

Diciembre de 2004



La transposición de la Directiva 2001/29/CE en España

<http://www.uoc.edu/dt/esp/casas1204.pdf>

Ramón Casas

 Artículo

La transposición de la Directiva 2001/29/CE en España*

<http://www.uoc.edu/dt/esp/casas1204.pdf>

Ramón Casas

Resumen

Desde su adopción en 1987, la Ley de Propiedad Intelectual ha sido objeto de diversas modificaciones como consecuencia, principalmente, de la necesaria incorporación de las sucesivas Directivas europeas que han ido avanzando en la armonización del Derecho de autor en los países miembros de la UE. En la actualidad, existen dos Directivas pendientes de incorporación en España: la Directiva 2001/29/CE, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los de autor en la sociedad de la información (comúnmente denominada, Directiva de la Sociedad de la Información), y la Directiva 2001/84/CE, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original –cuyo plazo de implementación es 1 de enero 2006–. La incorporación de la DSII a las diferentes legislaciones nacionales ha resultado complicada y lenta, igual que lo fue –en su momento– su tramitación en el seno de la UE. En noviembre de 2002, el anterior Ministerio de Educación, Cultura y Deporte hizo público el texto de un Borrador de Anteproyecto que, con ocasión de la implementación de la DSII, aprovechaba para realizar una reforma extensa de la LPI. El Borrador propició un debate animado e incluso dio lugar a la difusión –unos meses después, y de forma oficiosa– de una segunda versión. A la espera de ver cuál es la decisión del nuevo Gobierno, el presente artículo examina los diversos aspectos del citado Borrador y la bondad de una reforma sustancial, con respecto a algunos puntos concretos de la LPI que han demostrado ser conflictivos.

Palabras clave

Directiva 2001/29/CE, ley de propiedad intelectual, derecho de autor

1. Introducción

1.1. La Ley de Propiedad Intelectual (LPI) se ha visto sujeta, desde su aprobación en 1987, a una serie continuada de reformas. Salvo la primera (de 1992, asociada a un problema aún muy vivo: la copia privada y el derecho de remuneración correspondiente), todas ellas se han producido como consecuencia de (o con ocasión de) la necesaria incorporación de las sucesivas Directivas europeas que, trabajosa pero –en líneas generales– eficazmente, han ido avanzando en la armonización del Derecho de autor en los países miembros de la Unión Europea, ya sea por impulso inter-

no (para asegurar las mínimas condiciones para el funcionamiento del mercado), ya sea como «correa de transmisión» de instancias supranacionales de ámbito mundial, como la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI).

1.2. Las dos últimas Directivas (ambas pendientes de incorporación en lo que a España se refiere) son la Directiva 2001/29/CE (relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los de autor en la sociedad de la información; Directiva de la Sociedad de la Información) y la Directiva 2001/84/CE (relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original).

*Ponencia presentada el 27 de junio de 2003, en el marco de las Jornadas «Copyright y Derecho de autor: ¿Convergencia internacional en un mundo digital?» organizadas por los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC, en la sede de la SGAE en Barcelona.

La transposición de la Directiva 2001/29/CE en España

1.3. La Directiva sobre el derecho de participación no parece que deba preocupar mucho al legislador español.

- En primer lugar, porque en lo esencial estamos armonizados. Ya tenemos *droit de suite*, y su configuración básica coincide con la Directiva. En el terreno de «lo obligado», bastará con adaptar las magnitudes cuantitativas (umbral, porcentajes...) y algún otro retoque menor. Otra cosa son –claro están– las reformas «deseables» (por ejemplo, una mejor definición del «mercado secundario» afectado) o incluso las meramente «posibles» (por ejemplo, ampliación del ámbito objetivo para incluir los manuscritos; o, mucho más importante, considerar la gestión colectiva obligatoria, algo que acaso debiera hacerse más con la vista puesta en los intereses de los obligados –para facilitarles las cosas– que de los titulares –que siempre pueden acudir a una entidad, aunque ello no sea obligatorio–).
- En segundo lugar, porque los plazos disponibles son largos (1 de enero de 2006). Teniendo en cuenta esa perspectiva, quizás sería una buena ocasión (de nuevo el *con ocasión de*) para proceder a una revisión de conjunto de la problemática específica de los artistas plásticos, siempre quejoso –y a veces con razón– ante una supuesta preterición de sus necesidades e intereses.
- En tercer lugar, porque no parece que los principales interesados (los autores) deban tener mucha prisa cuando la Directiva no es excesivamente favorable (y basta pensar en el tope máximo que se establece para el contenido económico del derecho).

1.4. Por supuesto, dado el retraso que llevamos, podrían acabar juntándose las leyes para la incorporación de ambas Directivas. Que la del *droit de suite* disponga de más plazo no significa que no pueda anticiparse. No obstante, creo que no sucederá así. Por una parte, porque el retraso en la incorporación de la Directiva de la Sociedad de la Información (DSI) no significa inactividad u olvido. Por otra porque, quizás se considere útil reservarse «la ocasión» que brindará la segunda Directiva para proceder a nuevos ajustes o –quién sabe– a una reforma más profunda, o incluso a redactar una nueva Ley de Propiedad Intelectual. Todo ello sin olvidar un problema pendiente, en el que ahora no voy a entrar: la cuestión del préstamo bibliotecario y el grado de cumplimiento por parte de España de la Directiva correspondiente, que acaso –probablemente– lleve a una reforma del artículo 37 LPI.

1.5. Pero todo esto no son más que conjeturas. Nuestra atención debe centrarse ahora en la DSI y en su incorporación al Derecho español. Y a ello dedicaremos el tiempo asignado a esta ponencia.

2. Importancia de la DSI

2.1. La DSI es una más de la serie de Directivas europeas en materia de Derecho de autor. Sin embargo, merece destacarse como

1. Creo que es ilustrativo lo sucedido en Finlandia.

un hito relevante, tanto por las cuestiones que trata como por el carácter transversal con que lo hace. En este sentido, la DSI es una Directiva «de segunda generación». No se ciñe a una sola categoría de sujetos (autores o titulares de derechos afines), ni a obras o bienes concretos (como los programas de ordenador o las bases de datos). Tampoco a cuestiones específicas (como la duración) o a modalidades de explotación determinadas (como el préstamo, el alquiler, la radiodifusión por satélite o la distribución por cable). Incluso resulta equívoco su mismo título; sobre todo, en su usual forma abreviada. La Directiva, ciertamente, regula los derechos de autor y afines –es decir, la propiedad intelectual– en un contexto caracterizado por el uso intensivo de las tecnologías de la información y la comunicación. Pero, ni se limita a la sociedad de la información (a la que dedica una atención «particular» pero no exclusiva, cf. art. 1, apdo. 1 DSI), ni trata sólo de la propiedad intelectual (pues también se ocupa de la tutela de las medidas tecnológicas empleadas para la protección de obras y prestaciones, materia esta que sólo indirectamente puede considerarse incluida en la tradicional noción de propiedad intelectual).

2.2. La tramitación de la DSI fue larga y laboriosa (la Propuesta Inicial data de 1997) y el resultado, aunque positivo, deja numerosas cuestiones abiertas; todo ello sin olvidar que se ocupa de cuestiones socialmente sensibles en las que algunos sectores –apuntando a los déficit democráticos de las instituciones europeas– consideran que su voz no ha sido tenida suficientemente en cuenta.

2.3. El desplazamiento del centro de decisión del ámbito nacional al europeo (de Madrid a Bruselas) no significa más que crear un primer campo de batalla al que, indefectiblemente, sigue luego el nacional.¹ No debe extrañar, pues, que la incorporación de la DSI a las diferentes legislaciones nacionales esté resultando complicada... y lenta. Y, desde luego, una vez concluida, habrá que ver el panorama resultante, probablemente bastante menos armónico de lo pretendido (a nadie se ocultan las carencias y defectos de la DSI en este terreno).

3. Estado de la incorporación de la Directiva

3.1. Por lo pronto, en lo que se refiere a la incorporación de esta Directiva, tenemos tres grupos de países: los que ya han procedido a la incorporación (Grecia, Italia, Dinamarca...); los que están tramitando las leyes correspondientes (Noruega...), y los que no han comenzado –o apenas han comenzado– con esa tramitación. España pertenece al tercer grupo.

3.2. Nuestro retraso, sin embargo, no obedece a falta de atención o descuido, sino más bien a ambición. Desde la última refor-



La transposición de la Directiva 2001/29/CE en España

ma de la LPI (1998, BBDD),² y aun antes, se había venido manifestando una cierta inquietud en sectores (señaladamente el de hostelería y restauración; también el televisivo) cuyos puntos de vista hallaron eco en algunos grupos parlamentarios. Con razón o sin ella (yo creo que con razón), finalmente caló la idea de que la propiedad intelectual –la vigente regulación de la propiedad intelectual– se había convertido –objetivamente– en un foco de litigiosidad que era necesario atajar, en beneficio de todos los afectados. En este sentido, como consecuencia de una *Interpelación urgente del Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) sobre los criterios de política general del Gobierno para reducir la conflictividad en materia de propiedad intelectual*, el Congreso aprobó –por unanimidad– la siguiente Moción (11-06-2002; BOCG 18-06-2002):

«El Congreso de los Diputados insta al Gobierno a:

1. Impulsar, a la luz de la experiencia positiva de otros Estados de la Unión Europea, el establecimiento efectivo de un organismo mediador y arbitral de la propiedad intelectual que, sin perjuicio de las competencias de las Comunidades Autónomas, y previa consulta con los representantes de los titulares de los derechos y de los usuarios,³ se constituya en mecanismo permanente de comunicación entre los sectores afectados y de resolución de toda clase de controversias en materia de propiedad intelectual y, en lo referente a los derechos de remuneración,⁴ con capacidad de dictar resoluciones que podrían tener, o no,⁵ carácter vinculante, según los casos, y sin perjuicio, en todo caso, de su revisión jurisdiccional.
2. Facilitar, mediante sistemas de registro u otros medios que puedan establecerse previa consulta con las entidades de gestión, la mejor identificación de los titulares de derechos representados por cada una de ellas, con el fin de simplificar a los deudores el cumplimiento de sus obligaciones en materias de derechos de autor y de impedir la eventualidad de una doble reclamación por un mismo concepto o una misma deuda.
3. Elaborar, en el plazo más breve en que resulte técnicamente posible, el Proyecto de Ley de implementación de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información».

3.3. Esto explica –y habrá ocasión de volver sobre ello– que el legislador español abordase la incorporación de la DSU, una vez más,

como la «ocasión de» resolver otras cuestiones. Y esto explica también que, a estas alturas, la ley siga sin ser aprobada.

3.4. Cabe suponer que el Gobierno –y más en concreto el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte (MECD)– inició pronto las conversaciones con los sectores afectados,⁶ aunque sobre la pronititud y calidad de éstas ha habido ocasión de oír puntos de vista muy diferentes. En este sentido, es notorio que algunos sectores hayan llegado a negar la existencia de tales conversaciones y, mucho menos, que tuvieran el carácter que el MECD les atribuye. Lógicamente, es un extremo en el que no puedo entrar. Pero parece leal con la audiencia consignar este «desencuentro».

3.5. Sin menospreciar –muy al contrario– lo que haya podido ocurrir entre bastidores, hemos de limitarnos a lo que consta de forma pública. Y a este respecto, los datos de que disponemos son los siguientes:

- Primero: En noviembre de 2002, el MECD hizo público, a través de su página electrónica, el texto de un Borrador de Anteproyecto de Ley de Reforma de la Ley de Propiedad Intelectual (BALPI) en cuyos casi setenta artículos se procedía a una extensa reforma (decir profunda implicaría una valoración que en este momento quiero omitir) que afectaba –más o menos– a otros tantos artículos de la LPI, si bien con un alcance diverso (desde meras aclaraciones a cambios de fondo, pasando por adiciones y simples renumeraciones). Una parte de esa reforma tenía por objeto incorporar la DSU, mientras que el resto se refería a las cuestiones que el Gobierno, interpretando la Moción unánime del Parlamento, había considerado necesario abordar.
- Segundo: Tan pronto como se hizo público el Borrador, se inició un vivo debate en el que algunos sectores –y más en concreto algunas entidades de gestión– manifestaron su oposición frontal (la página creada por SGAE^[www1] reúne una buena muestra de opiniones discrepantes con el Borrador, no todas ellas por los mismos motivos).
- Tercero: Es evidente que, al margen de la pública confrontación de puntos de vista, siguieron las conversaciones directas entre los diversos sectores y el MECD, puesto que, poco tiempo después (enero de 2003) se difundió –esta vez por canales oficiales– una segunda versión del Borrador, en la que se aprecian cambios que parecen respon-

2. No olvido reformas posteriores cuyo protagonismo, sin embargo, no recaía en la LPI, sino en otros textos (es el caso de LEC; Ley 1/2000).

3. En versión anterior se decía y *con participación de*.

4. La expresa referencia a los derechos de remuneración es consecuencia de una enmienda del Grupo Socialista, que respondía seguramente al deseo de las entidades de gestión –en particular de SGAE– de dejar a salvo de todo «intervencionismo» los derechos exclusivos.

5. El o no –tan curioso como significativo– es una adición que aparece en el texto final.

6. En la nota de prensa que acompañaría a la publicación del BALPI (Borrador de Anteproyecto de Ley de Reforma de la Ley de Propiedad Intelectual), el MECD diría: «El proceso de diálogo comenzó a principios de 2001 y se han mantenido reuniones con las ocho entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual actualmente autorizadas por el Ministerio (SGAE, CEDRO, AGEDI, AIE, VEGAP, EGEDA, AISGE y DAMA), así como asociaciones de grandes usuarios: Unión de Televisiones Comerciales Asociadas (UTECA), Agrupación Hostelera de las Zonas Turísticas de España (ZONTUR), FEHR (Federación Española de Hostelería), Federación Española de Hoteles, Asociación Multisectorial de Empresas Españolas de Electrónica y Comunicaciones (ASIMELEC), Federación para la Protección de la Propiedad Intelectual de la Obra Audiovisual (FAP), etc.».

[www1]: <http://www.culturaviva.net>

La transposición de la Directiva 2001/29/CE en España

der a algunas de las críticas o peticiones suscitadas por la primera.

- Cuarto: En el momento actual no se sabe –o al menos yo lo ignoro– si existe alguna versión posterior. Tampoco se sabe cuál es exactamente el estado de la cuestión. El Borrador parece estar «en vía muerta» o, al menos, *stand by*. Pero esto es una simple conjeta. Nadie ignora los múltiples y urgentes problemas –de gran trascendencia mediática– que ha tenido que afrontar el Gobierno en los últimos tiempos. También es notorio que el MECD ha emprendido una profunda –ésta sí– reforma del sistema educativo, lo que, acaso, habrá influido en el establecimiento de prioridades.

3.6. Como conclusión, nos encontramos ante un panorama incierto. La respuesta crítica de algunos sectores ante el BALPI ha sido importante. Pese a ello no hay que descartar que el Borrador se reactive; aunque también cabría –y lamento exhibir tal grado de ignorancia al respecto– que el Gobierno, tras constatar que ha disgustado a unos sin dar plena satisfacción a otros (ése es el riesgo cuando se buscan soluciones equilibradas), optara –como «plan B»– por lo que podríamos describir como «incorporación de mínimos». En otras palabras: por el estricto cumplimiento de lo que la Directiva impone sin ir más allá, ni siquiera en cuestiones que ésta contempla y permite. Esta solución sería relativamente fácil, pues –como habrá ocasión de comprobar– la LPI cumple con buena parte de las exigencias de la DSU. En sustancia, bastaría con incorporar el límite (excepción / exención) obligatorio del artículo 5.1 (reproducciones provisionales de carácter técnico) y las normas sobre protección de medidas tecnológicas y de la información para la gestión de derechos.

3.7. Entre esos dos extremos, claro, caben soluciones intermedias. Personalmente, haciendo gala de una condición de optimista impenitente, quisiera pensar que las turbulencias iniciales han dado paso a una conversación fructífera para lograr lo que, en definitiva, se ajusta al interés general. A saber: un alto grado de protección de la propiedad intelectual –ni menor ni mayor que el existente en los demás países de la Unión Europea– eliminando al propio tiempo los problemas de aplicación práctica que estaban en el trasfondo de la Moción parlamentaria a la que se ha hecho referencia.

3.8. Por supuesto, es urgente –y la propia Moción lo destacaba– incorporar la Directiva. Ya han pasado seis meses desde diciembre de 2002 y aún quedan muchos pasos que dar. En primer lugar, el Borrador –cualquiera que sea su contenido– deberá ser aprobado por el Consejo de Ministros, luego deberá informarlo el Consejo de Estado y probablemente también el Consejo General del Poder Judicial. Después, el Gobierno deberá enviarlo al Congreso como Proyecto de Ley y, a partir de aquí, se iniciará la andadura parlamentaria, que, aun culminada, es posible que todavía necesite desarrollo reglamentario. La existencia de una mayoría

absoluta podría facilitar mucho esa andadura, aunque –y aquí hay que estar con las voces que se han expresado en tal sentido– sería deseable que se alcanzase el mayor grado posible de consenso. La propiedad intelectual y la ley que la regula es una cuestión de Estado, que afecta esencialmente tanto a la vida cultural de la nación como a su Producto Interior Bruto.

3.9. Pero, en fin, no nos hemos reunido aquí para especular, sino para analizar la incorporación de la Directiva. Y a este objeto nada mejor que empezar por lo único seguro que tenemos: la propia Directiva.

4. Contenido y objetivos de la DSU

4.1. La DSU, en sustancia, se ha concebido como una herramienta «para fomentar el desarrollo de la SI» (Cdo. 2) estableciendo las condiciones para «disponer de un mercado interior para los nuevos productos y servicios» (Cdo. 2). Para ello resulta inexcusable armonizar las diferentes leyes nacionales de propiedad intelectual, reajustando las disposiciones «en las que existan diferencias considerables» (Cdo. 7).⁷ Tampoco cabe ignorar la existencia de compromisos superiores, derivados de los Tratados Internet de OMPI (1996) y, por tanto, la necesidad –que la DSU asume– de «dar cumplimiento a algunas de las nuevas obligaciones internacionales» (Cdo. 15).

4.2. Todo ello, dice la propia DSU, debe hacerse mediante el «establecimiento de un nivel elevado de protección», en beneficio tanto de los creadores como de la industria (Cdo. 4). Esta aspiración se reitera en el Considerando 9 en los siguientes términos: «Toda armonización de los derechos de autor y derechos afines a los de autor debe basarse en un elevado nivel de protección, dado que tales derechos son primordiales para la creación intelectual. Su protección contribuye a preservar y desarrollar la creatividad en interés de los autores, los intérpretes, los consumidores, la cultura, la industria y el público en general». La propiedad intelectual⁸ –concluye el Considerando 9– «ha sido reconocida como una parte integrante del derecho de propiedad».

4.3. La DSU parte de la constatación de que «la protección de la propiedad intelectual no requiere que se definan nuevos conceptos» (Cdo. 5), observación ésta particularmente válida en el caso español. Basta, dice, con que las leyes vigentes se adapten y completen (Cdo. 5). A este objeto, la DSU centra su esfuerzo armonizador en dos ámbitos, a los que cabe añadir un *cajón de sastre* dedicado a otras cuestiones.

- El primer ámbito tiene por objeto el contenido de la propiedad intelectual (derechos de autor y afines), tanto en su faceta positiva (derechos reconocidos) como negativa (límites o –en

7. «No siendo necesario suprimir o evitar aquellas diferencias que no repercutan negativamente en el funcionamiento del mercado interior» (Cdo. 7 *in fine*).
 8. No sólo, pues, el derecho de autor.

La transposición de la Directiva 2001/29/CE en España

la terminología de la Directiva— excepciones y limitaciones). A ello se dedica el Capítulo II de la DSU: artículos 2 a 4 (derechos: reproducción, comunicación y puesta a disposición y distribución) y artículo 5 (excepciones y limitaciones: obligatoria y facultativas y *prueba de los tres pasos*).

- El segundo ámbito se centra en la tutela de las medidas tecnológicas empleadas para proteger obras y prestaciones (una de las grandes novedades del moderno derecho de propiedad intelectual, pues por primera vez parece posible un control fáctico del acceso, hasta ahora sólo considerado en el caso de bienes corporales), así como la información para la gestión de los derechos. A ello se dedica el Capítulo III de la DSU: artículos 6 (que ha de volver a ocuparse de los límites) y 7.
- El tercer ámbito, al que se dedica el Capítulo IV, agrupa cuestiones varias: sanciones y vías de recurso (*enforcement*, art. 8); salvedad de la vigencia de otras disposiciones que no son estrictamente de derecho de autor, pero que resultan más o menos próximas (art. 9); aplicación en el tiempo de la propia DSU (art. 10), y adaptaciones técnicas que se concretan en modificaciones concretas de Directivas anteriores (art. 11).

4.4. La amplitud del ámbito afectado ha llevado a veces a referirse a la DSU como *Directiva de derecho de autor* o *Copyright Directive*. Hay en ello algo de la necesidad de simplificar las denominaciones, aunque —sobre todo— de distinguir esta Directiva de la de Servicios de la Sociedad de la Información y del comercio electrónico, con la que discurrió en paralelo. En cualquier caso, sería un error —que ninguno de los presentes cometerá— quedarse con esa denominación. Por dos razones que creo importante destacar:

- En primer lugar, las numerosas e importantes cuestiones de propiedad intelectual que han quedado al margen, por estar en otros textos o —en su mayoría— a la espera de futuras Directivas o instrumentos normativos. Concretamente: el derecho moral (Cdo. 19 DSU); los contratos; la gestión colectiva (Cdo. 17 DSU) y —claro— la responsabilidad de las actividades en el contexto de red (Cdo. 16 DSU; aunque no hay que pasar por alto la posibilidad —que sí se prevé— de adoptar medidas cautelares contra los intermediarios, a la que se refieren el Considerando 59 y el artículo 8.3 DSU).
- En segundo lugar —y ya se ha señalado—, que la DSU no sólo sigue a cinco Directivas anteriores, sino que —como cabía esperar— expresamente las deja a salvo (art. 1.2 DSU), cosa que, en algún caso, puede ser causa de disfunciones.

4.5. Asimismo me parece oportuno llamar la atención sobre las insuficiencias de la DSU desde el punto de vista de sus ambiciones armonizadoras, en particular en lo que se refiere a excepciones y limitaciones,

9. La LPI distingue entre *fijación* y *reproducción* como objeto de derechos diferentes en el caso de los artistas. Según el artículo 106.1 LPI: «Corresponde al artista intérprete o ejecutante el derecho exclusivo de autorizar la fijación de sus actuaciones». Y, según el artículo 107.1 LPI, también le corresponde «el derecho exclusivo de autorizar la reproducción directa o indirecta de las fijaciones de sus actuaciones». En el segundo caso, *reproducción* tendría el sentido de obtención de copias o multiplicación. La misma distinción encontramos en el artículo 126 LPI para las entidades de radiodifusión. No, en cambio, en el caso de los productores de fonogramas y grabaciones audiovisuales, pues unos y otras se definen ya como *fijaciones*.

taciones y, en cualquier caso, sobre la *movilidad* de la materia de la que se ocupa, que fácilmente podría llevar a reconsiderar algunas soluciones. En este sentido, resulta más que comprensible la preocupación del legislador europeo al respecto (por lo demás manifestada en todas las Directivas), así como su deseo de llevar a cabo un atento seguimiento de la *implementación* de la DSU y sus efectos (vid. art. 12). Ignoro si se ha creado el *Comité de contacto* previsto en el artículo 8.3 DSU y en qué medida ha sido útil a los Estados para preparar sus propios proyectos de incorporación. Desde luego, sería bueno que ese Comité se activara —de verdad—, porque son muchas —e importantes— las cuestiones para las que parece que se están adoptando soluciones no del todo coincidentes.

4.6. Expuesto a grandes rasgos el contenido de la DSU es hora ya de entrar en los detalles de su incorporación. A este objeto —y aunque yo seguiré el orden de la propia Directiva— sería bueno no olvidar lo dicho en cuanto al planteamiento del BALPI español y, por tanto, la distinción entre las materias ajenas a la DSU (y de las que, sin embargo, el Borrador se ocupa) y las materias que constituyen su objeto (dentro de las cuales aún habría que subdistinguir entre las que tienen carácter imperativo y aquellas otras —no menores— en las que se ha dejado libertad a los Estados para decidir, eso sí, dentro del marco establecido).

5. Los derechos exclusivos de reproducción, de comunicación al público y puesta a disposición y de distribución

La DSU unifica los derechos (y los correspondientes conceptos) de reproducción, comunicación y distribución. Salvo en la medida en que los involucra, queda al margen de la armonización nuestro derecho de transformación (que el artículo 21 LPI tipifica como acto diferente de los anteriores). Asimismo queda al margen el derecho general de explotación del artículo 17 LPI, en la medida —claro está— en que no quede cubierto por los repetidos derechos, que no son sino manifestaciones típicas de éste.

5.1. El derecho de reproducción

5.1.1. En España, la reproducción se define desde 1987 como «la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación y la obtención de copias de toda o parte de ella» (art. 18 LPI). Se trata de una definición amplia, que pone el acento en la idea de «*fijación*» y que, contra el sentido vulgar de la expresión, no exige que se produzcan múltiples copias.⁹ Pese a la amplitud de la formula-

La transposición de la Directiva 2001/29/CE en España

ción, parece razonable suponer que los redactores del artículo 18 LPI/87 tenían en mente la fijación estable en soportes o medios tangibles, es decir, lo que podríamos llamar *reproducción material*. No está de más recordar a este respecto que el artículo 99.3 LPI/87 establecía que: «No constituye reproducción, a los efectos previstos en el artículo 18 de esta Ley, la introducción del programa en memoria interna a los solos efectos de su utilización por el usuario, sin perjuicio de su necesaria comunicación al titular del derecho de explotación si así se hubiera pactado».

5.1.2. No obstante, poco a poco la idea de reproducción –y me refiero más a las ideas de los juristas que a las de la Ley, si es que puede hablarse de éstas– fue cambiando para ampliarse. Muy pronto [Directiva 91/250/CEE, art. 4, a)] se dejó claro que, en el caso de los programas (el «ariete» de la revolución digital), el derecho exclusivo del titular alcanzaba «la reproducción total o parcial [...] por cualquier medio y bajo cualquier forma, ya fuere permanente o transitoria», de modo que «cuando la carga, presentación, ejecución, transmisión o almacenamiento de un programa necesitan tal reproducción del mismo, estos actos estarán sujetos a la autorización del titular del derecho». Este precepto fue llevado a nuestro ordenamiento por la Ley 16/93 y hoy figura como artículo 99, a) del Texto Refundido.

5.1.3. Lo más interesante es constatar que esa ampliación de la noción se produjo sin demasiados sobresaltos, casi como un proceso natural y sin que nadie pretendiera que hacía falta modificar el artículo 18 LPI, o –pese a que podía haberse sostenido– que conviviesen en la Ley dos nociones de reproducción. Cuando la Directiva 96/9/CE sobre bases de datos insistió en la idea amplia –o ampliada– de reproducción [art. 5, a) para obras y art. 7.2 para el derecho *sui generis*: *extracción*], la idea de que la reproducción puede ser intangible y temporal ya había sido plenamente asumida.¹⁰ Y todo ello –insisto– como parte del contenido del artículo 18 LPI/87.

5.1.4. La DS1 se ha propuesto dar alcance general a la noción armonizada de reproducción, tal como se entendía incorporada al *ácervo comunitario*. Como dice su Considerando 21: «es necesaria una definición general». Esa definición general la encontramos en el artículo 2 DS1, que asimismo indica quiénes son los beneficiarios del correspondiente derecho exclusivo.¹¹ En realidad, sin embargo, el artículo 2 DS1 no contiene tanto una definición como una

relación de adjetivos (*directa o indirecta, provisional o permanente*, etc.). Pero la idea es clara: también son reproducciones las no estables y temporales y aun las efímeras. Para calibrar el alcance de la noción basta leer el artículo 5.1 DS1 y percibirse de que, si no fuera por la excepción (exención), los actos en él contemplados (copias técnicas de carácter provisional, transitorio o accesorio) cabrían perfectamente dentro de la definición. De la mano de la reproducción (el viejo y primario derecho de los autores: *copyright*), la propiedad intelectual ha llegado hasta donde quizás en su día nadie soñó. Finalmente se ha hecho verdad que no es posible usar –simplemente usar, no ya explotar– sin copiar o reproducir.

5.1.5. Pero, ¿debemos cambiar nuestra definición? A mi juicio, en absoluto. Y así lo ha entendido también BALPI, que se limita a añadir al artículo 18 LPI –sin duda, por vía de aclaración– el listado de adjetivos del artículo 2 DS1, manteniendo la misma definición. Posiblemente para subrayar el carácter general de ésta se elimina de los artículos 107 (artistas), 115 (productores de fonogramas) y 121 (productores de grabaciones audiovisuales) la fórmula «directa o indirecta», ya presente en la definición general del artículo 18.¹²

5.2. Los derechos de comunicación pública y de puesta a disposición

5.2.1. En una significativa inversión del orden típico de la *Galaxia Gutenberg* (basada en la pareja reproducción-distribución), la DS1 se ocupa en segundo lugar del derecho de comunicación pública (cosa lógica, pues la pareja esencial en la *Sociedad de la Información* es la que forman reproducción y comunicación).¹³

5.2.2. Aquí la cuestión resultaba mucho más complicada y, si cabe, la armonización más necesaria, en particular con referencia a la puesta a disposición interactiva. Se había discutido acerca de si debía considerarse como un caso de distribución (no está claro que se distribuyan copias, aunque al fin éstas se acaban produciendo) o bien como un caso de comunicación pública. Los Tratados de OMPI optaron por esto último, aunque sin descartar que los Estados prefiriesen considerar ese caso como una forma de distribución (distribución mediante transmisión). Se trata de la llamada *umbrella solution* («solución paraguas») propuesta y bautizada por M. Ficsor.

10. La noción de reproducción también había sido armonizada –aunque sin definición– para los titulares de derechos afines por la Directiva 92/10/CEE sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los de autor.
11. Son menos que los titulares de derechos según la LPI. No están los realizadores de meras fotografías, pero es claro que el legislador español aplicará a todos ellos la misma noción.
12. Yo creo que al jurista español incluso le sorprende que en el Tratado sobre Derechos de Autor (TODA) no se alcanzara un acuerdo respecto a la noción de reproducción y que la referencia a ésta quedara como declaración concertada: «El derecho de reproducción, tal como se establece en el artículo 9 del Convenio de Berna, y las excepciones permitidas en virtud del mismo, son totalmente aplicables en el entorno digital. Queda entendido que el almacenamiento en forma digital en un soporte electrónico de una obra protegida, constituye una reproducción en el sentido del artículo 9 del Convenio de Berna» (Declaración concertada respecto del artículo 1.4). Véase, en el mismo sentido, la Declaración concertada respecto a los artículos 7, 11 y 16 del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF), que sí se refiere al derecho de reproducción.
13. Ese orden, no obstante, ya está en nuestra LPI para los derechos afines.

La transposición de la Directiva 2001/29/CE en España

5.2.3. Ahora bien, como explicaba la *Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva de la Sociedad de la Información*: «Sin embargo, este derecho [el de comunicación al público] no responde al mismo concepto en todos los Estados miembros. Esta situación refleja en cierta medida el enfoque tan dispar aplicado a este tipo de derechos en el Convenio de Berna, que ha sufrido varias modificaciones, y en la Convención de Roma.

La legislación de los Estados miembros prevé más bien una serie de derechos específicos de características muy dispares que forman parte integrante del derecho de comunicación al público (derecho de ejecución y representación, derecho de comunicación al público mediante sonidos o grabaciones visuales, derecho de comunicación al público por medios alámbricos, derecho de radiodifusión, derecho a incluir una obra en un programa de cable). Las disposiciones vigentes en los Estados miembros sobre comunicación al público, en particular, no siempre protegen a las mismas categorías de obras y otros trabajos afines, lo que puede provocar importantes lagunas jurídicas a la hora de aplicarlas a esta nueva forma de explotación “a la carta”. En primer lugar, los Estados miembros interpretan de forma distinta el término *público*. En algunos de ellos, según la actual situación jurídica, las transmisiones a la carta pueden considerarse comunicaciones no dirigidas al público, y por lo tanto no estar cubiertas por este derecho. Por otro lado, en el entorno tradicional no interactivo, las características e interpretación de las disposiciones existentes sobre el derecho de comunicación al público o los derechos pertenecientes al mismo grupo así como su delimitación difieren ampliamente y esto puede tener como posible resultado una gran incertidumbre legal. Cabe señalar asimismo que el grado de protección de los titulares (derecho exclusivo o derecho de retribución) y las gestiones de los derechos más importantes difieren sustancialmente entre Estados miembros».

5.2.4. A la vista de ese heterogéneo panorama es comprensible que la DSU decidiera armonizar el derecho de comunicación al público y, en particular, la puesta a disposición. A ello dedica su artículo 3 y algunos interesantes Considerandos. De manera muy breve, y con la vista puesta en la incorporación a nuestro Derecho, de esta armonización conviene destacar lo siguiente:

■ Primero: Que la armonización tiene un alcance diferente en el caso de los autores y de los titulares de derechos afines. El artículo 3.1 DSU reconoce a los primeros «el derecho exclusivo a autorizar o prohibir cualquier comunicación al público de sus obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, incluida la puesta a disposición del público de sus obras de tal forma que cualquier persona pueda tener acceso a ellas desde el lugar y en el momento que elija».¹⁴ Para los titulares de derechos afines,¹⁵ en cambio, la armonización ha sido más modesta. El artículo 3.2 DSU se limita a exi-

gir el reconocimiento del derecho exclusivo de «autorizar o prohibir la puesta a disposición del público [de sus prestaciones], por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda tener acceso a [ellas] desde el lugar y en el momento que elija».¹⁶

- Segundo: Contra lo que una lectura desde España podría inducir a pensar, es dudoso que la armonización alcance a todo lo que nuestra LPI considera como comunicación pública. Es ilustrativo a este respecto el Considerando 23 DSU, según el cual: «Este derecho [de comunicación al público] debe entenderse en un sentido amplio que incluya todo tipo de comunicación al público no presente en el lugar en que se origina la comunicación. Este derecho debe abarcar cualquier tipo de transmisión o retransmisión de una obra al público, sea con o sin hilos, incluida la radiodifusión. Este derecho no debe abarcar ningún otro tipo de actos». Y en el mismo sentido se pronuncia el Considerando 24 DSU para el derecho de puesta a disposición reconocido a los titulares de derechos afines («[...] público no presente en el lugar en el que se generó dicho acto [...]»).¹⁷
- Tercero: La DSU no incluye en su articulado la Declaración Concertada relativa al artículo 8 del TODA sobre suministro de instalaciones físicas, aunque sí la recoge en su Considerando 27: «La mera puesta a disposición de las instalaciones materiales necesarias para efectuar una comunicación no equivale en sí misma a una comunicación en el sentido de la presente Directiva».
- Cuarto: El artículo 3 DSU acaba con un apartado 3 que efectúa una declaración negativa de «no agotamiento» de los derechos de comunicación y puesta a disposición. La declaración es llamativa porque, en principio, ningún derecho se agota por su ejercicio. Es el agotamiento lo que puede resultar necesario declarar; no el «no agotamiento». Sin embargo, es una declaración comprensible y muy significativa en cuanto a la problemática subyacente; aunque cabe observar que el Considerando 29 DSU parece querer llevarla mucho más allá, al referirse no ya al «servicio», sino incluso a las «copias materiales» de la obra o prestación obtenidas por el usuario de aquél. Una cuestión importante.

5.2.5. La LPI, como es sabido, parte de un concepto general y amplísimo de comunicación al público. Según el artículo 20.1, I LPI: «Se entenderá por comunicación pública todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas». La definición se redondea en el párrafo II con una precisión en negativo que es probablemente lo que más se parece a una definición de *público* (por vía negativa) en la LPI: «No se considerará pública la comunicación cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté conectado a una red de difusión de cualquier tipo».

14. Se corresponde con el artículo 8 TODA.

15. De nuevo, el listado de beneficiarios es más corto que el de la LPI española. Véase nota 12.

16. Se corresponde con el artículo 10 TOIEF.

17. No obstante, en sentido contrario, algunas de las excepciones y limitaciones parecen pensadas para una comunicación dirigida a un público presente.

La transposición de la Directiva 2001/29/CE en España

Dejando a salvo el inciso final (bastante equívoco aunque, al fin, comprensible) y alguna cuestión menor (como la relativa a si es mejor hablar de ámbito «doméstico» o «familiar») se trata, a mi juicio, de una excelente definición.

5.2.6. Como resulta de lo anterior, el concepto español de comunicación es más amplio que el de la Directiva (si admitimos que ésta se limita a los casos de público ausente). Pero, desde luego, nada obligaba a cambiarlo. En este punto, creo que hay que estar con el criterio del BALPI que no ha querido –y hay que decirlo así, pues había públicas «sugerencias» en sentido contrario– modificar la definición de *comunicación pública*, dejando a los Tribunales la interpretación y aplicación del concepto de *público* a los casos concretos (con las ventajas y riesgos consiguientes). En esta misma línea, hay que subrayar la negativa –y de nuevo hay que decirlo así– a llevar al texto del artículo 20.1 LPI el Considerando 27 DS1, relativo a la «mera puesta a disposición de instalaciones materiales». Es claro que quienes se limitan a facilitar infraestructuras para que otros puedan comunicar no deben ser considerados, a su vez, comunicadores. Pero esta precisión nada añadiría a la noción que recoge el artículo 20.1 LPI, salvo confusión y malentendidos interesados que es mejor evitar.

5.2.7. La única novedad –y aun ésta relativa– es el expreso reconocimiento, en favor de autores y titulares de derechos afines, del derecho exclusivo de autorizar o prohibir la puesta a disposición de forma que los usuarios puedan escoger el momento y lugar del acceso (arts. 3.1 y 2 DS1). Los *Tratados Internet* de OMPI y el seguimiento de la tramitación de la DS1 hicieron que en la doctrina española (con eco en alguna precoz resolución judicial) fuera calando, hasta asentarse, la idea de que ese derecho no era sino una manifestación del más amplio derecho de comunicación pública del artículo 20.1 LPI. Siendo así, en teoría podría haberse omitido toda referencia a la citada modalidad. En otras palabras, para cumplir con la Directiva, el legislador español no necesitaba recoger de forma expresa el repetido derecho de puesta a disposición. Sin embargo, no tendría mucho sentido ese silencio cuando el apartado 2 del artículo 20 LPI incluye una prolífica relación ejemplificativa de modalidades de comunicación. Como cabía esperar, el BALPI ha añadido la puesta a disposición como una más, intercalada en la relación actual [nuevo párrafo i), con desplazamiento de los dos últimos, que pasan a ser párrafos j) y k)].

5.2.8. Probablemente habría sido bueno –y aún resulta posible– ensayar una reordenación de los ejemplos del artículo 20.2, e incluso de todo el artículo 20, reconduciendo a un mismo esquema general los casos de comunicación por satélite y retransmisión por cable de los apartados 3 y 4. Como mínimo creo que el precepto se haría más inteligible si se agrupasen los ejemplos en dos grandes categorías, distinguiendo entre público *presente* y *ausente*. Tampoco estaría mal hacer un esfuerzo de clarificación de algunos conceptos

(proyección, exhibición, emisión, transmisión, retransmisión, etc.) cuyas diferencias –importantes– no siempre son percibidas por los operadores jurídicos. Con todo, esa modificación probablemente habría obligado –por conexión– a muchos otros cambios en el texto legal y, sobre todo, quizás habría acabado debilitando la defensa del concepto general, al hacer evidente que el artículo 20 estaba de pleno en el ámbito de la reforma. Probablemente sean consideraciones de este tipo las que han llevado a minimizar la intervención en el artículo 20 LPI, dejando a los tribunales –como queda dicho– la tarea de interpretar y aplicar el concepto de *público*; aunque acaso no ya de forma definitiva en la medida en que podría entenderse (pero en realidad no queda claro) que este concepto está armonizado, con la consiguiente posibilidad de un pronunciamiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), ante el que –dicho sea de paso– probablemente acabará debatiéndose la vidriosa cuestión de las habitaciones de hotel.

5.2.9. La DS1, como ya ha habido ocasión de señalar, no exige que se reconozca a los titulares de derechos afines un derecho general de comunicación al público. Tan sólo requiere el reconocimiento del derecho exclusivo de puesta a disposición. Es cierto que, en España, los titulares de derechos afines gozan también de un amplio –muy generoso– derecho de comunicación. Pero sus perfiles son, en ocasiones, menos claros que en el caso de los autores, y hay diferencias entre los diversos titulares de derechos afines.¹⁸ Como quiera que sea –clarificación o creación–, el BALPI ha optado por un reconocimiento expreso del derecho exclusivo de autorizar o prohibir la puesta a disposición. Al menos así lo hace –en los mismos términos que la DS1– en los artículos 108.1, b) BALPI (artistas) y 126.1, c) BALPI (entidades de radiodifusión). No, en cambio, en los artículos 116 (productores de fonogramas) y 121 (productores de grabaciones audiovisuales), en los que se limita a aludir a la comunicación pública «en cualquier forma». Probablemente habría sido mejor una referencia expresa a la puesta a disposición. En cualquier caso, no creo que haya dudas en cuanto a que ésta se comprende dentro del correspondiente derecho exclusivo de los referidos productores.

En relación con los titulares de derechos afines, cabe hacer, finalmente, algunas observaciones:

- Primera: De forma implícita, el Derecho español reconoce también el derecho exclusivo de puesta a disposición a los realizadores de meras fotografías y –en el limitado ámbito objetivo en que ostentan derechos– a los editores (art. 128 LPI, que se remite a los derechos de los autores de obras fotográficas, y art. 129 LPI¹⁹).
- Segunda: El derecho de puesta a disposición se reconoce como exclusivo, sin vincular a él ningún derecho de simple remuneración. Contra lo que, al parecer, habían pretendido los titulares –y en particular las correspondientes entidades de

18. Por ejemplo, para las entidades de radiodifusión, el artículo 126 no habla de un derecho general, limitándose a reconocer el derecho en relación con modalidades concretas de comunicación.

19. Su alusión a la comunicación pública parece que debe entenderse en toda la extensión del artículo 20 LPI.

La transposición de la Directiva 2001/29/CE en España

gestión–, el BALPI no ha querido crear un derecho de remuneración derivado de la cesión del derecho exclusivo (al modo del previsto para el alquiler). Dicho de otra forma: no ha querido blindar, frente al juego de la autonomía de la voluntad, parte del contenido económico del derecho exclusivo mediante uno de esos derechos de simple remuneración que pueden asociarse a su cesión. Es posible que esta opción haya acabado repercutiendo sobre los autores (véase en este sentido la salvedad que se hace en el apartado 4 del artículo 90 BALPI). Como quiera que sea, cabe suponer que es una más de las muchas cuestiones sujetas a debate y a una negociación que, al final, debiera llevar a adoptar la misma solución que rija en los demás países de la Unión Europea.

■ Tercera: El artículo 116 BALPI «restituye» a los productores de fonogramas el derecho exclusivo de comunicación al público que les había «arrebatado» el Texto Refundido de 1996. Como es sabido, la LPI de 1987 había reconocido a los productores tal derecho. No obstante, al incorporarse en 1994 la Directiva de Alquiler, Préstamo y Derechos afines, se les reconoció (y por cierto también a los productores de grabaciones audiovisuales, junto con los artistas) un derecho de simple remuneración. La incorporación se produjo mediante ley especial, lo que dio lugar a una extraña convivencia de derecho exclusivo (en la LPI) y de simple remuneración (en la Ley especial). Al elaborarse el Texto Refundido prevaleció la tesis de que uno y otro derecho eran incompatibles (opinión en sí sensata) y de que, en realidad, pese a la aparente convivencia de ambos, el reconocimiento del segundo había supuesto la derogación tácita (¿por despiste?) del primero (¿qué pensar si a un propietario se le atribuye un derecho de usufructo sino que ha sido «degradado»?). Los productores sostenían la tesis contraria y llevaron la cuestión a los tribunales, que finalmente les dieron la razón. El Tribunal Supremo (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 3.^a, de 1 de marzo de 2001) declaró la compatibilidad de los derechos; entre otras cosas porque esa compatibilidad había sido manifiestamente mantenida para los productores de grabaciones audiovisuales en los casos de los párrafos f) y g) del artículo 20.2 LPI.²⁰ Es claro que el legislador no tenía –ni tiene– que sujetarse al criterio del Tribunal Supremo. En teoría, por tanto, el BALPI podría eliminar el derecho exclusivo o bien, al revés, reconocer éste pero eliminando el derecho de simple remuneración. La tercera

opción –que ha sido al fin la seguida– era mantener las cosas tal como las dejó la referida sentencia del Tribunal Supremo, quizás porque otra solución habría obligado a aplicar el mismo criterio a los productores de grabaciones audiovisuales. A mi juicio, no tiene mucho –ningún– sentido superponer derechos exclusivos, y de misma remuneración, en favor de unos mismos sujetos y por unos mismos actos. Pero supongo que siempre es difícil «quitar» derechos para introducir retroactivamente una racionalidad que en su día no existió.

5.2.10. El último apartado del artículo 3 DSU es el que sienta el «principio de no agotamiento» de los derechos –comunicación y puesta a disposición– reconocidos en los apartados 1 y 2. Como se ha dicho, es una declaración llamativa que, no obstante, tiene la virtud de poner de manifiesto las borrosas fronteras, en el entorno de las redes digitales, entre comunicación y distribución. No se distribuyen copias, pero al fin éstas acaban o pueden acabar existiendo. De ahí la preocupación de lo que pueda hacerse con tales copias. En este sentido, el Considerando 29 DSU (como ya hiciera el Considerando 33 de la Directiva sobre bases de datos) declara que: «El problema del agotamiento no se plantea en el caso de los servicios, y en particular de los servicios en línea», y añade: «Ello se aplica también a las copias materiales de una obra o prestación efectuadas por un usuario de dicho servicio con el consentimiento del titular del derecho».²¹ Pero, para llegar a este resultado, no es imprescindible incluir una expresa declaración de no agotamiento. Como ya ha habido ocasión de señalar, ningún derecho se agota salvo que se diga expresamente lo contrario. Quien obtenga lícitamente una copia a partir de un acto de comunicación pública, no podrá valerse de ella para llevar a cabo ningún acto de esta naturaleza. Tampoco podrá explotarla mediante alquiler, préstamo u otra forma de distribución, pues este derecho, al no haber sido ejercido por su titular, no ha podido agotarse. En resumen: no creo que el BALPI incumpla con la DSU al no haber llevado *expressis verbis* al artículo 20 LPI la repetida declaración de no agotamiento, que la propia DSU considera una simple «aclaración de la situación jurídica vigente a nivel comunitario».²²

5.3. El derecho de distribución

5.3.1. El derecho de distribución –que poco tiene que ver con la Sociedad de la Información en sentido estricto (redes digitales)– había sido ya objeto de una armonización parcial. El ar-

20. Es interesante consignar cómo –al elaborarse el Texto Refundido– los productores (probablemente fueron ellos) sugirieron un –sensato– redimensionamiento a la baja de su derecho de simple remuneración (que la Ley les había reconocido en toda la amplitud de la comunicación pública) para dejarlo limitado a los casos de los referidos párrafos f) y g).
21. Y concluye: «Por consiguiente, cabe aplicar lo mismo al alquiler y préstamo del original y de copias de las obras o prestaciones que por su naturaleza constituyan servicios. A diferencia del CD-ROM o CD-I, en los que la propiedad intelectual está incorporada a un soporte material, esto es, a una mercancía, cada servicio en línea es, de hecho, un acto que debe quedar sujeto a autorización cuando así lo exijan los derechos de autor o derechos afines a los derechos de autor».
22. Véase Preámbulo de la Propuesta de Directiva, s. v. artículo 3, apartado 4.



La transposición de la Directiva 2001/29/CE en España

título 4.1 DSU completa esa armonización con referencia a los autores (a diferencia de los artículos anteriores, se refiere sólo a ellos), exigiendo que los Estados miembros les reconozcan «respecto del original de sus obras o copias de ellas, el derecho exclusivo de autorizar o prohibir toda forma de distribución al público, ya sea mediante venta o por cualquier otro medio». El artículo 4.2 DSU, por su parte, establece el «principio de agotamiento comunitario», excluyendo así la posibilidad de agotamiento internacional.

5.3.2. A la vista de las exigencias comunitarias, es claro que el legislador español no tendría necesidad de introducir modificación alguna en el artículo 19 LPI: ni en el concepto (apartado 1), ni en relación con el agotamiento (apartado 2). Pese a ello, el BALPI parece haber optado por introducir algún cambio menor:

- En el apartado 1, para precisar (con el Considerando 28 DSU) que este derecho hace referencia a la circulación de la obra «incorporada en un soporte tangible» (Cdo. 28 DSU).
- Y, en el apartado 2, para dejar claro que el consentimiento del titular del derecho no tiene por objeto las ventas sucesivas sino, lógicamente, la primera [véase en este sentido el artículo 99, c) LPI, para programas de ordenador]. También cabe observar que el BALPI se ha decidido a dar carta de naturaleza al término agotamiento (el actual artículo 19.2 LPI habla de extinción), cosa que –personalmente– encuentro acertada, pues en rigor el derecho no se extingue (el agotamiento afecta sólo a algunas facultades y para un ámbito territorial determinado).

5.3.3. Las modificaciones introducidas en los artículos 109.2 (artistas), 117.2 (productores de fonogramas) y 123.2 (productores de grabaciones audiovisuales) y 126.1, f) (entidades de radiodifusión) BALPI no tienen otro objeto que armonizar su redacción con la del artículo 19.2 LPI.

6. Excepciones y limitaciones

Lógicamente, la armonización de los derechos quedaría incompleta si no se hiciera otro tanto con las excepciones y limitaciones que les afectan; es decir, lo que nuestra LPI globalmente llama *límites*, dejando a la doctrina la tarea de calificarlos como *excepciones* (eliminación del derecho de autorizar y prohibir, y también del derecho a remuneración) o simples *limitaciones* (eliminación del derecho de autorizar y prohibir conservando, no obstante, el derecho a una remuneración). Ése es el segundo gran objetivo de la DSU (*vid. Cdo. 31*), aunque –como es notorio– los resultados dejan bastante que desear, dado el enfoque adoptado; un enfoque que –contra lo pretendido– podría llevar a mantener e incluso acentuar las diferencias.

6.1. El planteamiento de la DSU

La DSU podía haber optado por cerrar la cuestión de las excepciones y limitaciones, estableciendo un elenco obligatorio. Pero, ya de buen principio, prefirió otro planteamiento consistente en:

- Primero: Imponer un único límite (excepción/exención) para ciertas copias provisionales de carácter técnico e instrumental (art. 5.1 DSU).
- Segundo: Añadir un listado de límites facultativos, organizados en función de los derechos afectados: reproducción (art. 5.2 DSU), reproducción y comunicación/puesta a disposición (art. 5.3 DSU) y –al fin– también distribución cuando se admitan excepciones al derecho de reproducción (art. 5.4 DSU). Este listado se ha configurado, no obstante, como cerrado o exhaustivo (*cf. Cdo. 32 DSU*). No caben otros límites que los incluidos en él, ni cabe darles mayor extensión que la prevista por la propia Directiva. En relación con este listado –y de cara a la incorporación de la DSU– hay que tener en cuenta varias cosas (y disculpen que interrumpa la secuencia de apartados para incluir una de subapartados):
 - En primer lugar, que el carácter exhaustivo afecta a los derechos objeto de armonización (¿podría sostenerse que caben límites no previstos para la comunicación que tenga como destinatario un público presente?).
 - En segundo, y en línea con lo anterior, que la DSU no afecta –salvo que expresamente se prevea lo contrario– a las Directivas anteriores, algunas de las cuales contienen normas sobre límites. Así sucede con las de programas de ordenador, alquiler y préstamo²³ y bases de datos. Cabe subrayar la insistencia en «no tocar» el especial régimen de los programas, que junto con las bases –éstas en menor medida– mantienen un sistema de límites propio, de relación no siempre clara con el general.
 - En tercero, que –pese a todo– la lista no es totalmente cerrada. Al final apareció una norma [*la cláusula del abuelo*, art. 5.3, o) DSU] que permite a los Estados conservar ciertos límites ya existentes –o el alcance reconocido a los mismos–, si bien sólo para el ámbito analógico y sin comprometer la libre circulación de bienes y servicios.
 - En cuarto y más importante (y habrá ocasión de volver sobre ello), que la DSU, pese al carácter facultativo de los límites, impone en favor de ellos (*rectius*: de algunos de ellos; ¿con qué criterio?) la intervención estatal en caso de conflicto con medidas tecnológicas. Por tanto, la presencia o no de tecnología puede determinar –determinará– escenarios diferentes en materia de límites.
 - En quinto (y también se volverá sobre ello más adelante), que asimismo se dibujan dos escenarios diferentes en función de que la explotación de las obras y prestaciones tenga lugar fuera de red o en red.

23. El Considerando 40 DSU incluye una expresa salvedad de la facultad de los Estados miembros de establecer excepciones al derecho exclusivo de préstamo.


La transposición de la Directiva 2001/29/CE en España

- Tercero (dando por cerrada la lista de subapartados y volviendo a lo que he presentado como planteamiento básico de la DS1): Imponer en algunos casos, como contrapartida, una «compensación equitativa» en favor de los titulares afectados, pero dejando la puerta abierta a la generalización (*vid. Cdo. 36 DS1*).
- Cuarto: El planteamiento de la DS1, en lo que se refiere a excepciones y limitaciones, se cierra con la generalización de la *prueba de los tres pasos* o *three sep test* como válvula de seguridad del sistema (art. 5.5 DS1).

6.2. El planteamiento del BALPI

A la vista del planteamiento anterior, el BALPI podía haber optado por una intervención de mínimos consistente en:

- Primero: Incorporar, en sus propios términos, la excepción obligatoria del artículo 5.1 DS1.
- Segundo: No modificar ninguno de los límites existentes, toda vez que: 1) Los del listado de la DS1 son facultativos, 2) Ninguno de los contemplados en la vigente LPI está fuera de dicho listado y 3) Aunque creo que no se dan los eventuales excesos que –en relación con la DS1 (no en relación con otras Directivas²⁴)– cupiera imputar a alguno de esos límites, podrían reconducirse por vía interpretativa o, en el peor de los casos, mantenerse al amparo de la *cláusula del abuelo*.
- Tercero: La misma actitud cabía adoptar en cuanto a la *prueba de los tres pasos*, toda vez que ésta se generalizó ya en nuestro Derecho en 1988, con ocasión de la incorporación de la Directiva sobre bases de datos (*cf. art. 40 bis LPI*).

En vez de esa intervención de mínimos, y como segunda opción, cabía también aprovechar la incorporación de la DS1 para proceder a un examen en profundidad de nuestro sistema de límites, tanto desde el punto de vista sustantivo como, en particular, sistemático. En este sentido podrían haberse reorganizado los límites para agruparlos en razón de su justificación principal (información, opinión etc.) y considerar –sin condicionantes– la inclusión de límites nuevos y –por qué no– la supresión o ajuste a la baja de algunos de los existentes.

Una vez más, entre la inactividad y el derribo seguido de reconstrucción, había –y hay– un amplio espacio de vías intermedias. En ellas se debe situar el BALPI, cuyo planteamiento parece responder a varias líneas maestras:

- No sucumbir ante el efecto de emulación (*efecto escaparate*) propiciado por el listado de la DS1, a pesar de que algunos de los límites en él contemplados puedan parecer razonables [por ejemplo, el relativo a hospitales y prisiones, art. 5.2, e) DS1; o a reparación y demostración de equipos, art. 5.3, l) DS1; entre otros].

- Incorporar, no obstante, algún límite nuevo cuya razonabilidad –y, por supuesto, aquí hay amplio espacio para la opinión y el debate– se ha juzgado más consistente que en los demás. Así ha sucedido en dos únicos casos: terminales especializados en bibliotecas y anuncios de subastas y exposiciones [art. 5.3, j) y n)].
- Redefinir, a veces a la baja y a veces al alza (pero siempre en el espacio acotado por la Directiva), algunos de los límites ya existentes (por ejemplo: cita, ilustración de la enseñanza e investigación o utilización por personas con minusvalías).
- Renunciar a una refundación del sistema, probablemente en previsión de que haya que introducir ajustes en breve, en particular en el entorno digital, como apunta la propia DS1 (*cf. Cdo. 44*²⁵).

Huelga decir que la cuestión de los límites ha estado en la primera línea del debate. Es lógico que así sea. Los límites afectan al derecho de propiedad de los titulares y siempre resultan polémicos; en particular cuando se trata de países –y es el caso de España, pero no sólo– en los que no es raro que las normas correspondientes sean objeto de abusos, no siempre cortados de forma eficaz por los tribunales (en otro caso, ¿por qué no incorporar el límite de usos incidentales?).

6.3. El límite obligatorio: reproducciones provisionales de carácter técnico y necesario

6.3.1. Quizás podría defenderse –o, al menos, puestos en la tesis, cabría encontrar argumentos para ello– que los actos contemplados en el artículo 5.1 DS1 ya están excluidos del ámbito del derecho de reproducción por no tratarse, en rigor, de actos de explotación (en este sentido, es importante la falta de «significación económica»). Si el retraso se prolongara, el Estado español podría ensayar defensas de este tipo. Pero sería mejor no tener que hacerlo. Entre otras cosas porque la DS1 ha dejado claro –al menos desde el punto de vista sistemático– que no hay aquí una definición negativa del derecho de reproducción (pese al significativo uso del término *exención*), sino una excepción (Cdo. 33), sujeta como tal a la *prueba de los tres pasos* (*cf. art. 5.5 DS1*, que alude expresamente al artículo 5.1 DS1).

6.3.2. Como era de esperar, el BALPI incluye de forma expresa la excepción del artículo 5.1 DS1, como nuevo artículo 31.1 LPI. Dado lo difícil que resultó el consenso en Bruselas, se ha optado por reproducir la norma prácticamente en sus mismos términos, con algún cambio menor de redacción y una pequeña rectificación destinada a eliminar el término *exención*, que aparecía en la primera versión del BALPI y que desaparece en la segunda, acaso para evitar añadir un nuevo término –éste de resonancias fiscales– a la lista

24. Me refiero al problema del préstamo bibliotecario.

25. Tales ajustes, no obstante, parece que deberían ser a la baja. Al menos según el Considerando 44 citado, *in fine*.

La transposición de la Directiva 2001/29/CE en España

de los ya manejados (*límites, limitaciones, excepciones, exenciones* y aun *exclusiones*, de las que habla el artículo 13 LPI). Con todo, pero acaso sea un olvido, el término sigue figurando en la rúbrica del artículo 31.

6.3.3. Quizás la única particularidad reseñable sea el hecho de que, como aclaración, se lleva al texto del artículo la definición de «utilización lícita», que figura en el Considerando 33 *in fine* DSU («La utilización se considerará lícita en el caso de que la autorice el titular del derecho o de que no se encuentre restringida por la ley»).

6.3.4. Por el contrario, parece que no se ha considerado necesario hacer lo propio con las explicaciones sobre el hojeo (*browsing*) y la creación de ficheros de almacenamiento provisional (*caching*) del propio Considerando 33. Como se dice en éste, tales actividades quedarán cubiertas por la excepción obligatoria «en la medida en que cumplan» las condiciones para ella establecidas; y, si tal es el caso, hay que convenir con el BALPI en que no hace falta una mención especial.

6.4. Los límites facultativos

En relación con los límites facultativos, las novedades son variadas y de alcance variable. Algunas son simples cambios de redacción destinadas a aclarar puntos dudosos. Otras, en cambio, son modificaciones de fondo, que van desde la redefinición del ámbito de límites ya existentes a la introducción de otros nuevos en nuestro ordenamiento.

6.4.1. La copia privada [arts. 5.2, b) DSU y 31.2 BALPI]

En el caso de la copia privada –y me refiero al límite o limitación, no al correspondiente derecho de remuneración–, no parece que el BALPI haya pretendido introducir cambios. Mejorando sensiblemente la redacción del actual artículo 31.1.2.^o LPI, el nuevo artículo 31.2 BALPI mantiene el límite en sus actuales términos. En concreto:

- Sigue exigiendo que la copia afecte a obras divulgadas.
- Mantiene que la copia ha de ser «para uso privado del copista», sin que pueda ser objeto de «utilización colectiva ni lucrativa». No obstante, en la segunda versión del BALPI se han introducido algunas modificaciones. Así, en vez de «copia para uso privado del copista» se habla de copia efectuada «por una persona física para uso privado»; y, en vez de a falta de uso «lucrativo» (un término acaso equívoco), se alude a la de «fines directa o indirectamente comerciales». Estos cambios, que se ajustan más a la literalidad del artículo 5.2, b) DSU, son –a mi juicio– más de forma que de fondo; aunque quizás pudiera interpretarse que se ha producido una ampliación

26. La condición del «acceso legal» sí aparece en cambio en el artículo 6.4, I DSU, como condición para poderse beneficiar de la intervención estatal en caso de conflicto entre algunos límites y las medidas tecnológicas.

en la medida en que no se exige que la copia sea hecha por una persona física para «su» uso privado, algo que, en cambio, podía considerarse implícito en la formulación anterior.

- Como no podía dejar de ser, mantiene también la referencia a la remuneración equitativa del artículo 25 LPI, confirmado que –en nuestro Derecho– la «compensación equitativa» requerida por la DSU se traduce en un derecho de remuneración, descartándose otras formas de compensación.
- Asimismo consigna, de forma más clara, la alusión a la prohibición de la copia privada cuando se trata de bases de datos electrónicas y de programas de ordenador.

La única novedad –de nuevo más formal que real– está en el nuevo segundo párrafo, que excluye el carácter privado de las copias efectuadas en establecimientos dedicados a la realización de reproducciones para el público o sirviéndose de equipos, aparatos o materiales puestos a su disposición. En definitiva, no se hace otra cosa que elevar a la ley el vigente artículo 10.1, a) del RD 1434/1992.

Para concluir el sumario repaso a este límite, tres últimas observaciones o apuntes:

- Primera: La copia privada se define en nuestro Derecho de forma unitaria para cualquier tipo de soporte. En otras palabras, no se distingue –a diferencia de lo que hace la DSU [art. 5.2 pfos. a) y b)]– entre reproducciones en papel y similar [cuyo carácter privado el artículo 5.2, a) DSU no exige] y reproducciones en otro tipo de soportes (sonoros o visuales).
- Segunda: La copia privada se sigue definiendo en términos tecnológicamente neutrales. Sin entrar ahora en los problemas que pueda plantear la puesta en práctica del derecho de remuneración del artículo 25 LPI, el límite cubre tanto las copias analógicas como las digitales; sin perjuicio de las consecuencias que pueda tener en cuanto a esta distinción el empleo de medidas tecnológicas efectivas por parte de los titulares de derechos.
- Tercera: El límite no incorpora exigencias adicionales como la de haber tenido acceso legítimo a la obra o ejemplar o la de servirse de medios propios para llevarla a cabo; exigencias estas sobre las que cabría discutir, pero que no aparecen expresamente recogidas en la DSU.²⁶

6.4.2. Seguridad y procedimientos oficiales y minusvalías [arts. 5.3, e) y 5.3, a) DSU y 31 bis BALPI]

El BALPI crea un nuevo artículo 31 bis para acoger dos límites que ya se encuentran en la legislación vigente.

- a) El límite por razones de seguridad y para el normal desarrollo de procedimientos oficiales figura en la LPI, aunque de forma

La transposición de la Directiva 2001/29/CE en España

parcial y fragmentaria. Las razones de seguridad sólo se contemplan hoy para bases de datos [actual artículo 34.2, b) LPI]; y las necesidades de los procedimientos oficiales, si bien están previstas para obras de cualquier naturaleza [actuales artículos 31.1, 1.º y, para bases de datos, 34.2, b) LPI], no aluden a los procedimientos parlamentarios. Para subsanar estas deficiencias, el nuevo artículo 31 bis.1 BALPI extiende el límite de seguridad a todo tipo de obras y añade los procedimientos parlamentarios al grupo de los beneficiados. Contra lo que sucede con el actual artículo 31 LPI, la ubicación de esos límites en un artículo independiente permite llevar su alcance más allá del derecho de reproducción. La primera versión del BALPI empleaba para ello el término genérico *utilización*. Buscando sin duda una mayor precisión técnica, la segunda versión se refiere de forma específica a «reproducción, distribución o comunicación» (cabe suponer que, por vía interpretativa y en la medida necesaria, podrá entenderse incluida también la transformación).

b) El actual artículo 31.1.3.º LPI permite la reproducción «para uso privado de invidentes», en ciertas condiciones que pretenden evitar usos desviados. El artículo 31 bis.2 BALPI mantiene este límite, pero lo amplía tanto desde el punto de vista de los beneficiarios (no sólo invidentes) como desde el de los derechos afectados (no sólo reproducción). La segunda versión del BALPI ha introducido algunos cambios que se concretan en: la sustitución del término *minusvalía* por *discapacidad*; la sustitución del término *utilización* por una relación precisa de derechos afectados; y la adición de algunas cautelas acaso redundantes, pero que contribuirán a evitar abusos (así, se añade la exigencia de la DSi de que el uso «guarda relación directa con la minusvalía»²⁷).

6.4.3. Cita [arts. 5.3, d) DSi y 32 LPI] y utilización para la ilustración con fines educativos o de investigación [arts. 5.3, a) DSi y 34.2, b) LPI]

La vigente LPI recoge tanto el límite de cita como el de ilustración con fines educativos, si bien este último sólo con relación a las bases de datos (derechos de autor y derecho *sui generis*). La primera versión del BALPI proponía regular ambos límites en un mismo precepto, subrayando así las diferencias –y la relación– entre uno y otro.

- a) El actual artículo 32 LPI admite la cita (por cierto, sin aludir a derechos concretos: «[...] es lícita la inclusión», «tal utilización») en términos que algunos –entre los que me cuento– juzgan poco acertados. Básicamente por dos –incluso tres– razones:
- Primera: Porque no está claro si lo que se regula es un único límite (la cita) o dos (la cita y la utilización de fragmentos para su análisis, comentario o juicio crítico). Personalmente siempre había pensado que se regulaba sólo la cita, pero el hecho de que ésta –a mi juicio erróneamente– quedase condicionada a los fines expresados –con exclusión por

27. A mi juicio era ya suficiente –y más restrictivo que la fórmula de la DSi– la exigencia de utilización de un procedimiento o medio específico, que es lo que demanda el actual artículo 31.1.3.º LPI. Ahora, se superponen las dos exigencias.

tanto de cualquier otro– ha acabado propiciando una lectura diferente de la que es buena muestra la SAP Barcelona de 31 de octubre de 2002, en la que se da a la o un claro sentido *disyuntivo* y no *explicativo o definitorio*.

- Segunda: Porque el vigente artículo 32 LPI, no contento con la primera exigencia finalista, añade una segunda (la «utilización sólo podrá realizarse con fines docentes o de investigación») que, en realidad, es más propia del límite de ilustración de la enseñanza e investigación que de la cita.
- A las dos razones anteriores cabría añadir, como tercera, la equívoca referencia a las «reseñas o revistas de prensa» (art. 32, II LPI), muy necesitada de clarificación, sobre todo a la vista de las nuevas prácticas derivadas del uso de la tecnología digital y las redes.

El artículo 32.1 BALPI parecía poner fin a estos problemas que, desde luego, el artículo 5.3, d) DSi no suscita, entre otras cosas porque deja abierto el concepto. Su planteamiento en materia de cita era –y digo era– el siguiente:

- Mantener las exigencias relativas a la obra afectada (necesidad de divulgación y naturaleza, que puede ser de cualquier tipo; y necesidad de indicación de fuente y autor).
- Mantener la limitación a fragmentos, salvo en el caso de obras plásticas o fotografías.
- Mantener la necesidad de labor creativa: «inclusión en una obra propia».
- Mantener el primer condicionante finalista, pero ampliéndolo («análisis, comentario, juicio crítico, reseña o un fin similar»), al tiempo que –en sentido contrario– se añadía la cautela de que el uso se limitara a «la medida justificada» (una suerte de equivalente, más preciso, del «buen uso» del que habla la DSi).
- Eliminar el segundo condicionante finalista (educación o investigación).
- En cuanto a las «reseñas o revistas de prensa», no parece que se haya intentado otra cosa que poner coto a algunas prácticas abusivas propiciadas por la redacción actual, cuyo objeto real no era permitir tanto las revistas de prensa –o, mejor dicho, lo que vulgarmente ha llegado a entenderse por tales– como el recurso a la cita para elaborarlas. No es seguro, sin embargo, que la nueva redacción propuesta zanje por completo el debate existente al respecto.

La regulación de la cita de la primera versión del BALPI fue fuertemente contestada por los titulares de derechos, a resultas de lo cual pasó a tener una nueva redacción en la segunda versión, más próxima a la hoy vigente. Los aspectos más destacables de esta nueva versión son:

- Que se elimina la referencia a un «fin similar» con la que se cerraba la relación de fines de la primera versión.
- Que se elimina la famosa o, de modo que ya no se habla de «a título de cita o para su análisis», sino de «a título de cita para su análisis». Se cercena así el posible uso de la o como disyuntiva para dar mayor respiro al límite.



La transposición de la Directiva 2001/29/CE en España

- Que se reintroduce la exigencia de «fin docente o de investigación».
- Que nadie parece haber dicho nada en relación con las «revistas de prensa», cuya propuesta de regulación no experimenta cambios de la primera a la segunda versión del BALPI. Ciertamente, a la vista de la nueva redacción, uno casi preferiría la hoy vigente; o –¿por qué no?– la del artículo 5.3, d) DSI, que, sin olvidar los requisitos ya conocidos (obra divulgada, indicación de autoría, «buen uso», limitación a lo exigido por el «objetivo específico perseguido», etc.), habla simplemente de «citas con fines de crítica o reseña», dejando que sean los tribunales quienes concreten.
- b) Como ya ha habido ocasión de señalar, el límite de utilización para la ilustración con fines educativos o de investigación científica no es nuevo para nosotros. Está previsto en el artículo 34.2, b) LPI y también en el artículo 135.1, b) LPI, en ambos casos para bases de datos.²⁸ En su día –en 1998, cuando se incorporó la correspondiente Directiva–, la introducción de este límite no llamó la atención; probablemente por su previsible escasa incidencia, en la medida en que afecta a las bases de datos en sí y no a las obras y prestaciones incluidas en ellas. No obstante, si se hubiera vislumbrado la posible ampliación futura de su ámbito objetivo, las cosas habrían sido muy diferentes.

La primera versión del BALPI, en un nuevo apartado 2 del artículo 32 LPI, decidió llevar a cabo la expresada ampliación objetiva para evitar el absurdo –a mi juicio lo es– de una excepción o limitación en favor de la educación y la investigación sólo para bases de datos, y también –si se me permite– el no menor de dejar tales actividades sin más cauce –aparte de la autorización de los titulares– que el ciertamente angosto de la cita (es decir, el mismo que podría utilizar cualquier sujeto, si no fuera porque el vigente artículo 32 LPI sólo contempla la cita con fines docentes o de investigación).

A este objeto, el BALPI reproducía el artículo 5.3, a) DSI –por lo demás coincidente con el artículo 34.2, b) LPI–, pero con la importante diferencia de añadir una remisión al reglamento: «Los supuestos y condiciones para el disfrute de este límite se determinarán reglamentariamente». Es claro –o a mí me lo parece– que tal remisión tenía un inequívoco sentido restrictivo. El límite de *ilustración* (llamémosle así para simplificar, aunque sea una denominación equívoca) es, ciertamente, un límite peligroso. En la taxonomía de Monty Python / Hugenholtz, puede quedarse en *mono* (hoy en España no es otra cosa) o convertirse en *león*. La primera versión del BALPI –sensible a las necesidades de la educación– optaba claramente por la segunda posibilidad, pero –no olvidando los derechos e intereses de los titulares– quería mantenerlo en una jaula segura. Ése era –intuyo– el sentido de la remisión al reglamento, en el que probablemente habrían aparecido distinciones sustanciales (por ejemplo, en función de que el uso fuera analógico o digital o del tipo de obras afectadas) y, acaso, la previsión de una remuneración de probable gestión colectiva obligatoria.

28. Con la diferencia de que, en el artículo 135.1, b) LPI (*derecho sui generis*), debe tratarse de un «usuario legítimo», cosa que el artículo 34.2, b) LPI no reclama de forma expresa.

Pero en España –por razones que podríamos asociar con la conocida frase de Romanones– existe una arraigada aversión al reglamento. Los titulares de derechos manifestaron una rotunda y pública oposición a la ampliación del límite que nos ocupa. Ni siquiera propusieron que –para reducir incertidumbres y dejar claro cuál era el sentido de la remisión reglamentaria– se llevaran a la ley los aspectos más delicados o el derecho a una remuneración. Al menos eso es lo que cabe concluir a la vista de la segunda versión del BALPI, en la que el límite, simplemente, ha desaparecido. Eso significa, como valoración de fondo, que se considera –no por mí– que las necesidades de la educación y la docencia quedan suficientemente cubiertas por la agilidad en la concesión de licencias, y por el límite de cita (que ya veremos si logra resistir la presión que se concentra sobre él).

6.4.4. Información de actualidad [arts. 5.3, c) y 5.3, f) DSI y art. 33 BALPI]

El vigente artículo 33 LPI incluye dos límites relativos a «trabajos sobre temas de actualidad». El BALPI no proponía aquí grandes cambios, salvo uno de carácter sistemático, consistente en añadir un nuevo apartado 3, destinado a acoger el actual artículo 35.1 LPI (obras susceptibles de ser vistas u oídas con ocasión de informaciones de actualidad), que comparte la justificación de los dos anteriores.

- a) El artículo 33.1 LPI (trabajos y artículos sobre temas de actualidad difundidos por los medios de comunicación social) no experimenta en el BALPI modificación alguna. Se ha entendido que cumple con lo exigido por el artículo 5.3, c), I DSI. A este respecto, hay que hacer, no obstante, dos observaciones:
 - Primera: El artículo 5.3, c), I DSI exige indicar fuente y autor, en tanto que el vigente artículo 33.1 LPI sólo lo exige «si el trabajo apareció con firma». Pese a ello no parece que esa diferencia obligue a modificar la actual redacción, pues la falta de firma –en el sentido de indicación de autoría– equivale a imposibilidad de conocer, lo que es una salvedad implícita en el sistema (*ad impossibilitia nemo tenetur*).
 - Segunda: La DSI habla de actualidad «económica, política o religiosa», en tanto que el artículo 33.1 vigente lo hace simplemente de «actualidad» (por tanto, también la deportiva, cultural, de sociedad...). Cabría plantearse si ello exige modificar nuestra norma. Pero el BALPI ha optado por no hacerlo, ya sea porque no está en nuestra tradición esa distinción entre tipos de actualidad o porque, en definitiva, se ha querido primar el derecho a dar y recibir información. En el peor de los casos, siempre cabría buscar amparo en la *cláusula del abuelo* [art. 5.3, o) DSI], aunque ello excluiría los usos no analógicos. En otro orden de cosas, si se hubiera optado por la modificación, quizás habría sido un buen momento para abordar los problemas que plantea el extraño –ciertamente lo es– derecho de remuneración asociado a este límite.



La transposición de la Directiva 2001/29/CE en España

- b) El artículo 33.2 (conferencias, alocuciones, informes y otras obras pronunciadas en público) es objeto de algunos cambios de redacción tendentes a aproximarse a la de la DSU. En este sentido cabe observar que la regulación española es más estricta en cuanto a la finalidad [la información debe ser «sobre la actualidad», cosa que el artículo 5.3, f) DSU no exige]; pero –al propio tiempo– es más permisiva en cuanto a la extensión de lo utilizado (la DSU habla de discursos y de «extractos» de conferencias o similares). Seguramente para evitar conflictos con la Directiva y dar pie, con una fórmula abierta, a que el uso se limite a extractos, se ha incluido en el artículo 33.2 BALPI la exigencia de que el uso se lleve a cabo «en la medida en que lo justifique» la finalidad pretendida. No parece que estos cambios se hayan considerado inadecuados o insuficientes; al menos, si alguien lo ha entendido así, sus críticas no han encontrado eco, toda vez que la segunda versión del BALPI es idéntica a la primera.
- c) El nuevo artículo 33.3 BALPI recoge el actual artículo 35.1 LPI (utilización de obras con ocasión de informaciones de actualidad). Se trata de un simple cambio sistemático que mejora la ubicación del límite [nótese que los apartados 1 y 3 BALPI están en el mismo artículo 5.3, c) DSU]. Tan sólo hay que hacer dos observaciones:
- Primera: El vigente artículo 35.1 LPI y el artículo 33.3 BALPI no incluyen la exigencia de que se indiquen fuente y autor, aunque, de nuevo, podría considerarse una exigencia implícita en el sistema.²⁹
 - Segunda: Hay una diferencia notable entre «guardar conexión con» [art. 5.3, c), II DSU] y resultar «susceptible de ser visto u oído con ocasión de» informaciones de actualidad. Pero, siendo más estricto lo segundo, no era obligado introducir cambio alguno.

6.4.5. Bases de datos (art. 34 LPI)

En su día quizás no fue muy acertada la forma en que se incorporaron los límites relativos a bases de datos. Acaso debería haberse reducido la sensación de especialidad de este tipo de obras, subsumiendo los límites que les afectan en la sistemática general, en la medida de lo posible. Ése parecía ser el objetivo del BALPI. En él, manteniendo intacto el actual apartado 1 del artículo 34 (*usuario legítimo*),³⁰ se convertía el apartado 2 en una simple norma de remisión a los correspondientes artículos generales sobre copia privada, seguridad y procedimientos oficiales (con una ampliación por tanto a los parlamentarios)³¹ e *ilustración*.

La segunda versión del BALPI, sin embargo, sufre las consecuencias derivadas de la eliminación del límite general de *ilustración*, de modo que –con un extraño «sin perjuicio» referido al artículo 31– reaparece –como apartado 3– el límite específico que per-

mite la utilización de bases de datos con fines de ilustración de la enseñanza o de investigación científica.

6.4.6. Obras en vías públicas [art. 5.3, h) DSU y art. 35.2 LPI] y anuncios de exposiciones y subastas [art. 5.3, j) DSU]

El BALPI reúne en un mismo precepto dos límites cuyo punto en común parece estar –en alguna medida– en la naturaleza (plástica, tridimensional, etc.) de las obras afectadas. Uno de ellos ya está en la legislación vigente (art. 35.2 LPI). El otro sería uno de los dos completamente nuevos añadidos por el BALPI.

- a) En cuanto a las obras situadas permanentemente en vías públicas, la actual regulación española coincide en lo sustancial con el artículo 5.3, h) DSU, aunque hay algunas diferencias:
- La primera afecta a algo que la doctrina ya suele exigir, pero que valía la pena mencionar de forma expresa, y así lo hace el BALPI: las obras han de haber sido «realizadas para» la ubicación permanente en vías públicas.
 - La segunda se refiere a los espacios: la ley española habla de «vías públicas», en tanto que la DSU lo hace de «lugares públicos». Es claro que la DSU es mucho más permisiva, pero –por ello– puede mantenerse el planteamiento más restrictivo de la LPI. Quede claro que no es una cuestión menor: los museos, por ejemplo, pueden ser –son– «lugares públicos», pero no «vías públicas». Por lo demás es sensato mantener –como hace el BALPI, pero la DSU no exige– la restricción a unas modalidades o medios de explotación concretos: pintura, dibujo, fotografía y medios audiovisuales; cosa que hace innecesaria la precisión que añade alguna legislación nacional en el sentido de que la obra debe usarse «as it is displayed».³²
 - La utilización para anuncios de exposiciones y subastas era –y digo era– una de las novedades del BALPI. Se había incluido con una formulación más restrictiva que la de la DSU (con la «única» finalidad), para dejar claro que los actos de explotación que pueden –y suelen– producirse con ocasión de los actos de referencia quedan sujetos a los correspondientes derechos exclusivos. Probablemente, los autores del BALPI pensaron que la promoción de las subastas redundaba en beneficio del propio autor (derecho de participación) y que la de las exposiciones, beneficiando también al autor indirectamente, es un medio de satisfacer el derecho general de acceso a la cultura.

Sin embargo, el límite fue muy contestado por los titulares –y en particular por la entidad que administra sus derechos– con argumentos en cuyo fondo latía la perenne queja de maltrato que dicen

29. Cabría objetar, no obstante, que la «fuente» no está asociada a derecho moral alguno, a diferencia de lo que sucede con la indicación de autoría.

30. Cuya eliminación, no obstante, acaso podría haberse planteado, pues trata de copias técnicas (aunque no sólo: «todos los actos que sean necesarios» es una fórmula muy amplia).

31. De ellos se olvidaba la Directiva sobre bases de datos, pero no parece que esta ampliación merezca reproches.

32. Está claro que nuestra Ley no permite transformaciones, como podría ser, por ejemplo, una reproducción o maqueta a escala.

La transposición de la Directiva 2001/29/CE en España

sufrir los artistas plásticos; unos creadores que ya se consideran discriminados por límites como el del artículo 35.1 LPI o, más bien, por la amplitud con que está previsto (obras situadas en vías públicas) y por otras disposiciones como la que presume –y acaso sea más que una presunción– que el propietario de la obra ostenta el derecho de exposición.

Como quiera que sea, sus quejas parecen haber encontrado eco, toda vez que el límite en cuestión ha desaparecido en la segunda versión del BALPI. Otros retoques –como el que se reclama para el artículo 35.1 LPI– deberán quedar para más adelante; acaso para el momento en que incorpore la Directiva sobre el derecho de participación, que podría brindar la ocasión para un análisis a fondo del estatuto de la creación plástica.

6.4.7. Grabaciones efímeras por organismos de radiodifusión para sus propias emisiones [art. 5.2, d) DSi y art. 36 LPI]

El vigente artículo 36 LPI incluye una serie de casos que, en rigor, no son tanto límites *strictu sensu* como reglas destinadas a modular, por vía de presunciones, las relaciones contractuales entre titulares de derechos y cesionarios o licenciados (algunos hablan, a este respecto, de «límites impropios»). De alguna manera –o al menos así se podría defender–, ello los pone al margen del listado de límites del artículo 5 DSi. Con éste –en concreto con el artículo 5.2, f)– sólo se podría relacionar el actual artículo 36.3 LPI, que tiene por objeto lo que la rúbrica llama «grabaciones técnicas». En relación con ellas, entre la LPI y la DSi hay dos únicas diferencias:

- Primera: La exigencia de la DSi de que la grabación sea «efímera». La LPI se limita a impedir el eventual nuevo uso de la grabación. No parece que, en la práctica, pueda haber grandes diferencias entre ambos planteamientos. Pese a ello, el BALPI ha querido evitar dudas, añadiendo la exigencia del carácter «efímero» de las grabaciones.
- Segunda: La DSi admite la conservación en «archivos oficiales». A mi juicio se trata de una posibilidad de interés. Pero el BALPI no la ha considerado necesaria; acaso porque obligaría a precisar los archivos oficiales, a regular el procedimiento correspondiente y a determinar el cómo de la conservación.

6.4.8. Bibliotecas, museos y establecimientos análogos

El vigente artículo 37 LPI contempla límites que permiten a determinadas instituciones llevar a cabo ciertos actos de reproducción, así como el préstamo. Se trata de dos límites fuertemente contestados por los titulares. El primero, por problemas de aplicación: ¿Cuándo las reproducciones se hacen con fines de investigación, como la norma reclama? El segundo, por problemas de configuración: ¿Por qué el préstamo no va acompañado en ningún caso de una compensación a los autores y otros titulares?

El BALPI no parece que haya pretendido introducir modificaciones sustanciales en esos dos límites, limitándose a una reestructuración sistemática, destinada sobre todo a acoger el segundo de los nuevos límites que se querían añadir a la LPI [comunicación o puesta a disposición mediante terminales especializados, art. 5.3, n) DSi]. En pocas palabras, lo que proponía el BALPI era definir, con una entrada común, los actos de reproducción, distribución y comunicación permitidos a las bibliotecas y otras instituciones análogas.

a) Para ello, en primer lugar, debía unificarse la descripción de los beneficiarios, pues los actuales artículos 37.1 y 37.2 presentan diferencias al respecto. El primero se refiere a «museos, bibliotecas, fonotecas, filmotecas, hemerotecas o archivos «de titularidad pública o integradas³³ en instituciones de carácter cultural o científico». El segundo, en cambio, habla de «museos, bibliotecas, hemerotecas, fonotecas o filmotecas «de titularidad pública o que pertenezcan a entidades de interés general de carácter cultural, científico o educativo sin ánimo de lucro, o a instituciones docentes integradas en el sistema educativo español»».

El artículo 37 BALPI unificaba esas dos series de la siguiente forma: «Bibliotecas, fonotecas, filmotecas o hemerotecas «accesibles al público» y las que pertenezcan a «instituciones docentes integradas en el sistema educativo español», así como los «museos y archivos»». Con ello entendía que cumplía tanto con la DSi como con la Directiva de Alquiler y Préstamo. Téngase en cuenta a este respecto:

- Que el artículo 5.2, c) DSi (para actos específicos de reproducción) alude a «bibliotecas, centros de enseñanza o museos «accesibles al público» o archivos».
- Que el artículo 5.3, o) DSi (para la comunicación o puesta a disposición a través de terminales especializados) se remite al artículo 5.2, c).
- Y que el artículo 5 de la Directiva 92/100/CEE (Alquiler, Préstamo...) sólo alude a «determinadas categorías de establecimientos».

No parece, a la vista de estas normas, que el BALPI fuera más allá de lo que permiten las Directivas.³⁴ Tampoco parece, en relación con los cambios respecto al Derecho español vigente, que se produjera una ampliación de los límites ya existentes (dejemos a un lado el nuevo). En este sentido:

- El cambio de «titularidad pública» por «accesibilidad al público» parece importante. Pero, aparte de estar amparado por la DSi, no es seguro que tenga grandes consecuencias prácticas en contra de los titulares.
- La presencia de los centros de enseñanza en el encabezamiento (que podría hacer pensar que se les incluye –y no lo estaban– entre quienes pueden realizar actos de reproducción) es un espejismo. Lo que se incluye no son los cen-

33. Integradas, no integrados.

34. Aunque haya dudas acerca del grado de cumplimiento de la de Alquiler y Préstamo.

La transposición de la Directiva 2001/29/CE en España

etros de enseñanza [cosa que el artículo 5.2, c) DS1 permitía], sino las bibliotecas pertenecientes a esas instituciones, cosa muy diferente y que –en cualquier caso– ni cambia el planteamiento actual del artículo 37.1 LPI (y basta releerlo) ni afecta a la importante limitación –que se mantiene– de que las reproducciones se hagan con fines de investigación. Podrá –acaso– reprocharse al BALPI que no haya restringido el límite para poner coto a la plaga de las fotocopias incontroladas en los centros docentes, pero no, desde luego, que haya agravado el problema.

En cualquier caso, los titulares de derechos manifestaron una disconformidad radical con el planteamiento del BALPI y, al fin, su segunda versión ha optado por la siguiente redacción para el párrafo introductorio: «Los museos, archivos, bibliotecas, hemerotecas, fonotecas y filmotecas “de titularidad pública” y los que “pertenezcan a instituciones de carácter cultural o científico” o a “instituciones docentes integradas en el sistema educativo español”, “siempre que no tengan fines directa o indirectamente comerciales”».

b) Con esa entrada, los actos que se contemplan son los siguientes:

■ **Reproducción.**– El artículo 37.1 BALPI concretaba los actos específicos de reproducción de los que habla el artículo 5.2, c) DS1 en actos realizados «sin finalidad lucrativa» (como el actual artículo 37.1 LPI) con fines «de conservación [esto es nuevo] o investigación». La segunda versión –siguiendo su tónica general– añade una restricción adicional que refleja la preocupación de los titulares por abusos en el sector educativo: que los fines de conservación o investigación «les fueran reconocidos como propios a la institución en su normativa correspondiente». Ello marca –o puede marcar– una diferencia muy clara entre las instituciones de enseñanza superior universitaria y las demás.

■ **Préstamo.**– El actual artículo 37.2 LPI dedica todo su esfuerzo a definir los beneficiarios del límite. Por ello, una vez desplazada esta cuestión al párrafo introductorio, sólo queda una cosa: la afirmación de que el préstamo es posible. La redacción del BALPI presenta, no obstante, dos diferencias con la hoy vigente. En primer lugar, se alude al préstamo interbibliotecario, cosa que, sin embargo, no parece que tenga mayores consecuencias, pues seguramente ya podía considerarse incluido en el límite actual. En segundo lugar, desaparece la expresa referencia a la gratuidad del préstamo. En realidad se trata de una desaparición más formal que real, pues el nuevo artículo 40 bis, 1 BALPI establece una declaración general de gratuidad salvo que se disponga lo contrario. En cualquier caso, es posible –probable– que esta gratuidad deba someterse en el futuro a reconsideración, para concretar los establecimientos que pueden prestar sin remunerar (*vid.* artículo 5 Directiva de Alquiler y Préstamo).

■ **Comunicación y puesta a disposición** a través de terminales especializados. El BALPI ha optado por recoger (y al final será la única novedad, una vez caído el de exposiciones y subastas) el límite del artículo 5.3, n) DS1, que no se

refiere a la entrega *en línea*, sino a algo mucho más modesto y que incluso podría quedar en nada dado el inciso final («que no son objeto de condiciones de adquisición o de licencia»). El BALPI subraya las cautelas de la DS1 exigiendo que se trate de una «red cerrada interna» y que los terminales estén en los mismos locales destinados a la consulta pública de los fondos y no en otros pertenecientes a la institución de que se trate. Aunque también este límite generó oposición, al fin se ha mantenido (con el cambio que deriva de la nueva redacción del párrafo introductorio). Es posible, sin embargo, que en el futuro desaparezca o, al menos, que se añadan restricciones (por ejemplo, de índole cuantitativa) y/o el derecho a una compensación de los titulares. En este sentido, lo que suceda con el préstamo no dejará de tener consecuencias, pues, a fin de cuentas, la consulta simultánea *in situ* de una obra de la que la institución posee un único ejemplar plantea problemas similares, si no más agudos.

6.4.9. Otros límites y *Three step test*

- El BALPI no incorpora ninguno de los otros límites del listado de la DS1. Tampoco altera los demás que ya recoge la LPI, aunque haya habido peticiones en ambos sentidos. Dado el tiempo disponible, no haré comentarios al respecto; aunque soy de la opinión de que algunos cambios serían oportunos.
- En cuanto a la prueba de los tres pasos, ya ha sido tratada en la mesa redonda del primer día y, por tanto, tampoco haré ningún comentario.

7. Protección de medidas tecnológicas e información para la gestión de derechos

La segunda parte de la DS1 (la tercera sería el *cajón de sastre*) está destinada a armonizar la protección de las medidas tecnológicas y de la información para la gestión. Sin duda es la más novedosa, con el único precedente parcial de los programas de ordenador. Probablemente por ello el BALPI le asigna un Título propio, que sería el VI del Libro III (arts. 172 a 175 BALPI). Por lo demás, pocas eran las cosas por decidir en este campo por parte de los legisladores nacionales, pues la normativa, muy técnica, fue ampliamente discutida durante la tramitación de la DS1. Como era de esperar, en gran medida el BALPI se ha limitado a reproducir sus previsiones con la mayor fidelidad. Queda abierta la importante cuestión de la tutela penal, que la DS1 no impone, pero que –en algunos casos, no en todos– pudiera ser recomendable.

7.1. Protección de medidas tecnológicas (art. 6 DS1)

7.1.1. El artículo 172 BALPI establece el régimen aplicable a los actos de elusión de medidas tecnológicas eficaces (MTE) y a los actos pre-

La transposición de la Directiva 2001/29/CE en España

paratorios de la elusión, también conocidos como «auxiliares» o «de tráfico», cuyo objeto no es otro que el «suministro de dispositivos y productos o servicios» para el fin indicado (Cdo. 47 DS).

Como explica el siguiente Considerando 48 DS, la protección dispensada a las medidas tecnológicas no debe «impedir el funcionamiento normal de los equipos electrónicos y su desarrollo técnico» (*playability clause*) ni «suponer una obligación de conformar los dispositivos, productos, componentes o servicios con [las] medidas tecnológicas» (*non mandate clause*). Además debe «respetar el principio de proporcionalidad y no debe prohibir aquellos dispositivos o actividades cuyo empleo o finalidad comercial principal persiga objetivos distintos de la elusión de la protección técnica». Tampoco debe «suponer obstáculos, especialmente, para la investigación sobre criptografía». Como veremos, ninguna de estas precisiones o aclaraciones figura en el texto del BALPI. Pero sería oportuno recogerlas en la Exposición de Motivos de la Ley.

7.1.2. El artículo 172.1 BALPI se corresponde con el artículo 6.1 DS, que obliga a establecer una «protección jurídica adecuada» contra los actos de elusión, reconociendo a los titulares de derechos legitimación para ejercitar las acciones previstas en el Título I del Libro III. Probablemente para eliminar el inciso final y aligerar la redacción, se alude a quienes «a sabiendas, o teniendo motivos razonables para saberlo, eludan cualquier medida tecnológica eficaz». De todas formas, ese cambio podría implicar una modificación de la perspectiva. Aunque la redacción de la versión española sea un tanto equívoca (mejor decir «*habiendo* motivos razonables para conocer» que «*teniendo* motivos razonables para conocer»), se diría que lo que la DSi sanciona es la actuación comprobadamente «a sabiendas» o bien aquella respecto de la cual el juzgador tenga motivos razonables para pensar que quien la lleva a cabo perseguía el objetivo de la elusión.³⁵ Creo que la redacción del BALPI no cambia las cosas, aunque acaso podría haber diferencias interpretativas. En definitiva, lo que importa es que la actuación sea intencional, cosa que puede constar con certeza o simplemente deducirse –eso sí, de forma satisfactoria– de las circunstancias del caso.

7.1.3. El artículo 172.2 BALPI se refiere a los llamados «actos preparatorios», objeto del artículo 6.2 DSi. El Considerando 49 de ésta contempla la posible persecución de la posesión privada: «La protección jurídica de las medidas tecnológicas se entenderá sin perjuicio de la aplicación de cualesquiera disposiciones nacionales que puedan prohibir la posesión privada de dispositivos, productos o componentes para elusión de las medidas tecnológicas». El BALPI, no obstante, se ciñe a los términos del articulado de la DSi, que sólo aluden a la posesión con fines comerciales. En relación con el artículo 6.2 DSi, el artículo 172.2 BALPI sólo introduce un cambio de

redacción, seguramente destinado a evitar la frase final «colgada» sin tener que incluir, en cada párrafo, la fórmula «de cualquier medida tecnológica eficaz». Para ello añade, en el párrafo introductorio, la frase: «respecto de cualquier medida tecnológica eficaz». No parece que ello suponga cambio alguno. Por lo demás, se ha renunciado a cualquier intento de simplificar la prolífica enumeración de comportamientos ilegales de la DSi, dado su carácter tipificador.

7.1.4. El artículo 172.3 BALPI incluye las definiciones. Para ello se limita a transcribir el artículo 6.3 DSi con mínimas modificaciones formales sin mayor trascendencia.³⁶

7.1.5. El artículo 172.4 BALPI es nuevo en relación con el contenido del artículo 6 DSi. No obstante, parecía oportuno dejar claro mediante una referencia expresa que –hoy por hoy, mientras a nivel europeo no se decida lo contrario– hay dos normativas sobre protección de medidas tecnológicas: la general y la de programas de ordenador. La frase está tomada del Considerando 50 DSi. Tal como se propone, la salvedad afecta incluso a las definiciones del apartado 3, cosa que quizás no sea imprescindible, pero resulta prudente. En esta misma línea, quizás valdría la pena llevar alguna explicación adicional a la Exposición de Motivos de la Ley, para lo que podría servir de guía el Considerando 50 DSi. Por ejemplo, algo así: «Lo previsto en el artículo 172 no impide ni obstaculiza el desarrollo o utilización de cualquier medio destinado a neutralizar una medida tecnológica, en cuanto sea necesario para hacer posibles actos realizados al amparo del artículo 100 de esta Ley. En sentido contrario, el referido artículo sí será aplicable cuando un programa sea, en sí mismo, una medida tecnológica eficaz».

7.2. Límites y medidas tecnológicas (art. 6.4 DSi)

7.2.1. El artículo 6 DSi se ocupa también, en su polémico apartado 4, de la crucial y compleja cuestión de la relación entre límites («excepciones y limitaciones») y medidas tecnológicas. El problema puede formularse en estos términos: si las medidas se protegen, ¿en qué quedan los límites (que expresan el equilibrio entre intereses individuales y colectivos)?; y, si los límites permiten prescindir de la autorización de los titulares de derechos, ¿qué sucede con las medidas empleadas por éstos (en las que tantas esperanzas parecen haberse puesto de cara a definir un nuevo panorama)?

La fórmula para lograr la protección simultánea de límites y medidas, sin daño para ninguno de los elementos en tensión, fue muy discutida, con criterios cambiantes, a lo largo de la tramitación de la DSi. Finalmente –eso entiendo– prevaleció la tesis de

35. Versión inglesa: «Member States shall provide adequate legal protection against the circumvention of any effective technological measures, which the person concerned carries out in the knowledge, or with reasonable grounds to know that he or she is pursuing that objective». Versión francesa: «[...] contre le contournement de toute mesure technique efficace, que la personne effectue en sachant, ou en ayant des raisons valables de penser, qu'elle poursuit cet objectif». 36. El artículo 6.3 DSi da definiciones «a efectos de la presente Directiva», mientras que el artículo 174.3 BALPI lo hace a efectos de toda la Ley. Se añade alguna coma («actos, referidos») y un *como* en el párrafo segundo, antes de los ejemplos de codificación, etc.

La transposición de la Directiva 2001/29/CE en España

que los límites no permiten la elusión directa de las medidas, lo que obligó a arbitrar un sistema que, de alguna manera, *restableciese* el equilibrio, para evitar que los derechos fundamentales e intereses a los que aquéllos responden quedasen frustrados por la objetiva protección de una tecnología que, como tal, es ciega. Es muy útil a este respecto la lectura de la Exposición de Motivos de la Posición Común, de la que procede el actual artículo 6.4 DSI. A mi juicio, sería útil llevarla, al menos en parte, a la Exposición de Motivos de la futura ley.

Por lo demás, lo complejo de la cuestión y lo cambiante de sus términos, al compás del desarrollo tecnológico, hacen muy aconsejable no dar esta cuestión por zanjada. El equilibrio entre medidas y límites es inestable. En un contexto de fuertes medidas tecnológicas, el Estado tendría que intervenir en favor de los límites (es decir, de los usuarios). No está claro si el futuro inmediato, en lo que se refiere a medidas de protección, será tecnológicamente fuerte o débil. Se impone, pues, un atento seguimiento, del que acaso podría encargarse la prevista *Comisión de Propiedad Intelectual*.

La regulación de estas cuestiones se contiene en los artículos 173 y 174 BALPI, a los que probablemente sería oportuno hacer una remisión desde el Capítulo II del Libro I / Título III (quizás el artículo 40 bis sería la sede adecuada para ello).

7.2.2. Siguiendo al artículo 6.4, I DS, el artículo 173.1 BALPI señala los límites que se benefician de la obligada intervención estatal y, a contrario, aquellos que quedan a merced de la tecnología. No resulta muy comprensible que, tratándose de límites facultativos, se imponga la intervención estatal. Más incomprensibles son, si cabe, los criterios seguidos para primar unos límites sobre otros. En cualquier caso, la incorporación de la norma es obligada. El artículo 6.4, I DS exige que los Estados intervengan en favor de los siguientes límites: reprografía [art. 5.2, a) DS]; actos específicos de reproducción en determinados establecimientos [art. 5.2, c) DS]; grabaciones efímeras por entidades de radiodifusión [artículo 5.3, d) DS]; reproducción de radiodifusiones en hospitales, prisiones y otros [art. 5.2, e) DS]; utilización para ilustración de la enseñanza e investigación [art. 5.3, a) DS]; minusvalías [art. 5.3, b) DS]; y seguridad y procedimientos oficiales [art. 5.3, e) DS]. El primero y el cuarto no existen en nuestra legislación. Pero sí los restantes. Hay que tener presente además que el sistema de solución de conflictos entre límites y tecnología también debe aplicarse a los límites o excepciones al derecho *sui generis*.

El artículo 6.4, II DS concede la posibilidad –simple posibilidad– de intervención estatal también en relación con la copia privada. Ésta es una de las pocas cosas que se dejan a discreción de los Estados. El BALPI ha optado por la no intervención en favor de la copia privada; una opción que, sin duda, será polémica. Esto significa que, si hay medidas tecnológicas eficaces para impedir o controlar la copia, ésta no podrá llevarse a cabo, so pena de infringir las normas de protección de las medidas tecnológicas. No es del todo claro qué efectos puede tener esta decisión, por lo que –como se ha apuntado– habrá que hacer un seguimiento atento del mercado y de las prácticas de los usuarios para, en el futuro,

confirmar o rectificar la decisión inicial. Como quiera que sea, queda claro que no existe un *derecho* de copia privada.

7.2.3. La solución del conflicto entre límites y medidas se articula de la siguiente forma:

- En primer lugar, como base de las medidas por adoptar, el artículo 173.1 BALPI declara una obligación de los titulares de derechos. Esta obligación no consta *expressis verbis* en la DS, pero puede considerarse implícita. En cualquier caso, el eventual incumplimiento de la obligación que se declara no tiene más consecuencias que la activación del proceso de intervención estatal, que se producirá, en primera instancia, a través de la Administración. En cuanto a terminología, se habla –como en la DS– de obras «y prestaciones», lo que incluye tanto el objeto de los derechos afines como el del llamado *sui generis*. La fórmula de la DS («medios adecuados para disfrutar de dicha excepción o limitación en la medida necesaria para ese disfrute») resulta un tanto farragosa y, además, poco indicativa. Probablemente por ello se ha sustituido por esta otra: «medios adecuados para disfrutar de ellos [los límites] conforme a su finalidad». La finalidad de un límite debe ser su norte interpretativo. El inciso final es transcripción literal. El «acceso legal» se convierte así en condición de la intervención estatal, aunque no es necesariamente una exigencia de los límites en sí.
- En segundo lugar, a partir de la indicada obligación, el artículo 173.2 BALPI regula cómo ha de producirse la obligada intervención estatal en el caso de conflicto entre límites y MTE, optando por recurrir al Ministerio de Educación, Cultura y Deporte. Ésta es la decisión básica, a la que no parece que puedan oponerse las competencias de ejecución de las comunidades autónomas. En lo demás, los criterios seguidos por el artículo 173.2 BALPI son:

- El respeto al principio de subsidiariedad («cuando los titulares no hayan adoptado medidas voluntarias, incluidos los acuerdos con otros interesados»).
- El carácter abierto de las medidas («las que [el MECD] considere oportunas»).
- Y la remisión a un procedimiento *ad hoc* (al que se refiere el siguiente artículo 174 BALPI).

No se establece plazo alguno ni moratoria para la intervención estatal. Aunque podría discutirse, no parece que ello sea incompatible con la exigencia del Considerando 51 DS de que se dé un «plazo razonable» para adoptar medidas voluntarias. Seguramente el BALPI no lo alude de forma expresa por entender que ya se dará en el curso del procedimiento establecido para la intervención estatal. En cualquier caso –creo yo–, los límites responden a intereses cuya satisfacción no puede esperar.

Por lo demás, se respeta al máximo la letra del artículo 6.4, I DS. Si no se alude a la necesidad de respetar las medidas «respecto del número de reproducciones», es porque esta exigencia se contiene en el artículo 6.4, II DS, relativo al límite de copia privada, en cuyo favor, como se ha dicho, no se prevé intervención estatal.


La transposición de la Directiva 2001/29/CE en España

c) En tercer lugar, y de acuerdo con el artículo 173.3 BALPI (que se corresponde con el artículo 6.4, III DS), también están protegidas las medidas tecnológicas adoptadas para hacer posible el disfrute de los límites, ya lo hayan sido de forma voluntaria o impuesta. Esta protección, sin embargo, es sólo contra los actos de elusión, cosa lógica, pues, según el citado artículo 6.4, III DS, las medidas «disfrutarán de la protección jurídica prevista en el apartado 1», que trata de tales actos y no de los *preparatorios*.

Nuevamente, se respeta en esta norma la letra de la DS, con algunos cambios formales para mejorar su redacción. Así, en vez de hablar de «acuerdos voluntarios» (una redundancia, aunque existe la noción de contrato forzoso, y la de licencia obligatoria), se habla de «acuerdos con otros interesados». La fórmula de la DS «[...] las adoptadas en aplicación de medidas adoptadas [...]» se sustituye por: «[...] las que lo hayan sido a instancia de [...].» Con ella se deja igualmente claro que, al fin, son siempre los titulares de derechos quienes adoptan las medidas, que es la idea a la que parece responder la compleja formulación de la DS.

d) Finalmente, el artículo 173.4 BALPI recoge la excepción prevista en el polémico artículo 6.4, IV DS que, en el contexto de red (o de forma más general, para la puesta a disposición interactiva), deja sin efecto la fórmula de compromiso entre límites y medidas, impidiendo toda intervención estatal.

La incorporación de esta excepción es obligada. El «párrafo primero» mencionado en el artículo 6.4, IV DS se corresponde con los apartados 1 y 2 del artículo 173 BALPI. Como se ve, se ha desestimado la posibilidad de sustituir la expresa descripción de la puesta a disposición interactiva por una simple remisión al correspondiente apartado del artículo 20 LPI. Sólo se introducen algunas modificaciones formales, seguramente para mejorar la redacción, manteniendo no obstante la máxima fidelidad al texto de la DS.³⁷

En mi opinión, el artículo 173.4 BALPI requeriría algunas explicaciones en la Exposición de Motivos de la futura ley. Por lo pronto, cabría reproducir el Considerando 53, según el cual: «La protección de las medidas tecnológicas debe garantizar un entorno seguro para la prestación de servicios interactivos a la carta, de forma que el público pueda tener acceso a las obras u otras prestaciones desde el lugar y en el momento que prefiere. Cuando dichos servicios estén regulados por acuerdos contractuales, no deben aplicarse los párrafos primero y segundo del apartado 4 del artículo 6. Las formas no interactivas deben seguir sometidas a dichas disposiciones». Este Considerando fue añadido, casi *in extremis*, para explicar el sentido del repetido artículo 6.4, IV DS y, aunque sea menos claro de lo deseable, valdría la pena no perderlo de vista.

El sentido económico de la norma, al menos, es bastante visible. Se trata de permitir que se desarrollosen en la red modelos de negocio que sustituyan la vieja lógica del todo o nada (pro-

pio de la compraventa de soportes) por un amplio abanico de posibilidades licenciadas. Para ello debe tratarse de obras y prestaciones objeto de puesta a disposición interactiva, es decir, eligiendo el usuario el lugar y el momento de acceso. Pero no basta esta circunstancia. Es preciso también que se trate de servicios regulados contractualmente.

Importa, sin embargo, dejar claro que ese contrato, si bien puede establecer las condiciones de acceso y copia de la obra o prestación, no podrá pretender dejar sin efecto los límites legales a la propiedad intelectual. Los límites son de orden público. Una cláusula que intentara prohibir, por ejemplo, la cita o parodia de una obra o prestación objeto de puesta a disposición interactiva, a quien haya obtenido acceso autorizado a ella, sería a mi juicio nula. Ésta es quizás otra de las cuestiones que deberían merecer la atención de la Exposición de Motivos.

e) Finalmente, el artículo 6.4, V DS dispone que: «El presente artículo se aplicará *mutatis mutandis* en el contexto de las Directivas 92/100/CE [Alquiler/Préstamo/Derechos afines y 96/9/CE (Bases de datos)].» El precepto aludido es todo el artículo 6 de la Directiva, es decir, el régimen tutelar sobre medidas tecnológicas. Pero, para conseguir ese resultado, no parece necesaria una declaración legal expresa.

7.2.4. El concreto procedimiento para resolver los conflictos entre límites y medidas (o para ser más precisos, para posibilitar la intervención estatal en los casos en que es posible), se establece en el artículo 174 BALPI, cuya rúbrica («adopción de medidas a instancia de») subraya el planteamiento de la DS, favorable a que todas las actuaciones se canalicen a través de los propios titulares que han empleado las medidas. La única consecuencia del incumplimiento del deber de facilitar medios para el disfrute de los límites de que se trata es la posibilidad de pedir la intervención estatal.

a) Para ello, como dispone el artículo 174.1 BALPI, habrá que acudir a una agrupación, asociación o entidad representativa, que presentará la *demand* ante la nueva *Comisión de Propiedad Intelectual*. Ésta, no obstante, también podrá actuar de oficio, posibilidad que seguramente obedece a la existencia de intereses generales en juego y al hecho de que podrían llegar peticiones individuales merecedoras de atención. No se exige de forma expresa en este artículo que la solicitud sea razonada, aunque deberá serlo. Tampoco se fija un plazo para formular la solicitud. Como ya ha habido ocasión de señalar, se entiende de que los límites son de orden público y, por tanto, ha de ser posible actuar de inmediato; otra cosa es que se dé un plazo razonable al obligado para cumplir lo que se disponga.

b) En segundo lugar, como resulta del artículo 174.2 BALPI, aunque es la Comisión la que recibe la solicitud y estudia el caso, no es ella quien decide. La Comisión se limita a formular una propuesta de resolución, que elevará al Ministro de Educación, Cultura y Deporte.

37. Se sustituye la expresión *ella misma* («que ella misma elija»), que no casa con el plural anterior («personas concretas del público») por la palabra *individualmente* (que es la usada en las versiones francesa e inglesa de la Directiva). Otra opción habría sido pasar el *ella misma* a plural («que ellas mismas elijan»).


La transposición de la Directiva 2001/29/CE en España

- c) Conforme al artículo 174.3 BALPI es el Ministro quien decide, fijando plazo para cumplir y dando a la decisión la publicidad que considere oportuna. Como es lógico, la resolución debe ser recurrible ante los tribunales. Probablemente sería bueno que, en vez de la elusiva referencia a la «jurisdicción competente», se concretase cuál es ésta. A mi juicio, dado que el fondo de la cuestión afecta al alcance de la propiedad intelectual, debería ser la jurisdicción civil. Finalmente, se prevé la posible publicidad de la resolución ministerial.
- d) Como se viene diciendo, todo el sistema pasa por la actuación, primero voluntaria y luego forzosa, de los titulares de derechos que han empleado medidas tecnológicas eficaces. Pero es preciso cerrarlo, previendo qué hacer si, pese a todo, no hay cumplimiento. Ése es el cometido del artículo 173.4 BALPI. Sobre el papel, cabría legitimar los actos de elusión e incluso los preparatorios. Pero es discutible que la DSi lo permita. Además, hay que tener en cuenta que habrá terceros directamente interesados; entre ellos, los productores y otros usuarios de la tecnología utilizada. Probablemente sean consideraciones de este género las que han llevado a recurrir a las multas coercitivas.

7.3. Protección de la información para la gestión de derechos (art. 7 DSi)

La última cuestión (dejando ya para otra ocasión el *cajón de sastre* y, por supuesto, todo aquella parte del BALPI que nada tiene que ver con la DSi) es la relativa a la protección de la información para la gestión de derechos. De ella se ocupa el artículo 175 BALPI, que se corresponde con el artículo 7 DSi. Como es sabido, éste exige «una protección jurídica adecuada». Lo que el BALPI dispone es que quepa servirse de las acciones y procedimientos generales previstos para la defensa de la propiedad intelectual.

- a) Ello exige, en primer lugar, la declaración de ilicitud de los actos en cuestión. Tal es el objeto del artículo 175.1 BALPI, que reproduce fielmente el artículo 7.1 DSi, con mínimas modificaciones de redacción, de nuevo para evitar la frase final «colgada», que pasa al párrafo introductorio. Queda claro, en cualquier caso, que debe darse una doble conciencia en quien actúa: conciencia del acto (actuación «a sabiendas») y conciencia también de sus efectos («sabiendo o teniendo motivos para saber»). Incluso hay un *tercer nivel* de conciencia. En este sentido, en el caso del artículo 175.1, b) BALPI, hay que saber que la alteración o supresión no ha sido autorizada.

Por lo demás, la referencia a titulares de «derechos de propiedad intelectual» es suficientemente amplia como para cubrir derechos de autor, afines y *sui generis*. También cubre derechos de simple remuneración, como señala la declaración concertada relativa al artículo 12 del Tratado de la OMPI de Derecho de Autor (TODA).

- b) El artículo 175.2 BALPI transcribe el artículo 7.2 DSi (noción de «información para la gestión de derechos»), modificando la redacción, probablemente para evitar las dudas a que podría prestarse su división en dos párrafos. La definición de «información para la gestión de derechos» se basa en dos elementos: la función de la información y la necesidad de que ésta vaya asociada a una copia o a un acto de comunicación pública. Así lo confirma la lectura tanto del artículo 12 TODA como del artículo 18 TOIEF, que se corresponden con el repetido artículo 7.2 DSi. Ambos dan la definición –con esos dos ingredientes– en un solo párrafo. Y lo mismo se hace en el artículo 175.2 BALPI.³⁸

A reserva del debate, esto es todo.

38. Aparte de ello, sólo hay cambios menores. La fórmula que abre el artículo 7.2 DSi («a los efectos de la presente Directiva») se ha sustituido por «a los efectos del anterior apartado». También se ha modificado la fórmula de la versión española de la DSi («información para la gestión electrónica») para predicar, claramente, el carácter electrónico de la propia «información» y no –como en la frase transcrita– de la «gestión». Podría haberse optado por una fórmula más sencilla: «información electrónica para la gestión de derechos», pero como luego, en el apartado 2, se define la «información para la gestión de derechos», parece mejor la fórmula propuesta, análoga a la de la versión francesa de la Directiva.

 La transposición de la Directiva 2001/29/CE en España

↔ Para citar este documento puedes utilizar la siguiente referencia:

CASAS, Ramón (2004). *La transposición de la Directiva 2001/29/CE en España* [artículo en línea]. UOC.
[Fecha de consulta: dd/mm/aa]
<<http://www.uoc.edu/dt/esp/casas1204.pdf>>



Ramón Casas Vallés

Profesor Titular de Derecho Civil (Universidad de Barcelona)

rcasas@ub.edu

rcasas@uoc.edu

Actualmente Profesor Titular de Derecho Civil en la Universidad de Barcelona, fue profesor de los Estudios de Derecho de la Universitat Oberta de Catalunya de 1996 a 2001.

Es vocal permanente de la Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual del Ministerio de Cultura; miembro y vicepresidente de ALADDA –Asociación Literaria y Artística para la Defensa del Derecho de Autor (Grupo español de la ALAI, *Association Littéraire et Artistique International*)– y miembro del consejo editorial de la revista «*Pe.i» Revista de propiedad intelectual* (Madrid).

Ha escrito extensamente sobre numerosos temas en materia de propiedad intelectual (obra audiovisual, obra plástica y derecho de participación, excepciones y limitaciones, mediación) y participa en los programas de posgrado de numerosas universidades españolas.