutible que los inmateriales, la información en sentido amplio como producto *per se*, es el bien máspreciado en este nuevo espacio. De esta manera, un usuario puede adquirir un bien intelectual o solicitar la prestación de un servicio y, contra el pago *on-line* de la pertinente prestación, disfrutar la misma de forma instantánea (*comercio electrónico directo*). Debemos tener en cuenta que, en oposición a lo que sucede en el comercio electrónico directo, donde las relaciones contractuales se articulan esencialmente a través de contratos de compraventa, en el ámbito de la contratación sobre bienes inmateriales ocurre una situación diferente. Así, las relaciones jurídicas contractuales en el comercio electrónico directo se articulan fundamentalmente a través de contratos de cesión de derechos exclusivos

(*licencias*), no a través de la adquisición de la propiedad. En una sociedad en la que se genera la información en cantidades ingentes y a una velocidad vertiginosa, ¿por qué adquirir la propiedad de una enciclopedia si podemos adquirir el uso, mediante la consulta *on-line*, de una base de datos continuamente actualizada? Como nos indica RIFKIN, la propiedad pierde valor respecto al uso. Lo importante no es poseer un bien sino poder usarlo. En una época donde el desarrollo tecnológico se produce a una velocidad exponencial, la propiedad *resulta simplemente una institución demasiado lenta como institución para adaptarse a la velocidad casi perversa de la cultura del nanosegundo*¹. Veamos, por tanto, que esta filosofía supone un cambio en los roles tradicionales de los operadores económicos en el mercado. El vendedor se convierte en prestador de servicios de información y el comprador, en usuario.

II. DERECHOS EXCLUSIVOS Y EXCEPCIONES. EL NECESARIO PRINCIPIO DEL JUEGO DE EQUILIBRIOS

En este nuevo modelo de sociedad, resulta evidente que la protección del capital intelectual es una necesidad inexcusable. Es una verdad indiscutible el hecho de que los recursos valiosos deben ser protegidos para el correcto funcionamiento de un sistema económico. Si la riqueza, en el modelo de la sociedad industrial, proviene de la posesión de recursos materiales, en la del conocimiento proviene de la información. En este sentido, esta idea de protección de la información como tal no es nueva, como ya nos advirtiera IHERING en su día, «El origen histórico y la justificación moral de la propiedad es el trabajo, no sólo el material de los brazos, sino el de la inteligencia y el talento». Una propiedad, la que protege el capital intelectual, que antaño se llamó *chica* y que, hoy, gracias a una sociedad que fundamenta su prosperidad tanto, o más, en el valor de la información que en el de la posesión, ha crecido. El tanto tienes, tanto vales se ha transformado en el «tanto sabes, tanto vales».

Con todo, a pesar de esta indudable realidad, no deja de resultar sorprendente las vivas discusiones que, adquiriendo en ocasiones tintes de cruzadas mesiánicas, suscita el alcance de la protección de las creaciones intelectuales e, incluso, en posiciones extremas, la pretendida conveniencia de su no protección. En definitiva, la discusión se centra en el dilema de si las creaciones intelectuales son meras mercancías sometidas a las normas generales del tráfico económico o si, por el contrario, las mismas poseen un carácter especial otorgado por intereses generales dignos de protección (el derecho a la difusión e información en sentido amplio, acceso a la cultura, etc) que exigen un régimen jurídico propio, como del que gozan en la actualidad, con mayor o menor alcance. Pocos conflictos de intereses, como el que ahora examinamos, escenifican mejor la máxima que Aristóteles inculcara a su hijo Nicómaco de que la virtud se encuentra en el punto medio de los extremos. En efecto, precisamente en el punto medio, en el punto de equilibrio entre los dos extremos absolutos que conforman

¹ V. RIFKIN, J. «La era del acceso. La revolución de la nueva economía». Paidós. 2000. Pág. 16.

los dos platos de la balanza del sistema de propiedad intelectual se encuentra la respuesta. En un lado, nos encontramos con la necesidad de proteger este capital intelectual, un capital que se juridifica esencialmente en los llamados derechos patrimoniales, esto es, aquellos derechos exclusivos que tienen relevancia económica en el tráfico. Junto a estos, ciertamente también existen los derechos morales, pero éstos en nada nos interesan por ahora. Opuestamente, en el otro lado de la balanza, nos encontramos con el derecho a la libertad de expresión en un sentido amplísimo, esto es, el derecho a informar y a ser informado, el derecho al acceso y a la difusión de la cultura, etc.

No digo nada novedoso si manifiesto que el mantenimiento de este equilibrio es esencial para el sostenimiento del sistema de propiedad intelectual. Y lo cierto es que no es una tarea sencilla. Industria, asociaciones de consumidores y grupos de presión diversos con intereses enfrentados tratan de influir en la configuración del sistema con el fin de desequilibrar la balanza en pro de sus intereses.

La necesidad de que los creadores gocen de una protección adecuada es uno de los pilares básicos sobre los que se sustenta el sistema. Sin una protección adecuada de los derechos de los creadores, categorizados dogmáticamente a través del derecho de autor, se desincentiva la producción cultural y, muy especialmente, la producción cultural de calidad, esto es, aquella que precisa de una alta inversión, no sólo de talento y creatividad sino también de esfuerzo humano y económico. La diagnosis de esta realidad no es nueva. Los padres fundadores de la constitución norteamericana, un conjunto de hombres, muchos de los cuales habían bebido en las fuentes del iluminismo europeo y quienes, todos sin excepción partían del concepto de utilidad como piedra angular de su sistema moral y político, ya comprendieron no sólo la necesidad de la protección de los creadores, sino que reconocieron la utilidad que al conjunto de la sociedad dicha protección generaba². Dos siglos después, la misma concepción utilitarista se recogió en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, *ex Art. 27.1 y 27.2*. Con todo, esta juridificación de la necesidad de protección de los creadores en los llamados derechos de autor planteó el problema de la prevalencia de éstos sobre los derechos de interés general que pudieran verse afectados. El problema, aunque dotado de una carga abstracta significativa, no dejaba de resultar preocupante. Si se configuraba un sistema de derechos de autor prácticamente inatacable, intereses generales que se configuran como estandartes del triunfo del Estado liberal y de las sociedades democráticas en su conjunto (libertad de expresión, acceso a la información y a la cultura, etc.) podían resultar afectados. Por ello, si bien en un principio se pretendió fundamentar la categoría de derechos de autor en un derecho natural propio, derivado de la creación³, no tardó en vincularseles dogmáticamente

² V. Así, se puede leer en el Art. 1. Sección 8 cuando señala que el Congreso de los Estados Unidos tendrá poder para: «*To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries*».

³ V. ULMER, E. *Urheber und Verlagsrecht*. Springer: 3.º Ed. Berlin-Heidelberg-New York. 1980. Pág. 55.

te con el derecho de propiedad por razones más de orden práctico que filosófico. Encuadrar las diferentes creaciones intelectuales, así como el conjunto de derechos protectores reconocidos, en la institución jurídica de la propiedad otorgaba ventajas significativas respecto al sistema de equilibrios —derechos exclusivos *versus* intereses generales— que se estaba configurando. De esta manera, al autor, mientras se le proyecta una indudable seguridad a través de una figura jurídica esencial, también se le somete, como a cualquier otro propietario, a la función social de dicha institución⁴. De esta manera, el rigor de los derechos de autor vendría suavizado por esta función social que, en el caso concreto, estaría constituida por los intereses generales que conforman el contrapeso del sistema. En cualquier caso, lo que resulta indudable es que ambos intereses contrapuestos deben gozar de tutela. Y resulta evidente que la consecución de la misma no surgirá de forma espontánea en el tráfico económico. Únicamente, a través de una regulación normativa que equilibre los dos grupos de intereses contrapuestos, el beneficio de la actividad cultural se proyectará sobre todos. Y es un equilibrio difícil porque, insisto una vez más, es habitual que los defensores de cada posición radicalicen sus posturas.

En efecto, los defensores más radicalizados de los derechos de autor incurren, en ocasiones, en posiciones extremas que, *de facto*, parecen definir al Derecho de Propiedad Intelectual como un derecho absoluto. Y lo cierto es que no existe nada más alejado de la realidad. Al margen del ya citado límite de la función social, como auténtico derecho de propiedad que es, el derecho de autor se encuentra limitado significativamente por otros frentes. En primer lugar, el propio ámbito de protección de la propiedad intelectual supone ya una limitación pues se extiende, únicamente, a las creaciones originales y no a las meras ideas. En segundo lugar, los derechos exclusivos que constituyen esta propiedad sobre bienes inmateriales se encuentran limitados temporalmente. Transcurrido dicho periodo temporal, las creaciones caen en el dominio público pudiendo ser libremente accesibles y explotables. En tercer lugar, y es aquí donde nos encontramos con la piedra angular del equilibrio del sistema, los derechos exclusivos se encuentran limitados por las llamadas *excepciones*. A través de éstas, el autor ve limitado su «*ius prohibendi*» al permitirse, *ex lege*, al beneficiario de la excepción, la realización de actos de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación sin el consentimiento del titular de los derechos. Ahora bien, ello no significa que el beneficiario de dicha excepción quede exonerado en todos los casos de realizar una contraprestación económica⁵, y muy especialmente, en aquellos supuestos en los que se pueda

⁴ V. SCHRICKER, E. Urheberrecht Kommentar. C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. Munich. 1999. Pág. 739.

⁵ Tradicionalmente, para definir los límites propios del derecho de autor la doctrina ha utilizado de forma sinónima, los términos «límites» y «excepciones»; expresiones ambas recogidas en nuestro TRLPI. Sin embargo, una diferenciación fundamentada en el carácter económico de dichas expresiones, que otorgue sin dudas una mayor precisión conceptual, parece razonable. Así, comparativos con CASAS VALLÉS la conveniencia de distinguir entre «excepciones» y «límitaciones», empleando el primero de los términos para aquellos supuestos que privan al titular de los derechos de su «*ius prohibendi*», no recibiendo tampoco prestación económica. *Sensu contrario*, reservaríamos el segundo de los términos, «límitaciones», para referirnos a los supuestos en los que

constatar la existencia de un claro perjuicio para los intereses económicos de los titulares de los derechos⁶.

Por el contrario, grupos variopintos que preconizan una pretendida libertad de información, cuando no de expresión en sentido amplio, abogan por la muerte de la propiedad intelectual. Se señala así que, con la desaparición de los derechos exclusivos y la consecuente desprotección del creador, la cultura se difundirá libremente, sin barreras de ningún tipo, aproximándonos a una anhelada panacea cultural. Esta idea tiene una especial presencia en el ámbito de Internet donde ideas de esta índole, agrupadas en las llamadas corrientes de pensamiento ciberutópico⁷, se proyectan sobre otros muchos aspectos de diversa índole. La realidad, sin embargo, dista demasiado de una descripción semejante. Es cierto que la difusión de la cultura, entendida en sentido amplio (derecho a la información, derecho a ser informado, derecho de acceso a la cultura), es un derecho propio de las sociedades democráticas del S. XX, merecedor de una protección adecuada. No obstante, y al margen de la necesidad de salvaguardar el sistema de equilibrio, no es con la desaparición de la propiedad intelectual cómo debe ser protegido. Es precisamente la situación contraria. Sólo con un sistema adecuado de derechos de autor y derechos conexos, estos derechos fundamentados en el interés general podrán ser tutelados. Si el autor no está protegido, no habrá creaciones futuras. O, al menos, no habrá creaciones de calidad, esto es, creaciones que requieran una gran inversión de talento o de recursos económicos. Cuando esto suceda, cuando no existan nuevas creaciones de calidad que proteger, ¿qué sentido tendrá proteger la libertad de información en sentido amplio? Es evidente que, sólo a través de un sistema de propiedad intelectual que equilibre los dos grupos de intereses contrapuestos, es posible garantizar la producción cultural y la satisfacción de los intereses generales. Esta realidad es perfectamente visible en el ámbito virtual en el cual, como es sabido, es posible encontrar gran cantidad de información de forma gratuita. La información de calidad, aquella que es ofertada por la industria de contenidos e indudablemente la más buscada y valorada, es accesible a través de un pago (*pay per view*)⁸. Esta realidad no implica la vulnera-

la compensación económica se produjera. V. CASAS VALLÉS, R. «Nota a la Sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia, Núm. 21 de Madrid, de 27 de Noviembre de 2003 (Caso «Aquellos años»). Warner Chappel Music Spain y otros C. Unidad Editorial, S.A.» Pe. i. n.º 15. 2003. Págs. 87-94.

⁶ Este es el caso de la *limitación* de copia privada (Art. 25 y 31.2 TRLPI), la *limitación* de «Trabajos sobre temas de actualidad» (Art. 33 TRLPI)

⁷ El pensamiento ciberutópico se caracteriza por la convicción de que el ciberespacio es un territorio virtual de libertad plena y que la creación de Internet no sólo ha sido revolucionaria sino que cambiará sustancialmente la sociedad humana tal y como hoy la entendemos. Esta revolución afectará a todos los órdenes de la vida, llevándonos finalmente a una especie de panacea. No obstante, para que este cambio sea posible, es necesario eliminar gran parte de las normas que nos constriñen, dando, en la práctica, una total libertad a los operadores en la red. Si bien esta ideología puede resultar sorprendente, lo cierto es que hasta épocas recientes ha gozado de muy buena salud. No en vano, ésta era el fundamento de las expectativas extraordinariamente optimista que, en el orden económico o tecnológico, se habían depositado en el desarrollo cercano de Internet. V. TOFFLER, A. *The third wave. The study of tomorrow*. Bantam Books. 1980.

⁸ A finales de la década de los noventa, el pensamiento ciberutópico entró en crisis. Esta visión utópica de la red llevó a un grupo de personas a plantear un modelo de sociedad-red alejado de

ción del derecho de información en sentido amplio. Los ciudadanos tienen el derecho de acceder a la información y a las creaciones intelectuales, pero ello no implica que ese acceso sea gratuito. Es ésta una cuestión que debe quedar clara. El derecho de propiedad sobre los bienes inmateriales debe respetarse pero también delimitarse, pues, como de todos es sabido, no existen derechos absolutos. Esa delimitación, como se ha visto, se produce a través de las excepciones cuando existen causas de interés general que así lo justifican, perdiendo el titular su derecho de remuneración en el supuesto de las «excepciones» pero no en el de las «limitaciones».⁹

En este sentido, no dejan de resultar paradójicos los argumentos jurídicos enarbolados por los defensores de la muerte de la propiedad intelectual. Así, puede leerse que el propio concepto de la propiedad intelectual es un concepto «*sorprendente*»¹⁰. Lo es porque, se argumenta, es evidente que existe una desvinculación entre los diferentes derechos humanos contenidos en la *Declaración Universal de Derechos del Hombre*, encontrándose completamente desligado el Art. 17 (derecho a la propiedad) del Art. 27 (derecho a la cultura). Esta interpretación meramente sistemática dista demasiado de la realidad del derecho. Así, es sabido que los derechos humanos de contenido social y político no se encuentran sometidos entre sí a una posición jerárquica¹¹ sino que se hallan íntimamente vinculados y relacionados entre sí¹². Esta realidad, como tal, ha sido plasmada en diferentes textos constitucionales de Estados más que solventes en el respeto de estos derechos. En este sentido, y aplicando la máxima sartriana de que es conveniente hablar de uno mismo porque es el sujeto más cercano, baste señalar que ésta es la situación de la Constitución Española de 1975. En ella, el derecho de propiedad se configura como un derecho fundamental aunque delimitado por su función social (Art. 33.1 y 32.2 CE), mientras que el derecho de acceso a la cultura (Art. 44 CE) se configura como un mero principio rector¹³. En cualquier caso, la vinculación entre el derecho de propiedad y el derecho de autor, y su no-incompatibilidad con el derecho de ac-

los valores absolutos y de las previsiones proféticas. Nació el llamado tecnorealismo cuya visión se articulaba en un famoso manifiesto de ocho puntos, el sexto de los cuales señala que *la información quiere ser protegida*. Así, se señala que la solución a la difusión de la cultura no pasa por la eliminación del actual sistema de propiedad intelectual, sino por la correcta readaptación del mismo. (www.technorealism.org). Para una visión detallada de este movimiento del pensamiento en la red V. JOHNON, S. *Interface Culture : How New Technology Transforms the Way We Create and Communicate*. Basic Books. New York. 1997; SHENK, D. *The End of Patience: Cautionary Notes on the Information Revolution*. Indiana University Press. 1999. 1997; SHAPIRO A.L. *The control revolution. How the internet is putting in charge and changing the world we know*. PublicAffairs. New York. 1999.

⁹ Vid. Supra. Npp. N.º 5.

¹⁰ V. SANCHEZ ALMEIDA, C. «Propiedad intelectual: el salto cualitativo de la ciberrevolución». Kriptópolis. Octubre 2003. (www.kriptopolis.com/more.php?id=P124_0_1_0)

¹¹ BUERGENTHAL, T y KISS, A. *La protection internationale des droits de l'homme*. Précis. N.P.Engels. 1991. Págs. 1-29.

¹² ANTEQUERA PARILLI, R. El derecho de autor y el derecho a la cultura. I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual. T.I. Ministerio de Cultura. Madrid. Págs. 65-67.

¹³ En este sentido, y sin entrar en un análisis constitucionalista que no nos es propio, cabe recordar que, al contrario de lo que sucede con el resto de los derechos fundamentales, los principios rectores de la política social y económica no se configuran como auténticos derechos públicos sub-

ceso a difusión de información en sentido amplio, obtiene su máxima expresión en la llamada Constitución Europea de 2004. Así, por primera vez en un texto internacional de esta índole, la protección de la propiedad intelectual goza de un reconocimiento explícito¹⁴.

Con todo, y de forma aún más sorprendente, la muerte de la propiedad intelectual se ve profetizada a través del llamado sistema de *copyleft*. Este sistema, fruto de un juego de palabras intraducible que sugiere la contraposición con *copyright*, tiene como finalidad la necesidad de compartir la creación sin renunciar a la misma ni desde un plano personal (moral) ni, tampoco, necesariamente, desde un plano económico. Frente a la idea tradicional del *copyright* de que la defensa de los intereses personales y patrimoniales de los creadores constituye la base necesaria del fomento de la creación a favor de la cultura y la ciencia, el *copyleft* expresa la idea opuesta de que la creación se defiende mejor compartiéndola con los demás, dando pie a su perfeccionamiento y a un acceso y uso igualitario por todos los miembros de la sociedad, aludiendo además al efecto reflejo beneficioso que eso puede tener para el creador, tanto desde un plano de imagen y promoción personal como desde otro puramente económico¹⁵. En este sentido, nadie duda del posible efecto beneficioso para la difusión de la cultura que el sistema del *copyleft*, articulado a través de las llamadas licencias *creative commons*¹⁶, puede aportar a la difusión de la información. Ahora bien, este hecho en nada profetiza la muerte de la propiedad intelectual sino, más bien, le diagnostica una buena salud. No en vano, la propia articulación del sistema se fundamenta en un sistema de licencias que reconoce los derechos exclusivos que constituyen el sistema de derechos de autor y derechos conexos. El *copyleft* no es una ruptura con la propiedad intelectual sino una decisión libre de los titulares de derechos exclusivos que autorizan determinadas conductas y prohíben otras.

En definitiva, vemos así como las pretensiones de ambos grupos de interés deben ser puestas en equilibrio. Si los derechos exclusivos son protegidos de manera muy estricta, la balanza se decantará a su favor, perjudicando seriamente el derecho constitucional de la libertad de expresión (difusión de la informa-

jetivos. En este sentido, los principios rectores son un conjunto de derechos a cuya consecución debe estar dirigida la actuación del legislador pero sin asumir éste el compromiso constitucional de asegurar su ejercicio y disfrute.

¹⁴ El texto del Tratado Constitucional establece en su Art. II-77.1. la cláusula general del derecho de propiedad señalado: *«Toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de los bienes que haya adquirido legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos. Nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública, en los casos y condiciones previstos en la ley y a cambio, en un tiempo razonable, de una justa indemnización por su pérdida. El uso de los bienes podrá regularse por ley en la medida en que resulte necesario para el interés general.»*. Así, y en íntima relación con ella, su apartado segundo, de forma escueta pero clara, señala: *«Se protege la propiedad intelectual»*.

¹⁵ CARBAJO CASCON, F. «3. El régimen jurídico de las publicaciones electrónicas: adaptación de la propiedad intelectual al entorno digital». Ediciencia. Análisis de la difusión digital de los contenidos científicos en las universidades españolas, con propuesta de un manual de buenas prácticas. Págs. 128-202. Residencia de Estudiantes. Ministerio de Cultura. (Publicación digital).

¹⁶ Para ver este tipo de licencias www.creativecommons.org

ción en sentido amplio) y situado en el otro lado de la balanza. Por el contrario, si los derechos exclusivos de los titulares no estuvieran suficientemente protegidos, la actividad creativa, el nacimiento de la cultura podría verse amenazado. En ambos casos, el desequilibrio nos lleva al desastre.

La pregunta que surge, de manera inevitable, es cómo podemos mantener este equilibrio. La respuesta es doble: por un lado, dotar a los derechos exclusivos de los autores de una fuerte protección normativa; por otro, establecer normativamente un adecuado régimen de excepciones y limitaciones que equilibre la balanza a favor de los intereses generales en las ocasiones en las que esa protección resulte excesiva¹⁷.

Pues bien, resulta evidente que este sistema de equilibrio, tal como ha señalado recientemente el maestro BERCOVITZ, ha sufrido con el desarrollo de la sociedad de la información un gran impacto que ha afectado al régimen de excepciones, precisando éstas, en ocasiones, una readaptación¹⁸. Debemos tener en cuenta que las excepciones y limitaciones han sido tradicionalmente diseñadas para una sociedad donde los medios técnicos, tanto para el acceso a la información como para la reproducción y difusión de la misma, eran muy limitados. Ello contribuía a que los derechos exclusivos de los titulares fueran en el pasado muy poco vulnerables y, en ocasiones, simplemente inviolables. En este sentido, basta comparar las posibilidades que tenía el usuario medio de realizar una copia musical en los años sesenta y las que posee en la actualidad. La situación, pues, ha cambiado, se ven más amenazados los derechos exclusivos a los que, por tanto, se tiende a proteger más. Pero, cuidado, esta tendencia no nos puede llevar a una situación de desequilibrio, a una situación de abuso por parte de los titulares de los derechos. La otra parte de la balanza, las excepciones y limitaciones deben operar y aplicarse conforme a las nuevas exigencias del mercado.

A mi juicio, este proceso se centra y se escenifica, fundamentalmente, en las dos excepciones que son el objeto de esta exposición: la cita y la ilustración, excepciones clásicas, que ya se encontraban recogidas en la redacción original del Convenio de Berna. Por ello, no extraña que las mismas estén presentes en la Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo de 2001.

¹⁷ Como es perfectamente conocido, nuestro sistema de propiedad intelectual en sentido estricto está dotado de un régimen de excepciones a los derechos patrimoniales exclusivos. Para una visión general del régimen de excepciones V. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.) *Manual de Propiedad Intelectual*. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2001. Págs. 100-110. Para un examen de las excepciones más relevantes en la sociedad de la información. V. DREIER, T. «Adjustment of Copyright Law to the Requirements of the Information Society». ICC. Vol. 29. N.º 6/1998. Págs. 623-640; ESTEVE PARDO, A. «Congreso ALAI sobre los límites al derecho de autor en el nuevo entorno digital». ADI. T.XIX. 1998. Págs. 1229-1236; SALELLES, J. R. «La armonización comunitaria proyectada del régimen de excepciones del derecho de autor y otros derechos afines en la sociedad de la información». RGD. N.º 675. 2000. Págs. 15089-15125; CARBAJO CASCÓN, F. «La propiedad intelectual como objeto de comercio electrónico». Autores, consumidores y comercio electrónico. MORO ALMARAZ, M. J. (Director). Colex. Madrid. 2004. Págs. 51-105

¹⁸ BERCOVITZ, A. *Globalización y Propiedad Intelectual*. Lección Inaugural del Curso 2004-2005. UNED. Pág. 39.

III. LA CONFIGURACIÓN DE LAS EXCEPCIONES DE CITA E ILUSTRACIÓN EN LA DDASI

A pesar de que pueda resultar innecesario, basta precisar que las excepciones de cita e ilustración exceptúan la aplicación rigurosa de dos derechos exclusivos: el derecho de reproducción y el derecho de comunicación pública.

La amenaza de desequilibrio entre derechos exclusivos y el derecho a la libertad de expresión en sentido amplio fue claramente captada por el legislador comunitario desde los primeros trabajos preparatorios de la Directiva, pudiéndose apreciar tal preocupación en varios «Considerandos» de la norma. Por un lado, reconoce la necesidad de proteger fuertemente los derechos exclusivos de los titulares (Cons. 4.):

*«La existencia de un marco jurídico armonizado en materia de derechos de autor y de derechos afines a los derechos de autor fomentará, **mediante un mayor grado de seguridad jurídica y el establecimiento de un nivel elevado de protección de la propiedad intelectual**, un aumento de la inversión en actividades de creación e innovación,[...]»*

Y, por otro, el Cons. 31, con el fin de garantizar el equilibrio, reconoce la necesidad de readaptar las excepciones al señalar:

*«Las actuales excepciones y limitaciones a los derechos previstas en los Estados miembros deben **revaluarse** a la luz de los avances logrados en la electrónica».*

Estas excepciones vienen recogidas en los Art. 5.3.d) y 5.3.a), respectivamente, de la Directiva analizada, debiendo ser cada una de ellas examinada de forma independiente y en íntima relación con nuestra norma nacional.

1. EXCEPCIÓN DE CITA

La cita es una de las excepciones clásicas en nuestro sistema de propiedad intelectual, siendo recogida tanto en nuestro ordenamiento interno como en el comunitario. Con carácter general, suele afirmarse que el fundamento de la cita se encuentra en la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos exclusivos y la difusión y acceso a la cultura en sentido amplio. Con todo, siendo cierta esta afirmación genérica, ¿no es menos cierto que la misma se puede preconizar del conjunto de límites y excepciones del sistema de propiedad intelectual? La respuesta sólo puede ser afirmativa. Siendo esto así, debe existir un fundamento ulterior y más concreto al ya señalado. En definitiva, debe existir una razón concreta que justifique esta excepción. A mi juicio, cada uno de los límites y excepciones, con la salvedad de la copia privada cuya naturaleza se halla en una imperfección de mercado¹⁹, encuentran su fundamen-

¹⁹ V. CARBAJO CASCÓN, F. «El pulso en torno a la copia privada». Pe. i. n.º 16. 2004. Págs. 9-54.

to en un aspecto muy concreto, inmerso en ese *totum* que es el concepto de difusión y acceso a la cultura en sentido amplio. De forma gráfica, podemos decir que este *totum* es un plato de la balanza y que cada excepción en concreto es un peso que, inmerso en él, hace posible el equilibrio por contrapeso al otro plato de la balanza, el de los derechos exclusivos. Así, a mi juicio, el fundamento ulterior del derecho de cita parece encontrarse en la voluntad de impedir que los derechos exclusivos imposibiliten el desarrollo de la investigación científica. La existencia de dicho fundamento se desprende de la propia configuración de la excepción. Es evidente que, para generar una exposición o un debate científico (análisis, comentario o juicio crítico), es imprescindible que el científico en sentido amplio pueda insertar fragmentos de obras ajenas en la propia, cuando no de obras en su totalidad, si éstas poseen un carácter plástico o fotográfico, para sobre ellas poder desarrollar y apoyar su discurso. Y este discurso debe ser leal, esto es, los derechos legítimos del titular de la obra, incluidos los morales, no deben verse violentados más allá de lo imprescindible. Por ello, es normal que la excepción exija que la obra obtenida a título de cita haya sido divulgada, estando obligado el beneficiario de la excepción a indicar, además, la fuente y el nombre del autor. Es una exigencia lógica. No tiene sentido intentar favorecer el desarrollo de la investigación científica si no se reconoce el mérito de quienes la realizan, concretamente en el supuesto de la cita, la autoría de la obra objeto de la excepción. En este sentido, sería una hipocresía el ignorar que el reconocimiento científico es uno de los principales incentivos para los operadores del sector. Esta situación se ve reforzada con la propia configuración de la excepción de cita, la cual, únicamente operará cuando se realice con fines docentes o de investigación. En este sentido, es preciso recordar que, si bien los derechos exclusivos poseen una vertiente moral, es su vertiente patrimonial la que goza de un protagonismo principal en el tráfico por su indudable trascendencia económica. Así, es destacable que el uso a título de cita de obras ajenas protegidas, en múltiples ocasiones, no produce a su titular un daño patrimonial. Frecuentemente, ocurre justamente lo contrario. Si una obra es citada fragmentariamente en repetidas ocasiones, es muy posible que los seguidores del debate científico decidan adquirir la obra. Así, la excepción, lejos de perjudicar al titular de los derechos exclusivos, lo ha beneficiado. En cualquier caso, el desarrollo de la investigación y de la docencia como fundamento de la excepción de cita parece verse acentuado a la luz del Anteproyecto de Ley de Reforma del TRLPI. Con buen criterio, el texto actual señala, en el párrafo segundo del Art. 32.1: «*Las recopilaciones periódicas efectuadas en forma de reseñas o revistas de prensa tendrán la consideración de citas*». Es un supuesto específico de cita que, si bien no coincide con la configuración general de la excepción, no traiciona su fundamento. Este tipo de cita contribuye claramente al desarrollo científico, pues comunica a una determinada comunidad la existencia de determinadas creaciones intelectuales en el mercado. No obstante, existen supuestos, y muy especialmente en el ámbito virtual, en los que esta finalidad y, por tanto el fundamento que lo sostiene, resulta traicionada. Me refiero a la mera reproducción de artículos periodísticos con una mera finalidad comercial. Estos contenidos, que distan mucho de poseer una finalidad docente o de investigación, se han amparado ocasionalmente

y de forma injusta en esta modalidad de excepción, razón por la cual el texto preparatorio ha decidido prohibir expresamente este supuesto.

Aclarado, pues, el fundamento teórico de la excepción y retomando el plano del derecho positivo, cabe señalar que, al comparar el articulado más moderno de la Directiva con el Art. 32 TRLPI, vemos que existen algunas diferencias.

Art. 5.3.d) DDASI: «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.**»

Art. 32 TRLPI: «Es lícita la inclusión en una obra propia de fragmentos de otras ajenas de naturaleza escrita, sonora o audiovisual, así como la de obras aisladas de carácter plástico, fotográfico figurativo o análogo, siempre que se trate de obras ya divulgadas y su inclusión se realice a título de cita o para su **análisis comentario o juicio crítico**. Tal utilización sólo podrá realizarse **con fines docentes o de investigación**, en la medida justificada por el fin de esa incorporación e indicando la fuente y el nombre del autor de la obra utilizada. Las recopilaciones periódicas efectuadas en forma de reseñas o revistas de prensa tendrán la consideración de citas.»

En primer lugar, y como punto de partida, debemos recordar que las Directivas, a pesar de su fuerza obligatoria, establecen marcos obligatorios mínimos que los Estados pueden reducir. Esto es, en el ámbito de las excepciones, los Estados pueden restringir aún más su configuración²⁰.

Pues bien, en la actualidad, vemos cómo el Art. 5.3.d) reconoce la cita con fines de *crítica o reseña*, mientras que en el Art. 32 TRLPI se delimita el ámbito

²⁰ En el ámbito de la excepción de cita, cabe señalar que la postura seguida por los países de nuestro entorno geográfico inmediato varían en su grado de restricción. Así, en el ordenamiento portugués la «Lei N.º 50/2004, de 4 de agosto. Transpõe para orden jurídica nacional a Directiva N.º 2001/29/CE, do Parlamento Europeo e do Conselho, de 22 de Maio, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade de informação» establece como requisitos de la cita su uso con la finalidad de crítica, discusión o enseñanza y en la medida justificada para conseguir su objetivo. Por el contrario, en el ámbito italiano la cita se configura con una finalidad de crítica o de debate en la medida justificada para la consecución del fin y siempre que en la utilización de la cita no implique competencia a la explotación económica de la obra. En este sentido, vemos que la docencia e investigación no se configura como requisito de la cita en dicho ordenamiento. Ello es así porque, como veremos a continuación, dichos requisitos quedan reservados para la excepción de ilustración. (Art. 70. Decreto Legislativo 9 aprile, N.º 68. «Attuazione della Directiva 2001/29/ CE sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informatizzazione»). Por el contrario, no parece que ocurra así en el ordenamiento francés, en el cual la Directiva aún no ha sido transpuesta. En este sentido, a la luz del Proyecto de Ley que transpondrá la Directiva, no se aprecia una reforma en relación a la excepción de cita. Así, el Art.122.5 de la «Loi 92-597 relative au code de la propriété intellectuelle, 1 Juillet 1992.», que autoriza la cita cuando ésta tenga una finalidad de «*caractère critique, polémique, pédagogique, scientifique ou d'information de l'oeuvre à laquelle elles sont incorporées*», permanecerá inalterado.

de la excepción al uso *a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico*; delimitación *a priori* más estricta que la establecida en la Directiva. Por tanto, y a la luz del derecho todavía vigente y a la espera de la inminente reforma del TRLPI que transponga la Directiva, la excepción de cita en el derecho español parece ser, *a priori*, más estricta que la contenida en la norma comunitaria. Con todo, este carácter restrictivo de la cita ha sido puesto en cuestión por alguna decisión jurisprudencial digna de mención. Me refiero a la decisión del caso V.E.G.A.P. contra la Editorial Barcanova²¹. En este supuesto, la demandante (Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos) emprende acciones judiciales contra la editorial al entender que ésta precisa de autorización para reproducir y comunicar públicamente las obras gráficas cuyos derechos gestiona la demandante. Así, se argumenta, la demandada no puede oponer frente a los titulares de los derechos la excepción de cita, pues, tal como reconoce la propia sentencia, las obras no son reproducidas ni comunicadas públicamente para su *análisis, comentario o juicio crítico* sino, fundamentalmente, para ilustrar los libros editados por la empresa demandada. En una sorprendente interpretación del Art. 32 TRLPI, y tras reconocer que efectivamente el comportamiento del demandado es un acto de ilustración, el juzgador declara, sin embargo, que «*una interpretación correcta del Art. 32 lleva a entender que la ilustración constituye en nuestro sistema una modalidad de cita, también admisible tratándose de obras plásticas y similares*». En definitiva, la sentencia viene a declarar que la excepción de ilustración es en nuestro derecho interno una modalidad de cita, lo que lleva a pensar al juzgador que «*el legislador español ha hecho uso positivamente, bien que no de modo expreso, de la facultad a que se refieren los artículos 10.2 del Convenio de Berna y 5.3.a de la Directiva 2.001/29/CE, al regular como lícita, en la medida justificada por el fin perseguido, la reproducción de las obras literarias o artísticas, a título de ilustración de la enseñanza por medio, entre otros, de publicaciones*» Sin lugar a dudas, y más allá del posible efecto de justicia material sobre el caso concreto, no podemos estar de acuerdo con esta argumentación. Y no lo estamos porque, en primer lugar, si bien la cita y la ilustración poseen un fundamento común, no es menos cierto que ambos límites se configuran de manera autónoma. En segundo lugar, porque los requisitos de la ilustración difieren sustancialmente de los de la cita; mientras en la primera el requisito de la *finalidad no comercial* es exigido, en la segunda, no. Y es aquí donde esta argumentación produce un gran impacto en el sistema de propiedad intelectual, pues, al incorporar la ilustración dentro de la excepción de cita, elimina el requisito de la *finalidad no comercial perseguida*, exigida por el Art. 5.3.a) DDASI. Es ésta una interpretación un tanto funambulista de la norma que aún podría tomarse en consideración si éste hubiera sido el deseo del legislador, pues, como es sabido, en su mano está la incorporación más o menos rígida del régimen de excepciones previsto en la norma comunitaria. A pesar de la declaración hecha por el juzgador, nada está más lejos de la realidad. En el actual texto en vigor no existe rastro de la presencia de la excepción de ilustración, realidad que se escenifica con claridad al examinar el Anteproyecto de Ley de reforma del TRLPI, texto preparatorio que luego examinaremos.

²¹ SAP de Barcelona, de 31 octubre 2002 (JUR 2004\54771).

Con todo, si la primera expresión del Art. 5.3.d) DDASI invita a pensar que la excepción de la cita tiene un carácter amplio, la expresión *in fine* del precepto, al señalar «[...] en la medida en que lo exija el objetivo específico conseguido», nos induce a pensar que la intervención de la excepción es más restrictiva de lo que en un principio podría parecer. A mi juicio, entiendo que el legislador comunitario, con esta expresión final, realiza con éxito una pirueta normativa. En realidad, ante la imposibilidad de regular el océano de posibilidades que, en la práctica, puede permitir la intervención de la excepción, lo que hace es dejar en manos de la interpretación jurisdiccional la posibilidad de aceptar o no la aplicación de la excepción. ¿Cómo procederán los jueces y tribunales a tomar tal decisión para preservar el equilibrio en el sistema de propiedad intelectual? ¿Cómo van a decidir cuando la cita es conforme al *objetivo específico perseguido*? Entiendo que lo harán de dos maneras diferentes:

A) Lo harán analizando si el uso de la cita es abusivo, si produce un daño patrimonial y si ésta afecta a la explotación normal de la obra, en definitiva, si no contradice el límite de límites, el llamado Límite de las tres fases, ex Art. 5.5. de la Directiva comunitaria²². Debemos observar que en la Directiva no se exige el requisito de la «fragmentariedad» mientras que en la ley española sí. ¿Significa ello que podamos citar una obra extensa y justificarlo con la cita? La respuesta es negativa, pues esto impediría la normal explotación de la obra y, por tanto, opera el límite de las tres fases. Esta es una respuesta que matizaremos posteriormente. Así, al omitir este requisito, la Directiva elimina los problemas acerca de si dicho requisito debe cumplirse siempre, inclusive en las creaciones protegidas de escasa amplitud (Por Ej. Un eslogan publicitario).

B) Lo harán cuando la aplicación de la excepción no sea posible, pero el caso concreto lo exija para el mantenimiento del equilibrio. En estos supuestos, el juez, aplicando el principio clásico del «*iura novit curia*», deberá reconducir, en la medida de lo posible, esta conducta al ámbito de otra excepción.

Respecto a la excepción del derecho de cita, extremadamente ilustrativa es la SAP de Sevilla, de 30 de octubre de 2003²³. En este supuesto, la empresa concesionaria del servicio de Reprografía de dos Facultades de la Universidad de Sevilla es demandada por una presunta violación de los derechos exclusivos de propiedad intelectual. Este servicio reprográfico reproducía apuntes, en los que se incluían fragmentos de otros libros perfectamente identificados, junto con

²² La inclusión de este límite de límites dista mucho de ser nuevo en el ámbito de la propiedad intelectual. Este, conocido habitualmente como la «prueba de las tres fases» o «Three Step Test», fue recogido originariamente en el Art. 9.2 del Convenido de Berna como límite al derecho de reproducción. No obstante, la operatividad de este límite a la excepción del derecho de reproducción se ha extendido hacia los restantes derechos exclusivos tal y como pone de manifiesto su inclusión en otros importantes textos legislativos de carácter internacional (Art. 13 ADPIC, 10 TODA y 16 TOIEF), así como otros propios del ámbito comunitario (Art. 6.3 y 7.5 de la Directiva de bases de datos al margen del analizado Art. 5.5 DDASI). V. FICSOR, M. «How much of what? The three step test and its application in two recent WTO dispute settlement cases». RIDA. N.º 192. AVRIL 2002. Págs. 110-251.

²³ (AC 2003\1828).

las explicaciones de cátedra de los docentes de esos centros universitarios. Especialmente curiosa resulta la contestación de la Audiencia al demandante, al señalar ésta que en los propios libros se prohibía expresamente este tipo de conducta. El Tribunal, con buen criterio, señala textualmente *«que una cosa es lo que conste en los libros y otra que la Ley lo prohíba y lo sancione, pues el supuesto de autos encaja en los actos lícitos que autoriza el Art. 32, citas y reseñas, de la Ley de Propiedad Intelectual»*. Con todo, lo cierto es que este supuesto encontraría un mejor acomodo en el ámbito de la excepción de ilustración que en el de cita. No en vano, resulta claro que los fragmentos de obras ajenas eran aportados para ilustrar las explicaciones de los apuntes elaborados por los profesores. Estos carecían por completo de finalidad comercial, debiendo pagar los alumnos, únicamente, el importe del acto reproductivo. Por ello, insisto, parece que el supuesto hubiera encontrado un mejor acomodo en la excepción de ilustración si ésta se hubiera encontrado incorporada en nuestro derecho interno. En este sentido, así lo haría a la luz del Anteproyecto de Ley del TRLPI. Ahora bien, tendría cabida siempre y cuando el número de obras ajenas utilizadas con una finalidad ilustrativa fuera bajo. Así, el Art. 32.2 del Anteproyecto de Ley del TRLPI excluye expresamente de la excepción la recopilación de obras con un pretendido fin ilustrativo: *«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»*.

Igualmente ilustrativo es el Caso «Aquellos Años»²⁴. En este supuesto, un conjunto de casas discográficas demanda a una publicación que, en una sección, bajo el título «Aquellos años», examinaba a personajes famosos de otras décadas, incluyendo una pequeña entrevista, recordando el libro más vendido, la moda en auge de aquel momento y la letra de alguna canción emblemática de la época. El demandante alegaba la violación de sus derechos exclusivos, contraargumentando la publicación demandada que su conducta se encontraba jurídicamente sustentada en la excepción de cita del Art. 32 TRLPI. La sentencia admite, con buen criterio, la operatividad de la excepción y lo hace admitiendo que la reproducción de la letra no provoca a los titulares de los derechos ningún perjuicio económico. Por tanto, si no existe un perjuicio económico, los derechos exclusivos patrimoniales no pueden ser violados, siendo posible la operatividad de la excepción. Dice la Sentencia que, por la mera publicación de la letra en un periódico, *«no se dejan de percibir los derechos derivados de la explotación conjunta de la obra, letra y música, y por tanto no se causa perjuicio económico»*.

Una cuestión que, en el ámbito de la cita, no podemos olvidar es la relativa al párrafo segundo del Art. 32 TRLPI. Este segundo párrafo, en ocasiones, puede colisionar con la excepción del Art. 33 «Trabajos sobre cita o actualidad». A mi juicio, este segundo párrafo debe ser interpretado de la más restrictiva de las maneras. Así, debemos tener presente que estas recopilaciones pe-

²⁴ SJPI de Madrid, Núm. 21 , de 27 noviembre 2003 (AC 2003\1929).

riódicas deben tener exclusivamente fines docentes o de investigación, pues, de lo contrario, debe acudir a la excepción del Art. 33 «Trabajos sobre temas de actualidad». Ahora bien, como suele suceder en el terreno de la propiedad intelectual, me parece que también aquí debemos ser cautos. Y digo esto porque la diferencia entre acudir a una u otra excepción es que si nos beneficiamos del derecho de cita, no estaremos en la obligación de pagar ninguna remuneración al autor o autores. Por el contrario, si acudimos a la excepción del Art. 33, veremos que sí estaremos obligados. Cada caso concreto debe ser examinado. En una afirmación muy general, yo diría que, cuando esas recopilaciones poseen un determinado valor económico, se debe acudir a la excepción del Art. 33. Si no es así, y siempre que se cumplan los requisitos de la excepción de cita, será ésta la que deba operar. Con buen criterio, y a la luz del Anteproyecto de Ley de reforma del TRLPI, el legislador parece asumir plenamente esta interpretación. Así, el texto preparatorio amplía el segundo párrafo del Art. 32, señalado que *«no tendrán tal consideración [cita] las recopilaciones de artículos periodísticos que consistan básicamente en su mera reproducción cuando dicha actividad se realice con fines comerciales»*.

2. EXCEPCIÓN DE LA ILUSTRACIÓN

La segunda de las excepciones que escenifican este proceso de readaptación es la excepción de la ilustración, recogida en el Art. 5.3.a) de la Directiva:

*«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**»*.

Vemos que esta excepción, como otras, no se encuentra recogida en nuestro TRLPI. Al analizar el texto de la Directiva, vemos que es una excepción muy cercana a la cita, pero de una aparente mayor amplitud²⁵. No obstante, la expresión *«finalidad comercial perseguida»* nos genera algunas dudas. ¿Cómo debe entenderse el concepto de finalidad comercial? A mi juicio, pocas dudas ofrece el hecho de que este concepto puede entenderse en un sentido amplio, com-

²⁵ La incorporación de la excepción de ilustración en los países de nuestro entorno ha sido dispar. Así, en Francia, la incorporación de dicha excepción no parece entrar en los planes del legislador pues éste no la recoge en el Proyecto de Ley de incorporación de la Directiva comunitaria. (Projet de loi relatif au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information. www.legifrance.com). Por el contrario, el legislador italiano sí ha transpuesto la excepción de ilustración a su derecho interno. Y lo ha hecho de una forma llamativa, al menos, desde el punto de vista sistemático. Así, el precepto que configura la cita añade que cuando ésta se realice con un fin de enseñanza e investigación debe tener, además, una finalidad ilustrativa y carecer de interés comercial. (Art. 70. Decreto Legislativo 9 aprile, N.º 68. «Attuazione della Direttiva 2001/29/ CE sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazioni»). Idénticos requisitos señala el ordenamiento portugués que incorpora la ilustración en el nuevo Art. 75 de su Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, a través de la norma de incorporación de la Directiva. (Lei N.º 50/2004, de 4 de agosto. Transpõe para orden jurídica nacional a Diretiva N.º 2001/29/CE, do Parlamento Europeo e do Conselho, de 22 de Maio,

prendiendo tanto la finalidad comercial directa como la indirecta. De forma gráfica, podemos decir que un *website* que cobre por visualizar sus contenidos tiene una finalidad comercial directa, mientras que el que permite el acceso gratuito conteniendo publicidad posee una finalidad comercial indirecta. No obstante, este concepto amplio de finalidad comercial, que, por otro lado, es el que ha seguido el legislador comunitario en las otras Directivas relativas a la sociedad de la información, realidad que se aprecia en la propia Directiva de Comercio Electrónico y en la propia LSSICE²⁶, este concepto amplio, decía, nos lleva inexorablemente a una aplicación extremadamente rigurosa. De hecho, resulta difícil imaginar supuestos que, en la práctica, pudieran gozar de esta excepción. En este sentido, baste señalar el supuesto de las publicaciones subvencionadas, esto es, aquellas publicaciones por las que sin ser venales, el autor cobra sus derechos pero el libro es entregado de forma gratuita. ¿Existe finalidad comercial? Es posible que, en un sentido muy estricto, sí. Con todo, entiendo que sería deseable una redacción más abierta que la hiciera realmente operativa. Con ella, los derechos de los titulares no tendrían por qué sufrir un perjuicio, pues los mismos estarían protegidos contra el uso no legítimo o abusivo de la excepción por el Límite de las Tres Fases. (Art. 5.5).

Con todo, aplicando la interpretación rigurosa del concepto de finalidad comercial, pueden existir ocasiones en las que, al no poder aplicarse la excepción de la ilustración, sea preciso acudir a otras excepciones. Imaginemos el hecho de la inclusión de varias ilustraciones protegidas en un texto científico que es publicado por una editorial comercial. Es evidente que, con un concepto estricto de finalidad comercial, la excepción de la ilustración no podría operar y, posiblemente, tampoco la excepción de cita, pues las ilustraciones pueden no

relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade de informação). Hasta ahora, hemos visto cómo en todos estos ordenamientos, siguiendo la diferenciación terminológica de CASAS VALLÉS (V. Supra. Npp. N.º 5), nos encontramos ante auténticas excepciones, esto es, la ilustración priva al titular de los derechos, no sólo de su «*ius prohibendi*» sino de una remuneración compensatoria. Esta situación, que es la proyectada en España, ha encontrado el rechazo frontal de las Entidades de Gestión, abogando éstas, no ya por la incorporación de una remuneración compensatoria, sino por la no incorporación de la excepción. (V. CEDRO. Boletín Informativo. N.º 46. Enero-Febrero. 2005. Pág. 4-5.) Pues bien, en este sentido, llama la atención la posición del legislador alemán que, al transponer en su derecho interno la Directiva comunitaria, además de configurar el límite de la ilustración con las mismas características que el resto de los ordenamientos examinados, incorporó una remuneración equitativa (*angemessene Vergütung*) encomendada de forma exclusiva a las Entidades de Gestión (*Verwertungsgesellschaft*). V. § 52.a) Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft. Vom 10. September 2003.

²⁶ En sentido, clarificador es el Considerando N.º 18 de la Directiva sobre Comercio Electrónico (2000/31/CE, de 8 junio) al señalar «[...] *Los servicios de la sociedad de la información no se limitan únicamente a servicios que dan lugar a la contratación en línea, sino también, en la medida en que representan una actividad económica, son extensivos a servicios no remunerados por sus destinatarios, como aquéllos que consisten en ofrecer información en línea o comunicaciones comerciales*...». Esta misma idea es recogida en la Exposición de Motivos de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico (LSSICE) al señalar que: «*Se acoge, en la Ley, un concepto amplio de servicios de la sociedad de la información, que engloba, además de la contratación de bienes y servicios por vía electrónica*...], así como cualquier otro servicio que se preste a petición individual de los usuarios (descarga de archivos de vídeo o audio), siempre que represente una actividad económica para el prestador».

servir para su análisis, comentario o juicio crítico, en un sentido estricto, como ordena el Art. 32 TRLPI, sino para ilustrar el contenido científico, esto es, para hacer accesible el conocimiento contenido en el texto con una mayor facilidad.

Ante esta realidad, ¿qué podemos hacer? La respuesta no es sencilla y debe fundamentarse en el juego de equilibrio, intrínseco al sistema de propiedad intelectual.

La primera y principal posibilidad: sería una interpretación algo más flexible del requisito de «finalidad comercial». Debemos tener presente que este concepto, en la excepción, está íntimamente relacionado con el de la protección de los derechos patrimoniales. De forma gráfica, «no puedes acudir a la excepción de ilustración, si con ello te vas a lucrar». Este requisito, junto con la restringida finalidad educativa y científica, hace que, la aplicación de esta excepción sea tan restringida que en la práctica sería cuasi inexistente. Esta situación desequilibra la balanza entre derechos exclusivos y excepciones. Por ello, insisto, creo posible una aplicación algo más flexible, entendiendo que existiría «**finalidad comercial**» cuando la inclusión de la obra ajena contribuyera de forma perceptible al interés comercial de un producto cultural, situación que, además, podría perjudicar la normal explotación con la cual se ilustra o de la cual se ha obtenido la ilustración.

Un ejemplo descriptivo de esta realidad sería la elaboración de un «Manual breve para médicos especialistas en urgencias». En dicho libro, el autor expone una serie de intervenciones quirúrgicas de emergencia acompañadas de sus respectivos dibujos anatómicos ilustrativos, que han sido obtenidos de diferentes libros de anatomía cuya autoría y fuente es indicada.

En este supuesto, podría argumentarse que la inclusión de dichos dibujos anatómicos no puede realizarse a título de ilustración ya que, la publicación *per se*, posee una finalidad comercial. En este sentido, no creo que sea posible, ni conveniente, realizar afirmaciones tan rotundas. No en vano, habría que examinar en qué grado dichos dibujos anatómicos hacen más preciada la obra. En otras palabras, si los dibujos anatómicos son de tal entidad que otorgan un alto atractivo a la obra, habrá que excluir la aplicación de la excepción de ilustración. Ello es así porque, bajo tal circunstancia, permitir tal operatividad podría lesionar los derechos patrimoniales de los titulares y perjudicar, aún parcialmente, las respectivas obras donde dichos dibujos fueron originariamente insertados. Por el contrario, si dichos dibujos no hacen más atractiva al mercado la obra, *mutatis mutandis*, no parece razonable negar la operatividad de la excepción. De cualquier manera, en relación a la interpretación del concepto de «finalidad comercial», cada caso debe ser valorado individualmente. Las declaraciones máximas no tienen sentido. En un lado de la balanza debe colocarse el grado en el que las obras ajenas aumentan el atractivo comercial de la obra; en el otro, el posible perjuicio patrimonial que se puede causar a los titulares de los derechos de las obras usadas a título de ilustración.

La segunda posibilidad, a la que entiendo podría acudir en determinados supuestos, es al llamado «uso incidental». Excepción contenida en el Art. 5.3. i) de la Directiva y que, ni ha sido incorporado a nuestro derecho interno en el pasado, ni se prevé su incorporación en el Anteproyecto de Reforma del TRL-PI. Con todo, si bien todas las excepciones deben interpretarse con un carácter restringido, ésta debe serlo especialmente. Y debe serlo porque la naturaleza de esta excepción se fundamenta, por un lado, en la ausencia de daño patrimonial al titular de los derechos y, por otro, en la poca aportación que el uso de la obra ajena opera en la propia²⁷.

Es opinión sentada el hecho de que las excepciones deben tener una aplicación muy restrictiva. No obstante, este carácter restrictivo no puede poseer un nivel de rigidez tan extremo que produzca un desequilibrio entre los derechos exclusivos y los intereses generales. Y éste es un equilibrio frágil. Si la aplicación de las excepciones es muy estricta, el derecho a la libertad de expresión en un sentido amplio (derecho a informar y ser informado, derecho de acceso a la información, derecho a la difusión de la cultura, el límite del sentido social de la propiedad, etc), puede verse dañado. Por el contrario, si las excepciones se aplican de forma más amplia, se corre el riesgo de dañar a los titulares de los derechos exclusivos, poniendo en serio peligro la generación de actividad creativa e intelectual.

Por tanto, ¿cómo podemos establecer de manera efectiva este equilibrio? En otras palabras, ¿cómo podemos realmente determinar el momento en el que una excepción debe o no operar? Hemos visto que la respuesta formal y ius positivista, la que nos conduciría a afirmar que esto será así cuando se cumplan los requisitos establecidos en la norma, no nos sirve. Y ello es así porque vemos que estos requisitos precisan de una interpretación determinada, interpretación que no debe perder de vista la protección de los derechos exclusivos de naturaleza patrimonial. Por ello, entiendo que el grado de flexibilidad en la aceptación de las excepciones, especialmente en el ámbito de las de cita y, más intensamente, en la de ilustración, debe ser inversamente proporcional al daño que éstas causen a los titulares. De forma más gráfica, si la excepción no causa un perjuicio patrimonial, no tiene sentido argumentar la violación de derechos exclusivos que poseen esta naturaleza, debiéndose admitir la excepción en estos supuestos.

²⁷ Esta realidad ha sido puesta de manifiesto en el llamado «Caso Brasil». En él, son demandados los autores de la película «La reina del mate», porque, en la obra cinematográfica, uno de los personajes tararea la canción «Brasil» sin contar con los derechos de autor. La titular de los derechos demanda a los autores por violación de dichos derechos de autor alegando que dicha canción está siendo utilizada como banda sonora de la película. La Sentencia absuelve al demandado, señalando que dicha obra cinematográfica posee una banda sonora propia y que el tatarreo de la canción «Brasil» carece de relevancia, pues ni se recoge en su banda sonora ni se reproduce musicalmente dicha canción. Así, si bien la Sentencia no nombra la intervención de la excepción de uso incidental, toda su argumentación se apoya en el mismo. SAP de Barcelona, de 15 de julio de 1999. (ARP 1999\4288).

IV. LAS EXCEPCIONES DE CITA E ILUSTRACIÓN EN EL ENTORNO TRADICIONAL Y FUERA DE LÍNEA. ESPECIAL ATENCIÓN AL ANTEPROYECTO DE REFORMA DEL TRLPI

Pues bien, habiendo visto el fundamento y la problemática de estas dos excepciones, cabe examinar ahora cómo funcionan y, en su caso, como deben adaptarse las mismas en los dos ambientes que conviven en la sociedad de la información, esto es, el llamado ambiente fuera de línea o tradicional y el ambiente en línea.

1. AMBIENTE TRADICIONAL

En el ámbito tradicional o fuera de línea, la situación actual de las excepciones plantea una problemática limitada. Problemática existente, como hemos visto en el caso «Aquellos años», pero limitada en el sentido de que no precisa una readaptación a un nuevo modelo tecnológico.

En este sentido, en el ámbito de las publicaciones escritas, la incidencia de la excepción de cita no plantea problemas serios tanto en el texto de la Directiva como en el TRLPI.

De esta manera, en la Directiva, siempre que se cumplan los requisitos normativos que ya examinamos en anterior ocasión (Cita con fines de crítica o reseña, cita a una obra que se haya puesto lícitamente a disposición del público, fuente y nombre del autor) no parece que existan mayores problemas para la operatividad de la misma.

Algo similar ocurre en nuestro TRLPI, donde, al contrario que en la Directiva comunitario, se exige el requisito de la «*fragmentariedad*»; requisito éste que sí ha generado alguna controversia. Y ello ha sido así cuando la cita se efectúa sobre obras protegidas de muy reducida extensión, tales como pequeños versos o eslóganes publicitarios sometidos a la tutela del derecho de autor. En este sentido, debemos recordar que el Art. 32 TRLPI sólo elimina el requisito de la «*fragmentariedad*» para obras aisladas de carácter plástico o fotográfico. Y, como ha señalado autorizadamente en repetidas ocasiones CASAS VALLÉS, parece evidente que este requisito no debe operar en obras literarias breves²⁸.

Respecto a la excepción de la ilustración, en el ámbito de la Directiva, la discusión se centra en la ya analizada cuestión de la «finalidad comercial», concepto que —insistiré una vez más— creo que debe interpretarse de forma restrictiva pero no absoluta ni inamovible, debiendo entenderse que concurre cuando la inclusión de ilustración contribuya de forma perceptible al interés comercial de un producto cultural, conllevando un enriquecimiento del beneficiario de la excepción, y, sobre todo, un posible perjuicio económico del titular de los derecho ex-

²⁸ CASAS VALLÉS, R. «Nota a la...» Op cit. Pág. 89.

clusivos. En cualquier caso, insisto, es una cuestión que hay que examinar caso por caso, teniendo presente siempre el límite de las tres fases.

Como sabemos, la excepción de la ilustración no ha sido incorporada aún a nuestro derecho interno. Con todo, no hay duda alguna de que vivimos tiempos de tránsito normativo y que, tal como augura el Anteproyecto de Ley de reforma del TRLPI, la reforma que incorporará la excepción está próxima. A la luz del texto preparatorio, todo apunta a que el legislador, además de seguir la interpretación apuntada del concepto de *finalidad no comercial*, opta por otorgar una configuración extremadamente rígida a la excepción de la ilustración. Así, la proyectada redacción de Art. 32.2, tipificador futuro de la excepción de ilustración en nuestro derecho interno, nos indica: «*No necesitará autorización del autor el profesorado de la educación reglada para realizar actos de reproducción, distribución y comunicación pública de pequeños fragmentos 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 que resulte imposible, se incluyan el nombre del autor y la fuente*».

Como es fácilmente perceptible, el carácter restrictivo del precepto que configura la excepción de ilustración alcanza las más altas cotas imaginables. El tradicional y dual fin de la ilustración, *enseñanza e investigación*, ha sido circunscrito únicamente al primero. Y no se ha hecho de cualquier manera. La excepción no legitima a todo enseñante sino, exclusivamente, a aquellos que imparten una educación reglada, expresión ésta que debe entenderse como aquel proceso educativo que se dirige a la obtención de un título oficial. De esta manera, el legislador parece pensar en la aplicación de la excepción como un instrumento para autorizar la «exposición» de determinados fragmentos de obras protegidas o de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo, en el ámbito de la enseñanza exclusivamente presencial (*en clase*). Con todo, en este *maremágnum* de requisitos con el que se configura la excepción, hay dos que llaman especialmente la atención. Me refiero a la exclusión que la norma hace de «*los libros de texto y manuales universitarios*» y de la expresión «*finalidad no comercial perseguida*». ¿Cómo debemos interpretar esta exclusión? A mi juicio, el precepto necesita ser interpretado para obtener un resultado sensato y, *a priori*, acorde con la intención perseguida por el legislador²⁹. De esta

²⁹ A mi juicio, una interpretación literal generaría una solución no satisfactoria. El precepto dice: «*No necesitará autorización del autor el profesorado de la educación reglada para realizar actos de reproducción, distribución y comunicación pública de pequeños fragmentos o de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo, excluidos los libros de texto y los manuales universitarios[...]*». Así, cabría pensar de la simple lectura del precepto que las obras sobre las que se permite la ilustración se identifican con pequeños fragmentos u obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo pero, en ningún caso, con contenidos provenientes de los libros de texto y/o manuales universitarios los cuales, resultan excluidos. A pesar de la redacción del precepto, no es ésta la interpretación que debe hacerse. En cualquier caso, sería sumamente recomendable que la redacción del precepto fuera modificada en la versión final del Anteproyecto de Ley de reforma del TRLPI.

manera, lo que la norma persigue es que los docentes puedan ilustrar sus clases, su labor docente presencial, pero no su labor docente a través de la publicación de «*manuales universitarios o libros de texto*», incluyendo como ilustración en los mismos fragmentos de obras de terceros, sin contar con su consentimiento, con la disculpa de que los manuales y libros de texto constituyen material didáctico para utilizar en clase. Si bien éstos coadyuvan a la labor docente, lo cierto es que la publicación de estas obras excluidas también implica una finalidad comercial. Y es aquí donde estos dos principios se contraponen, por un lado, la función docente y, por otro, la finalidad comercial de estas obras excluidas. El legislador, con la mirada puesta en un tímida pero latente tendencia jurisprudencial³⁰, procede a restringir fuertemente en el Anteproyecto de Ley de reforma del TRLPI el concepto de ilustración *ex* Art. 5.3.a) DDASI. De esta manera, con la más que criticable redacción del precepto citado con anterioridad, el legislador se decanta por la prevalencia de la *finalidad comercial* sobre la labor docente escrita. Si un docente, a través de su labor escrita, se lucra, aunque sea mínimamente, empleando obras protegidas que ilustran la propia, esa utilización deberá ser autorizada por el titular de la obra quedando dicho comportamiento fuera del ámbito de la excepción.

Consecuentemente, podemos afirmar que la excepción de ilustración prevista en el Anteproyecto de Ley de reforma del TRLPI se circunscribe, únicamente, a las exposiciones de obras protegidas con un fin didáctico en el aula y a las ilustraciones en material docente con carácter reducido³¹, siempre que no exista finalidad comercial.

2. ÁMBITO EN LÍNEA

Al contrario de lo que sucediera en el ámbito tradicional, las excepciones en el ámbito en línea deben ser examinadas con una mayor atención. Y deben serlo porque, fundamentalmente, es en este ambiente donde las mismas plantean nuevas interrogantes derivadas de las nuevas forma de utilización, básicamente, a través de los llamados «hiperlinks», «linking» o, simplemente, enlaces.

Como es sabido, el desarrollo y éxito de Internet como paradigma del éxito de las redes telemáticas, ha sido posible en gran medida a la facilidad con la que se puede vincular, eso que llamamos «navegar», unos documentos electrónicos con otros. Pues bien, estos instrumentos técnicos que nos permiten «navegar» por Internet plantean algunos problemas en el ámbito que nos ocupa. Y ello es así porque, tal y como es opinión generalizada en la doctrina, una web es una creación intelectual que, en tanto que original, es merecedora de la protección del derecho de autor³² y, por tanto, sobre la que puede operar el régimen de excepciones.

³⁰ S.A.P. de Barcelona, de 31 de octubre de 2002. (JUR 2004\54771).

³¹ S.A.P. de Sevilla, de 30 de octubre de 2003. (AC 2003\1828).

³² PANTALEÓN PRIETO, F. y SOLER PRESAS, A. «La protección jurídica de las páginas web». ADC. T. LVI. III. Jul-Sept. 2001. Págs. 1051-1103; ERDOZAIN, J.C. Derechos de autor y propiedad intelectual. Tecnos. 2002. Págs. 85-119; BOUZA LOPEZ, M. A. «La protección jurídica del sitio

Antes de proseguir, es indispensable realizar una precisión terminológica. Es habitual escuchar cómo los términos de «sitios web» o «websites» y «páginas web» son utilizados como sinónimos. Y no lo son. Una página web es un documento electrónico que forma parte de un «website». Por tanto, un website o sitio web es un conjunto de páginas *web* que pertenecen a una misma empresa, persona o institución, la cual está organizada jerárquicamente. La cabeza jerárquica y principal del *website*, *la punta de la pirámide*, es la página inicial o *homepage* que se caracteriza porque desde ella puede accederse a todas las demás páginas del sitio *web*.

Pues bien, algunos tipos de enlaces pueden generar tensión en el ajustado sistema de excepciones³³.

- Enlaces profundos (Deep links):

Estos *links* vinculan directamente una página *web* a otra interior de un *website* diferente, evitando así el paso del internauta por la página inicial.

Podemos cuestionarnos si el creador de un enlace profundo puede quedar amparado por el límite del derecho de cita. A pesar de lo casuístico del tema tratado, es una posibilidad que no podemos descartar. En este sentido, parece preciso hacer alguna consideración al respecto. El Art. 32 TRLPI establece como requisito constitutivo de la cita su carácter «fragmentario». No obstante, al ejecutar un enlace profundo, lo habitual es que lo reproducido y comunicado no sea una parte de la obra contenida en la *web* enlazada, sino que lo que se reproduce sea el contenido completo de la misma, es decir, la obra que constituye el contenido de dicha *web*. Para expresarlo de una forma gráfica, si el creador de una *web* establece un enlace profundo con otra *web* que contiene un artículo científico, éste enlace, al ser ejecutado, no reproducirá parte del artículo sino la totalidad del mismo. Se podría afirmar, por tanto, que este carácter fragmentario es inexistente, no pudiendo beneficiarse de la excepción salvo que fuera una obra literaria muy breve.

Con todo, esta solución no siempre será así y habrá que atender específicamente a cada caso. Debemos recordar que existen ocasiones en las que la inclusión de obras completas está comprendida en el derecho de cita. Así lo señala el propio Art.32 cuando manifiesta que permite la inclusión como cita de «[...]obras aisladas de carácter plástico, fotográfico figurativo o análogo[...]». Por esto, cuando la *web* enlazada mediante un enlace profundo contenga obras de

web». Comercio Electrónico en Internet. GOMEZ SEGADE, J.A. (Director). Marcial Pons. Madrid-Barcelona. Págs. 137-156; CARBAJO CASCÓN, F. «Publicaciones y propiedad intelectual». Colex. 2002. Madrid. Págs. 63-68.

³³ Para una clasificación detallada en materia de enlaces V. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I. y GONZÁLEZ GONZALO, A. «La protección de las páginas y sitios web a través de la propiedad intelectual». Pe.i. N.º 8. 2001. Págs. 79-116; DE MIGUEL ASENSIO, P. A. Derecho privado de Internet. Cívitas. 2.ª Ed. Madrid. 2001. Pág.226-228; GARCÍA VIDAL, A. «La problemática de los enlaces en Internet». Autores, consumidores y comercio electrónico. MORO ALMARAZ, M. J. (Director). Colex. Madrid. 2004. Págs.347-378.

este tipo, no parece necesario abogar por la interpretación del precepto respecto a las obras breves. A tenor de lo dicho, entendemos que, siempre que se cumplan los requisitos legales establecidos en el Art. 32, fundamentalmente la indicación de la fuente y el nombre del autor, pueden existir supuestos en los que la excepción del derecho de cita legitime un enlace profundo.

Y esto es así, recordemos, en el ámbito del TRLPI porque, conforme a la Directiva, no habría inconveniente, pues el requisito de la «fragmentariedad» no se exige.

Igualmente, a la luz de la configuración establecida en la DDASI, tampoco sería descartable la posibilidad de que pueda alegarse con éxito la posible intervención de la excepción de ilustración en los enlaces profundos. La interpretación acerca de la operatividad de esta excepción será acorde a la interpretación que hagamos del concepto «finalidad no comercial perseguida». Si es una interpretación muy estricta, puede ocurrir que, en la práctica, sea inaplicable. En la actualidad, a nadie se le escapa que la mayoría de los sitios web poseen esta finalidad, bien sea directa (pago por visión) o indirecta (publicidad). Por ello, entiendo que habrá que examinar concretamente cada caso, e interpretar «la finalidad comercial perseguida» tal como ya se expuso anteriormente. Y, en cualquier caso, tener siempre presente la existencia del límite de límites o límite de las tres fases. Consecuentemente, aunque admitamos la licitud de la excepción, ésta no será operativa si su uso lícito impide la normal explotación de la obra. Con todo, en los tiempos de cambio que vivimos, y a la luz de la planeada configuración de la excepción de ilustración en nuestro derecho interno, no parece que en el futuro esta excepción pueda operar respecto a los enlaces profundos en nuestro derecho interno³⁴. Con todo, y al margen de esta realidad, cabe señalar que, en la práctica, el uso de los enlaces profundos es harto problemático, pues, lo habitual es que vulneren los derechos exclusivos patrimoniales, infringiendo, además, los derechos morales de los titulares de los sitios web, normalmente, el derecho a la integridad de la obra y el derecho de paternidad.

³⁴ Es manifiesto que, conforme a la asfixiante redacción propuesta para la excepción de ilustración en el Anteproyecto de Ley de Reforma del TRLPI, parece difícil que existan beneficiarios de esta excepción en el ámbito virtual. Así, y en comparación con la configuración moderada que de esta excepción realiza la DDASI, vemos como el legislador español opta por una posición mucho más extrema. En un intento último de encontrar la operatividad de esta excepción en el ámbito virtual, cabría cuestionarse si la expresión «*en clase*» pudiera ser aplicada en un entorno *on-line*. Me refiero, a si esta aplicación podría ser posible en las plataformas de enseñanza («*e-learning*»). En este sentido, pensemos en las asignaturas de enseñanzas universitarias impartidas por Centros de Enseñanza Superior a través de este tipo de plataformas. En este supuesto, todos los requisitos podrían ser cumplidos sin mayores dificultades, con la excepción del requisito sobre el que nos cuestionamos. ¿La expresión «*en clase*» podría ser interpretada en un sentido amplio que la hiciera extensible a las clases no presenciales u «*on-line*»? Teniendo en cuenta que la reforma del TRLPI tiene como finalidad la adaptación de los derechos de propiedad intelectual a la sociedad de la información, y a pesar de lo tentador que resulta una interpretación de este tipo, reconduciéndolo así a una mención expresa que no existe, no parece que la misma se adapte a los criterios de contexto ni al espíritu ni a la finalidad de las mismas. El legislador desea restringir al máximo la aplicación de la excepción, por lo que no parece que una interpretación extensiva sea compatible ni con el principio general de la aplicación restrictiva de las excepciones ni con los criterios interpretativos *ex Art. 3 CC*.

- Enlaces ensamblados:

Los enlaces ensamblados son aquellos que permiten al titular de una página *web* integrar en la misma contenidos de otra, generalmente, gráficos o imágenes.

A nuestro juicio, el límite de la excepción de cita es especialmente importante en el ámbito de los enlaces ensamblados. Estos, con carácter general, capturan gráficos, imágenes o archivos sonoros y, por diversas cuestiones técnicas, raramente archivos de texto para los que son más sencillos el empleo de otro tipo de enlaces, en concreto, los enlaces profundos y los marcos. Así, pudiera ocurrir que el creador de un enlace ensamblado que capture un elemento de otra página *web* pudiera verse amparado por la excepción de cita siempre que se cumplieran los requisitos legales de dicha figura. En este sentido, especial relevancia plantea la posibilidad de citar obras íntegras. Por ello, el creador del enlace ensamblado deberá indicar el autor y la fuente del elemento de la página que se ha capturado y, únicamente, quedará amparado por el derecho de cita, conforme al TRLPI, en los supuestos en los que dicha captura cumpla estos requisitos y se realice con fines docentes o de investigación. Aún, así, la Directiva es más amplia, al carecer, como es bien sabido, de este requisito finalista.

Respecto a la excepción de la ilustración, valga lo dicho en los enlaces profundos.

- Marcos o «Frames»:

Mediante la técnica de marco o «*framing*», la página *web* es dividida, al menos, en dos marcos o ventanas. En una de ellas se incluyen los elementos distintivos de la página *web*, frecuentemente los elementos de la marca y la publicidad en el caso de *webs* comerciales, y, en la otra, información o contenidos bien del propio *website* bien de un *website* ajeno. En cualquiera de las dos situaciones, los contenidos se presentan ante el usuario como propios, desconociendo éste el *web* al que ha sido enlazado, pues la dirección URL del sitio enmarcado no aparece en la barra de direcciones del navegador.

Este tipo de enlaces genera, frecuentemente, una vulneración de los derechos de autor, tanto patrimoniales como morales. En el ámbito de los derechos patrimoniales, será muy difícil en la práctica que un enlace de este tipo pueda quedar amparado por la excepción de cita o por la excepción de ilustración. Será difícil porque es harto improbable que concurran los requisitos formales de indicación del autor y de la fuente, requisitos comunes a ambas excepciones.

V. MEDIDAS TECNOLÓGICAS DE PROTECCIÓN

Finalmente, baste realizar una breve referencia a las llamadas medidas tecnológicas. Como es sabido, las medidas tecnológicas son instrumentos técnicos

que sirven para restringir actos referidos a obras o prestaciones protegidas que no cuentan con la autorización del titular; en definitiva, estamos hablando de instrumentos tales como medidas anticopia, sistemas antienlaces, etc.

Ahora bien, ante esta realidad, surge una pregunta inexcusable. ¿Puede violarse una medida tecnológica para hacer posible el cumplimiento de una excepción? Esta me parece una cuestión importante porque puede ocurrir que el beneficiario de una excepción no pueda hacerla efectiva porque la obra está protegida tecnológicamente. ¿Estaría legitimado el beneficiario para romper esa protección? En EEUU, la Copyright Act, a través de la modificación que sufrió con la Digital Millennium Copyright Act, establece por un lado, una respuesta negativa, pero también establece un régimen de excepciones. Así, se autoriza la violación de las medidas tecnológicas, entre otros supuestos, y todos ellos contenidos en la Sec. 1201 de la DMCA, a las fuerzas de seguridad cuando concursen motivos de seguridad nacional, a las bibliotecas sin ánimo lucrativo, aunque con algunas restricciones, cuando los actos de violación se hagan en defensa de la protección de los menores o tengan la finalidad de estudiar el comportamiento criptográfico de las medidas.

En Europa, por el contrario, creo que pocas dudas existen respecto a que el beneficiario de la excepción no estaría legitimado a vulnerar unilateralmente la medida de protección tecnológica en ningún caso. En este sentido, debemos tener presente que la Directiva, (Art. 6.4) ordena a los Estados que tomen las medidas necesarias para que los titulares de los derechos faciliten a los beneficiarios de las excepciones los medios adecuados para que puedan disfrutar de la misma. No obstante, esta obligación no recae sobre todas las excepciones, lo hace en la excepción de ilustración pero no en la excepción de cita.

Imaginemos un supuesto de una obra multimedia protegida, compuesta por sonidos, texto y fotografías, de la que un usuario legítimo desea una fotografía. El Estado debería compeler al titular a que el beneficiario pudiera obtener el objeto de su ilustración. Ahora bien, esto no siempre es así. El estado no estará obligado a compeler a los titulares de los derechos para que hagan posible el cumplimiento de la excepción, cuando «*las obras o prestaciones hayan sido puestas a disposición del público con arreglo a lo convenido por contrato*». Y esto ocurre, casi de manera exclusiva, en el ámbito de la red. Pensemos en las bases de datos «*on line*» o en las páginas web personales dotadas de «*condiciones de uso*». Aquí, simplemente, el régimen de excepciones no rige. Si hay protección tecnológica, no hay forma jurídica de hacer efectiva la excepción. Este marco establecido en la DDASI parece ser, a la luz del nuevo Art. 161 del Anteproyecto de Ley de Reforma del TRLPI, el que va a regir en nuestro derecho interno.

Finalmente, si aún así rompemos una de estas medidas de protección, debemos estar atentos al nuevo Art. 270 del CP.

«Será castigado también con la misma pena quien fabrique, importe, ponga en circulación o tenga cualquier medio específicamente destinado a facilitar la su-

presión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador o cualquiera de las otras obras, interpretaciones o ejecuciones en los términos previstos en el apartado 1 de este artículo.»

Es un articulado que parece establecer una responsabilidad objetiva para determinadas conductas, pero, si nos fijamos bien, no tipifica la vulneración efectiva de las medidas tecnológicas. Tipifica la importación, puesta en circulación, y la tenencia de sistemas de violación de medidas tecnológicas de protección. Pero no tipifica el acto propio de la violación de la medida. Entiendo que, en el ámbito restrictivo del derecho penal, no cabe una interpretación amplia o analógica. Creo que lo que ha perseguido el legislador por la vía penal ha sido impedir el acceso del usuario medio a los sistemas técnicos que hacen posible la vulneración de las medidas tecnológicas de protección, dejando en el ámbito civil, la depuración de la responsabilidad por el acto de la vulneración de la medida. En este sentido, creo que no podemos perder de visto el horizonte patrimonial de los derechos afectados. El problema de la vulneración de las medidas tecnológicas, realidad especialmente patente con la piratería doméstica en relación con los programas de ordenador, no es tanto la posibilidad técnica de que éstas puedan destruirse, actuación que sólo unos pocos iniciados pueden realizar. El grave daño patrimonial se produce cuando estos iniciados distribuyen los mecanismos técnicos diseñados para eliminar esta protección, haciendo posible una violación masiva de las medidas tecnológicas. A mi juicio, es respecto a los primeros, y no a los segundos, contra quienes actúa la norma penal en el ámbito de los delitos contra la propiedad intelectual.

En este sentido, refuerza esta posición la postura adoptada por el legislador con relación a la vulneración de las medidas de protección de equipos sonoros (teléfonos móviles) y servicios de radiodifusión sonora o televisiva (televisión de pago). En estos supuestos, el núcleo del daño patrimonial no viene dado exclusivamente por la distribución de las medidas vulneradoras, que también, sino por el uso continuado de los servicios de forma ilícita. Consecuentemente, el CP en el ámbito de los delitos contra la propiedad industrial, trata de evitar todo el proceso de vulneración de una medida tecnológica. Penaliza, en primer lugar, la difusión de los instrumentos técnicos que permiten la vulneración (acceso ilícito) y, en segundo lugar, penaliza a quien los instala. Ahora bien, en los preceptos señalados se exige el «ánimo de lucro». En efecto, parece evidente que el legislador está pensado en los profesionales (minorías que tienen ese conocimiento y que obtienen ilícitamente un beneficio económico). No obstante, el legislador penaliza también a quienes realicen dichas conductas sin ánimo de lucro, eso sí, atribuyéndoles una menor responsabilidad penal. Finalmente, y he aquí la radical diferencia con el Art. 270 CP, en el ámbito del precepto del Art. 286 CP, el legislador castiga al beneficiario de la medida tecnológica (Art. 286.4)

De esta manera, y ejemplificando lo dicho, la vulneración de una medida tecnológica que permite el acceso ilícito a una señal televisiva codificada, implica una sanción penal: A) Para quien facilitó las medidas vulneradoras. B) Para

quien las aplicó de forma efectiva o para quien difundió los conocimientos de cómo hacerlo. C) Para quien se benefició de dicha vulneración. No obstante, si el bien inmaterial fuera un programa de ordenador, debiendo acudir al Art. 270 y no al 286 CP, vemos como la fabricación, importación, puesta en circulación o tenencia estarán penados, pero no así su uso efectivo, ni la difusión del conocimiento de cómo emplearlos ni, lo que es más importante, el beneficio de dicha vulneración.

¿Cuál es la razón en la que se puede fundamentar este trato diferenciado? A mi juicio, la razón se encuentra en el acto que origina la lesión del bien jurídico protegido en cada uno de los ámbitos. Opuesto a lo que ocurre con los programas de ordenador, el origen de la lesión de los bienes tipificados *ex Art. 286 CP*, se produce continuamente desde el momento de la vulneración de las medidas tecnológicas. En ambos casos es necesario tipificar la difusión de las medidas vulneradoras pero, sólo en los supuestos del Art. 286, tiene sentido tipificar la difusión de cómo vulnerar las medidas tecnológicas así como a los beneficiarios. Y ello es así porque, sólo en los supuestos del Art. 286 quien vulnera dichas medidas debe poseer una determinada formación técnica, realidad que no ocurre con las medidas vulneradoras de los programas de ordenador cuyo empleo efectivo dista mucho de ser complejo. Por ello, al ser los destinatarios de la normal penal un número reducido de sujetos, y no el consumidor medio, es posible que la norma penal pueda ser efectiva.

Además, y en relación a la tipificación de la conducta de los beneficiarios de la vulneración de la medida tecnológica *ex Art. 286 CP*, el daño patrimonial que se genera con el acceso ilícito a estos servicios no es comparable al daño producido en la vulneración de los programas de ordenador; un daño puntual que merece una sanción en el ámbito civil³⁵ pero no un daño patrimonial continuado propio de la conducta defraudatoria merecedora de sanción penal³⁶.

En definitiva, vemos como nos encontramos antes dos orígenes de daños diferentes con consecuencias distintas. Mientras que en los supuestos del Art. 270 el daño se origina, principalmente, con la difusión de las medidas de vulneración tecnológicas, en los supuestos del Art. 286, esa difusión debe ir acompañada de un conocimiento técnico determinado que haga posible su uso efectivo. Además, el alcance del daño, insistimos, es diferenciado. Mientras que en los supuestos del Art. 270 es puntual, en los del Art. 286, es claramente continuado. Dos preceptos diferentes, para dos conductas similares pero no idénticas.

³⁵ En este sentido, todos aquellos que empleen sistemas vulneradores de medidas tecnológicas que queden exentos de represión penal, deberán afrontar acciones de responsabilidad en el ámbito civil. Por ello, con buen criterio, el legislador planea sancionar esta conducta en el seno del nuevo TRLPI y no, en el ámbito del Código Penal. Así, el nuevo Art. 160.1 del Anteproyecto de Reforma del TRLPI, señala: «Los titulares de los derechos de propiedad intelectual reconocidos en esta ley podrán ejercitar las acciones previstas en el título I de su libro III contra quienes, a sabiendas o teniendo motivos razonables de saberlo, eludan cualquier medida tecnológica eficaz».

³⁶ Extremo que demuestra la remisión que el Art. 286.4 realice al Art. 255 del CP «De las defraudaciones de fluido eléctrico y análogos».