

JUAN FERNANDO CÓRDOBA MARENTES

**LA RAZÓN DE LA REGLA:
LOS FUNDAMENTOS DEL DERECHO DE AUTOR Y SU INCIDENCIA EN
LA DETERMINACIÓN DE EXCEPCIONES Y LIMITACIONES A LA LUZ
DE LA REGLA DE LOS TRES PASOS**

Tesis doctoral presentada en la Facultad de Derecho de la
Universidad Austral para optar al título de Doctor en
Derecho

Director de tesis: Prof. Dr. Guillermo Cabanellas



UNIVERSIDAD

AUSTRAL

FACULTAD DE DERECHO

Buenos Aires, 2014

ÍNDICE

ÍNDICE	3
ABREVIATURAS	7
INTRODUCCIÓN	9
CAPÍTULO 1 LOS INTENTOS HISTÓRICOS POR DEFINIR LA NATURALEZA DE LOS INTERESES PROTEGIDOS POR EL DERECHO DE AUTOR	25
1. <i>COPYRIGHT</i> O POR QUÉ LA INGLATERRA DE LA REINA ANA PRECISÓ DE UN ESTATUTO	25
2. “LA ENERGÍA DEL INTERÉS Y EL FUEGO DEL INGENIO”: LOS CAMINOS DEL <i>COPYRIGHT</i> EN LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA	33
3. “LA MÁS SAGRADA Y PERSONAL DE LAS PROPIEDADES”: LA CARACTERIZACIÓN Y DESARROLLO DEL <i>DROIT D’AUTEUR</i> FRANCÉS.....	37
4. LA METAFÍSICA DEL DERECHO DE AUTOR: FUNDAMENTO NATURAL E INTERÉS PÚBLICO EN EL SISTEMA AUTORAL ALEMÁN.....	45
5. TRAS UNA PROTECCIÓN MÁS ALLÁ DE LAS FRONTERAS: LA INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE AUTOR.....	52
6. RECAPITULACIÓN.....	59
CAPÍTULO 2 CREACIÓN INTELECTUAL Y ACERVO COMÚN: LA NATURALEZA MIXTA DEL DERECHO DE AUTOR DESDE LA PERSPECTIVA DEL BIEN COMÚN	63
1. ENTRE EL <i>COPYRIGHT</i> Y EL <i>DROIT D’AUTEUR</i> : DIFICULTADES PARA DEFINIR LA NATURALEZA DEL DERECHO DE AUTOR.....	63
2. <i>QUID IUS AUCTORE</i> : LOS BIENES HUMANOS BÁSICOS QUE FUNDAMENTAN EL DERECHO DE AUTOR	67
3. TÍTULO Y MEDIDA DEL DERECHO DE AUTOR	72

4.	LO “PROPIO” DEL AUTOR Y SU RELACIÓN CON EL ACERVO COMÚN.....	77
5.	LA RELACIÓN JURÍDICA AUTORAL Y EL DERECHO DE AUTOR COMO DERECHO SUBJETIVO ..	85
6.	LA PERSONALIDAD DEL CREADOR Y SU PROTECCIÓN POR EL DERECHO DE AUTOR	87
7.	EL DERECHO DE AUTOR COMO DERECHO HUMANO	92
8.	LA MUTACIÓN DEL DERECHO DE AUTOR: ANOTACIONES SOBRE EL DERECHO DEL TITULAR DERIVADO.....	102
9.	RECAPITULACIÓN.....	105

CAPÍTULO 3 *IURA IN OPERE ALIENA*: UNA REVISIÓN A LA NATURALEZA DE LAS EXCEPCIONES Y LIMITACIONES AL DERECHO DE AUTOR..... 109

1.	PRESUPUESTOS INICIALES PARA UNA REVISIÓN DE LA NATURALEZA DE LAS EXCEPCIONES Y LIMITACIONES AL DERECHO DE AUTOR	109
2.	JUSTIFICACIÓN DE LAS LIMITACIONES AL DERECHO DE AUTOR	113
3.	EL DEBATE SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL <i>FAIR USE</i> DEL <i>COPYRIGHT</i> ESTADOUNIDENSE.....	118
4.	LAS EXCEPCIONES COMO INTERESES EN EL SISTEMA LATINO GERMÁNICO.....	127
5.	LA INSUFICIENCIA DE LA CARACTERIZACIÓN DE LAS LIMITACIONES AL DERECHO DE AUTOR A LA LUZ DE CRITERIOS ESTRICTAMENTE POSITIVOS.....	133
6.	UNA REVISIÓN AL FUNDAMENTO, TÍTULO Y MEDIDA DE ALGUNAS EXCEPCIONES Y LIMITACIONES	139
A)	<i>CITA</i>	141
B)	<i>LAS EXCEPCIONES RELACIONADAS CON FINES EDUCATIVOS</i>	147
C)	<i>LA EXCEPCIÓN DE COPIA PRIVADA</i>	152
7.	<i>IURA IN OPERE ALIENA</i> : ELEMENTOS PARA UNA DEFINICIÓN DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS EXCEPCIONES Y LIMITACIONES	156

CAPÍTULO 4 UNA REGLA PARA MEDIR EL DERECHO DE AUTOR: LA INTRODUCCIÓN DEL “*THREE-STEP TEST*” EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO 165

1.	PLANTEAMIENTO	165
2.	LA ADOPCIÓN DEL “ <i>THREE-STEP TEST</i> ” EN EL CONVENIO DE BERNA	167
3.	LA EXTENSIÓN DEL TEST AL COMERCIO INTERNACIONAL: ADPIC.....	176
4.	EL TRATADO OMPI PARA EL DERECHO DE AUTOR Y EL TEST PARA LA DETERMINACIÓN DE EXCEPCIONES A OTROS DERECHOS EXCLUSIVOS.....	185

5. RECIENTES DESARROLLOS: TRATADOS DE BEIJING Y MARRAKECH 198

**CAPÍTULO 5 LA INCORPORACIÓN DEL TEST A LOS ORDENAMIENTOS
COMUNITARIOS Y NACIONALES 207**

1. PLANTEAMIENTO 207

2. EL TEST EN LA NORMATIVA EUROPEA 209

A) *LAS DIRECTIVAS ARMONIZADORAS DE LA UNIÓN EUROPEA* 209

B) *LA ADOPCIÓN DEL TEST EN LOS PAÍSES CON TRADICIÓN DE DROIT D’AUTEUR* 214

C) *LA INVISIBLE PRESENCIA DEL TEST EN LOS ORDENAMIENTOS DE TRADICIÓN ALEMANA*... 221

D) *LA INFLUENCIA DEL TEST Y EL FAIR DEALING EN LOS ORDENAMIENTOS DERIVADOS DEL
COPYRIGHT* 226

3. LA ADOPCIÓN DEL TEST EN LOS ORDENAMIENTOS LATINOAMERICANOS 229

A) *EL TEST EN LA COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES (CAN)* 230

B) *LA MÍNIMA PRESENCIA DEL TEST EN LOS PAÍSES DEL MERCOSUR* 238

C) *LA RECIENTE INCORPORACIÓN DEL TEST EN LOS PAÍSES DE CENTROAMÉRICA Y EL CARIBE
.....* 242

4. LAS MÚLTIPLES FUNCIONES DEL TEST EN EL DERECHO COMPARADO 247

5. RECAPITULACIÓN 255

**CAPÍTULO 6 LA RAZÓN DE LA REGLA: LA NECESIDAD DE ACUDIR A LA
RAZONABILIDAD PARA LA INTERPRETACIÓN DEL “THREE-STEP TEST” 259**

1. EL CONTEXTO DE LAS INTERPRETACIONES DADAS AL TEST 259

2. EL TEST COMO LUGAR DE ENCUENTRO DE DISTINTAS TRADICIONES JURÍDICAS 267

3. ENTRE LA FLEXIBILIDAD Y LA SEGURIDAD JURÍDICA: LA UTILIZACIÓN DEL “FAIR USE”
ESTADOUNIDENSE EN LA INTERPRETACIÓN DEL “THREE-STEP TEST” 275

4. MÁS ALLÁ DE LOS MITOS Y TEMORES: LA REAL DIMENSIÓN DEL FAIR USE COMO
MECANISMO DE RAZONABILIDAD 284

A) *PRIMER CRITERIO: PROPÓSITO Y CARÁCTER DEL USO* 285

B) *SEGUNDO CRITERIO: NATURALEZA DE LA OBRA PROTEGIDA* 286

C) *TERCER CRITERIO: CANTIDAD Y SUSTANCIALIDAD DE LA PORCIÓN UTILIZADA RESPECTO DE LA
OBRA PROTEGIDA COMO UN TODO* 287

D) *EFEECTO DEL USO SOBRE EL MERCADO POTENCIAL O SOBRE EL VALOR DE LA OBRA
PROTEGIDA* 288

E)	<i>EL FAIR USE DESDE EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO</i>	291
F)	<i>SÍNTESIS: CONTRIBUCIONES DEL “FAIR USE” AL ENTENDIMIENTO AL ANÁLISIS DEL FACTOR ECONÓMICO DEL “THREE-STEP TEST”</i>	294
5.	LA RAZONABILIDAD EN EL SISTEMA LATINO GERMÁNICO Y SU EJERCICIO EN EL DERECHO DE AUTOR	296
6.	UNA NUEVA MIRADA AL TEST DESDE LA PERSPECTIVA DEL BIEN COMÚN Y LA ARMONIZACIÓN DE LOS DERECHOS	303
	CAPÍTULO 7 PASO A PASO: UN ESTUDIO CRÍTICO A LA FORMA COMO HAN SIDO INTEPRETADAS LAS CONDICIONES DEL TEST	311
1.	LA CERTEZA REQUERIDA EN LA DETERMINACIÓN DE EXCEPCIONES Y LIMITACIONES AL DERECHO DE AUTOR	311
2.	SOBRE LA NECESIDAD DE SUSTENTAR LAS EXCEPCIONES Y LIMITACIONES EN CONSIDERACIONES NORMATIVAS O DE POLÍTICA PÚBLICA.....	317
3.	EL ALCANCE DE LA EXPRESIÓN “EXPLOTACIÓN NORMAL” Y LA INTRODUCCIÓN DE LOS CRITERIOS “EMPÍRICO” Y “NORMATIVO” EN SU INTERPRETACIÓN	327
4.	EL DEBATE ALREDEDOR DEL ENFOQUE NORMATIVO DEL SEGUNDO CRITERIO.....	336
5.	LAS INCIERTAS INTERPRETACIONES JUDICIALES	344
6.	UNAS PALABRAS FINALES SOBRE EL ENFOQUE NORMATIVO DEL SEGUNDO PASO.....	356
7.	LA TERCERA CONDICIÓN Y LA CONSIDERACIÓN DE “INTERESES LEGÍTIMOS”	357
8.	CUÁNDO SE ENCUENTRA (IN)JUSTIFICADO UN PERJUICIO A LOS INTERESES PROTEGIDOS.....	366
	CONCLUSIONES	379
	BIBLIOGRAFÍA	387

ABREVIATURAS

ADPIC	Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio
BIRPI	Unión de Oficinas Internacionales para la Protección de la Propiedad Intelectual
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
GATT	Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio
OMC	Organización Mundial del Comercio
OMPI	Organización Mundial de Propiedad Intelectual
TODA	Tratado OMPI sobre Derecho de Autor
TOIEF	Tratado OMPI sobre interpretación o ejecución de fonogramas
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, Ciencia y la Cultura

INTRODUCCIÓN

De igual forma que toda persona necesita de los demás para lograr sus propios fines¹, ya que no se basta a sí misma², el derecho de autor, como cualquier otra institución jurídica, sólo puede existir y entenderse en un contexto social. En consecuencia, aun cuando el régimen autoralista se centre en la persona del creador —y del titular derivado o subsecuente— su alcance no se puede limitar a la protección de unos bienes eminentemente individuales —derecho patrimonial y moral—, sino que, además, debe contemplar la manera como esos bienes originan relaciones jurídicas con otros actores sociales que, aunque inicialmente deudores, también pueden llegar a ser acreedores en estos vínculos de justicia. Y así como toda sociedad tiene por fin la consecución del bien común mediante la satisfacción ordenada de distintas clases de bienes, el derecho de autor, en cuanto inscrito en la sociedad, debe contribuir a ese bien común mediante la

¹ Se utilizan en este trabajo categorías conceptuales aristotélico-tomistas, en particular, la interpretación que han hecho de ellas John FINNIS y Javier HERVADA. De manera especial, se hace referencia al concepto de tendencias o inclinaciones desarrollado por Tomás de AQUINO y HERVADA, y al de bienes humanos básicos de FINNIS.

² Cfr. R. L. VIGO, *Las causas del derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, 166. El autor sustenta esta afirmación en el principio aristotélico del hombre como animal social o político y en la expresión de TOMÁS DE AQUINO de que “el hombre necesita que le ayuden los demás para conseguir su propio fin”.

adecuada protección y promoción de los valores básicos sobre los que se construye.

Esta cuestión ha sido estudiada en el último medio siglo bajo distintas denominaciones, principalmente la de “interés público³”, y ha repercutido en el debate sobre los límites que le corresponden a los derechos de los autores y de los titulares subsecuentes. Sin embargo, el concepto de interés público pareciera ser insuficiente⁴ en la medida que se le identifique con interés general y opuesto a los intereses individuales que debería abarcar. En efecto, el concepto de interés general se refiere más al interés de la colectividad objetivamente considerada, el cual se considera que prevalece sobre los derechos individuales que lo componen que, a su vez, pueden ser sacrificados para proteger aquél. Como se verá, dicho concepto difiere del de bien común porque éste supone la conjunción de los intereses o bienes de todos y cada uno de los miembros de la sociedad, encaminados todos ellos hacia un fin que les es común.

El concepto de bien común es fundamental a la hora de determinar los límites y las exigencias a las que se encuentran

³ Un completo estudio sobre la estrecha relación entre el derecho de autor y el interés público se puede encontrar en la obra de DAVIES, que se ha citado en el capítulo anterior y se seguirá citando en este trabajo: G. DAVIES, *Copyright and the Public Interest*, Thomson Sweet & Maxwell, Londres, 2002, *passim*. Ver, asimismo: H. COHEN JEHORAM, "Restrictions on Copyright and their Abuse", *European Intellectual Property Law Review* (2005) 359-64, 359; K. J. KOELMAN, "Fixing the Three-Step Test", *European Intellectual Property Review*, no. 8 (2006) 407-12, 408.

⁴ VÁSQUEZ utiliza los términos “interés legítimo” e “interés público”, pero afirma que esas nociones están estrechamente relacionados con la política nacional y la “idiosincrasia local” por lo que lo que se considera interés público en un país puede no serlo en otro: V. VÁSQUEZ, "Perspectivas de futuro en torno a los límites del derecho de autor. Las tendencias internacionales y la posición de la OMPI" en C. ROGEL VIDE (ed.), *Los límites del derecho de autor*, Reus, Madrid, 2006, 295-308.

sujetos los derechos e intereses de los distintos actores que confluyen en el derecho de autor: autores, industria y usuarios. De hecho, varios de ellos alegan razones superiores, de interés público o de bien común, cuando se trata de defender su posición en el entramado de relaciones jurídicas que se gestan con ocasión de la explotación y uso de las obras protegidas. Por lo anterior, se hace necesario ahondar en el concepto de bien común y en la forma como el derecho de autor se inscribe en éste, de manera que se pueda establecer mejor su papel en la definición del alcance de los intereses que confluyen en el régimen jurídico estudiado.

Sobre el particular, FINNIS afirma que el bien común puede ser entendido desde tres perspectivas distintas⁵, a saber: (i) cada uno de los bienes humanos básicos, en cuanto ellos son buenos para todas las personas —en el caso de autores, titulares y usuarios se pueden considerar los siguientes, según se explicará en el Capítulo 2: conocimiento y búsqueda de la verdad, trabajo, juego y experiencia estética⁶—, (ii) la participación de cada una de esas personas de dichos bienes humanos básicos y, (iii) el conjunto de condiciones para alcanzar estos bienes. En la práctica, aunque defensores y detractores del derecho de autor justifican sus posiciones en la consecución de estos bienes y en la manera como se pueden lograr, al respaldar sus reivindicaciones desde distintas posiciones dentro del mismo liberalismo, cierran la puerta a consideraciones de bien común que impedirían la polarización del debate y el conflictivismo de derechos⁷.

⁵ Cfr. J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 2da. ed., Oxford University Press, New York, 2011, 154-56.

⁶ Sobre estos bienes e inclinaciones ver: *ibid.* 59-99; J. HERVADA, *¿Qué es el derecho?*, Eunsa, Pamplona, 2002, 176-177.

⁷ Esta expresión se le atribuye a CIANCIARDO, quien afirma que "(...) no es posible hablar de conflictos iusfundamentales. Los derechos, como objetos

En lo que se refiere al conocimiento como bien humano de primer orden, como se mencionó en el resumen de la evolución histórica de este debate, desde la expedición de las iniciales normas sobre derecho de autor se sustentaron en motivos de utilidad los derechos exclusivos atribuidos a éste, en el entendido que, con la concesión de éstos, se estarían otorgando incentivos para la promoción y difusión del conocimiento en la sociedad. Sin embargo, ha sido ampliamente discutida la forma como se pueden conseguir estos fines. Por un lado, los defensores del derecho de autor consideran que un mayor conocimiento es consecuencia de la producción de una mayor cantidad de obras y que ello sólo es posible cuando existe un marco jurídico que otorgue una debida protección al autor y a sus creaciones. Desde esta perspectiva, el sistema jurídico protector debe interpretarse de manera extensiva y preferente a favor del autor, y de forma restringida y limitada en relación con todas las demás personas que pretendan tener acceso a la obra. En particular, se sostiene que unos derechos más fuertes a favor del autor redundarán en un mayor estímulo para la creación de obras, mientras que su limitación a favor de terceros

exigidos por la naturaleza humana, nacen ajustados unos con otros. La convergencia de intereses contradictorios sobre el mismo objeto no invalida la afirmación anterior, porque los intereses, las aspiraciones, no son *per se* derecho, y porque la sociabilidad forma parte de la naturaleza humana. Cada derecho no es anti-social, ni puede ser reconocido prescindiendo de las exigencias —básicas, en el caso de los derechos fundamentales— de las demás personas.”: J. CIANCIARDO, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Eunsa, Pamplona, 2000, 369-370. Por su parte, SERNA y TOLLER consideran que, en realidad, no existen los conflictos de derechos, sino de pretensiones e intereses individuales. Los derechos nacen en armonía y adecuados entre sí, atendiendo el bien de comunidad en la que se encuentran sus titulares. Cfr. P. SERNA y F. TOLLER, *La Interpretación Constitucional de los Derechos Fundamentales: Una Alternativa a los Conflictos de Derechos*, La Ley, Buenos Aires, 2000, 37-39.

implicará un desincentivo a su labor creadora y, por tanto, a la generación de conocimiento⁸.

Por otro lado, los críticos de los sistemas de derecho de autor propugnan por una significativa limitación de los derechos exclusivos de los autores y por una mayor o total libertad de utilización de sus creaciones, permitiendo así una amplia difusión del conocimiento. Esta posición está usualmente soportada en la prevalencia de los derechos fundamentales a la educación, a la información y a la libre expresión, entre otros⁹. En los últimos años, también se han ubicado en esta orilla de la discusión aquellos que buscan el reconocimiento de otros derechos “fundamentales” como el acceso al conocimiento —*access to knowledge* o *A2K*, por su denominación y siglas en inglés— y el acceso a Internet¹⁰. Para todos ellos, el “conocimiento libre” se constituye en un poderoso motor de saber y transmisor de cultura, por lo que bajo esta concepción se alcanzarían mejor los fines de las sociedades democráticas, en cuanto más personas accederían a más fuentes de conocimiento y, en esa medida, habría más creadores y creaciones¹¹.

⁸ Cfr. STROWEL desarrolla con amplitud esta justificación basada en el estímulo personal al autor y su eficacia económica e influencia en el mercado. A. STROWEL, *Droit d'auteur et copyright: Divergences et convergences*, Bruylant - LGDJ, Bruselas -París, 1993, 173 y ss.; M. VIVANT, "Le Droit d'Auteur, un Droit de l'Homme?", *Revue Internationale du Droit d'Auteur [RIDA]* 174 (1997) 60, 69 y nota 10.

⁹ Ver, por ejemplo, la descripción de los extremismos del *copyright* que hace LESSIG: L. LESSIG, "The Creative Commons", *Montana Law Review* 65 (2004) 1, 10.

¹⁰ Ver reporte presentado a la Asamblea General de Naciones Unidas por Frank LA RUE, relator para la promoción de la libertad de expresión y de opinión, 16 de mayo de 2011.

¹¹ VIVANT menciona y califica de poco serias estas posiciones que verían con buenos ojos la desaparición del derecho de autor, entendido como un

En todo caso, una de las principales causas por las cuales los defensores y detractores de los sistemas de derechos de autor no logran un acuerdo sobre los mejores medios para promover el conocimiento es la multiplicidad de intereses adicionales y contrapuestos de los distintos actores involucrados, y su falta de referencia a un bien común. En efecto, por más que se arguyan motivos de interés público en la protección de los derechos de los autores y de los titulares o en la mayor limitación de dichos derechos, si en los distintos miembros de la sociedad no se verifica la propia consecución de los bienes singulares relacionados (conocimiento, verdad, trabajo, juego, experiencia estética, etc.) no se estaría logrando tampoco el bien común, como tampoco alcanzarían realmente esos bienes singulares si para su obtención no se ha buscado el bien común, sino la afirmación absoluta de sus propios intereses, olvidando que entre dos bienes auténticos no puede existir oposición¹². En suma, la discusión entre promotores y opositores de un derecho de autor menos limitado, entre enemigos y amigos de una mayor libertad en la utilización de obras y creaciones, se torna insalvable cuando ella se sustenta en el supuesto carácter absoluto¹³ de los derechos e intereses que cada uno pretende defender. El debate, así

obstáculo para el libre desarrollo del conocimiento. M. VIVANT, "Le Droit d'Auteur, un Droit de l'Homme?", 69 y nota 12.

¹² Cfr. R. L. VIGO, *Las causas del derecho*, 169. El autor retoma conceptos de la filosofía aristotélico-tomista para afirmar la imposibilidad de obstrucción entre dos bienes, cuando ellos son verdaderos y parte del bien común.

¹³ El que los derechos e intereses involucrados en este debate se encuentren soportados en bienes humanos básicos no significa que ellos, por sí mismos, sean bienes humanos básicos. Adicionalmente, se debe tener en cuenta que no debe existir ninguna preferencia arbitraria entre valores o bienes humanos básicos. Cfr. J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 105-106.

planteado, deja de ser jurídico y racional y se transforma en mediático y visceral¹⁴.

En el trasfondo de este debate se evidencia, bajo el rótulo de “interés público”, la preocupación común por conseguir, aumentar y difundir el conocimiento en la mayor proporción posible. Sin embargo, las posturas en cuestión difieren en cuanto a los medios que se requieren para lograr este fin y, al calificar a estos medios como derechos absolutos, dificultan su final consecución¹⁵. Para resolver esta cuestión, se requiere de un acuerdo básico sobre los intereses y valores que comúnmente se quieren conseguir con un régimen autoral más o menos estricto, con unas libertades de información, expresión, etc. más o menos amplias. Es preciso definir el contenido del bien común relacionado con estos derechos e intereses y la forma como él puede ser obtenido¹⁶. Así,

¹⁴ En la línea de pensamiento de CRUZ PRADOS, se puede criticar esta clase de posturas como típicamente liberales individualistas, que terminan convirtiendo un problema práctico en un verdadero conflicto de derechos, otorgando mayor importancia al interés de cada cual, que a los fines comunes hacia los cuales deberían estar encaminados. Cfr. A. CRUZ PRADOS, *Ethos y Polis: Bases para una reconstrucción de la filosofía política*, 2da. ed., Eunsa, Pamplona, 2006, 108-109.

¹⁵ Para WRIGHT, el mismo concepto de interés público incorpora una contradicción que tiende a polarizar el debate. Por un lado, se considera que el interés público se sirve mejor protegiendo los intereses de los autores y titulares para estimular la producción de obras, mientras que por el otro, se considera que las limitaciones a tales derechos a favor de un mayor acceso al conocimiento por parte de la sociedad favorece dicho interés público: R. WRIGHT, "The "Three-Step Test" and the Wider Public Interest: Towards a More Inclusive Interpretation", *Journal of World Intellectual Property* 12, no. 6 (2009) 600-21, 600.

¹⁶ Sin la definición de un *ethos* común en materia de propiedad intelectual, no será posible definir qué postura y qué acción es racional. Sobre este tema, CRUZ PRADOS afirma: "Para que quepa racionalidad práctica, es preciso la previa definición del *ethos* común, de lo que estamos haciendo juntos. Frente al normativismo, hay que afirmar que la definición del *ethos* precede y es condición de la formulación de las normas (...) El *ethos* no es una trama

en la medida que se logre una mayor identidad de pretensiones relativas a la creación y aprovechamiento de las obras, se obtendrá un vínculo unificador más fuerte y aumentará la probabilidad de satisfacer esas aspiraciones compartidas redundando en beneficio de unos y otros.

Un acuerdo sobre este particular debe partir del entendimiento sobre el fin que se quiere lograr en conjunto y la manera como el derecho de autor y sus limitaciones pueden contribuir al bienestar integral de la sociedad, acrecentando y transformando lo que los distintos actores hagan individualmente, perfeccionando y conjugando sus fuerzas singulares de forma que los bienes que genera la creación y el disfrute de obras sean participados, a toda la comunidad, en el máximo grado posible. Sin embargo, no es posible aquí, como tampoco es el propósito de este escrito, definir los elementos particulares y detallados de lo que debe ser el bien común por el que debe propender todo régimen autoralista. Y esto porque el bien común es esencialmente un orden dinámico, en el que cada integrante debe contar con los medios necesarios para satisfacer sus propios fines y, al mismo tiempo, contribuir con su esfuerzo y participar de las conquistas de la colaboración común¹⁷. Por ello, no es dable afirmar que el

normativa, ni se constituye por suma de normas. Es algo que estamos haciendo, una praxis común; una forma real y concreta —y más o menos abarcante—, de actividad compartida, de vida común. Las normas, como auténticas reglas *prácticas*, sólo pueden surgir a partir de aquello en lo que consista el *ethos*.” A. CRUZ PRADOS, *Ethos y Polis: Bases para una reconstrucción de la filosofía política*, 111.

¹⁷ Cfr. Prólogo de Rodolfo VIGO al libro de Alfonso SANTIAGO sobre el bien común y el derecho constitucional. En el mismo libro, su autor principal manifiesta que “[e]l bien común ha de ser personalista y solidario, personalista por estar basado en la dignidad de cada persona y concebido para satisfacer sus necesidades de plenitud. Solidario porque la persona tiene vocación no sólo a vivir con el otro sino para el otro. Todos deben estar comprometidos con su logro y todos deben participar de sus beneficios” y que “[e]l bien común es de

contenido del bien común referido a la creación y disfrute de obras es el mismo hoy, en pleno furor de la denominada sociedad de la información, que el que se pudiera haber buscado en la época de la reina Ana o de la Revolución Francesa. Cada tiempo histórico presenta diversos retos sociales y otorga mayor relevancia a determinados bienes que hacen parte del bien común, de ahí que varíe en el tiempo y que la misma historia lo afecte¹⁸.

En suma, el bien común supone, en el caso del derecho de autor, la ordenación de los distintos bienes individuales hacia un fin común para todos los actores involucrados¹⁹, por ejemplo, una justa retribución al trabajo realizado por el autor, el reconocimiento de la autoría de una obra o la posibilidad de acceder a la obra y usarla en condiciones equitativas, esto es, pagando un precio razonable o disfrutándola sin pago, según dicten las circunstancias particulares. El bien común es integral y armonizador, debe ayudar a que se realicen plenamente las distintas facetas de la vida humana, por lo que, en el caso del derecho de autor, debe abarcar y procurar la efectividad de derechos tan, aparentemente, disímiles como la cultura y la propiedad, la libertad de expresión y la honra. Y respecto a cada uno de ellos, atendiendo las específicas circunstancias históricas y sociales, el bien común influirá para que la obtención de los bienes relacionados sea perfecta y gradual, de unos bienes básicos, a

modo análogo, un deporte grupal en el que el triunfo o la derrota es a la vez del equipo y de cada uno de sus integrantes, más allá de la actuación que haya tenido”: A. SANTIAGO, *Bien común y derecho constitucional*, Ábaco, Buenos Aires, 2002, 12, 24 y 96, respectivamente.

¹⁸ Cfr. *Ibid.* 112.

¹⁹ Sobre el particular, VIGO afirma que “*son los mismos miembros de la comunidad, a través de sus diferenciados talentos y funciones los encargados de forjar y de usufructuar el bien común, además de lograr sus respectivos bienes individuales*”: R. L. VIGO, *Las causas del derecho*, 169.

unos intermedios, a otros más elevados. Así, el sistema de derecho de autor deberá contribuir a pasar de un nivel básico de educación a garantizar un desarrollo tecnológico más avanzado²⁰, de estimular la creación de ciertas obras a incentivar, mediante políticas más ambiciosas y comprehensivas, la producción y disfrute masivo de las creaciones intelectuales.

* * *

Dentro de los mecanismos que pueden contribuir a lograr el bien común —en el contexto de una sociedad dinámica como la actual y a partir de la armonización del derecho de autor y de sus excepciones— sobresale el denominado “*three-step test*” o “regla de los tres pasos”²¹, por la forma amplia como se ha incorporado en los principales instrumentos internacionales y en los respectivos ordenamientos comunitarios y nacionales, así como por su creciente utilización por parte de jueces y tribunales. Aunque creada hace más de cuarenta años, la regla ha crecido en importancia en los últimos tres lustros, desde que se le comenzó a usar como respuesta al abuso de las excepciones a los derechos de autor en el entorno digital. Después de haber estado circunscrita a las excepciones al derecho de reproducción, su ámbito de aplicación ha sido extendido a las limitaciones de los demás

²⁰ Una idea similar, aunque de manera general, propone SANTIAGO: A. SANTIAGO, *Bien común y derecho constitucional*, 116.

²¹ Esta es la traducción al castellano más utilizada de “*three-step test*”. El término fue acuñado por la doctrina para referirse a la prueba que, a partir de la revisión de Estocolmo de 1967, debían superar las nuevas excepciones que establecieran los miembros del Convenio de Berna, en sus normativas nacionales, respecto del derecho de reproducción. Otras traducciones del término han sido, entre otras: “prueba de los tres pasos”, “prueba de las tres etapas”, “regla de las tres etapas”, “regla de las tres fases”, “las tres condiciones acumulativas”.

derechos patrimoniales, y particularmente utilizada en aquellos casos en los que los proveedores y usuarios de nuevas tecnologías de información han desafiado el otrora pacífico sistema de derecho de autor.

Sin embargo, a diferencia de otros mecanismos de valoración y adecuación de derechos en aparente conflicto, la fórmula de la regla nació sin un referente jurídico previo, que ayudara a determinar sus contornos con claridad. Ante esta carencia de sustancia y genealogía, la regla ha venido siendo interpretada y empleada de manera bien diversa, incluso contradictoria, por las autoridades a quienes les ha correspondido dictar normas o tomar decisiones en relación con la legitimidad de ciertas excepciones en el contexto digital.

Al indagar por las razones de la inconsistente aplicación de regla, es posible plantear una hipótesis de acuerdo con la cual *el “three-step test” no es, en estricto sentido, una regla sino, más bien, un sistema de principios que no han sido claramente definidos y enraizados en fundamentos jurídicos anteriores*. Surge la necesidad, por lo tanto, de identificar los principios en los que se encuentra sustentada la regla o —mejor, para no dar lugar a confusiones— “el test” y cada uno de sus pasos, de manera tal que éste pueda ser razonablemente interpretado y utilizado. Para cumplir con este cometido, es preciso desentrañar la naturaleza jurídica del test mediante el examen juicioso de sus orígenes, así como de los principios que subyacen en los distintos sistemas de protección del derecho de autor que lo han consagrado.

Teniendo en cuenta lo anterior, y con el objetivo de un ejercicio razonable del “three-step test” como mecanismo de valoración del derecho del autor y sus limitaciones en el marco del bien común, se debe iniciar por responder *quid ius auctore*, qué es el derecho del autor. Preguntar por el *quid* implica indagar por la esencia misma de aquello que le es debido al creador de una obra

y por el título que da origen a tal deuda. Esta cuestión adquiere especial relevancia cuando se considera que la teoría del derecho de autor se construyó sobre el desacuerdo de los estudiosos que han querido ver la justificación de este derecho bien en el argumento de la “justa recompensa por el trabajo hecho” esgrimido por LOCKE y su relación con el Derecho natural, bien en las tesis utilitaristas que quedaron plasmadas en las normas que dieron origen al *copyright* a uno y otro lado del Atlántico, o bien en proposiciones de derechos de la personalidad — planteadas por filósofos como KANT y HEGEL— que permearon la génesis y desarrollo del sistema latino germánico de derecho de autor²².

La respuesta sobre el *quid* permitirá establecer si el derecho que tiene el autor puede calificarse como de “propiedad”, o si — por el contrario o adicionalmente— se trata de un derecho intelectual *sui generis*, de un derecho humano o de una categoría no comprendida dentro de las anteriores. Una respuesta completa supondrá la identificación de su titular y de los correspondientes obligados, del contenido de eso que es debido, incluyendo facultades, fronteras y exclusiones, y de los fines para los cuáles ha sido reconocido tal derecho. Por supuesto, una respuesta comprehensiva tenderá a ser compleja si se toma en cuenta la pluralidad de derechos, facultades o dimensiones—morales y

²² Más adelante se explicarán con mayor detalle los planteamientos de los filósofos mencionados además de que se presentará una breve explicación de los sistemas de *copyright* y latino germánico de Derecho de autor. Baste aclarar por ahora que se utilizará el término *copyright* para referirse al sistema de protección de las obras y sus titulares, característico de los países con una tradición de *common law*; el “latino germánico de Derecho de autor” (o, simplemente, “latino germánico”) cuando se trate del sistema de protección más centrado en la persona del autor, propio de los países tributarios de la tradición del Derecho civil o continental y, finalmente, el de “Derecho de autor”, sin más calificaciones, cuando se hable indistintamente de los dos sistemas mencionados, aludiendo a sus elementos comunes, tal como se presenta actualmente en el ordenamiento internacional.

patrimoniales—englobados dentro del concepto singular de derecho de autor. En fin, la pregunta por el *quid* deberá superar lo meramente semántico y ser respondida desde lo ontológico y lo teleológico²³.

Sin embargo, la pregunta por el *quid* no se agota en lo que es debido al autor por el hecho de su creación. En la práctica, el derecho de autor termina siendo exigido y disfrutado por titulares distintos del autor la mayoría de las veces. Y si uno era el título que daba origen al derecho del autor, seguramente otro distinto será el que sustente el del titular posterior o derivado. Aunque en la literatura autoralista se suele obviar esta cuestión, lo cierto es que la naturaleza del derecho de autor se transforma cuando éste es cedido a una persona distinta que no podrá ejercer sino determinados derechos patrimoniales —no morales—, máxime si se trata una persona jurídica. Nuevamente, será necesario identificar los aspectos indicados arriba —desde similares categorías *iusfilosóficas*— y establecer el porqué de la transformación de naturaleza, que habrá de estar relacionado con el cambio en la finalidad del derecho.

Una vez delimitada la naturaleza jurídica del derecho del autor y la del titular, corresponderá definir la de sus excepciones y limitaciones, en el entendido que la claridad sobre este asunto ayudará a precisar los puntos en tensión entre unos y otras. Al auscultar la esencia de las excepciones y limitaciones, se encontrarán corrientes que las han calificado como simples

²³ En línea con lo expresado por COTTA, ZAMBRANO y otros autores sobre el Derecho en general, el interrogante por el “qué” del derecho de autor debe llevarnos a indagar también el “para qué”, que nos ubica en el plano teleológico, y que puede ser respondido desde lo ontológico y lo existencial. Ver, por ejemplo: S. COTTA, *El Derecho en la existencia humana*, (Traducido por I. PEIDRÓ PASTOR), EUNSA, Pamplona, 1987, 16 y ss.; P. ZAMBRANO, *La inevitable creatividad en la interpretación jurídica: una aproximación iusfilosófica a la tesis de la discrecionalidad*, UNAM, México, 2009, 68-70.

intereses, con las que las consideraran privilegios y con las que las elevan a la categoría de derechos. Al respecto, tendremos que examinar si, por el hecho de que tales excepciones permitan el ejercicio de ciertos derechos fundamentales en circunstancias en que parecerían estar limitados por el derecho de autor, significa que ellas mismas participan de la naturaleza de los derechos implicados. De igual forma, habremos de considerar los bienes y valores básicos en los que se sustenta el derecho de autor como verdaderos justificantes de las excepciones y limitaciones, en línea con lo expresado por distintas corrientes filosóficas sobre la propiedad y la necesidad de que su utilización beneficie a todos los miembros de la comunidad.

La dilucidación de la naturaleza jurídica de los derechos del autor y del titular, y de sus excepciones y limitaciones, debería bastar para fabricar un marco que permitiera tomar decisiones adecuadas en casos en los que se pone de presente la tensión de aquellos y estas. Sin embargo, según se anotó atrás, la forma como se ha interpretado el juicio que se propuso en la normatividad internacional para el esclarecimiento de estas situaciones —el “*three-step test*”— proyecta más sombras que luces, haciéndose necesaria la exploración de sus fundamentos con el fin de entender la manera en que debe interpretarse o, usando la metáfora que GOLDSTEIN aplicó al *fair use*, encontrar la forma como los distintos factores interactúan de manera que se pueda presenciar, al menos por un momento, el funcionamiento real del test, tal como se veríamos el movimiento interno de un reloj²⁴. La comprensión de la “mecánica” del test permitirá valorar mejor la legitimidad y corrección de las decisiones particulares en las que

²⁴ Cfr. P. GOLDSTEIN, "Fair use in context", *Columbia Journal of Law & the Arts*, no. 31 (2008) 433, 434.

él se ha empleado y generar una serie de pautas para su utilización hacia el futuro.

El desarrollo de las cuestiones mencionadas se distribuye de la siguiente manera en la estructura de la tesis:

El Capítulo 1 estará destinado a indagar sobre la forma como, históricamente, tanto en la teoría como en la práctica —tanto en la doctrina como en la legislación y la jurisprudencia—, se ha intentado delinear la naturaleza del derecho de autor. No se pretende con ello hacer historia del derecho, lo cual exigiría una metodología particular y una contextualización especial, simplemente plantear los principales problemas que han sido objeto de discusión desde que se surgieron los regímenes de protección del autor y de sus obras, tal como hoy se conocen.

En el Capítulo 2 se hará una aproximación filosófica a los problemas concretos del derecho de autor centrando el análisis inicialmente en la persona del autor y en el proceso de “creación” de la obra, para continuar después con una revisión de las facultades —patrimoniales y morales— que especifican dicho derecho y de su caracterización como derecho humano. Finalmente, se presentarán algunas anotaciones sobre la naturaleza del derecho del titular derivado, en el entendido que ella difiere de la del autor individualmente considerado.

El Capítulo 3 iniciará con un análisis de la justificación de las excepciones y limitaciones, a partir de la reconsideración de las categorías liberales individualistas sobre las cuales se han construido los sistemas autorales. Posteriormente, se revisarán y criticarán las instituciones jurídicas —“interés” y “*privilege*”— utilizadas para caracterizar las excepciones y limitaciones en el *copyright* y en el sistema latino germánico. Por último, se propondrá una nueva perspectiva que entrañará la necesidad de conjugar los distintos intereses que convergen en el derecho de

autor dentro del marco del bien común que debe ser buscado por un sistema protector de estas características.

El Capítulo 4 se dedicará a examinar la génesis y el camino recorrido por el test en el ámbito internacional, desde su inicial adopción en el Convenio de Berna, pasando por las nuevas versiones consagradas en el ADPIC y el TODA, hasta su más reciente inclusión en los Tratados de Beijing y Marrakech. Como complemento de lo anterior, en el Capítulo 5 se presentarán, bajo una perspectiva de derecho comparado, los principales desarrollos normativos comunitarios y nacionales referentes a la implantación del “*three-step test*” en jurisdicciones de los cinco continentes.

El Capítulo 6 propondrá la introducción de criterios de razonabilidad en la interpretación del “*three-step test*”. Para ello comenzará con una descripción del marco jurídico e histórico en el que se ha interpretado el test desde su inicial adopción 1967 hasta la actualidad y continuará con el examen de la naturaleza del test como un fenómeno de “fertilización cruzada” o lugar de encuentro de las distintas tradiciones jurídicas protectoras de las creaciones intelectuales. Lo anterior implicará una revisión de los juicios de razonabilidad existentes en los sistemas jurídicos mencionados, particularmente, del *fair use* estadounidense y del juicio de proporcionalidad del derecho alemán. Con base en lo anterior, se propondrá una nueva mirada a test desde la perspectiva del bien común y la armonización de los derechos.

Para concluir, en el Capítulo 7 se hará un estudio crítico, paso por paso, de la forma como han sido interpretadas, en la jurisprudencia y en la doctrina, las distintas condiciones del test. Para el efecto, se resaltarán los principales puntos de debate y se propondrán alternativas razonables de solución con fundamento en los principios identificados en los capítulos anteriores.

CAPÍTULO 1

LOS INTENTOS HISTÓRICOS POR DEFINIR LA NATURALEZA DE LOS INTERESES PROTEGIDOS POR EL DERECHO DE AUTOR

1. *COPYRIGHT* O POR QUÉ LA INGLATERRA DE LA REINA ANA PRECISÓ DE UN ESTATUTO

Quizás los únicos que insisten en recordar a la reina Ana son los estudiosos del Derecho de autor, que le atribuyen la creación del primer sistema protector en la materia. Mientras que algunos ignoran su reinado en Inglaterra en la primera parte del siglo XVIII, otros lo califican como uno de simple transición, intermedio entre los gobiernos de dos monarcas extranjeros: Guillermo de Orange, proveniente de Holanda y líder de la Revolución Inglesa de 1688-1689, y Jorge I, del linaje alemán de la Casa Hannover¹. En realidad, a Ana le correspondió reinar en una época convulsionada, en la que aún se sentían los efectos de las Revoluciones de Cromwell y Gloriosa, y de la lucha entre *tories* y

¹ Cfr. G. K. CHESTERTON, *Pequeña Historia de Inglaterra*, (Traducido por A. REYES), Ed. Saturnino Calleja, Madrid, 1920, 249. El autor sostiene, además, que el reinado de Ana fue “el puente entre los tiempos en que los aristócratas eran tan débiles que necesitaban solicitar auxilio de un hombre fuerte, y los tiempos en que eran ya tan fuertes que deliberadamente acudían a un hombre débil para gobernarse por sí mismos”.

whigs, entre partidarios de un mayor poder del rey y los que abogaban por su restricción, entre monarcas con un catolicismo escéptico y defensores de una iglesia protestante nacional.

Una década antes de que Ana subiera al trono, LOCKE había publicado su *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, obra fundamental —y germinal en muchos aspectos— de la filosofía liberal. Dentro de las ideas desarrolladas por LOCKE —cuya influencia en Inglaterra fue evidente de manera inmediata— se encuentran aquellas que profundizaron en el concepto de propiedad. En el capítulo quinto de su obra, califica a la propiedad privada como uno de aquellos derechos que posee el hombre en el “estado de naturaleza”, consecuencia de ser dueño de su propia persona y, por consiguiente, del *trabajo* de su cuerpo con el cual se ha apropiado de las cosas que ha encontrado en dicho estado. Particularmente, en el §27, se anota:

Aunque la tierra y todas las criaturas inferiores pertenecen en común a todos los hombres, cada hombre tiene, sin embargo, una propiedad que pertenece a su propia persona; y a esa propiedad nadie tiene derecho, excepto él mismo. El trabajo de su cuerpo y la labor producida por sus manos podemos decir que son suyos. Cualquier cosa que él saca del estado en que la naturaleza la produjo y la dejó, y la modifica con su labor y añade a ella algo que es de sí mismo, es, por consiguiente propiedad suya. Pues al sacarla del estado común en el que la naturaleza la había puesto, agrega a ella algo con su trabajo, y ello hace que no tengan ya derecho a ella los demás hombres. Porque este trabajo, al ser indudablemente propiedad del trabajador, da como resultado el que ningún hombre, excepto él, tenga derecho a lo que ha sido añadido a la cosa en cuestión, al menos cuando queden todavía suficientes bienes para los demás².

² J. LOCKE, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, (Traducido por C. MELLIZO), Tecnos, Madrid, 2010, § 27. Se leyó y trabajó la versión en inglés de la siguiente edición: J. LOCKE, *Two Treatises of Government*, Cambridge University Press, Cambridge, 1994, 2do. Tratado.

Para LOCKE, entonces, las cosas pertenecen en común a todos los hombres en el estado de naturaleza (*res in commune*), pero cuando un hombre en concreto trabaja sobre ellas y les añade algo de su propia persona, las hace suyas y excluye de su disfrute a los demás, siempre que queden suficientes bienes para satisfacer las necesidades del resto de la humanidad. En otros apartados del mismo capítulo, LOCKE explicará que, dado que cada persona sólo sería capaz de apropiarse de aquello que trabaje, no podrían existir conflictos sobre los bienes porque no se acumularían excesivamente, en la medida que sólo se utilizarían para suplir las propias necesidades, y lo que excediera sería de los otros³. Los problemas respecto de la propiedad sobrevendrán con el advenimiento del dinero, dado que, con su uso, algunos hombres tendrán capacidad de acumular cosas en exceso, requiriéndose, por tanto, de la definición de reglas y procedimientos por parte de la sociedad para dirimir las consecuentes disputas⁴.

Aunque, como se observa, LOCKE no se refirió expresamente a la propiedad intelectual, el pasaje transcrito y demás apartados del capítulo dedicado a la propiedad, han sido constantemente citados para calificar a esta clase de propiedad como de Derecho natural⁵. Así, lo que expresa LOCKE en relación con la propiedad

³ Cfr. J. LOCKE, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, § 31.

⁴ Cfr. *Ibid.* § 45-51.

⁵ Ver, entre otros: R. P. MERGES, P. S. MENELL y M. A. LEMLEY, *Intellectual property in the new technological age*, Aspen Publishers/Wolters Kluwer Law & Business, New York, 2007, 2-6; C. MAY, *The Global Political Economy of Intellectual Property Rights*, Routledge, New York, 2008, 27-28; A. YEN, "Restoring the Natural Law: Copyright as Labor and Possession", *Ohio State Law Journal* 51 (1990) 517-59, 523; J. A. PABÓN, "Aproximación a la historia del derecho de autor", *La Propiedad Inmaterial* 13 (2009) 59-104, 70; L. C. PLATA, *Responsabilidad civil por infracciones al derecho de autor*, Ediciones Uninorte - Gustavo Ibañez, Barranquilla, 2010, 185; W. J. GORDON, "A property right in self-expression: equality and individualism in the natural law of intellectual property", *Yale Law Journal*, 102, no. 7 (1993) 1533, 1544-1545. Esta última

sobre los bienes materiales, ha sido interpretado de manera análoga respecto de aquellos resultados de la creación intelectual, después de todo fruto del trabajo del autor, tanto de sus manos como de su mente. De aquí que el autor tendría derecho a controlar la explotación de la obra resultante, así como de impedir la modificación o alteración de la misma sin su correspondiente autorización⁶. El hombre se apropiaría, por tanto, de las ideas y conocimientos que, en principio, eran comunes, pero que, en virtud de su trabajo, transformaría (cambiaría su forma o expresión) y les infundiría algo de su propia persona. Esta última idea, la de la “huella” de la persona en la cosa —en este caso, la obra— sería, además, precursora del llamado derecho moral del autor que comenzaría a desarrollarse en Francia y Alemania un siglo después, según se verá más adelante⁷.

Al parecer, LOCKE estuvo al tanto y participó en la discusión de la propuesta de ley que se tramitó en el Parlamento inglés — desde finales del siglo XVII— para dar solución a los problemas y tensiones que surgieron a partir de la eliminación del sistema de privilegios⁸ durante la Revolución de Cromwell. La experiencia

autora critica la permanente referencia de académicos y jueces a la teoría de LOCKE para justificar su aplicación a la propiedad intelectual, sin examinar a fondo la teoría.

⁶ Cfr. G. DAVIES, *Copyright and the Public Interest*, 14. William BLACKSTONE fue uno de los primeros en interpretar el pensamiento de LOCKE como aplicable a los derechos de los creadores, al justificar el derecho del autor en su trabajo personal, que le permite ejercer una especie de ocupación, estándole prohibido a los demás reproducir ejemplares de la obra sin su permiso: W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, Libro II, Cap. 26, Oxford, 1766, 405 (versión digital de la obra original se encuentra disponible en Google Books).

⁷ Ver numerales 3 y 4 siguientes.

⁸ “Los privilegios eran monopolios de explotación que el poder gubernativo otorgaba a los impresores y libreros, por un tiempo determinado, a condición de haber obtenido la aprobación de la censura —con lo cual servían

vital de LOCKE⁹ seguramente influyó en su oposición a las pretensiones de la *Stationers Company* que abogaba por un derecho perpetuo a explotar las obras sobre las que había detentado algún privilegio o licencia¹⁰. LOCKE, que veía en la *Stationers Company* monopolios encubiertos y los rezagos del poder absoluto del rey que tanto combatió, se pronunció decididamente a favor de un derecho de reproducción o *copyright* en cabeza del autor, justificado por el trabajo que éste

como resorte político para controlar la difusión de las doctrinas que se consideraban peligrosas—y de registrar la obra publicada”: D. LIPSZYC, *Derecho de autor y derechos conexos*, Unesco - Cerlalc - Zavallia, París - Bogotá - Buenos Aires, 1993, 30. Los editores habían recibido un privilegio por un decreto de María Tudor de 1556, el cual había sido posteriormente renovado en 1640 y 1671: M. C. DOCK, "Genèse et évolution de la notion de propriété littéraire", *Revue Internationale du Droit d'Auteur [RIDA]* 79 (1974) 127, 183-185.

⁹ LOCKE había sufrido en carne propia la lucha entre *tories* y *whigs*, y responsabilizaba de su destierro en Holanda al poder real, el mismo que, con su poder absoluto, había otorgado privilegios a la *Stationers Company* para controlar y censurar las obras que buscaran ser publicadas en Inglaterra. Sobre el contexto vital de LOCKE, ver la *Introduction* de Peter LASLETT a J. LOCKE, *Two Treatises of Government*, 3 y ss.; J. J. CHEVALLIER, *Los Grandes Textos Políticos*, 7^a ed., Aguilar, Madrid, 1977, 87-101; J. B. RODRÍGUEZ ITURBE, *Historia de las Ideas y del Pensamiento Político*, Tomo 2, Universidad de La Sabana – Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2007, 159 y ss.

¹⁰ La *Stationers Company* era un gremio que, en sus inicios había reunido a aquellos que se dedicaban a reproducir escritos de manera artesanal y que, con la invención y uso masivo de la imprenta, se había transformado en un poderoso grupo de editores londinenses que, con la venia real que supuso la *Royal Charter* de 1557, ejercía monopolio sobre los libros editados en territorio inglés mientras ayudaba al rey a ejercer censura sobre cualquier edición. Cfr. E. RENGIFO, *Propiedad Intelectual: el Moderno Derecho de Autor*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997, 55. Al parecer, la *Stationers Company* abogaba por un derecho perpetuo porque su principal competencia estaba representada por los editores que provincia, que se dedicaban a publicar obras sobre las cuales ya no existían derechos viegentes. Cfr. J. A. PABÓN, "Aproximación a la historia del derecho de autor", 69-70.

desarrollaba en la creación de cada obra¹¹. Sin embargo, LOCKE ya había muerto (1704) cuando el proyecto discutido en el Parlamento fue finalmente aprobado (1709) y puesto en vigor (1710) bajo el reinado de Ana. El que se denominaría *Statute of Anne* o Estatuto de la reina Ana¹², la primera norma de *copyright* en la historia, estableció las reglas bajo las cuales se buscaban proteger los derechos exclusivos que allí mismo se le atribuían a los “autores o propietarios” de los libros¹³. Después de todo, las

¹¹ Cfr. J. LOCKE, *Memorandum to Edward Clarke*, citado por M. ROSE, *Authors and Owners. The Invention of Copyright*, Harvard University Press, 1993, 32 y ss. Un estudio detallado de este memorándum y de la posición de LOCKE frente a la ley que se discutía en el parlamento se puede ver en: J. HUGHES, "Locke's 1694 Memorandum (and More Incomplete Copyright Historiographies)", *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal* 27, no. 3 (2010) 555, 555 y ss. Un recuento de la forma como la amistad entre LOCKE y CLARKE —miembro del Parlamento para la época— influyó en los borradores iniciales del Estatuto de la reina Ana se puede leer en el primer capítulo de R. DEAZLEY, *On the origin of the right to copy: charting the movement of copyright law in eighteenth-century Britain (1695 - 1775)*, Hart, Oxford, 2004, 1-10. Texto del memorándum se puede encontrar en L. P. KING, *The Life of John Locke*, H. Colburn & R. Bentley, Londres, 1830, (versión digital disponible en Google Books).

¹² “An Act for the Encouragement of Learning, by vesting the Copies of Printed Books in the Authors or purchasers of such Copies, during the Times therein mentioned”.

¹³ Sin embargo, el Estatuto incluía una expresa referencia al conocimiento y la educación como elementos de interés público que se buscaban satisfacer mediante el establecimiento de un derecho exclusivo (*sole right*) a favor de los creadores de obras. Así, se ha entendido que cuando en el Estatuto se expresaba que éste era promulgado para el “fomento de la educación” (*encouragement of learning*), se estaba proponiendo un argumento teleológico hacia el que debía tender el derecho exclusivo que se otorgaba al autor de una obra (*by vesting...*). Sin embargo, las buenas intenciones del enunciado reflejan muy poco las reales tensiones existentes para la época entre los autores de obras y los editores (o impresores) que las publicaban. Estos últimos pretendían que se asegurara su monopolio para publicar, mientras que los primeros buscaban que dicho monopolio estuviera limitado en el tiempo. Sobre esto último, ver: A. R. MILLER y M. H. DAVIS, *Intellectual Property*, 4a ed., Thomson-West, St. Paul, Minnesota, 2007, 285-286.

ideas de LOCKE terminaron influyendo, de manera importante, en la configuración de ese nuevo derecho de reproducción o *copyright*, especie de propiedad según el Estatuto¹⁴, en cabeza de los creadores o de aquellos a quienes les vendieran sus derechos¹⁵.

En todo caso, en el cuerpo del Estatuto no se hizo referencia explícita a lo que hoy denominamos excepciones y limitaciones (*exceptions and limitations*) o, a lo que más adelante, en la misma Inglaterra, recibiría el nombre *fair dealing*. Como ocurre con otras instituciones del *common law*, los conceptos básicos del *fair dealing* inglés y del *fair use* norteamericano se construyeron inicialmente en la jurisprudencia (*case law*) y sólo después fueron incorporados en la legislación correspondiente. Así, por ejemplo, en la jurisprudencia inglesa a partir de 1740 (treinta años después de ser promulgado el Estatuto de la reina Ana) se pueden encontrar distintas decisiones, con cierta unidad de criterio y cohesión, sobre la posibilidad de que la obra de un determinado

¹⁴ En el contexto del Estatuto, el carácter de “propietario” (*proprietor*) se atribuía a aquellos que adquirirían el derecho de publicar una obra, durante el tiempo establecido por la norma, es decir, catorce años a partir de la primera fecha de publicación.

¹⁵ En los considerandos del Estatuto se dejó plasmado el interés por acabar con las prácticas de piratería o reproducción no autorizada de libros que ya eran frecuentes por aquella época. Para los redactores del Estatuto, estas prácticas afectaban tanto a autores como a propietarios de las obras, llegando a causar su “ruina y la de sus familias”. Según DAVIES, una de las causas de la piratería residía en la forma como la *Stationers Company* venía explotando el negocio editorial, que había llevado a la escasez de libros, que se vendían a precios excesivamente altos. Cfr. G. DAVIES, *Copyright and the Public Interest*, 11. Se ha afirmado que LOCKE no solamente influyó el *copyright* inglés, sino, también, a pensadores franceses como DIDEROT, que habrían de ejercer un gran influjo en la Revolución Francesa, en la correspondiente abolición de los privilegios y la configuración del derecho de autor en la Europa continental: Cfr. J. MARCO MOLINA, “Bases históricas y filosóficas del derecho de autor”, *Anuario de Derecho Civil* (1994) 121-208, 130-131.

autor pudiera ser utilizada por otro, sin el previo consentimiento del primero¹⁶. Durante este periodo, los jueces acuñaron inicialmente el término *fair abridgment* para calificar como ajustada a derecho la utilización de una obra en la confección de otra que la condensaba o resumía, sin la autorización previa del autor original¹⁷. Para los tribunales, seguramente influenciados por las ideas del pragmatismo y el utilitarismo difundidas para la época, era claro que al permitirse la utilización de la primera obra para generar una segunda, se estaría cumpliendo con uno de los objetivos básicos previstos en el Estatuto de la reina Ana: “*encourage ... learned men to compose and write useful books*”¹⁸. Se evidencia entonces que, dentro del espíritu de la primera norma de *copyright*, la limitación de los derechos de los autores era algo deseable, cuando con ello se obtenía un beneficio social superior, como era la producción de “libros útiles”.

¹⁶ Cfr. W. F. PATRY, *The fair use privilege in copyright law*, 2da. ed., Bureau of National Affairs, Washington D.C., 1995, 3.

¹⁷ *Ibid.* PATRY afirma que, sin embargo, en algunos casos resueltos por los tribunales ingleses el uso no se justificaba porque existiera un supuesto derecho del público a acceder a la obra del primer autor, sino porque el público se beneficiaba indirectamente de la creación de la segunda obra.

¹⁸ Por ejemplo, en el caso de 1740 *Gyles v. Wilcox*, 2 Atk. 141, 143 (1740) (No. 130), al decidir sobre la eventual infracción al *copyright* en un tratado legal, Lord Chancellor Hardwicke estableció unos criterios claros para determinar la existencia de un *fair abridgement*. En todo caso, en este periodo los jueces ingleses también se enfrentaron a casos en los que la discusión no se centraba en un *abridgement* sino en otros usos de una obra protegida. Así, en el caso *Cary v. Kearsley*, 4 Esp. 168 (1803) se ha visto un antecedente del *fair use* cuando Lord Ellenborough, al decidir sobre la utilización de información contenida en un libro sobre caminos y carreteras en la escritura de otro libro sobre un tema similar, consideró que ello podía hacerse para la promoción de la ciencia: “*That part of a work of one author is found in another, is not itself piracy, or sufficient to support an action; a man may fairly adopt part of the work of another; he may so make use of another's labours for the promotion of science, and the benefit of the public. ... While I shall think myself bound to secure in every man the enjoyment of his copyright, one must not put manacles on science.*”

2. “LA ENERGÍA DEL INTERÉS Y EL FUEGO DEL INGENIO”: LOS CAMINOS DEL *COPYRIGHT* EN LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA

Tanto las ideas liberales como las utilitaristas terminaron influyendo decisivamente en la protección de la propiedad intelectual consagrada en la Constitución de los recién conformados Estados Unidos de América. En dicha norma se otorgó una serie de poderes generales al Congreso para establecer impuestos, acuñar moneda, declarar la guerra y “para promover el progreso de la ciencia y de las artes útiles, asegurando a los autores y a los inventores el derecho exclusivo, por plazos limitados, sobre sus respectivos escritos y descubrimientos”¹⁹. De la lectura de esta “cláusula de propiedad intelectual”, como se le suele denominar, se ha inferido que los constituyentes norteamericanos quisieron proteger las nuevas creaciones en la medida que dicha protección causara el mayor beneficio posible para la sociedad. En otras palabras, teniendo presente un fin o propósito, esto es, el progreso de la ciencia²⁰ y de las artes útiles,

¹⁹ Artículo (*section*) 8 de la primera parte. Nótese además que el autor de la primera enmienda (donde se consagra la libertad de expresión) y de la cláusula de *copyright* en la Constitución fue James MADISON quien, al referirse a la misma, afirmó que “*the public good fully coincides in both cases [autores e inventores] with the claims of individuals*”, proponiendo entonces la necesidad de compaginar estos dos intereses. Cfr. W. F. PATRY, *The fair use privilege in copyright law*, 575 y L. E. SELTZER, *Exemptions and Fair Use in Copyright: the Exclusive Rights Tension in the 1976 Copyright Act*, Harvard Press, Cambridge, 1978, 10.

²⁰ DAVIES sostiene que el término *science* equivalía a *knowledge* o *learning* en la forma como lo mencionaba el Estatuto de la reina Ana: G. DAVIES, *Copyright and the Public Interest*, 5. En el mismo sentido, WALTERSCHEID, citando a SEIDEL, a COHEN y a JOHNSON, afirma que en el siglo XVIII el término *science* tenía ese equivalente: E. C. WALTERSCHEID, *The Nature of the Intellectual Property Clause: A Study in Historical Perspective*, William S. Hein & Co., Buffalo, NY, 2002, 125-126.

se señaló el medio o mecanismo que sería utilizado para lograrlo, es decir, la garantía de los derechos exclusivos de autores e inventores por un plazo cierto²¹.

La concepción estadounidense de propiedad intelectual, tal como quedó plasmada en su constitución, se valió, entonces, del argumento individualista-liberal de la exclusividad de unos derechos en cabeza de los creadores, adicionándole unos propósitos relacionados con los beneficios sociales que se procuraban con la atribución de tales derechos²². Y es que, a diferencia de las teorías individualistas, las utilitaristas —en boga para la época— partían de la necesaria interacción entre los distintos miembros de la sociedad, para el ejercicio de sus derechos. Así, la propiedad se entendía protegida y fundamentada en los acuerdos tácitos y consuetudinarios mediante los cuales se buscaba evitar las interferencias en el pacífico disfrute de las posesiones de unos y otros, facilitando de esa manera la

²¹ Cfr. L. E. SELTZER, *Exemptions and Fair Use in Copyright: the Exclusive Rights Tension in the 1976 Copyright Act*, 8. El autor resume los elementos centrales de la norma referida así: 1) el propósito del *copyright* es beneficiar a la sociedad, 2) el mecanismo para conseguir este propósito es económico, 3) el instrumento de la sociedad para lograr este propósito es el autor. Por otro lado, sobre esta cláusula se expresó el presidente Lincoln afirmando que con ella se agregaba "(...) *la energía del interés al fuego del genio, en la producción de cosas nuevas y de utilidad*": M. NOVAK, *El fuego de la inventiva y la energía del interés: sobre la propiedad intelectual*, Fundación República para una Nueva Generación, Buenos Aires, 1997, 25.

²² Es generalizada la posición de la doctrina según la cual el régimen estadounidense de propiedad intelectual está sustentado en una filosofía utilitarista y de incentivos. Ver, por ejemplo, A. D. MOORE, "A Lockean Theory of Intellectual Property", *Hamline Law Review* 21 (1997) 65, 65; R. E. SCHECHTER y J. R. THOMAS, *Intellectual property : the law of copyrights, patents, and trademarks*, Thomson/West, St. Paul, Minnesota, 2003, 18; R. P. MERGES, P. S. MENELL y M. A. LEMLEY, *Intellectual property in the new technological age*, 10-11.

convivencia de los asociados²³. Al trasladar esta perspectiva utilitarista al ámbito de la propiedad intelectual, ella se materializó en la concesión de incentivos (derechos exclusivos) a los creadores con los que se pretendía fomentar una mayor producción científica y cultural, que redundaría en beneficio de toda la sociedad²⁴. De ahí que, para que se cumplieran los fines antedichos, era necesaria la introducción de otros medios legítimos que permitieran equilibrar los derechos de los creadores con los intereses de la sociedad, siempre tratando de obtener el mayor beneficio o utilidad posible para las partes comprometidas.

En la práctica, el sistema estadounidense de limitaciones al *copyright*, con el *fair use* a su cabeza, fue edificado sobre la interpretación judicial de los estatutos correspondientes por parte de juristas influenciados por teorías liberales y utilitaristas. Aunque ya los jueces ingleses de los siglos XVII y XVIII habían formulado algunos principios iniciales sobre la materia, fue un juez norteamericano, el juez Joseph STORY, quien en el caso *Folsom v. Marsh*²⁵ consolidó por primera vez los principios y reglas enunciados en las decisiones inglesas y expuso los fundamentos de la doctrina del *fair use* sobre los que habrían de cimentarse las futuras decisiones y leyes²⁶, consolidándose de esa manera cuatro

²³ Cfr. M. SENFTLEBEN, *Copyright, limitations and the three-step test: An Analysis of the Three-step Test in International and EC Copyright Law*, Kluwer Law International, La Haya, 2004, 12.

²⁴ Esta concepción se ha utilizado para justificar distintas decisiones en materia de propiedad intelectual, dentro de las cuales una representativa es: *Mazer v. Stein* 347 U.S. 201 (1954).

²⁵ *Folsom v. Marsh*, 9 F. Cas. 342 (C.C.D. Mass. 1841) (No. 4,901).

²⁶ PATRY afirma, además, que fue tal la relevancia de la doctrina recogida por el Juez STORY que los tribunales ingleses la usaron con posterioridad en sus propias decisiones. Cita como ejemplo *Scott v. Stanford*, L.R. 3 Eq. 718, 722 (1867). Cfr. W. F. PATRY, *The fair use privilege in copyright law*, 3. Sin embargo,

criterios o factores en los que debía sustentarse el uso leal de una obra protegida. Estos factores, de claro corte utilitarista, fueron finalmente incluidos en el artículo (*section*) 107 de la *Copyright Act* de 1976, en donde se expresa que puede hacerse un uso leal (*fair use*) de una obra, para propósitos tales como crítica, comentario, reporte de noticias, enseñanza (incluyendo copias múltiples para el uso en el aula de clase), erudición o investigación, sin que tal uso implique la infracción al *copyright*. Para determinar si un uso en particular es justo (*fair*), se deben evaluar los siguientes factores: (1) el propósito y el carácter del uso, incluyendo si tal uso es de naturaleza comercial o si es para propósitos educativos sin ánimo de lucro; (2) la naturaleza de la obra protegida; (3) la cantidad y sustancialidad de la porción usada respecto de la obra protegida en su totalidad; y (4) el efecto del uso sobre el mercado potencial o sobre el valor de la obra protegida. Los criterios del *fair use* han sido interpretados y explicados, conjunta y separadamente, por la jurisprudencia norteamericana que, paso a paso, ha ido construyendo un juicio de razonabilidad en materia de propiedad intelectual, como se explicará en posteriores capítulos de este trabajo.

REESE afirma que aunque hoy en día recordamos el caso *Folsom* por haber delineado el alcance del *fair use* y de las limitaciones que implicaba, lo que en realidad representó en su momento fue una expansión significativa de la protección que otorgaba el *copyright* a la obra de un autor: R. A. REESE, "The Story of *Folsom v. Marsh*: Distinguishing Between Infringing and Legitimate Uses" en J. C. GINSBURG and R. C. DREYFUSS (ed.), *Intellectual Property Stories*, Foundation Press, New York, 2006, 259-97, 260.

3. "LA MÁS SAGRADA Y PERSONAL DE LAS PROPIEDADES": LA CARACTERIZACIÓN Y DESARROLLO DEL *DROIT D'AUTEUR* FRANCÉS

Tradicionalmente se ha afirmado que el sistema de *droit d'auteur* francés, desde su mismo origen —después de haber sido suspendidos todos los privilegios por la Asamblea Constituyente en medio de la Revolución Francesa²⁷—, se centró en los derechos del creador de la obra, considerados ellos como de carácter natural²⁸, sagrado e inviolable. Esta afirmación se sustenta generalmente en lo expresado por LE CHAPELIER en el reporte que presentó ante la Asamblea Constituyente para la aprobación del

²⁷ LALIGANT considera que, ante la abolición de los privilegios, era necesario definir la forma como habrían de protegerse los intereses de todos aquellos que antes estaban cubiertos por los privilegios y que la forma como fue definido el derecho de autor fue consecuencia del principio de libertad, que le permite a toda persona expresarse sin el permiso de nadie, y de justicia, que exige que todo trabajo esté debidamente remunerado: O. LALIGANT, "La Révolution Française et le droit d'auteur ou perennité de l'object de la protection", *Revue Internationale du Droit d'Auteur [RIDA]* 147 (1991), 3-5. Sobre la existencia de privilegios en Francia, las discusiones entre libreros de París y libreros de provincia y la influencia de juristas como D'HERICOURT y pensadores como DIDEROT (ambos representando los intereses de los libreros de París), ver: M. C. DOCK, "Genèse et évolution de la notion de propriété littéraire", 187-197; C. COLOMBET, *Propriété Littéraire et artistique et droit voisins*, 8a. ed., Dalloz, París, 1997, 2-3.

²⁸ MARCO MOLINA considera que la tesis iusnaturalista para calificar la propiedad del autor no es un rasgo exclusivo del derecho francés sino que se puede calificar de un elemento común en el derecho europeo, por lo menos hasta finales del siglo XVIII: J. MARCO MOLINA, "Bases históricas y filosóficas del derecho de autor", 132. Sin embargo, DAVIDSON considera que no se debe confundir el concepto de derecho natural previsto en el derecho de autor francés (más referido a la personalidad del autor) con el del copyright anglo-americano (con más énfasis en la propiedad): B. DAVIDSON, "Lost in Translation: Distinguishing between French and Anglo-American Natural Rights in Literary Property, and How *Dastar* Proves that the Difference Still Matters", *Cornell Intellectual Property Law Journal* 38 (2005) 583-623, 620-623.

Decreto de 1791²⁹, que constituyó la primera norma de derecho positivo en la que se materializaron los derechos exclusivos del autor en Francia³⁰. A partir de éste y otros antecedentes históricos, los estudiosos del sistema afirman que el mismo se ha distinguido fundamentalmente del *copyright* porque no se encuentra basado en consideraciones utilitaristas, como las que caracterizan a éste último³¹.

Sin embargo, al citar el famoso pasaje de LE CHAPELIER, se suele ignorar lo expresado a renglón seguido en el mismo discurso. En efecto, después de haber calificado el fruto del pensamiento de un escritor como la más sagrada y personal de la propiedades, el político francés aclaró que, en todo caso, esta

²⁹ "(...) *la plus sacrée et la plus légitime, la plus inattaquable et la plus personnelle de toutes les propriétés*". Citado por A. KEREVER, "Révolution Française et droit d'auteur", *Revue Internationale du Droit d'Auteur [RIDA]* 141 (1989), 3. DOCK considera que las expresiones utilizadas por LE CHAPELIER hicieron eco de las que habían sido utilizadas en el preámbulo de la primera ley de *copyright* del Estado de Massachusetts (EE.UU.) del 17 de marzo de 1789: "no existe propiedad más particular al hombre que aquella que es producto del trabajo de su mente": M. C. DOCK, "Genèse et évolution de la notion de propriété littéraire", 204-205.

³⁰ Cfr. M. VIVANT, "Le Droit d'Auteur, un Droit de l'Homme?", 62. El autor también cita las palabras que dirigió LAKANAL en un informe a la Convención, haciendo eco de lo dicho por LE CHAPELIER: "De todas las propiedades, la que es menos susceptible de ser discutida, aquella cuyo aumento no puede ni dañar la igualdad republicana, ni hacer sombra a la libertad, es sin duda la de las producciones del ingenio; y si hay algo de que sorprenderse, es de que haya sido necesario reconocer esa propiedad, garantizar su libre ejercicio por una ley positiva".

³¹ Ver, por ejemplo, A. LUCAS y P. CÁMARA, "Por una interpretación razonable de la regla de los tres pasos", *Pe.i. revista de propiedad intelectual* 33 (2009) 13-37, 22-23. Los autores citan además a DESBOIS, inspirador de la ley francesa de 1957, al afirmar que en Francia siempre se ha rechazado la idea de que las obras se protegen "en virtud de consideraciones de oportunidad, a fin de estimular la actividad literaria y artística"[en la obra de DESBOIS citada en la nota 49 *infra*, § 449].

propiedad era muy diferente a otras clases de propiedad ya que, cuando el autor divulgaba su obra, la estaba asociando con el público o, mejor, estaba transmitiendo dicha obra, en su totalidad, al público que la leía³². Con base en la revisión de este y otros documentos relevantes en la génesis del *droit d'auteur*, algunos autores han afirmado que este sistema tuvo origen y propósitos similares al de *copyright*, es decir, que nació como un instrumento jurídico con un claro contenido económico³³ en el cual, además, se percibe el interés por fomentar la transmisión del conocimiento a los miembros de la sociedad³⁴ y se protegen las obras sin

³² Precisamente, recientes estudios han aclarado que la caracterización que hace LE CHAPÉLIER de la propiedad literaria como la "más personal y sagrada" se refiere a las obras inéditas, a aquellas que no han sido divulgadas y que, por lo tanto, no han sido apropiadas por el público. Cfr. A. KEREVER, "Révolution Française et droit d'auteur", 3; J. A. PABÓN, "Aproximación a la historia del derecho de autor", 78; J. C. GINSBURG, "A Tale of Two Copyrights: Literary Property in Revolutionary France and America", *Tulane Law Review* 64, no. 5 (1990) 991-1031, 1007. La idea de la vinculación de la obra con el público se puede encontrar en otros autores franceses del siglo XIX, como VÍCTOR HUGO en su discurso del 21 de junio de 1878 en el Congreso Literario Internacional, citado en la sentencia de Corte de Apelaciones de París del 31 de marzo de 2004 (caso "Les Misérables").

³³ Cfr. A. KEREVER, "Révolution Française et droit d'auteur", 4; J. C. GINSBURG, "A Tale of Two Copyrights: Literary Property in Revolutionary France and America", 1014; D. BÉCOURT, "La Revolución Francesa y el derecho de autor: por un nuevo universalismo", *Boletín de derecho de autor - Unesco XXIV*, no. 4 (1990) 4-13, 6; M. SENFTLEBEN, *Copyright, limitations and the three-step test: An Analysis of the Three-step Test in International and EC Copyright Law*, 9; P. CÁMARA, *El derecho moral del autor*, Comares, Granada, 1998, nota al pie núm. 2. Sobre la configuración del derecho de autor como un instrumento económico, ver además artículo de A. M. PÉREZ GOMÉZ TÉTREL, "El análisis económico del derecho de autor y del copyright, un estudio del equilibrio entre los intereses público y privado", *La Propiedad Inmaterial* 10-11 (2006-2007) 3-22, 10.

³⁴ En realidad, el carácter personalista del *droit d'auteur* se fue construyendo en la jurisprudencia francesa del siglo XIX y estuvo claramente influenciado por los estudios que se realizaron en Alemania, a partir del pensamiento de KANT y HEGEL, según se verá en el siguiente acápite. Para una

consideración a su carácter estético³⁵. Incluso, hay quienes van más lejos y afirman que el *copyright* estadounidense fue consagrado con un carácter más personalizado que el Derecho de autor plasmado en los decretos revolucionarios, ya que el primero se entendía como un derecho sin restricción, mientras que el presentado por LE CHAPELIER se atribuía inicialmente al público que, por ende, se apropiaba de la obra, al tiempo que era necesario reconocerle al autor algún fruto por su trabajo³⁶.

En todo caso, los elementos más importantes de la forma como fue consagrado el derecho del autor en los mencionados decretos se refieren al carácter subjetivo del mismo, que le otorga al creador facultades sobre su obra, y a la asimilación de éste con el de propiedad. Sobre la caracterización como derecho de propiedad (*propriété littéraire*), se ha dicho que ella obedeció, sobre todo, a la necesidad de tomar distancia de la institución de los privilegios, típica de la monarquía contra la cual se habían rebelado, al tiempo que se afirmaba el poder del autor sobre su obra, equiparándolo con el derecho sobre las cosas por antonomasia, esto es, el de propiedad³⁷. Antes que una elaboración jurídica, se trató, al menos inicialmente, de una reivindicación política, que permitió salvar los obstáculos para el reconocimiento positivo de un derecho, en cabeza de los autores,

explicación más detallada, ver D. STENGEL, "La Propiedad intelectual en la filosofía", *La Propiedad Inmaterial* 8 (2004) 71-106, 84 y ss.

³⁵ Cfr. O. LALIGANT, "La Révolution Française et le droit d'auteur ou perennité de l'object de la protection", 16 y ss.

³⁶ Cfr. A. KEREVER, "Révolution Française et droit d'auteur", 4.

³⁷ Cfr. J. MARCO MOLINA, "Bases históricas y filosóficas del derecho de autor", 132-134.

que tenía un gran parecido con los privilegios y monopolios³⁸ por cuya desaparición se abogaba³⁹.

En las décadas posteriores a la expedición de los decretos que dieron origen al derecho de autor en la Francia revolucionaria, se puede encontrar evidencia de las posiciones encontradas que existían sobre la naturaleza de estos derechos y sobre su duración⁴⁰. Así, el reporte del denominado Comité ROCHEFOUCAULD⁴¹ afirmaba que, mientras algunos consideraban que la creación de una obra daba a su autor derechos perpetuos para explotarla y disponer de ella (de manera similar a la propiedad física), otros veían en la publicación de ideas un homenaje a la sociedad, que se convertía en propietaria de la obra,

³⁸ VIVANT llama la atención sobre la crítica que se ha hecho a la configuración de la propiedad intelectual como un monopolio, un contrasentido cuando quienes la idearon fueron los representantes de la "opción hiperliberal" como era el caso de los líderes de la Revolución: M. VIVANT, "Le Droit d'Auteur, un Droit de l'Homme?", 81.

³⁹ Sobre la utilización, como fórmula política o "de combate", de la institución de la propiedad para caracterizar el derecho sobre las creaciones intelectuales véase, entre otros: J. MARCO MOLINA, "Bases históricas y filosóficas del derecho de autor", 134; A. SÁNCHEZ HERRERO, *El contenido patrimonial del derecho de obtentor*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2007, § 3.1.1. GONZÁLEZ LÓPEZ considera que al relacionar el Derecho de autor con el de propiedad se buscaba reconocerle las mismas características que habían sido reconocidas respecto de este mismo Derecho en la Declaración de Derechos de 1789, principalmente sus notas de inviolabilidad y sacralidad: M. GONZÁLEZ LÓPEZ, *El derecho moral del autor en la ley española de propiedad intelectual*, Marcial Pons, Madrid, 1993, 45.

⁴⁰ DOCK menciona cómo los autores se opusieron al Decreto de 1793, por cuanto exigían que se les protegiera perpetuamente. Aunque no lograron este propósito, si consiguieron, mediante una ley de 1810 (a la que se le ha asociado con el nombre de Napoleón, según DE SANCTIS), una extensión del término de protección, de diez a veinte años: M. C. DOCK, "Genèse et évolution de la notion de propriété littéraire", 201.

⁴¹ *Commission de la propriété littéraire* (1826), que fue presidida por el Vizconde de la ROCHEFOUCAULD.

pero al mismo tiempo debía indemnizar al creador otorgándole ciertas prerrogativas⁴². Estos conceptos fueron evolucionando en la jurisprudencia francesa del siglo XIX, especialmente en lo atinente al origen de la protección otorgada al autor y al derecho moral —extra-patrimonial— que le correspondía por razón de su creación. En particular, la jurisprudencia y la doctrina fueron delineando una serie de prerrogativas que permitían defender la atribución o paternidad de la obra y su integridad, en cuanto tales características estaban esencialmente ligadas a la labor creativa y a la personalidad del autor⁴³.

Entre los precedentes jurisprudenciales más relevantes en materia de derechos morales, se cita el del Tribunal Civil de Seine de 1814 en el que se reconoció el derecho del autor a mantener la integridad de la obra y oponerse al editor cuando éste pretendiera cambiar la sustancia de la obra, causando perjuicio a su reputación⁴⁴. Asimismo, el fallo de la Corte de Apelaciones de París de 1828 en el que se le reconoció al autor la facultad de oponerse a la divulgación y explotación de sus obras⁴⁵ y la decisión de la Corte de Lyon de 1845, que reconoció amplias facultades en cabeza del autor para hacer correcciones a su obra y para decidir la forma de publicación⁴⁶. Sin embargo, el derecho moral del autor fue reconocido tardíamente por el legislador, en la

⁴² Cfr. G. DAVIES, *Copyright and the Public Interest*, 149.

⁴³ Cfr. D. LIPSZYC, *Derecho de autor y derechos conexos*, 37; D. BÉCOURT, "La Revolución Francesa y el derecho de autor: por un nuevo universalismo", 7.

⁴⁴ Sentencia del 17 de agosto de 1814, RENOARD citado por P. CÁMARA, *El derecho moral del autor*, 4.

⁴⁵ Sentencia del 11 de enero de 1828, citada por S. STRÖMHOLM, *Le droit moral de l'auteur en droit Allemand, Français et Scandinave*, Tomo I, P.A. Norstedt & Söners förlag, Estocolmo, 1967, 118.

⁴⁶ Sentencia del 17 de julio de 1845, citada por *ibid.* 120.

ley de 1957⁴⁷, en donde además se optó por recoger una concepción dualista del derecho de autor como se verá más adelante.

Así, con el desarrollo jurisprudencial en el siglo posterior a la Revolución⁴⁸, en los albores del siglo XX ya existía una doctrina consistente en relación con el origen legal de los derechos de autor, la duración limitada de tales derechos y la existencia del derecho moral en cabeza de los creadores⁴⁹. Sin embargo, las excepciones a los derechos de los autores tuvieron un tímido tratamiento en esa misma jurisprudencia y no es sino hasta finales de siglo XIX e inicios del siglo XX que las cortes se pronunciaron oficialmente sobre la posibilidad de restringir los derechos de los autores para permitir la satisfacción de otros intereses socialmente importantes, como el uso de citas con fines de crítica o para soportar o controvertir un argumento, o la utilización de fragmentos para la enseñanza en las escuelas⁵⁰. Los conceptos contenidos en las decisiones judiciales fueron finalmente plasmados en la ley de 1957, en donde se reafirmó la centralidad de la figura del creador y se le reconocieron los denominados derechos morales. Sin embargo, esta norma también consagró una serie de limitaciones, expresas y detalladas, en línea con la

⁴⁷ Cfr. A. KEREVER, "Révolution Française et droit d'auteur", 4.

⁴⁸ Hasta la expedición de la ley de 1957, el desarrollo del Derecho de autor provino, más que de las normas escritas, de la constante elaboración jurisprudencial: V. DE SANCTIS, "Le développement et la consecration internationale du droit d'auteur", *Revue Internationale du Droit d'Auteur [RIDA]* 79 (1974) 207, 211.

⁴⁹ Cfr. H. DESBOIS, *Le Droit d'Auteur en France*, 3ra. ed., Dalloz, París, 1978, 260-262, 469-471.

⁵⁰ Cfr. Sentencia de la Corte Civil de Seine de 11 de marzo de marzo de 1897 y Sentencia de la Corte de París del 22 de marzo de 1928, respectivamente, las dos citadas por G. DAVIES, *Copyright and the Public Interest*, 144.

concepción defendida en el *droit d'auteur*, según la cual las excepciones y limitaciones a los derechos exclusivos de los autores deben estar siempre sujetas a *numerus clausus*⁵¹.

Durante varios años, la legislación francesa sólo contempló unas pocas excepciones en el artículo 41 de la mencionada ley, lo que ha sido interpretado como una muestra de la cultura del derecho de autor en Francia, particularmente protectora de los derechos de los autores⁵². Sin embargo, el abanico de excepciones se fue ampliando en las décadas posteriores, en la medida que el antedicho artículo 41 de la ley de 1957 fue modificado en 1985, incorporado al *Code de la Propriété Intellectuelle* (art. 122-5), en conjunto con otros artículos sobre el mismo tema, y

⁵¹ Artículo 41. *Lorsque l'oeuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire :*

1° Les représentations privées et gratuites effectuées exclusivement dans un cercle de famille ;

2° Les copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective, à l'exception des copies des oeuvres d'art destinées à être utilisées pour des fins identiques à celles pour lesquelles l'oeuvre originale a été créée ;

3° Sous réserve que soient indiqués clairement le nom de l'auteur et la source :

Les analyses et courtes citations justifiées par le caractère critique, polémique, pédagogique, scientifique ou d'information de l'oeuvre à laquelle elles sont incorporées ;

Les revues de presse ;

La diffusion, même intégrale, par la voie de la presse ou de la télédiffusion, à titre d'information d'actualité, des discours destinés au public prononcés dans les assemblées politiques, administratives, judiciaires ou académiques, ainsi que dans les réunions publiques d'ordre politique et les cérémonies officielles ;

4° La parodie, le pastiche et la caricature, compte tenu des lois du genre.

⁵² Cfr. A. L. LUCAS y H.-J. LUCAS, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, 3ra. ed., LexisNexis, París, 2006, 256.

posteriormente reformado de conformidad con las disposiciones de la Directiva Europea que, entre otras disposiciones, consagró una versión adaptada del *three-step test* y un listado exhaustivo de las excepciones que los Estados Miembros podrían adoptar en sus legislaciones internas⁵³.

4. LA METAFÍSICA DEL DERECHO DE AUTOR: FUNDAMENTO NATURAL E INTERÉS PÚBLICO EN EL SISTEMA AUTORAL ALEMÁN

En Alemania imperó el sistema de privilegios desde que existió la posibilidad de reproducir las obras mediante el uso de la imprenta, lo que suponía la autorización del soberano para configurar mecánicamente, multiplicar y distribuir copias del manuscrito original, sobre el cual se entendía que existía propiedad material por parte del autor⁵⁴. En todo caso, entre la última parte del siglo XVII y el final del siglo XVIII se presentaron varios intentos por definir la naturaleza del derecho del autor y su fundamento. Así, en un informe de 1690 en el que se criticaba el carácter jurídico del privilegio, se indicaba que “el derecho natural, la razón misma invita a cada uno a no tomar lo que no le pertenece”⁵⁵. De igual manera, doctrinantes como GUNDLIG y PÜTTER abogaron por la existencia de un verdadero derecho del

⁵³ Versión actualizada del *Code de la Propriété Intellectuelle* se puede consultar en el sitio oficial de información jurídica: www.legifrance.gouv.fr.

⁵⁴ J. CAVALLI, *Génesis del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas del 9 de septiembre de 1886*, (Traducido por J. D. CASTRO-GARCÍA), Dirección Nacional de Derecho de Autor, Bogotá, 2006, 24-31.

⁵⁵ Citado por M. C. DOCK, “Genèse et évolution de la notion de propriété littéraire”, 201 y J. CAVALLI, *Génesis del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas del 9 de septiembre de 1886*, 31. La afirmación fue hecha por Adrian BEIER en los siguientes términos “*Das natürliche, die Vernunft weiset einen jeden an, liegen zu Lassen, was nicht sein ist.*”

autor sobre su obra, como consecuencia del trabajo y el conocimiento invertidos en su producción, por lo que consideraban que a él debía reconocérsele su propiedad y la facultad exclusiva de autorizar su reproducción⁵⁶.

Otras fuentes afirman que en Alemania predominó, hasta finales del siglo XVIII, la concepción según la cual una obra era tan sólo el medio como se transmitían ideas que se encontraban en el dominio público, por lo que a dicha obra se hacía extensivo dicho carácter. En este sentido, el único estímulo al que tenía derecho el autor era a percibir un honorario ("*honorarium*") de forma paralela a los privilegios que detentaban los editores para la publicación y distribución de libros, sobre los cuales ejercían un derecho de propiedad⁵⁷. Sin embargo, en la transición del siglo XVIII al XIX se comenzó a considerar que la piratería de libros se trataba más de un ataque a la personalidad del autor que al derecho de propiedad del editor. Esta tendencia se consolidó con las ideas desarrolladas por filósofos como KANT y HEGEL que

⁵⁶ Cfr. J. CAVALLI, *Génesis del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas del 9 de septiembre de 1886*, 31. El autor cita además lo sucedido a GOETHE cuando intentó solicitar la protección de sus escritos a los representantes de la Confederación germánica y cómo, ante la negativa de éstos, manifestó su inconformidad por el hecho de que se desconocieran los derechos que debían otorgarse a los autores como contraprestación a los bienes que entregaba a la sociedad. Para el gran escritor alemán, el derecho del autor estaba justificado en la actividad intelectual, así como lo estaba cualquier otro trabajo.

⁵⁷ Cfr. M. WOODMANSEE, "The Genius and the Copyright: Economic and Legal Conditions of the Emergence of the 'Author'", *Eighteenth-Century Studies, Special Issue: The Printed Word in the Eighteenth Century* (1984), 434. De acuerdo con la autora, la noción de que la propiedad puede recaer tanto sobre objetos físicos como incorporeales tardó en ser entendida en Alemania e insinúa que en ello pudo haber influido las predicaciones de Martín Lutero según las cuales el conocimiento era dado por Dios por lo que debía ser transmitido libremente.

calificaban las obras como extensiones de la personalidad del autor⁵⁸.

Así, por ejemplo, en sus *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*, KANT definió el libro como un escrito que incorpora un discurso que se transmite al público mediante el lenguaje o el vehículo mediante el cual el autor habla al público, aclarando que el escrito no es el signo inmediato de una idea —como sucede con ciertas representaciones gráficas— sino la forma como el autor se dirige al público o le presenta un discurso. Para el precursor del idealismo alemán, quien publica el escrito en nombre y con la autorización del autor es el editor, por lo que calificó de falsificador a aquél que publica sin el consentimiento del autor, ya que por dicho acto incurriría en un delito, dado que se está presentando como el autor, pero en realidad lo está suplantando. En todo caso, KANT aclaró que aquello que otorga una apariencia de justicia a una conducta que es manifiestamente injusta, como la falsificación o piratería, puede deberse a que el libro se compone de un producto mecánico y tangible —sobre el cual ejerce un derecho real todo poseedor legítimo de un ejemplar— y de un discurso del autor dirigido al público —que no puede ser reproducido públicamente sin la correspondiente autorización del autor— que detenta un derecho personal sobre él. Por lo anterior,

⁵⁸ Cfr. G. DAVIES, *Copyright and the Public Interest*, 181; V. DE SANCTIS, "Le développement et la consecration internationale du droit d'auteur", 213. Este último autor adiciona que ya en 1794 se había reglamentado detalladamente el contrato de edición en el *Landesrecht* prusiano. En contra de la influencia de KANT en la calificación del derecho de autor como un derecho de la personalidad y a favor de establecer las justas proporciones de la influencia este filósofo en el derecho de autor, ver: S. STRÖMHOLM, *Le droit moral de l'auteur en droit Allemand, Français et Scandinave*, 184-195; J. MARCO MOLINA, "Bases históricas y filosóficas del derecho de autor", 159-163.

para el filósofo, la injusticia se presenta cuando se confunden estas dos clases de derechos que recaen sobre la obra⁵⁹.

Por su parte, HEGEL, al tratar de la propiedad, analizó la naturaleza del conocimiento y de los productos del ingenio, para lo cual distinguió entre objetos del espíritu y cosas exteriores. Así, lo primero que se preguntó este reconocido exponente de la dialéctica es si el artista o el letrado se encuentran en posesión jurídica de su arte o de su ciencia, lo que lo lleva a interrogarse si tales objetos pueden calificarse como cosas. Al respecto, consideró que las habilidades, aptitudes y conocimientos del artista y el letrado no tienen dicho carácter mientras permanezcan en el interior (espíritu) del sujeto, aunque si lo adquirirán cuando se exterioricen, por lo que se podrá ejercer un derecho de propiedad sobre ellas⁶⁰. Una vez manifestado exteriormente el producto del espíritu, la cosa resultante podrá ser producida y adquirida por otros, aunque seguirá reflejando, en el caso de la obra de arte, la individualidad de su creador⁶¹. En todo caso, el adquirente de un producto exterior del espíritu (obra), sólo podrá considerarse propietario de la cosa individual, porque la titularidad de la especie universal seguirá estando en cabeza del autor, quien podrá autorizar la multiplicación de la misma. De todas maneras, para HEGEL, el fin de esa obra o producto espiritual consistía en que pudiera ser aprehendido por los otros sujetos, de forma tal que se incorporara a su pensamiento, apropiándose de lo aprehendido hasta el punto tal que se pueda afirmar una especie de derecho sobre la obra. Sin embargo, el filósofo se preguntó

⁵⁹ Cfr. I. KANT, *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*, UNAM, México, 1968, 111-113. Ver un análisis adicional de la concepción de KANT en D. STENGEL, "La Propiedad intelectual en la filosofía", 85-90.

⁶⁰ G. W. F. HEGEL, *Filosofía del Derecho*, 5ta. ed., Editorial Claridad, Buenos Aires, 1968, § 43.

⁶¹ *Ibid.* § 68.

hasta qué punto la persona que repite o réplica los contenidos de una obra —para enseñar o difundir la ciencia— se convertía en propietario de tales contenidos —por la facilidad con la que se puede cambiar la forma de la obra y calificar como propia la derivada— o, por el contrario, incurría en plagio. Sobre el particular, consideró que las leyes que buscan proteger al escritor y al editor cumplen su objetivo en un ámbito muy limitado, por lo que afirmó que el plagio debía ser un tema propio de la honestidad y que, por lo tanto, a ella correspondería refrenarlo⁶².

Las concepciones de los filósofos referidos, con sus referencias a la personalidad del creador, fueron permeando las normas sobre Derecho de autor (dentro de la concepción moderna del término) que comenzaron a ser promulgadas en los distintos Estados alemanes, como la ley prusiana de 1837 que sancionaba las imitaciones fraudulentas⁶³. Estas mismas concepciones influyeron en las leyes que entraron en vigor una vez unificada Alemania como la que, en 1871, entró a regir en todo el Imperio Germánico, que había sido previamente promulgada en 1870 para Alemania del Norte. Precisamente, por la consideración del derecho de autor como un derecho de la personalidad, fundado en el Derecho natural, es que en la misma Alemania, a finales del siglo XIX y principios del XX, se plantearon las principales teorías sobre la naturaleza de las facultades patrimoniales y personales o morales de las que goza el creador de una obra. En particular, ejerció una enorme influencia la teoría de KOHLER, de acuerdo con

⁶² *Ibid.* § 69. Sobre la relación de propiedad y personalidad en la teoría de HEGEL ver: M. J. RADIN, "Property and Personhood", *Stan. L. Rev.* 34 (1981) 957, ; J. HUGHES, "The Philosophy of Intellectual Property", *Georgia Law Journal* 77 (1988) 287, 330 y ss.; D. STENGEL, "La Propiedad intelectual en la filosofía", 94-101.

⁶³ Cfr. V. DE SANCTIS, "Le developpement et la consecration internationale du droit d'auteur", 215.

la cual en el autor confluyen dos derechos diferentes (“*Doppelrecht*”) que deben ser protegidos: el derecho patrimonial, un derecho real *sui generis* por recaer sobre un objeto inmaterial, cuya fuente es la obra, y el derecho personal, conformado por facultades morales, cuya fuente es la personalidad del autor. Por otro lado, GIERKE propuso una teoría según la cual el del autor es un único derecho en el que confluyen tanto sus intereses patrimoniales como los personales. A pesar de esta combinación de intereses, GIERKE consideró que el derecho del autor sería uno de la personalidad, porque al protegerse la relación del autor con su obra se estaría tutelando una condición inherente a su propio ser. La teoría de KOHLER resultó en la que hoy se conoce como dualista y la de GIERKE —con los aportes posteriores de ULMER— en la monista. Mientras que la teoría monista ha influenciado principalmente el derecho alemán, lo propio ha sucedido respecto de la dualista en el derecho francés y en buena parte del mundo⁶⁴.

A la par con la concepción *iusnaturalista*⁶⁵ y personalista del derecho de autor, el sistema jurídico alemán desarrolló el concepto de interés público como herramienta que permitía buscar el equilibrio entre los derechos del creador y los de la sociedad. En particular, es posible encontrar la adopción de

⁶⁴ Cfr. D. LIPSZYC, *Derecho de autor y derechos conexos*, 153-154; P. CÁMARA, *El derecho moral del autor*, 5-7. Sin embargo, DIETZ considera que la verificación de la legislación positiva de países como Francia y Alemania permite constatar que su adscripción a tales teorías no es completamente cierta: A. DIETZ, “The Moral Right of the Author: Moral Rights and the Civil Law Countries”, *Columbia-VLA Journal of Law & the Arts* 19 (1995) 199-227, 206-213.

⁶⁵ Además de los desarrollos teóricos sobre el carácter natural del derecho de autor que se expusieron atrás, en el siglo XX encontramos un precedente relevante en esta materia en el fallo de la Corte Suprema Federal del 18 de mayo de 1955, en donde se afirma que la propiedad del autor sobre su obra no se deriva de la legislación, sino de una propiedad intelectual natural que es simplemente reconocida por el derecho positivo. Citado por G. DAVIES, *Copyright and the Public Interest*, 182.

limitaciones detalladas en las leyes de derecho de autor que han sido expedidas desde 1901, así como consideración especial del interés público en la jurisprudencia sobre derecho de autor del siglo XX⁶⁶. En todo caso, es importante anotar que, desde la promulgación de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, tanto la legislación como la jurisprudencia sobre derechos de autor refleja algunos principios y derechos fundamentales contenidos en dicha carta. En particular, según un sector de la doctrina y la jurisprudencia, los derechos de los autores están incluidos dentro del derecho de propiedad del artículo 14 de la Carta aunque, al mismo tiempo, tales derechos se encuentran sujetos a ciertos deberes y restricciones en nombre del interés público (en el artículo 14 (2)). Adicionalmente, los derechos morales estarían garantizados por referencias a la protección de la personalidad de los artículos 1 y 2⁶⁷. Sin embargo, siguiendo la tendencia general del sistema de derecho autor, la jurisprudencia alemana ha recalado en diversas oportunidades que las limitaciones contenidas en las leyes correspondientes, por tratarse de restricciones a los derechos exclusivos del autor, tienen el carácter de excepciones y por esa razón deben ser interpretadas restrictivamente⁶⁸.

En la actualidad, la ley alemana en esta materia protege expresamente tanto el componente personal como el patrimonial del autor respecto de su obra (art. 11) y consagra un completo

⁶⁶ De acuerdo con los registros de las reuniones de revisión del Convenio de Berna, Alemania defendió la necesidad de incorporar excepciones para uso personal y para uso educativo en las conferencias de Berlín (1908) y Roma (1928) y se opuso a los intentos franceses de limitar estas excepciones en las mismas reuniones: Cfr. *Ibid.* 187-189.

⁶⁷ *Ibid.* 184-185.

⁶⁸ Ver, por ejemplo, sentencia de la Corte Suprema Federal del 3 de abril de 1968, citada por *ibid.* 198-199.

catálogo de limitaciones a los derechos exclusivos del autor (Sección 6), muchas de ellas coincidentes con las previstas en la Directiva europea de 2001 y sustentadas en razones de interés público o bien común (*Gemeinwohl*)⁶⁹.

5. TRAS UNA PROTECCIÓN MÁS ALLÁ DE LAS FRONTERAS: LA INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE AUTOR

En la medida que las obras protegidas en una determinada jurisdicción —bajo un particular sistema jurídico— fueron traspasando las fronteras, se hizo patente la necesidad de contar con instrumentos internacionales que permitieran otorgar una protección extraterritorial, adicional a la local⁷⁰. Después de varias iniciativas⁷¹, el Convenio de Berna se constituyó en el instrumento

⁶⁹ Se puede consultar la versión actualizada de la ley de derecho de autor en el sitio del Ministerio de Justicia alemán: <http://www.gesetze-im-internet.de/urhg/>.

⁷⁰ Los autores y titulares europeos, especialmente los franceses veían con preocupación cómo sus obras eran copiadas en otros países sin su autorización y sin recibir remuneración alguna. Adicionalmente, los ordenamientos locales sobre la materia eran, formalistas, disparejos y, en muchos casos, incompletos. Cfr. J. CAVALLI, *Génesis del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas del 9 de septiembre de 1886*, 11 (prefacio de Joseph VOYAME); C. CHINNI, "The Droit d'auteur versus the economics of Copyright: implications for American law for accession to the Berne Convention", *Western New England Law Review* 14, no. 2 (1992) 145-74, 146.

⁷¹ La necesidad sobre una legislación internacional que otorgara protección a los autores de obras literarias y artísticas llevó a la celebración de un número significativo de tratados bilaterales por parte de países europeos entre 1840 y 1884, y dos más entre España y El Salvador, y España y Colombia, en 1884 y 1885, respectivamente. De igual forma, a partir de 1858 en Bélgica, y posteriormente en París y otras capitales europeas (estos últimos, por impulso de la Asociación Literaria y Artística Internacional - ALAI) se realizaron congresos en los que se discutió la conveniencia de protección internacional para el derecho de autor. Finalmente, los resultados de los congresos se reflejaron en las conferencias diplomáticas, especialmente las de Berna entre

de mayor acogida e impacto internacional, al fijar los mínimos de protección que debían otorgar sus miembros a los autores y demás titulares de derechos. En sus disposiciones se incorporaron los principios y lineamientos básicos sobre la materia, incluyendo el principio de trato nacional, las personas protegidas y los derechos de que gozaba el autor. El articulado del Convenio fue periódicamente adicionado y revisado durante el siglo siguiente⁷², ajustando y ampliando los principios inicialmente acordados.

Las previsiones relacionadas con las limitaciones también fueron evolucionando desde la primera versión del Convenio hasta el Acta de París de 1971, vigente en la actualidad. En efecto, en el texto acordado en 1886 únicamente se incluía una provisión que permitía la reproducción de artículos periodísticos o de publicaciones periódicas difundidos en alguno de los países de la Unión en cualquier otro país integrante de la Unión. Esta utilización sólo era posible hacerla cuando los titulares no la hubiesen prohibido expresamente⁷³. Adicionalmente, dejaba a la discreción de los países de la Unión la posibilidad de que se utilizaran fragmentos para publicaciones destinadas a la enseñanza o para compilaciones con propósitos didácticos⁷⁴. En las posteriores revisiones y adiciones, las limitaciones tuvieron un

1883 y 1886, en donde los distintos Estados estuvieron representados oficialmente, cuyo principal resultado fue el Convenio de Berna y la constitución de la Unión del mismo nombre. Cfr. J. CAVALLI, *Génesis del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas del 9 de septiembre de 1886*, 87-201.

⁷² Adicionado en París (1896), revisado en Berlín (1908), adicionado en Berna (1914), revisado en Roma (1928), Bruselas (1948), Estocolmo (1967) y París (1971). El Acta vigente es la correspondiente a París de 1971.

⁷³ Artículo 7 de la versión original del Convenio de Berna.

⁷⁴ Artículo 8, *ibid.*

mayor desarrollo en los textos acordados, aunque la mayoría de las que quedaron consagradas en el Acta de 1971 tienen carácter optativo⁷⁵ y sólo dos de ellas son directamente exigibles mediante el Convenio: la cita (10(1)) y la utilización de noticias del día (2(8)). En todo caso, la disposición más importante en materia de limitaciones se incorporó en el Acta de Estocolmo de 1967, al permitirse la reproducción de obras literarias y artísticas en determinados casos especiales, “*con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor*” (9(2)). Se consagraba así un test (denominado mayoritariamente *three-step test*) que permitía verificar las nuevas limitaciones que establecieran los Estados al derecho de reproducción y sobre el cual se profundizará en los capítulos posteriores de este trabajo.

En todo caso, durante sus primeras décadas de existencia, el Convenio de Berna tuvo un alcance eminentemente europeo, mientras que los países americanos celebraron una serie de convenciones que consagraban la protección en su área de influencia⁷⁶. Ante la disparidad de protecciones en uno y otro

⁷⁵ Se reservó a las legislaciones nacionales la determinación de limitaciones relacionadas con la utilización de textos oficiales (2(4)), de discursos políticos y pronunciamientos judiciales (2 bis (1)), de conferencias y alocuciones (2 bis (2)), de obras para propósitos de enseñanza (10(2)), de artículos de actualidad (10 bis (1)), de obras que dan cuenta de acontecimientos de actualidad (10 bis (2)) y de grabaciones efímeras (11 bis (3)).

⁷⁶ En resumen, se trata de: Tratados de Montevideo (1889 y 1939), Convención de México (1902), Convención de Río de Janeiro (1906), Convención de Buenos Aires (1910), Acuerdo de Caracas (1911), Convención de La Habana (1928) y Convención de Washington (1946). Explicación de estos instrumentos y marco histórico en D. LIPSZYC, *Derecho de autor y derechos conexos*, 607-617. Contexto histórico como antecedente de la Convención Universal en A. ILARDI y M. BLAKENEY, *International Encyclopaedia of Intellectual Property Treaties*, Oxford University Press, New York, 2004, 103-105 (§3.62-§3.69).

sistema, y con el propósito de armonizar los estándares mínimos de protección, la UNESCO lideró los trabajos e iniciativas para lograr una instrumento internacional en materia de derecho de autor que conciliara los intereses de los distintos países y permitiera un mayor alcance internacional⁷⁷. El resultado de estos trabajos fue la Convención Universal sobre Derecho de Autor de 1952, que estableció unos requisitos mínimos de protección menos exigentes que los previstos en el Convenio de Berna y con criterios más flexibles con el fin de que a ella adhiriera el mayor número de países posible⁷⁸.

La Convención fue posteriormente revisada en París, coincidiendo con la revisión del Convenio de Berna de 1971. En esta última versión de la Convención Universal, que es la actualmente vigente, se reconoció expresamente la existencia de “derechos fundamentales que aseguran los intereses patrimoniales del autor” en línea con lo que ya había sido consagrado en el artículo 27(2) de la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU⁷⁹. Sin embargo, a la par que se calificaban como fundamentales estos derechos, el numeral 2 del artículo IV bis abrió la puerta para que cada uno de los Estados estableciera excepciones a tales derechos, siempre que ellas no fueran contrarias al espíritu de la Convención y que los mismos Estados garantizaran un nivel “razonable” de protección a los derechos que fueran objeto de dichas excepciones. Esta última disposición ha sido interpretada como imprecisa y demasiado

⁷⁷ Cfr. D. LIPSZYC, *Derecho de autor y derechos conexos*, 744-753.

⁷⁸ A la fecha de este trabajo, según el sitio web oficial de la Unesco, la Convención contaba con cien Estados parte: <http://www.unesco.org/eri/la/convention.asp?KO=15381&language=S>

⁷⁹ En dicho artículo se establece que “[t]oda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora”.

abierta al permitir una reducción considerable de los derechos del autor, y se ha insinuado que el requisito de un nivel razonable de protección supone la exigencia de licencias obligatorias, lo que implicaría el pago de una remuneración equitativa⁸⁰.

Además del Convenio de Berna y de la Convención Universal, el sistema internacional del derecho de autor fue complementado por otros instrumentos relacionados con los derechos conexos⁸¹. Sin embargo, la norma internacional de mayor impacto en materia de propiedad intelectual durante la segunda mitad del siglo XX nació de los nuevos acuerdos sobre comercio internacional. En efecto, como resultado de las negociaciones del Acuerdo General sobre Tarifas y Comercio (conocido como GATT por sus siglas en inglés), se celebró el Acuerdo de Marrakech que dio origen a la Organización Mundial de Comercio y uno de cuyos anexos —el 1c— recogió el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC o TRIP's por sus siglas en inglés)⁸². Con este Acuerdo, se buscó vincular la protección de la propiedad intelectual⁸³ con el comercio internacional con el propósito de proveer a los titulares

⁸⁰ Cfr. D. LIPSZYC, *Derecho de autor y derechos conexos*, 779-781.

⁸¹ Convención de Roma de 1961, Convenio para la Protección de Productores de Fonogramas (Ginebra, 1971), Convenio sobre Programas Transmitidos por Satélite (1974) y el Tratado OMPI (TOIEF) de 1996.

⁸² Para una explicación amplia de los antecedentes, negociaciones y desarrollo del ADPIC, ver: D. MATTHEWS, *Globalising intellectual property rights: the TRIPs Agreement*, Routledge, New York, 2002, 7-106; C. CORREA, *Acuerdo TRIPs*, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, *passim*.

⁸³ De acuerdo con el mismo texto del ADPIC, el término “propiedad intelectual” abarca las distintas categorías protegidas en ese documento, siendo aplicable tanto al derecho de autor (o copyright) como a la propiedad industrial.

y entidades encargadas de su gestión de medios eficaces para hacer respetar sus derechos⁸⁴.

En cuanto al derecho de autor, con las disposiciones del ADPIC no se pretendió reemplazar las del Convenio de Berna aunque si se le hicieron ajustes para ampliar o limitar su contenido para facilitar su aplicación en el comercio internacional y su sometimiento a los mecanismos de resolución de conflictos previstos al interior de la OMC⁸⁵. En materia de derechos, por ejemplo, se incluyó expresamente el derecho de arrendamiento como otra de las facultades exclusivas que los Miembros debían garantizar a los autores y titulares y se estipuló un término mínimo de protección en aquellos casos en los que ella no se otorgara con base en la vida del autor. En lo tocante con las limitaciones y excepciones, en el artículo 13 se incorporó el “*three-step test*” que había sido incluido en el Convenio de Berna desde 1967, aunque con dos importantes ajustes relativos a la utilización del test respecto de las limitaciones o excepciones que pretendan imponerse a cualquiera de los derechos exclusivos —es decir, no restringido al derecho de reproducción— y a la extensión del tercer paso a los perjuicios que puedan causarse a los intereses legítimos del titular, y no solamente del autor como había sido inicialmente previsto en el Convenio de Berna. En capítulos posteriores de este trabajo se realizará un análisis detallado de esta disposición y de su correspondiente impacto en el ordenamiento jurídico autoralista.

Nuevos instrumentos internacionales surgieron a partir de la actividad de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI) que, en 1996, puso a consideración de sus miembros los

⁸⁴ Cfr. ADPIC, Primer Considerando.

⁸⁵ Por ejemplo, al declarar que, bajo el ADPIC, no serán exigibles los derechos morales contemplados en el artículo *6bis* del Convenio de Berna.

tratados sobre derecho de autor (TODA) y sobre interpretación o ejecución de fonogramas (TOIEF)⁸⁶. En los dos instrumentos, se definieron nuevos derechos exclusivos teniendo en cuenta las nuevas realidades de tecnológicas y de comunicación, especialmente la Internet. Nuevamente, en cada uno de ellos se consagraron sendas disposiciones con versiones del “*three-step test*”, de manera que los Estados signatarios de los tratados deben sujetarse a estas condiciones cuando vayan a establecer limitaciones o excepciones a los derechos exclusivos (10(1) del TODA y 16(2) del TOIEF). Adicionalmente, respecto del Convenio de Berna, en el TODA se extendió la aplicación del test a cualquiera de los derechos contemplados en el Convenio, y no únicamente al derecho de reproducción como quedó plasmado en su texto desde la revisión de 1967 (10(2)).

Con los tratados de la OMPI se terminó de configurar el ordenamiento jurídico internacional encargado de proteger al autor y sus creaciones que habría de usarse en el último lustro del siglo XX y en la primera parte del XXI, con el reto de afrontar los embates de la tecnología y de los nuevos esquemas de acceso al conocimiento facilitados por la Internet. Sin embargo, para muchos, el sistema de derecho de autor se encuentra en crisis y los principios sobre los que se construyó deben ser revaluados a la luz del uso masivo de las redes digitales⁸⁷, que permiten una

⁸⁶ La versión oficial de los tratados se puede consultar en el sitio web de la OMPI en el siguiente enlace: <http://www.wipo.int/copyright/es/treaties.htm>.

⁸⁷ Cfr. Discurso de Francis GURRY, Director General de la OMPI, pronunciado en la Queensland University of Technology (Australia) el 25 de febrero de 2011. En el discurso se cita al Presidente Medvedev de la Federación Rusa, quien habría declarado que “*los antiguos principios de la reglamentación de la propiedad intelectual han dejado de funcionar, especialmente en el caso de Internet*”, lo que entrañaría “*el desmoronamiento de todo el sistema de derechos de propiedad intelectual*”. El mismo Director GURRY reconoce que es imposible resistirse a las ventajas tecnológicas y a los cambios que ellas conllevan, por lo

mayor difusión de las obras, no solamente por los autores sino también por los usuarios, con unos costos marginales mínimos. Lastimosamente, el debate sobre este asunto se ha centrado más en argumentos políticos y mediáticos, dejando de lado los fundamentos filosóficos y jurídicos que permitirían dar una respuesta que se adecúe a las necesidades de autores, titulares y usuarios y, sobre todo, que persiga el bien común en el contexto del derecho de autor.

6. RECAPITULACIÓN

Una de las mayores dificultades para definir la naturaleza del derecho de autor es la manera diversa como éste se ha configurado en los distintos sistemas jurídicos. Como se pudo observar en el recuento histórico de este capítulo, en las distintas jurisdicciones estudiadas se pueden identificar elementos comunes en la génesis de los regímenes protectores de las obras y sus autores, e incluso pensadores con gran ascendiente en varias de ellas: LOCKE en Inglaterra, pero también en Francia y en los Estados Unidos; KANT y HEGEL en Alemania y asimismo en Francia; DIDEROT en Francia, y también en los Estados Unidos, etc. Adicionalmente, no se puede perder de vista que las primeras normas en la materia, con la notable excepción de Alemania, se dieron en el contexto o como consecuencia de revoluciones o conflictos políticos y sociales, con una fuerte influencia del liberalismo individualista, lo que seguramente determinó la estructuración de este derecho con elementos de clara reivindicación política y patrimonial.

que plantea la necesidad de que el derecho de autor se adapte a este nuevo entorno tecnológico.

No obstante estas raíces comunes, las propias tradiciones jurídicas —romano germánica y de *common law*— en las que se fueron desarrollando los sistemas de protección, originaron diferencias en el desarrollo puntual de determinadas concepciones en su interior. Así, los desarrollos en el *copyright* estadounidense más que significar un quiebre del *copyright* inglés, supusieron una evolución de este sistema en cuestiones tales como los usos libres permitidos, en la medida que las instituciones originales del *fair abridgement* y el *fair dealing* dieron paso a la elaboración jurisprudencial del *fair use*, que se constituyó en un elemento fundamental para cumplir con los objetivos propuestos en la cláusula de propiedad intelectual incorporada en la Constitución de 1787. En Francia, por el contrario, el individualismo liberal predominó en la construcción e interpretación que hicieron los jueces de las iniciales leyes expedidas pocos años después de la Revolución. En particular, las concepciones centradas en la persona del autor y en la identificación de su derecho con el de propiedad, generaron una mayor protección a sus intereses y una menor atención a los mecanismos que, como las llamadas excepciones y limitaciones, permitirían una mayor adecuación de los derechos de autores y titulares a los fines de la comunidad en la que se inscriben. De ahí que sea interesante observar la forma como se desarrolló el sistema en Alemania, en cuyo régimen jurídico, a pesar de estar influenciado por las mismas concepciones personalistas que propusieron pensadores como KANT y HEGEL, se ha buscado mantener un equilibrio entre los intereses de los autores y titulares y aquellos de los miembros de la sociedad que buscan gozar de las creaciones de los primeros, lo que seguramente obedece a la importancia que allí se le ha otorgado al interés público.

Los caminos divergentes de los dos principales sistemas de protección —que se desarrollaron independientemente en sintonía con sus propias tradiciones jurídicas— volvieron a confluír de la mano de los instrumentos que se adoptaron para proteger las obras en el nuevo entorno internacional. En dichos instrumentos se lograron acuerdos mínimos sobre lo que debía protegerse y la forma como debía ser efectiva esa protección. En todo caso, el lenguaje común del derecho internacional provino no solamente de instrumentos especializados en propiedad intelectual, sino también de acuerdos globales en materia de derechos humanos y de comercio multilateral, que terminaron de configurar el derecho de autor en la segunda parte del siglo XX, al tiempo que abrieron la puerta para que se alegara la existencia de conflicto entre la propiedad intelectual y otros derechos.

CAPÍTULO 2

CREACIÓN INTELECTUAL Y ACERVO COMÚN: LA NATURALEZA MIXTA DEL DERECHO DE AUTOR DESDE LA PERSPECTIVA DEL BIEN COMÚN

1. ENTRE EL COPYRIGHT Y EL DROIT D'AUTEUR: DIFICULTADES PARA DEFINIR LA NATURALEZA DEL DERECHO DE AUTOR

En el famoso caso *Folsom* ya citado, en el que se propusieron los iniciales lineamientos del *fair use* norteamericano, el juez STORY había advertido que la propiedad intelectual, especialmente el *copyright*, podía calificarse como la “metafísica del derecho”, aludiendo a lo complicado que resultaba categorizar esta especie de propiedad de características intangibles¹. La afirmación del juez STORY estaba justificada en los debates que, aún para aquel momento (1841), eran evidentes en relación con la naturaleza del derecho que les era atribuible a los creadores de obras literarias o artísticas. En efecto, como se recordará, en la misma génesis del *copyright*, se citaron las teorías de LOCKE para reclamar, en cabeza

¹ Cfr. *Folsom v. Marsh*, 9 F. Cas. 342 (C.C.D. Mass. 1841) (No. 4,901). Muchos académicos coinciden en la dificultad de caracterizar la propiedad intelectual. Por ejemplo, HETTINGER considera que si ya es difícil determinar la propiedad sobre los bienes corporales, aún más lo es definir la forma de apropiación de las creaciones intelectuales: E. C. HETTINGER, "Justifying Intellectual Property", *Philosophy and Public Affairs* 18, no. 1 (1989) 31-52, 31.

de los autores, un derecho exclusivo de reproducción como recompensa al tiempo y esfuerzo invertidos en la producción de las obras². A este criterio de “justa recompensa por el trabajo” — que terminó influyendo en el Estatuto de la reina Ana y en posteriores normas sobre la materia— se le sumaron las teorías utilitaristas —difundidas principalmente por BENTHAM y MILL— que ayudaron a configurar el sistema de propiedad intelectual estadounidense, desde la cláusula sobre el tema en la Constitución de 1787 hasta las leyes que desarrollaron los postulados constitucionales a partir de la última parte del siglo XVIII.

Adicionalmente, cuando el juez STORY manifestaba su perplejidad sobre la naturaleza del derecho en el copyright, ya se estaba construyendo el sistema de derecho de autor latino germánico, principalmente por los aportes franceses, que lo definieron como una especie de propiedad (literaria y artística) compuesta por derechos de índole moral y patrimonial, y las elaboraciones de la doctrina alemana, con KANT y HEGEL a la cabeza, que calificaban el derecho de autor como uno de carácter personalísimo³, diferenciándolo de la propiedad que se ejercía sobre el ejemplar en donde estaba contenida la obra. Muchas otras teorías sobre la naturaleza jurídica del derecho de autor se han expuesto desde que el juez STORY se preguntó por ello, comenzando por las que lo califican como un derecho intelectual

² Sin embargo, autores como GERVAIS y GORDON critican el hecho de que se usen las teorías de LOCKE como un modelo de copyright dado que, según su interpretación, LOCKE nunca abogó por un sistema particular de propiedad intelectual. Cfr. D. GERVAIS, "Intellectual Property and Human Rights: Learning to Live Together" en P. L. C. TORREMANS, *Kluwer Law*, La Haya, 2007, 3-23, 16; W. J. GORDON, "A property right in self-expression: equality and individualism in the natural law of intellectual property", 1540.

³ Esto, aunque tradicionalmente se ha asociado a HEGEL con posturas más cercanas a los colectivismos. Sobre el particular, ver las referencias a estos autores atrás, en el numeral 4 de este capítulo.

sui generis hasta aquellas que le niegan la categoría de derecho, pero no se profundizará en ellas en este capítulo, cuyo propósito principal es resaltar las cuestiones dentro del actual sistema protector del derecho de autor que requieren de una respuesta desde la filosofía, con el fin de desentrañar los fundamentos de los derechos que confluyen en él para posteriormente determinar su incidencia en el “*three-step test*”.

Sin embargo, antes de emprender esta aproximación, es necesario llamar la atención sobre la coexistencia de dos sistemas jurídicos protectores de los autores y sus obras. Por un lado, el sistema latino germánico de los países de Europa continental y de aquellas jurisdicciones con regímenes tributarios de estos, como los de Iberoamérica y algunos países de África y Asia y el *copyright* característico de los países con tradición de *common law*. Según se pudo observar en el recuento histórico de las páginas anteriores, aunque los dos sistemas comparten elementos comunes en su origen, en la medida que ellos comenzaron a ser interpretados por los jueces de las respectivas jurisdicciones conforme a sus tradiciones jurídicas, ciertos conceptos diferenciadores fueron surgiendo y otros transformándose de acuerdo con su entendimiento particular del derecho. No obstante esta bifurcación histórica, en los últimos años se constata una tendencia armonizadora como consecuencia de la regulación internacional en materia de propiedad intelectual, lo que ha implicado que en los correspondientes instrumentos se adopten fórmulas que tomen en cuenta los elementos comunes en uno y otro sistema de protección⁴.

⁴ Cfr. L. M. GUIBAULT, *Copyright Limitations and Contracts - An Analysis of the Contractual Overridability of Limitations on Copyright*, Kluwer, The Hague/London/Boston, 2002, 8; D. LIPSZYC, *Derecho de autor y derechos conexos*, 39.

Teniendo claro lo anterior, para el mejor entendimiento de las discusiones sobre la naturaleza del derecho de autor y de sus excepciones y limitaciones —según se verá en el siguiente capítulo—, es menester tener en cuenta las principales características y diferencias entre uno y otro sistema. Así, en el latino germánico, cuyas raíces se encuentran principalmente en Francia y Alemania, las concepciones liberales individualistas influyeron para calificar el derecho de autor como proveniente del derecho natural, con prerrogativas de carácter patrimonial —y, por tanto, asimilable a la propiedad sobre las cosas corporales— y personal o moral—en cuanto la obra se considera un reflejo de la personalidad del autor. A partir de esta concepción, el titular originario de la obra será siempre el autor, persona física, mientras que las personas distintas al creador —entre ellas, las jurídicas— serán siempre titulares derivados y sólo podrán ser tenidas como titulares originarios en circunstancias excepcionales.

Por otro lado, en el *copyright* angloamericano —propio del sistema de *common law*⁵— tanto las teorías liberales como las utilitaristas influyeron para reconocer unos derechos en cabeza del creador, en el entendido que los mismos deben contribuir en el logro de unos objetivos de interés para la sociedad —como el progreso de la ciencia y el conocimiento— y que con ellos se está reconociendo una justa recompensa a su trabajo. Sin embargo, al tiempo que las facultades de los creadores deben atender razones de interés público, el objeto de protección es mucho más amplio

⁵ Como ocurre con otras instituciones jurídicas del *common law*, el *copyright* estadounidense presenta algunas diferencias al compararse con el mismo sistema de protección en el Reino Unido o en países pertenecientes a la *Commonwealth*. Un claro ejemplo de lo anterior es, como se mencionó en el recuento histórico, el sistema de *fair use* estadounidense en contraste con el *fair dealing* inglés o el australiano.

que en el sistema latino germánico, ya que no sólo incluye obras de personas físicas sino, además, trabajos resultantes de actividades empresariales, como aquellas relacionadas con la grabación de obras musicales o la producción de películas, labores que, en el sistema latino germánico, no originan derechos de autor sino derechos conexos. Precisamente, al extenderse la protección a personas distintas de la del creador, entre ellas, las personas jurídicas, en el *copyright* es menos claro el vínculo personal entre el autor y la obra y, por ello, no existe una tradición consolidada de reconocimiento del derecho moral⁶.

2. *QUID IUS AUCTORE*: LOS BIENES HUMANOS BÁSICOS QUE FUNDAMENTAN EL DERECHO DE AUTOR

Un modo posible de reflexión sobre el *quid ius auctore*, es el que atiende a su sentido o finalidad, esto es, al "para qué": ¿Qué bienes, valores o fines humanos pretende realizar el denominado "derecho de autor"?⁷. En efecto, la creación de una obra suele originarse e ir acompañada de un interés por buscar, captar y transmitir conocimiento. Esta curiosidad intelectual es intrínseca al hombre, pero su mayor o menor desarrollo depende las circunstancias particulares de cada uno y del entorno socio-

⁶ Sin embargo, en la práctica, algunos de los bienes o valores protegidos por el derecho moral latino germánico, tales como el buen nombre o la intimidad, son tutelados, por vía judicial, por otras instituciones del *common law*. Adicionalmente, en las últimas décadas, se han visto avances en el reconocimiento de esta clase de derechos en algunas jurisdicciones, por ejemplo, la inclusión de ellos en la ley del Reino Unido de 1988.

⁷ Sobre la finalidad, ver, por ejemplo: T. D. AQUINO, *Suma Teológica*, (Traducido por T. URDANOZ), Ed. Católica, Madrid, 1956, I-II, q. 1, a. 1-3; J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 59-80; J. HERVADA, *¿Qué es el derecho?*, 176-177.

histórico en el que le ha correspondido vivir⁸. Así, la tendencia natural a conocer y a transmitir lo conocido⁹ tendrá más posibilidades de concretarse en creaciones si la persona, o creador en potencia, ha crecido en un ambiente en el que se promueve la difusión del conocimiento mediante, por ejemplo, buenos hábitos de lectura, transmisión oral de tradiciones e historias, políticas para ampliar el acceso a la cultura, etc. Al contrario, esa inclinación natural en la búsqueda del bien básico que es el conocimiento tendrá un avance inferior en sociedades — y en miembros de éstas— en las que se evidencie la carencia de políticas e iniciativas para el fomento de la cultura y la lectura, o donde se formen mayoritariamente interlocutores pasivos, como televidentes y adictos a las redes sociales¹⁰.

Por otro lado, el acto de creación es también resultado de la inclinación natural del hombre al trabajo, que se manifiesta en el

⁸ Como lo anota HERVADA, toda construcción cultural presupone un dato natural: J. HERVADA, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, 3ra. ed., Eunsa, Pamplona, 2000, 473.

⁹ BÉCOURT propone una relación necesaria entre creación y comunicación: "(...) la creación, cualquiera que sea su índole, se caracteriza por el deseo de comunicación; no hay autor que no desee, a través de su obra, entregar al público lo mejor de él mismo, sin que puedan disociarse los elementos de la trilogía fundamental autor-obra-público. La divulgación constituye, pues, la última manifestación de soberanía del autor: la relación de creación que lo unía a su obra queda sustituida por una relación de comunicación entre el autor y el público.": D. BÉCOURT, "La Revolución Francesa y el derecho de autor: por un nuevo universalismo", 4.

¹⁰ FINNIS insiste en que los bienes humanos básicos son universales, pero el modo y las circunstancias de desarrollarlos son "locales", atendiendo la plasticidad de las inclinaciones humanas: J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 84. Más aún, la elección del modo de desarrollar bienes humanos es el plano más propio para el ejercicio de la libertad. Véase, por ejemplo: J. FINNIS, *Aquinas: Moral, Political and Legal Theory*, Oxford University Press, New York, 1998, 106-107; J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 100.

esfuerzo desplegado para construir la obra¹¹. Para un autor, las actividades desarrolladas en el proceso creativo son su *trabajo* y con él espera obtener una recompensa o remuneración, como cualquier otro trabajador. Ciertamente, el oficio del autor será mayor o menor dependiendo de la clase de obra que esté produciendo, y de las superiores o inferiores habilidades y conocimientos que posea naturalmente, pero es innegable que, cualesquiera que sean estas disposiciones, siempre habrá un componente de trabajo en su quehacer. En todo caso, el trabajo que despliega el autor posee algunas características que lo distinguen de otra clase labores. Así, por ejemplo, es usual que, a diferencia de otras actividades, la realizada por el autor no suele tener unos beneficiarios determinados desde el principio¹², sino que llegan a serlo a medida que usan o interactúan con la obra, algunas veces de manera inmediata y, otras muchas, con un amplio espacio de tiempo intermedio (v.g. la actual lectura o apreciación obras clásicas). Adicionalmente, los resultados de la labor del autor no se agotan la primera vez que se disfrutan sino que, por el contrario, pueden serlo una y otra vez, traspasando las barreras tiempo y espacio.

¹¹ En la necesidad de reconocer un derecho o una recompensa al autor en razón de su trabajo coinciden todas las teorías iusnaturalistas del derecho de autor, en sus múltiples vertientes, como se puede observar en el recuento histórico que se encuentra en la primera parte de este capítulo, principalmente, en los derechos inglés, francés y alemán. Por otro lado, distintos autores han intentado encontrar antecedentes del reconocimiento que hicieran pueblos primitivos de un derecho sobre las creaciones, como consecuencia del trabajo invertido en su producción. Por ejemplo, se cita el caso de tribus asiáticas y africanas en las que sólo tenía derecho a usar una canción, un poema o una pintura aquel que la hubiera creado: M. C. DOCK, "Genèse et évolution de la notion de propriété littéraire", 129; S. STRÖMHOLM, *Le droit moral de l'auteur en droit Allemand, Français et Scandinave*, 47 (nota 35).

¹² Está, por supuesto, la excepción de la "obra por encargo" en la que estará definidos los beneficiarios directos aunque, casi nunca, los indirectos.

Asimismo, para muchos autores, la producción de la obra no significará sólo esfuerzo sino que constituirá también un escenario ideal para realizar algo que se disfruta por sí mismo, resultado de esa inclinación natural al juego a la que se refiere FINNIS¹³. Finalmente, determinadas obras, especialmente aquellas de carácter literario y artístico, tienen su origen en la tendencia natural del hombre a buscar y disfrutar de la belleza y de la experiencia estética en general¹⁴. Esa misma inclinación acompaña al autor en la producción de la obra¹⁵ y en su correspondiente apreciación¹⁶. Sin embargo, en el caso de la creación intelectual, a diferencia de otras clases de bienes, ella puede satisfacer tanto la inclinación al juego como la tendencia a disfrutar de la experiencia estética de manera indefinida, en la medida que su resultado no se agota en un acto y que sus beneficiarios seguramente serán también indeterminados.

¹³ Cfr. J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 87.

¹⁴ Sin embargo, el carácter estético o la belleza de la obra no es un requisito para su protección por el derecho de autor, ni en el sistema latino germánico ni en el *copyright*. Sobre lo anterior, LALIGANT considera que la expresión "propiedad literaria y artística" que se utiliza en Francia y otras latitudes no se compadece con el verdadero objeto de protección del derecho de autor, esto es, las meras creaciones de forma, sin importar su carácter estético: O. LALIGANT, "La Révolution Française et le droit d'auteur ou perennité de l'object de la protection", 67.

¹⁵ En todo caso, como establece un principio tradicional en esta materia, la obra resultante debe ser percibida por los sentidos, debe tener una dimensión externa (una *res exterior*) para ser protegida como derecho. HERVADA explica brevemente la razón para ello para los derechos en general: "como la justicia consiste en dar lo que respecta al derecho, sólo si la cosa propia de alguien puede ser objeto de actividad por parte de los demás, podrá ser objeto de la justicia. Lo que permanece en el santuario de la conciencia o de los pensamientos de la persona, lo que se mantiene dentro del arcano de su intimidad, no entra en las relaciones con los otros y, en consecuencia, no es objeto de la virtud de la justicia." J. HERVADA, *¿Qué es el derecho?*, 65.

¹⁶ Cfr. J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 87-88.

Se puede observar entonces que, en el sustrato de cualquier creación, se encuentra la inclinación natural del hombre a buscar y a hacer efectivos unos bienes básicos que le son propios¹⁷: conocimiento, comunicación, trabajo, juego y experiencia estética, entre otros. Estos bienes y valores son al mismo tiempo reflejo de la propia naturaleza humana —fundamento último de todo derecho¹⁸— y fines hacia cuya realización plena tiende toda persona y, particularmente en este caso, el creador. Se puede afirmar, por tanto, que la naturaleza del hombre constituye fuente de la actividad creadora y, por ende, de las obras resultantes. Y así como la tendencia natural a buscar el bien básico del trabajo sustenta derechos como la obtención de un salario justo y el respeto por la dignidad del trabajador, y la inclinación a comunicarse fundamenta el derecho a informar y ser informado, en ese mismo sentido, la conjunción de los bienes y disposiciones

¹⁷ Dado que en este trabajo se continuará haciendo referencia a los “bienes humanos básicos” o “valores básicos”, es importante aclarar lo que significa este concepto que, en la filosofía moderna, es principalmente desarrollado por FINNIS. La explicación central se puede encontrar en los capítulos III, IV y V de *Natural Law and Natural Rights*. Por ahora, para los propósitos de esta inicial aproximación, basta citar el Estudio Preliminar que hace ORREGO sobre la obra de FINNIS en su traducción al castellano: “Las formas básicas del bien captadas por el entendimiento práctico son lo que es bueno para los seres humanos con la naturaleza que tienen (...) FINNIS sostiene que los primeros principios de la razón práctica —también el primerísimo en que todos los demás se fundan: *bonum est faciendum et prosequendum et malum vitandum*— y los correspondientes bienes humanos básicos son evidentes de suyo (*per se nota*) y no requieren demostración, aunque sí *experiencia* pues no son innatos. Los bienes o valores básicos, a fuer de evidentes son igualmente primarios e inconmensurables entre sí, es decir, ninguno es más básico que los otros y no existe una escala uniforme que permita medir los valores básicos en términos de algún bien todavía más básico con el fin de subordinar o sacrificar unos valores en aras de los mayores.” Cristóbal ORREGO, Estudio Preliminar en J. FINNIS, *Ley Natural y Derechos Naturales*, (Traducido por C. ORREGO), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, 18-20.

¹⁸ Cfr. J. HERVADA, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, 232-233.

naturales que confluyen en la labor creativa fundamentan también unos derechos que le son debidos al autor. En otras palabras, de la puesta en práctica de las naturales inclinaciones del hombre a crear obras, fluyen y se justifican unos derechos de aquél sobre éstas y frente al resto de la comunidad¹⁹. Atendiendo a lo anterior, se puede sostener que los derechos del autor tienen su fundamento en el proceso creativo, propio de la naturaleza humana y de sus condiciones existenciales²⁰.

3. TÍTULO Y MEDIDA DEL DERECHO DE AUTOR

El que un derecho se encuentre fundamentado en la naturaleza humana o en una estructura derivada de ésta, no significa que su título, esto es, aquello mediante lo cual se atribuye algo como un derecho o se origina el dominio sobre una cosa²¹, se pueda calificar, *ipso facto*, como natural, tal como se ha sostenido desde la orilla del liberalismo con el fin de justificar y defender el derecho de autor. Como se observó en el recuento histórico, una de las principales fuentes para calificar como “natural” al derecho

¹⁹ Cfr. D. LIPSZYC, *Derecho de autor y derechos conexos*, 40.

²⁰ En la “Carta del Derecho de Autor” de 1956 se afirma algo similar: “El derecho de autor se funda en el acto de la creación intelectual. Tiene su origen en la naturaleza misma de las cosas. (...) El título justificativo del derecho de autor, que reside en el acto de creación intelectual, radica únicamente en la persona física de su o sus creadores, cuando este derecho nace (...).”: Declaración adoptada por la Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores (CISAC)” en su XIX Congreso celebrado en Hamburgo en septiembre de 1956. En todo caso, como se verá, aunque se pueda afirmar que el fundamento del derecho se encuentra en la naturaleza humana y en el acto de creación propio de ésta, el título, sin embargo, es mixto y no exclusivamente natural.

²¹ Cfr. J. HERVADA, *¿Qué es el derecho?*, 71; J. HERVADA, *Introducción Crítica al Derecho Natural*, 10a. ed., Eunsa, Pamplona, 2001, 48.

de autor —como una forma de propiedad— es la de LOCKE y sus consideraciones acerca de la propiedad privada. En efecto, cuando el filósofo inglés reflexionó sobre la manera como se originaba la propiedad, situó su especulación en un hipotético estado de naturaleza en el que, originalmente, todas las cosas pertenecían en común a toda la humanidad. Sin embargo, aunque comunes, dichos bienes podían ser el objeto del trabajo y, siendo ello así, esto es, en la medida que el hombre imprimiera su esfuerzo y su propia persona en tales bienes, se estaría apropiando de ellos, mediante la generación de un vínculo entre él y la cosa. La propiedad, por tanto, sería de derecho natural y lo único que correspondería al Estado, como instrumento posterior a ese estado de naturaleza, sería proteger efectivamente el disfrute de la propiedad adquirida por sus asociados.

Sin embargo, el raciocinio de LOCKE adolece de varias fallas, que afectan necesariamente sus conclusiones. Por una parte, el vínculo que se genera entre la cosa y el hombre que ha trabajado para conseguirla, moldearla o disfrutarla, no es un vínculo jurídico propiamente dicho sino, más bien, un lazo de carácter artístico o técnico. En efecto, no es posible atribuirle efectos jurídicos de propiedad a la simple decisión individual de apropiarse de una cosa mediante labores respecto de la misma. Si, efectivamente, este fuera el resultado —la atribución de propiedad sobre una cosa que se ha trabajado— no sería consecuencia de un acto jurídico individual sino de la ocurrencia del mismo en el marco de una decisión colectiva (política) que le ha reconocido a dicho sujeto la posibilidad de adquirir algo como consecuencia del trabajo desplegado. Una razón muy importante para que ello sólo pueda ser así es el presupuesto del que parte el mismo LOCKE, es decir, el carácter común que tienen los bienes antes de ser apropiados. Y es que, en su afán por justificar un título natural a la propiedad privada, el padre del liberalismo otorgó a la *res in*

commune los mismos efectos de la *res nullius*, esto es, que pueda ser adquirida por la simple decisión individual de apropiársela.

La revisión del concepto lockeano de propiedad tiene una clara incidencia en el de propiedad intelectual en general, y en el del derecho de autor en particular. Así, al tiempo que no se puede negar que la obra está ligada, de una u otra forma, a su autor, ello no implica, de suyo, que el sólo hecho de la creación de la obra haga surgir un vínculo de naturaleza jurídica entre dicho sujeto y el producto resultante de su intelecto. La atribución jurídica de una obra a su autor será consecuencia de una decisión colectiva, orientada al bien común, mediante la cual se determinará que, para la satisfacción de objetivos importantes para la sociedad, es conveniente otorgar a dicho autor unas prerrogativas especiales sobre su creación. Nuevamente, y con mayor claridad, se puede observar que los bienes utilizados en la producción de la obra — su materia prima (conocimientos, cultura, memoria, etc.)— son *res in commune* —o parte de un acervo común, según se verá más adelante— por lo que no podrían ser apropiados individual y arbitrariamente, sin el consentimiento de la comunidad a la que pertenecen y sin referencia a su bien común.

De lo anterior se desprende la necesidad de distinguir entre el fundamento del derecho de autor —respecto del cual ya se identificaron elementos para considerarlo como natural— y el título del mismo, el cual puede calificarse como mixto en la medida que requerirá de una definición política, de una decisión colectiva, que atienda las particulares circunstancias de la sociedad en la que se pretenda estatuir un determinado sistema de salvaguarda del autor y de los productos de su intelecto. Situados en este contexto, se puede apreciar mejor el papel del trabajo como fuente del derecho sobre la obra. En efecto, en un determinado contexto social —como el que caracteriza a la sociedad actual— puede ser completamente razonable incluir al

trabajo del autor como una de las fuentes principales para constituir un derecho que requiere ser protegido y respetado. Sin embargo, al lado del trabajo será posible identificar otras fuentes para ser titular del derecho, cuyos efectos también han sido definidos colectivamente, como el contrato, la donación, la herencia, etc., fuentes que, en todo caso, sólo pueden referirse al componente patrimonial del derecho del autor y no al moral.

En lo que atañe al alcance de este derecho, así como se afirma que éste se encuentra sustentado en un título mixto más que en uno natural, la manera y extensión (medida) como él puede ser ejercido también deberán ser definidas mediante decisiones colectivas, referidas al bien común, considerando las distintas circunstancias fácticas que rodeen su reconocimiento en un contexto histórico, social y económico en particular. Así, competirá a la ley —como forma de manifestación de esa decisión política— determinar la forma y categorización de los instrumentos jurídicos que se utilizarán para la protección del derecho, por ejemplo, estableciendo una especie de monopolio sobre la obra en cabeza del creador, o calificándolo y atribuyéndole las características de la propiedad, u otorgándole al autor una recompensa, remuneración o premio por la creación. También será objeto de la legislación positiva el determinar el tiempo durante el cual dicho derecho estará protegido, las formalidades requeridas para la protección, las distintas prerrogativas que detentarán los autores con el propósito de hacerlo efectivo y las acciones que podrá iniciar cuando éste sea vulnerado. En fin, son múltiples y variadas las cuestiones que deben ser definidas por el legislador cuando se trata de demarcar los contornos del derecho que pueden reclamar los autores y, en ese sentido, es dable concluir que éste exige una medida mixta, esto es, una medida que, teniendo en cuenta la naturaleza de las

cosas —las obras protegidas y los bienes humanos relacionados— sea concretada positivamente por los mismos hombres.

En todo caso, esta concreción positiva, lejos de ser arbitraria, deberá ser razonable²², tomando en cuenta la satisfacción de los mismos bienes humanos básicos y tendencias naturales que constituyen fundamento del derecho de autor, tales como el conocimiento, la expresión, el trabajo, la experiencia estética y el juego, y atendiendo las circunstancias naturales y existenciales²³ que permitan juzgar la regulación particular de este derecho, en un contexto determinado, como adecuada para el fin que se propone, esto es, el desarrollo de los bienes y tendencias antedichos.

El derecho de autor tiene, entonces, una naturaleza mixta, en cuanto su título es mixto —aunque fundamentado en bienes e inclinaciones naturales hacia los que se debe orientar también— y se encuentra circunscrito por una medida definida por la naturaleza de las cosas y la decisión colectiva. De esta manera, si el autor quiere reclamar una justa compensación por su trabajo, el sustento para esa demanda, más que exclusivamente en el derecho natural, se encontrará en el ordenamiento jurídico que ha definido que el trabajo intelectual es fuente primordial para la obtención de eso que le es debido al autor, al tiempo que será el legislador quién definirá el alcance de dicha compensación, presentes las distintas circunstancias existenciales y de bien común que puedan influir en dicha determinación.

²² Sobre la necesidad de razonabilidad en la determinación de la medida de los derechos ver, por ejemplo, J. CIANCIARDO, *El principio de razonabilidad*, Ábaco, Buenos Aires, 2009, 141-142.

²³ Véase la reflexión sobre la finalidad y sobre las condiciones existenciales que hace COTTA: S. COTTA, *El Derecho en la existencia humana*, 21-24.

De igual forma, fundamentado en bienes e inclinaciones naturales, el bien común exigirá que se proteja la manifestación de la personalidad y reputación del autor cuando se utilice una obra que ha emanado de su ingenio, y corresponderá a la misma ley definir la forma como ello se hará, por ejemplo, mediante la salvaguarda de su derecho “moral” —propio del sistema latino germánico— o acudiendo a derechos de carácter más general, como aquél al honor y al buen nombre —a los que se acude particularmente en el *common law* a falta de derechos morales. Al confluir trabajo e ingenio en la producción de una obra, lo debido al autor será una recompensa acorde con los bienes humanos en los que se sustenta y hacia los que tiende, materializándose dicha retribución en privilegios definidos —por las normas positivas— como derecho patrimonial y derecho moral o de la personalidad del autor.

4. LO “PROPIO” DEL AUTOR Y SU RELACIÓN CON EL ACERVO COMÚN

En relación con la gama de facultades de carácter patrimonial, es válido sostener que en la medida que el derecho le reconoce al autor (persona) un título sobre aquello que sea consecuencia del ejercicio de su natural inclinación a buscar el desarrollo de bienes humanos básicos como el trabajo, la libre expresión, el conocimiento, el juego y la experiencia estética, la obra o creación resultante será, hasta cierto punto, de su propiedad²⁴. Se dice que hasta cierto punto porque, después de todo, la obra no ha

²⁴ Sobre el alcance del concepto de propiedad privada, FINNIS considera que ésta consiste en otorgarle a su titular la primacía para usar y disfrutar de la cosa, en la que medida que esta disponibilidad acrecienta su razonable autonomía y le estimula a hacerla producir y a cuidarla: J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 173.

emanado exclusivamente de él²⁵. Aunque, por supuesto, es preciso reconocer su trabajo e ingenio, al mismo tiempo es menester tener en cuenta que su producción proviene, en mayor o menor medida, del acervo común de la humanidad y que, además, ayudará a acrecentarlo²⁶.

Es posible encontrar rastros de la idea de la propiedad como beneficiaria y tributaria del acervo común en la obra de ARISTÓTELES cuando afirma que, por razones de mejor cuidado, es preferible que los bienes pertenezcan a particulares, pero que en el momento de su utilización se hagan comunes²⁷. Esta concepción es igualmente desarrollada por TOMÁS DE AQUINO, quien al responder a la cuestión de si es lícito a alguien tener una cosa como propia, manifiesta que cuando se trata de bienes exteriores, al hombre le corresponde usar y disfrutar de los mismos. Sin

²⁵ Con razón, HERVADA considera que el "hombre inventa (palabra que significa hallazgo, encontrar algo que ya estaba al menos en potencia) y no que crea (sacar algo de la nada). El hombre es inventor, no creador." J. HERVADA, *¿Qué es el derecho?*, 95.

²⁶ Cfr. J. C. GINSBURG, "Author and Users in Copyright", *Copyright Society of U.S.A.* 45 (1997) 1-20, 5; J. LITMAN, "The Public Domain", *Emory Law Journal* 39 (1990) 965, 965 y ss.; GERVAIS anota que el mismo LOCKE reconoce la existencia de una correlación entre lo que un individuo debe a la sociedad y lo que ésta debe al individuo, aunque considera que deben reconocerse los esfuerzos que ha desplegado el individuo para crear o adaptar algo que estaba en el dominio público: D. GERVAIS, "Intellectual Property and Human Rights: Learning to Live Together," 16-17.

²⁷ A esta conclusión llega, después de sostener, entre otras cosas que un régimen de propiedad justo debe contar con las ventajas tanto de un sistema privado como de uno común: "(...) es preciso que en cierto modo la propiedad sea común, aunque sea en general privada. Así pues, los intereses, al estar repartidos, no causarán reclamaciones de unos contra otros, y rendirán más al aplicarse cada uno a lo suyo. Pero, gracias a la virtud, se obrará para su uso conforme al dicho 'las cosas de los amigos son comunes'. (...) Pues aunque cada uno posea su propiedad privada realiza las cosas provechosas a sus amigos y se sirve de otras que le son comunes (...)" ARISTÓTELES, *Política*, (Traducido por C. GARCÍA GUAL and A. P. JIMÉNEZ), Tecnos, Madrid, 2004, Libro II, Cap. V.

embargo, agrega, al usar y disfrutar de estas cosas, no las debe considerar exclusivamente propias sino que, por el contrario, debe tenerlas por comunes, de modo que cuando otros las necesiten, les puedan dar fácil participación²⁸. Adicionalmente, al tratar de la conformación y uso de ese acervo de cosas comunes, sostiene que las cosas materiales o inferiores —por contraposición a las espirituales— deben estar destinadas a satisfacer las necesidades de los hombres. De aquí se desprende, de acuerdo con el Aquinate, que la división y apropiación de las cosas, según el derecho de los hombres, no pueda impedir que con ellas se pueda satisfacer las necesidades de los hombres que lo requieran.²⁹

En tiempos modernos, FINNIS también ha desarrollado el concepto de acervo común como condicionante de la propiedad privada al afirmar, respecto del titular de una cosa que, aunque detenta la posibilidad de usar ésta para satisfacer, de manera razonable, sus necesidades y las de sus dependientes, ese mismo propietario debe tener presente que el resto de la propiedad y de sus frutos los mantiene como parte del acervo común (*common stock*). Así, lo que inicialmente era común —las cosas en servicio de todos los hombres— ingresa a la órbita privada como consecuencia de algún acto de atribución, únicamente en la medida necesaria para satisfacer las propias necesidades pero, en virtud del bien común, continúa haciendo parte de tal acervo común. El principal efecto de esta pertenencia al acervo común es que, aunque la cosa ha sido atribuida a una persona para su administración y control—pudiendo tenerla como propia—, ella

²⁸ Cfr. T. D. AQUINO, *Suma Teológica*, II-II, q. 66, a. 2; J. FINNIS, *Aquinas: Moral, Political and Legal Theory*, 189-190.

²⁹ Cfr. T. D. AQUINO, *Suma Teológica*, II-II, q. 66, a. 7; J. FINNIS, *Aquinas: Moral, Political and Legal Theory*, 190-196.

no le pertenece para su exclusivo beneficio sino para el beneficio común³⁰.

La idea de acervo común ha sido estudiada por otras líneas de filosofía política distintas del iunaturalismo. Así, por ejemplo, en su *Teoría de la Justicia*³¹, al explicar el principio de diferencia, John RAWLS considera que la distribución de talentos naturales (como aquellos requeridos para la creación de obras) conforma un acervo común del que pueden obtener provecho los más talentosos siempre que con ello mejoren la situación de aquellos que no han contado con su suerte³². Lo anterior se desprende del hecho, según sostiene el autor, que los talentos recibidos — mediante una distribución arbitraria de la naturaleza— son inmerecidos, por lo que se requiere de una compensación por parte de la sociedad a los menos afortunados³³. Mientras que la

³⁰ Cfr. J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 173.

³¹ En el análisis de la obra de RAWLS se tuvo en cuenta tanto la versión original en inglés como la correspondiente en castellano, por lo que las citas se referirán a los números de secciones, que coinciden en una y otra versión, adicionándole la página de la correspondiente en castellano: J. RAWLS, *A Theory of Justice*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 1972, *passim*.; J. RAWLS, *Teoría de la Justicia*, (Traducido por M. D. GONZÁLEZ), Fondo de Cultura Económica, México, 1978, *passim*. Las citas textuales se han extraído de la versión castellana.

³² Cfr. J. RAWLS, *Teoría de la Justicia*, § 17, 124.

³³ *Ibid.* § 17, 123. Para RAWLS, “los favorecidos por la naturaleza no podrán obtener ganancia por el mero hecho de estar mejor dotados, sino solamente para cubrir los costos de su entrenamiento y educación y para usar sus dones de manera que también ayuden a los menos afortunados. Nadie merece una mayor capacidad natural ni tampoco un lugar inicial más favorable en la sociedad. Sin embargo, esto no es razón, por supuesto, para eliminar estas distinciones. Hay otra manera de hacerles frente. Más bien, lo que es posible es configurar la estructura básica de modo tal que estas contingencias funcionen a favor de los menos afortunados. Nos vemos así conducidos al principio de diferencia si queremos continuar el sistema social de manera que nadie obtenga beneficios o pérdidas debidos a su lugar arbitrario en la distribución

distribución de talentos no puede considerarse justa o injusta, la sociedad si estaría actuando con injusticia si no interviene para asegurar una compensación razonable y un adecuado uso del acervo común³⁴. Por supuesto, no todo el abanico liberal se une a la inquietud de RAWLS. Están aquellos que, como NOZICK, no confían en la posibilidad de sopesar o equilibrar los valores liberales clásicos de libertad e igualdad, y optan por renunciar a lo segundo, con todo lo que ello implica para la denominada "igualdad de recursos" e "igualdad material". De ahí que NOZICK critique a RAWLS porque considera que su visión del acervo común y la compensación requerida no se compadece con el principio de autonomía de la persona y reafirma que toda persona tiene derechos, de carácter inalienable, sobre los resultados de su trabajo, esfuerzo e inventiva, por lo que no es posible subvalorar los méritos y logros personales, que deben ser debidamente

de dones naturales o a su posición inicial en la sociedad, sin haber dado o recibido a cambio ventajas compensatorias": p. 124.

³⁴ Cfr. Cfr. *Ibid.* § 17, p. 124-125. Las ideas de RAWLS sobre el mérito y el acervo común parecen haber tenido su génesis en las concepciones religiosas que inicialmente defendió. En efecto, antes de haber de haber sufrido el desencanto de la religión con el telón de fondo de la Segunda Guerra Mundial, RAWLS había presentado su tesis de licenciatura en la Universidad de Princeton —“Consideraciones sobre el significado del pecado y la fe”— en donde expuso una serie de ideas filosóficas y teológicas en las que se pueden identificar, en estado germinal, varias de los conceptos que posteriormente desarrollaría en su pensamiento de madurez. Aunque varias de esas concepciones pudieron tener origen en el cristianismo (iglesias episcopaliana y metodista) que había practicado “convencionalmente” en el seno de su familia, lo cierto es que ellas se afianzaron espiritual y académicamente en sus últimos dos años de estudios universitarios, cuando incluso contempló la posibilidad de entrar en el seminario. RAWLS narra este proceso de desilusión en el ensayo “*On my religion*” que escribió en 1997 y cuyo texto fue encontrado y publicado después de su muerte. Ver versión en castellano en: J. RAWLS, *Consideraciones sobre el significado del pecado y la fe - Sobre mi religión*, (Traducido por F. MELER-ORTÍ), Paidós, Madrid, 2010, 285-293.

recompensados³⁵. Finalmente, SANDEL, desde el comunitarismo, realiza una contundente crítica a la manera como RAWLS pretende introducir la idea de acervo común, que supone que cada individuo es tan solo un depositario de méritos y no un poseedor de ellos, en contravía con el liberalismo deontológico que éste intenta defender³⁶. En una obra posterior (*Justice as Fairness*), RAWLS contestaría varias de las críticas que se habían hecho a sus postulados sobre el acervo común y la distribución de los talentos y habilidades³⁷.

³⁵ Cfr. R. NOZICK, *Anarchy, State, and Utopia*, Oxford - Basic Books, New York, 1974, 224-227. Sobre el concepto de merecimiento y recompensa en RAWLS y NOZICK, ver además: D. CUMMISKEY, "Desert and Entitlement: A Rawlsian Consequentialist Account", *Analysis* 47, no. 1 (1987) 15-19, 15-19.

³⁶ Cfr. M. SANDEL, *El liberalismo y los límites de la justicia*, Gedisa, Barcelona, 2000, 91-134, 217-227.

³⁷ Al revisar la respuesta de RAWLS, llama la atención, en primer lugar, que en esta obra utiliza menos los términos "talentos" y "habilidades" y más "dotaciones" o "endowments", término que, aunque sinónimo abarcaría también otras realidades, como la riqueza y los bienes que se posean. Respecto de las dotaciones que se puedan calificar como innatas, RAWLS reitera que ellas son innecesarias, afirmación que él califica como perogrullada. Para poner a prueba la obviedad de su afirmación, formula varias preguntas desafiantes sobre si se puede pensar que se merece haber nacido mejor dotado que otros; o si se merece haber nacido hombre en lugar de mujer; o si se merece haber nacido en una familia adinerada en lugar de haberlo hecho en una familia pobre. RAWLS mismo contesta negativamente a sus propias preguntas y aclara que "una estructura básica que satisfaga el principio de diferencia recompensa a las personas, no por su lugar en la distribución sino por adiestrar y cultivar sus capacidades y por ponerlas a trabajar en aquello que contribuya al bien de los demás y al suyo propio". Aquellos que actuaran de esta forma serían meritorios, desde la perspectiva de las expectativas legítimas. Más adelante, RAWLS responde una de las críticas mencionadas referida a la forma como el acervo común afectaría la autonomía personal. Aclara que lo que se puede considerar un acervo común es la distribución de las dotaciones innatas o naturales y no las dotaciones en sí mismas consideradas e individualizadas. De aquí que reafirme la integridad física y psicológica de las personas y sus correspondientes derechos y libertades básicas. Para RAWLS, entonces, son las diferencias entre las personas, la manera desigual como se encuentran dotadas, lo que realmente

Volviendo a la línea argumentativa de este estudio, y teniendo presentes las discusiones sobre la existencia y los límites que impondría un acervo común de la humanidad, es posible afirmar que, en el campo de la llamada propiedad intelectual, se puede constatar que en la labor de “creación” de una obra se utilizan elementos que provienen de ese activo universal (ideas, conocimientos, memoria³⁸, habilidades transmitidas, etc.) y que sus resultados también lo acrecientan. En otras palabras, tanto autor como sociedad fungen como beneficiarios y tributarios en la dinámica de la aprehensión, transformación y divulgación de conocimiento. Sin embargo, una cosa es sostener que los bienes intelectuales se originan y hacen parte de un acervo común, y otra bien distinta, negar los méritos, esfuerzos y sacrificios de quienes utilizan sus talentos para aprehender, transformar y divulgar esos productos del pensamiento. Sin llegar al extremo en el que se ubican NOZICK y los grandes exponentes del liberalismo, que califican de inalienables los resultados del trabajo y la inventiva

constituye el acervo común al que ha hecho referencia. La riqueza e importancia de este acervo común radicaría entonces en la forma como se podrían complementar y extraer ventajas de las diferencias entre talentos, similares a aquellas que han explicado los economistas con el principio de las ventajas comparativas. Finalmente, para responder a las críticas respecto de la compensación que merecerían aquellas personas que han desarrollado positivamente sus dotaciones, RAWLS expresa la necesidad de que el principio de diferencia vaya acompañado de reciprocidad, idea que ya había esbozado en *Liberalismo Político*, y que consistiría en que a los mejor dotados o más afortunados en la distribución de dotaciones innatas se les estimule a obtener beneficios adicionales en la medida que desarrollen sus dones y talentos y de esa forma contribuyan al beneficio de los menos dotados o afortunados. Cfr. J. RAWLS, *La justicia como equidad: una reformulación*, (Traducido por A. DE FRANCISCO), Paidós, Barcelona, 2002, § 21.1, 110-112.

³⁸ Cfr. M. DONALD, *Origins of the Modern Mind*, Harvard University Press, Cambridge, 1991, 259-359; W. M. LANDES y R. A. POSNER, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge - Londres, 2003, 66-67.

del hombre, es de justicia reconocer los méritos y contribuciones del autor en la determinación de lo que le corresponde en la explotación de la obra resultante. De ahí que, a pesar de las patentes diferencias con aquella que recae sobre bienes tangibles, no sea irrazonable atribuirle al autor una especie de propiedad³⁹, con sus consecuentes características de exclusividad y transmisibilidad, máxime cuando para él será más factible mirar como *proprio* el objeto de su creación que hacer lo mismo con un bien material que le pertenezca. En todo caso, se sostiene, en la línea de pensamiento de FINNIS, que esta propiedad del autor sobre su obra, después de todo favorecida por el acervo común preexistente, tendrá una índole similar a la fiduciaria, que supondrá de parte del creador el deber de contribuir con el beneficio común, particularmente en el ámbito de este bien, es decir, en la consecución de ese valor básico que es el conocimiento⁴⁰.

³⁹ Esto, en la medida que el autor puede considerar su creación como "propia". No se trata aquí de equiparar completamente la relación autor-obra con la que puede tener una persona que ejerza el derecho real de propiedad sobre una cosa material. COLOMBET considera que la naturaleza del derecho de autor es "híbrida" en la medida que, respecto del patrimonial se puede calificar como de propiedad, y respecto del derecho moral como un derecho de la personalidad. Lo anterior supone, por supuesto, la suscripción de la teoría dualista del derecho de autor: C. COLOMBET, *Propriété Littéraire et artistique et droit voisins*, § 21. Asimismo, VIVANT considera que es más factible llamar propiedad al *copyright* que al derecho de autor del sistema latino germánico. En todo caso, reconoce que en el derecho de autor se pueden encontrar elementos del derecho de propiedad lo que no implica calificarlo como derecho humano: M. VIVANT, "Le Droit d'Auteur, un Droit de l'Homme?", 85.

⁴⁰ Lo dicho por FINNIS se refiere, en general, a la propiedad privada. Cfr. J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 173.

5. LA RELACIÓN JURÍDICA AUTORAL Y EL DERECHO DE AUTOR COMO DERECHO SUBJETIVO

Para terminar de delinear la naturaleza del derecho del autor, es preciso detenerse en la relación jurídica dentro de la cual se inscribe éste, con el fin de definir más claramente su objeto. Al hacerse este examen, se encuentra que la obra creada por el autor, que le pertenece como consecuencia del reconocimiento que hace el derecho a su labor de creación, se constituye en fundamento de la relación jurídica que surge y de la cual hace parte el autor como sujeto activo o acreedor. En dicha calidad, el autor no sólo tiene a la obra como una cosa suya, una cosa justa, sino que, además, está facultado para ejercer un haz de derechos para su mejor aprovechamiento. De ello se desprende la posibilidad de calificar como "subjetivo"⁴¹ al derecho del autor, en tanto éste consiste principalmente en la facultad o poder jurídico⁴² que tiene el autor

⁴¹ En general, se ha calificado al derecho de autor como subjetivo o como un conjunto de facultades. Ver, por ejemplo: D. LIPSZYC, *Derecho de autor y derechos conexos*, 151-154, se refiere siempre a facultades; L. M. GUIBAULT, *Copyright Limitations and Contracts - An Analysis of the Contractual Overridability of Limitations on Copyright*, 91-93; E. RENGIFO, *Propiedad Intelectual: el Moderno Derecho de Autor*, 49-51; C. COLOMBET, *Propriété Littéraire et artistique et droit voisins*, 109 y ss.; R. ANTEQUERA PARILLI, "Los Límites del Derecho Subjetivo y del Derecho de Autor" en C. ROGEL VIDE (ed.), *Los límites del derecho de autor*, Reus, Madrid, 2006, 7-82, 8-9; J. DE OLIVEIRA ASCENSÃO, "Os limites dos limites. A teoria dos três passos. A tensão entre os limites do direito e as medidas tecnológicas e outras relativas à informação e a gestão dos direitos" en C. ROGEL VIDE (ed.), *Los límites del derecho de autor*, Reus, Madrid, 2006, 83-108, 82, 84.

⁴² Afirma MASSINI, que "resulta legítimo, según las reglas de metonimia, llamar a una facultad con el nombre originariamente propio de su objeto; por lo tanto, si al obrar justo le compete en propiedad el nombre 'derecho', aparece como autorizado designar con el mismo término a la facultad o poder del sujeto que lo tiene como contenido." C. I. MASSINI, *Filosofía del derecho*, Tomo I, 2da. ed., Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2005, 81.

de reproducir, divulgar o transformar su obra, y de oponerse a que otros ejerzan estas facultades que el detenta de forma exclusiva, como en una especie de propiedad⁴³.

El carácter subjetivo del derecho del autor está además justificado en la manera como, históricamente, ha estado consagrada su medida positiva, incluida su denominación legal que hace referencia al sujeto que tiene una cierta facultad sobre su obra (sistema latino germánico de derecho de autor) o a un derecho o facultad de reproducir (*copyright*). En todo caso, este derecho subjetivo no es una forma distinta de ser derecho, ya que esa facultad de reproducir, comunicar y transformar es también una cosa justa, una *res* incorporal, que constituye el mismo derecho y no simplemente su objeto⁴⁴. En realidad, se le denomina subjetivo por razones históricas, pero ello no debe hacer perder de vista que este es un modo de referirse a la cosa justa que, mirada integralmente, incluye también a las obligaciones hacia el bien común.

Por último, en la relación jurídica autoral es posible identificar dos clases de sujetos pasivos o deudores: por un lado, aquél que le corresponde desarrollar una acción, o entregar algo cuando, por ejemplo, se refiere al cumplimiento de facultad que tiene el autor de reproducir su obra, respecto del editor que estará obligado pagarle unas regalías, entregarle unos ejemplares, etc.; y otro referido al que tiene un deber de omisión, de abstenerse, de no dificultar al autor el disfrute de su derecho,

⁴³ Para KALINOWSKI, en todo caso, el derecho subjetivo de propiedad, sería un derecho relativo, ya que se desprende de principios naturales de permisión bilateral, referida a actos moralmente indiferentes. Según el autor, la ley humana también crea derechos subjetivos y estos serán siempre relativos, pudiéndose modificar o abrogar: G. KALINOWSKI, *Concepto, fundamento y concreción del derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982, 33.

⁴⁴ Cfr. J. HERVADA, *¿Qué es el derecho?*, 60-61.

llamado sujeto pasivo universal en el campo de los derechos reales, y sobre el cual habrá de extenderse cuando se aborde el tema de la naturaleza de las excepciones y limitaciones al derecho de autor.

6. LA PERSONALIDAD DEL CREADOR Y SU PROTECCIÓN POR EL DERECHO DE AUTOR

El trabajo e ingenio vertidos por el autor en la creación de una obra, no sólo genera para éste una facultad de carácter patrimonial, sino también una de naturaleza moral⁴⁵, espiritual o personal⁴⁶, en la medida que tradicionalmente se ha considerado que el propio ser del autor puede quedar reflejado en la obra⁴⁷,

⁴⁵ El término "moral" para calificar esta facultad del autor ha sido criticado cuando se considera que puede transmitir la idea de que existen unos derechos morales y otros inmorales (PÉREZ SERRANO) o que esta facultad sólo tiene una eficacia moral (STOLFI). Sin embargo, el término ha sido ampliamente utilizado en la doctrina, la jurisprudencia y la legislación: M. GONZÁLEZ LÓPEZ, *El derecho moral del autor en la ley española de propiedad intelectual*, 80-81.

⁴⁶ En general, esta clase de derechos se reconocen y hacen parte del sistema latino germánico de derecho de autor, nota que suele presentarse como diferenciadora respecto del copyright: D. LIPSZYC, *Derecho de autor y derechos conexos*, 45-50. Sin embargo, en el *copyright* de los países de tradición anglosajona, esta clase de derechos no se han considerado como integrantes de su sistema de protección aunque, en la práctica, sean reconocidos y protegidos mediante otras instituciones del *common law* u otras normas jurídicas. No obstante lo anterior, en países representativos de este sistema, como el mismo Reino Unido se han venido adoptando normas que protegen el derecho moral de los creadores desde el mismo régimen de *copyright*. Sobre el derecho moral en los países influenciados por el *common law*, ver: G. DWORKIN, "The Moral Right of the Author: Moral Right and the Common Law Countries", *Columbia-VLA Journal of Law & Arts* 19 (1995) 229-67, 245-258.

⁴⁷ Se debe recordar que, aunque es en la doctrina alemana y francesa donde se desarrolla más ampliamente la idea de la relación entre el autor y su obra, LOCKE ya había propuesto una relación similar al tratar el concepto de propiedad, aunque referida a la persona y a la cosa que se ha apropiado. Ver J.

por lo que se hace necesario prohibir la manipulación de ésta sin el consentimiento de su creador, o restringir que la misma se divulgue sin respetar su autoría⁴⁸. La coexistencia de estas facultades —patrimoniales y morales— y la manera cómo interactúan han sido objeto de intenso debate académico, particularmente para determinar si se trata de dos derechos distintos (teoría dualista) o si se trata de un solo derecho que agrupa facultades de diversa índole (teoría monista). Los orígenes de esta discusión se encuentran entre los doctrinantes alemanes que, alentados por las ideas de KANT⁴⁹ y HEGEL sobre la relación personal del autor con su obra, propusieron distintas interpretaciones sobre la manera cómo interactúan las prerrogativas que tiene el autor sobre su creación⁵⁰. Tanto las

LOCKE, *Two Treatises of Government*, § 27. Sin embargo, FINNIS, interpretando a AQUINO, comenta que las relaciones de propiedad son relaciones interpersonales, materia de justicia interpersonal. De ahí que los fundamentos modernos —y metafísicos— de la propiedad que sugieren una relación entre las personas y las cosas en las que ha invertido su trabajo o reflejado su personalidad, hayan sido extraños para el Aquinate: J. FINNIS, *Aquinas: Moral, Political and Legal Theory*, 189.

⁴⁸ Sin embargo, la transformación que ha sufrido el derecho de autor en las últimas décadas y su utilización heterogénea han influido notablemente en su concepción jurídica. Por ejemplo, además de proteger las obras literarias y artísticas, en el sentido tradicional de estas expresiones, el derecho de autor también protege múltiples creaciones que no necesariamente evocan la personalidad del autor, como el software (asimilado a una obra literaria en la mayoría de las legislaciones. Cfr. M. VIVANT, "Le Droit d'Auteur, un Droit de l'Homme?", 87 y nota 86.

⁴⁹ Sin embargo, como se mencionó al estudiar la evolución histórico-filosófica del derecho de autor alemán, algunos consideran que la influencia de KANT debe ser entendida en sus justas proporciones, aclarando que este filósofo no llegó a calificar este derecho como de la personalidad: S. STRÖMHOLM, *Le droit moral de l'auteur en droit Allemand, Français et Scandinave*, 184-195; J. MARCO MOLINA, "Bases históricas y filosóficas del derecho de autor", 159-163.

⁵⁰ Sobre el origen de las teorías monista y dualista, ver la referencia en el apartado 4 anterior, sobre la evolución del derecho de autor en Alemania.

teorías filosóficas como las específicas del derecho de autor influyeron de manera importante en la jurisprudencia francesa y alemana de finales del siglo XIX e inicios del XX, dando origen a regulaciones legislativas sobre el particular y, más adelante, en 1928, en su consagración internacional en la Conferencia de Roma que modificó el Convenio de Berna⁵¹.

Sobre la naturaleza de este derecho, en sistemas como el francés se le ha calificado como uno de la personalidad, en cuanto defiende un aspecto principalísimo del propio ser del autor, esto es, las creaciones de su intelecto. Lo anterior es una consecuencia necesaria de las posturas que defienden el derecho de autor como un derecho natural, es decir —según las teorías modernas de los derechos humanos— que emana de la naturaleza humana, y que, por tanto, no depende de los privilegios o reconocimientos que haga el legislador al autor, sino del carácter personal de la creación, mediante el cual el autor refleja su personalidad en la obra⁵². Sin embargo, esta postura ha sido criticada por

⁵¹ Cfr. V. DE SANCTIS, "Le developpement et la consecration internationale du droit d'auteur", 253-255. Sin embargo, este reconocimiento del derecho moral estuvo limitado únicamente a dos de sus categorías: derecho de paternidad y el derecho de integridad: A. ILARDI y M. BLAKENEY, *International Encyclopaedia of Intellectual Property Treaties*, 96 (§ 3.45).

⁵² Cfr. M. GONZÁLEZ LÓPEZ, *El derecho moral del autor en la ley española de propiedad intelectual*, 96. Varios autores se muestran de acuerdo con la calificación de derecho de la personalidad. Por ejemplo, LIPSZYC parte de ese supuesto al mencionar como caracteres del derecho moral el ser "esencial, extrapatrimonial, inherente y absoluto", notas que la misma autora afirma que coinciden con las de los derechos de la personalidad: D. LIPSZYC, *Derecho de autor y derechos conexos*, 156-159. De igual forma, ESPÍN CANOVAS admite que el derecho moral encuadra dentro de la categoría de derechos de la personalidad, pero considera que debe diferenciarse de aquellos innatos, ya que, opina, el derecho moral del autor, aunque esencial, sería un derecho de la personalidad no innato: D. ESPÍN CANOVAS, *Las facultades del derecho moral de los autores y artistas*, Civitas, Madrid, 1991, 30-32. Apoyando la postura del derecho moral como un derecho de la personalidad, ver además: J. CASTÁN TOBEÑAS, "Los derechos de la personalidad", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*

considerarse que el objeto de protección es externo a la persona del autor, cuando todo derecho de la personalidad tutela precisamente a la propia persona. Adicionalmente, se ha afirmado que este derecho no es innato, no nace con la misma persona, por lo que mal podría afirmarse que protege su personalidad⁵³.

Lo cierto es que, aun cuando el derecho moral no estuviese plasmado en fuentes positivas⁵⁴, no sería posible desconocer la existencia de los bienes humanos que se aspiran proteger con este derecho. En todo caso, igual que sucede con la propiedad o los derechos de carácter patrimonial que el autor puede ejercer sobre su obra, aquellos de naturaleza moral no constituyen un bien humano o un valor básico en sí, siendo más bien secundarios⁵⁵. En el caso particular de la reputación como bien que se busca proteger cuando se reclama la autoría de una obra o cuando se prohíbe la deformación de la misma, se ha sostenido que un genuino interés por la propia reputación es consecuencia de una real disposición hacia la búsqueda de la verdad (conocimiento) y de la preocupación por encontrarse en armonía con el resto de la comunidad (sociabilidad). En este sentido, la reputación es meritoria en la medida que ella simboliza a los demás las

(1952), 57-59; A. LOREDO HILL, "Naturaleza Jurídica del Derecho de Autor" en M. BECERRA RAMPIREZ (ed.), *Estudios de Derecho Intelectual en homenaje a David Rangel Medina*, UNAM, IJ, México, 1998, 22-23.

⁵³ Cfr. M. GONZÁLEZ LÓPEZ, *El derecho moral del autor en la ley española de propiedad intelectual*, 97; J. DABIN, *El derecho subjetivo*, (Traducido por F. J. OSSET), Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, 238-239.

⁵⁴ Los dos derechos más ampliamente reconocidos por la legislación positiva son el de paternidad y el de integridad, dado que son los que se encuentran la norma con mayor alcance internacional sobre el particular, esto es, el artículo 6bis del Convenio de Berna: A. DIETZ, "The Moral Right of the Author: Moral Rights and the Civil Law Countries", 200-201.

⁵⁵ Sobre los "bienes secundarios" ver: J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 98-99, 105.

conquistas de una persona, en cuanto referidas a unos valores básicos⁵⁶, pero no se trata de un bien humano básico en sí. En lo que atañe a los derechos que tiene el autor de afirmar la paternidad sobre su obra, de oponerse a su deformación o de retractarse del contenido de la misma, todas esas facultades (derechos subjetivos) responden en última instancia a la necesidad de proteger su reputación, en la medida que su salvaguarda significa también la tutela de unos bienes humanos básicos como la búsqueda de la verdad y sociabilidad⁵⁷.

Con todo, aunque no se trate de un valor básico, el derecho moral, como vehículo para la protección de la reputación del autor, si es de importancia para el bienestar de la persona en general y del creador en particular⁵⁸. Si bien no es una exigencia natural, si se trata de una exigencia existencial, esto es, una exigencia que nace del modo en que podemos desarrollar nuestra naturaleza en nuestras condiciones existenciales. Y como este modo es el que es, y no otro, podría decirse que esta exigencia —la del derecho moral que supone unas condiciones existenciales— tiene tanta obligatoriedad como una exigencia directamente asentada en un bien humano básico⁵⁹.

⁵⁶ Cfr. H. VEATCH, *Rational Man*, Indiana University Press, Bloomington, 1962, 60-62 (Disponible en Google Books).

⁵⁷ En todo caso, se debe tener en cuenta que HERVADA califica la reputación (que denomina buena fama) como un derecho natural que debe ser respetado, y cuya violación origina el deber de restitución o compensación, según sea el caso: Cfr. J. HERVADA, *Introducción Crítica al Derecho Natural*, 83.

⁵⁸ Cfr. J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 220, al tratar de la reputación en general.

⁵⁹ Debo esta idea a Pilar ZAMBRANO.

7. EL DERECHO DE AUTOR COMO DERECHO HUMANO

La alegada sacralidad del derecho de autor y estrecha relación con la personalidad del creador, tuvo una consecuencia acorde con los postulados liberales dentro de los cuales se inscribieron los sistemas de protección latino germánico y de *copyright*: se elevó a la categoría de derecho humano. La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (en adelante, "DUDH") consagró que "[t]oda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora" (27(2)), disposición que se encuentra plasmada —en similares términos— en otros instrumentos internacionales de derechos humanos como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁶⁰, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948⁶¹ y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o "Protocolo de San Salvador"⁶².

⁶⁰ Ver artículo 15.

⁶¹ Llamada también Declaración de Bogotá, en referencia a la ciudad donde se suscribió. El artículo XIII, sobre el derecho a los beneficios de la cultura, prevé: "Tiene asimismo derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de los inventos, obras literarias, científicas y artísticas de que sea autor". Como se observa, a diferencia de la DUDH, la protección se otorga a los intereses de la persona por razón de sus inventos, y no sólo por sus obras. Esta Declaración es anterior a la DUDH y, al parecer, influyó en la redacción de la norma correspondiente al derecho de autor en esta última: P. K. Yu, "Reconceptualizing Intellectual Property Interests in a Human Rights Framework", *University of California, Davis* 40 (2007) 1039, 1055.

⁶² El artículo 14, también referido al derecho a los beneficios de la cultura, establece: "Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen el derecho de toda persona a: (...) c. beneficiarse de la protección de los intereses morales

El texto mencionado fue el resultado de múltiples discusiones que se dieron al interior del comité correspondiente en la Organización de las Naciones Unidas (ONU) después de que el delegado francés, René CASSIN, hiciera una propuesta que suponía el reconocimiento de los derechos patrimoniales y propendía por la especial protección de los morales. Aunque la propuesta inicial no fue acogida, se terminó adoptando una que contenía términos muy similares a los de la Declaración Americana, con el visible apoyo y liderazgo de los países del sistema latino germánico, especialmente los latinoamericanos⁶³. Esto a pesar de los países con tradición de *common law* y *copyright*⁶⁴, y las voces en contra que consideraban que este era un tema que debía ser objeto de otros instrumentos internacionales especializados⁶⁵, o que ya estaba cubierto por otras disposiciones del mismo documento como el derecho a la propiedad, o que no se debía incluir en una declaración que versaba sobre derechos de una naturaleza más general, sobre “derechos humanos básicos”⁶⁶.

y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.”

⁶³ Cfr. P. K. YU, "Reconceptualizing Intellectual Property Interests in a Human Rights Framework", 1057-1058.

⁶⁴ Cfr. F. DESSEMONTE, "Copyright and Human Rights" en J. J. C. KABEL and G. J. H. M. MOM (ed.), *Intellectual Property and Information Law: Essays in Honour of Herman Cohen Jehoram*, Kluwer Law, La Haya, 1998, 113-20, 117; P. L. C. TORREMANS, "Copyright (and Other Intellectual Property Rights) as a Human Right" en P. L. C. TORREMANS (ed.), *Intellectual Property and Human Rights*, Kluwer Law, La Haya, 2008, 195-215, 200-201.

⁶⁵ Curiosamente, mientras que se discutía el contenido de la DUDH, se llevaba a cabo la Conferencia de Bruselas que a su vez revisaba el Convenio de Berna.

⁶⁶ Cfr. P. K. YU, "Reconceptualizing Intellectual Property Interests in a Human Rights Framework", 1055-1057. El autor también refiere las oposiciones del delegado británico y la delegada de la India que consideraban

Con la inclusión de la disposición protectora del autor en la DUDH, triunfó la visión del sistema latino germánico que considera el del autor respecto de su obra un derecho que emana de la personalidad y que puede calificarse como natural. CASSIN — emulando los discursos de sus coterráneos LE CHAPELIER y LAKANAL un par de años después de la Revolución Francesa— manifestó con apasionamiento que con esta norma se producía “la integración en los derechos humanos fundamentales de los derechos de los creadores de las obras del intelecto (...) gracias a los cuales la llama de la inteligencia creadora seguirá estando viva, como el fuego que Prometeo robó al Cielo, para aportar luz y calor a los humanos”⁶⁷. La consagración del derecho humano de autor supuso entonces una justificación adicional a su protección, junto a los argumentos de derecho natural y utilitaristas que han predominado en los distintos regímenes de propiedad intelectual⁶⁸.

Sin embargo, la caracterización del derecho de autor como derecho humano continúa siendo objeto de debate académico y jurídico. Por un lado, se ha considerado positiva porque se protegen los intereses morales del autor, íntimamente relacionados con su personalidad y con los demás derechos que

elitista la propuesta de protección y cuestionaban el hecho que un grupo especial —los autores— mereciera esta atención.

⁶⁷ Citado por A. DELGADO PORRAS, *Derecho de Autor y derechos afines al de autor*, 2 vols, Vol. 2, Instituto de Derecho de Autor, Madrid, 2007, 84.

⁶⁸ Cfr. E. DERCLAYE, "Intellectual Property and Human Rights: Coinciding and Cooperating" en P. L. C. TORREMANS (ed.), *Intellectual Property and Human Rights*, Kluwer Law, La Haya, 2008, 133-60, 136-137.

de ella se desprenden⁶⁹. Adicionalmente, se ha resaltado el reconocimiento de la universalidad del derecho, en el entendido que se valida la visión liberal según la cual su afirmación se deriva de la mera existencia de la persona y del respeto de su dignidad, en tanto que su disfrute no puede encontrarse sujeto a ninguna formalidad o condición⁷⁰. La pretendida universalidad sería consecuencia necesaria de tipificar el derecho de autor dentro de aquellos enraizados en el derecho natural, tal como sucedería con otros derechos humanos de la DUDH, incluida aquél a la propiedad⁷¹. Finalmente, para algunos, la introducción del derecho de autor dentro del marco de los derechos humanos permitiría su mejor efectividad⁷² y la realización de otros derechos humanos relacionados con éste⁷³.

⁶⁹ Cfr. O. F. AFORI, "Human Rights and Copyright: The Introduction of Natural Law Considerations Into American Copyright Law", *Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal* 14 (2004) 497-565, 521. El autor cita a varios académicos que opinan que si existen bases para calificar el derecho de autor como derecho humano, de carácter universal, aunque ellos se refieren más a los elementos personales que a los patrimoniales o de propiedad de este derecho.

⁷⁰ Cfr. A. DELGADO PORRAS, *Derecho de Autor y derechos afines al de autor*, 2, 85-86. Sin embargo, el autor se lamenta de que, con muy pocas excepciones, las leyes nacionales no hayan dispuesto la aplicación del derecho en términos de universalidad.

⁷¹ Cfr. O. F. AFORI, "Human Rights and Copyright: The Introduction of Natural Law Considerations Into American Copyright Law", 564. El autor resalta las ventajas que supondría la utilización del artículo 27 de la DUDH para introducir elementos de derecho natural en el sistema estadounidense de propiedad intelectual, tradicionalmente caracterizado por sus postulados utilitaristas.

⁷² Cfr. A. DELGADO PORRAS, *Derecho de Autor y derechos afines al de autor*, 2, 88. El autor concluye que "lo único procedente es que los autores y sus organizaciones continúen trabajando por la real implantación del derecho humano de los primeros en las legislaciones y en los tratados internacionales de derecho de autor, que son el espacio jurídico natural en el que debe ser reconocido y regulado su inalienable derecho, con un fiel respeto a su

Sin embargo, cuando había transcurrido poco más de una década desde la adopción de la DUDH —y la correspondiente inclusión del derecho de autor como derecho humano—, el mismo apasionado promotor de su introducción en la mencionada Declaración reclamaba mayor atención para esa disposición que aún parecía envuelta en la penumbra⁷⁴. La visibilidad de la misma aumentó después cuando se popularizó el uso de las redes informáticas, principalmente la Internet, para transmitir y poner a disposición del público información y contenidos protegidos por la propiedad intelectual, lo que supuso el ejercicio de controles por parte de los grandes titulares y las correspondientes acciones judiciales. Asimismo, la introducción de asuntos de propiedad intelectual en los nuevos acuerdos comerciales multilaterales, como el ADPIC de la OMC, trajo consigo la discusión de cómo estos nuevos instrumentos, que buscaban afirmar derechos como el del autor, podían entrar en conflicto con libertades tales como la de expresión e información, consideradas fundamentales en una sociedad democrática⁷⁵.

naturaleza de prerrogativa inserta en ese fondo elemental de condiciones existenciales y de expresiones de la personalidad de la que ningún ser humano puede ser privado bajo ningún concepto. Porque sin el derecho humano de autor no merece la pena ser autor."

⁷³ Cfr. P. K. YU, "Reconceptualizing Intellectual Property Interests in a Human Rights Framework", 1149; E. DERCLAYE, "Intellectual Property and Human Rights: Coinciding and Cooperating," 135.

⁷⁴ Cfr. René CASSIN en un escrito de 1960 citado por F. DESSEMONTET, "Copyright and Human Rights," 114.

⁷⁵ Ver, por ejemplo: *ibid.* 116-120; M. SINJELA, "Introduction" en M. SINJELA (ed.), *Human Rights and Intellectual Property Rights: Tensions and Convergences*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2007, vii-ix; L. R. HELFER, "Human Rights and Intellectual Property: Conflict or Coexistence?", *Minnesota Intellectual Property Review* 5, no. 1 (2003) 47-61, 47 y ss.: el autor considera inexplicable la separación que durante tanto tiempo tuvieron la propiedad intelectual y los derechos humanos y explica que quienes primero llamaron la atención sobre la

Uno de los elementos que parecería no cumplir el derecho de autor para ser considerado realmente un derecho humano es el de la universalidad. En efecto, se critica el hecho de que en la calificación de la situación jurídica que nace en virtud de la producción de una obra no se tenga en cuenta la manera diversa como las diferentes tradiciones jurídicas la tipifican y que tampoco se preste atención a la forma como otras culturas, distintas de las occidentales y modernas, caracterizan las facultades sobre una creación intelectual, muchas veces reconociendo una especie de derecho colectivo al grupo o al clan⁷⁶. Por otra parte, en la medida que se ha relacionado la consagración del derecho de autor como derecho humano al tratarse de una consecuencia lógica de su carácter de propiedad, se ha cuestionado que ésta pueda protegerse como derecho humano, tratándose más bien de un medio para disfrutar de otros derechos, esos sí fundamentales⁷⁷. En todo caso, en lo que muchos coinciden es que, de admitirse la existencia del derecho de autor

interrelación entre las dos materias fueron los estudiosos de los derechos humanos, que criticaron la protección de los conocimientos tradicionales de los indígenas, así como las consecuencias negativas para ciertos derechos humanos de la estricta protección que se le concedió a la propiedad intelectual a la luz de los nuevos tratados de comercio multilateral, especialmente el ADPIC. Ver adicionalmente: E. DERCLAYE, "Intellectual Property and Human Rights: Coinciding and Cooperating," 133 y ss.: La autora analiza los distintos escenarios en los que se alega que existe conflicto entre los derechos humanos y la propiedad intelectual, y concluye que no existe tal conflicto.

⁷⁶ Cfr. M. VIVANT, "Le Droit d'Auteur, un Droit de l'Homme?", 97-99.

⁷⁷ *Ibid.* 77-85. El autor cita, además, las palabras de Christian Mouly, reconocido defensor de la propiedad privada, que propone entender el concepto de propiedad dentro de sus justas proporciones: "No se puede (...) explicar el lugar que se le da en todas las Cartas, desde el siglo XIII hasta hoy en día, más que analizándola como un *procedimiento jurídico de protección de los demás derechos humanos*. La propiedad no es la expresión de uno de los tres valores fundamentales (libertad, igualdad, dignidad), es una garantía de los derechos humanos que son la expresión de éstos."

como un derecho humano, éste no puede ser considerado como determinante para defender exclusiva y preferentemente los derechos del creador y que, más bien, debe ser entendido de forma tal que favorezca el ejercicio de otros derechos relacionados.

La consideración del derecho de autor como derecho humano adolece del mismo vicio que se predica de la teoría de los derechos humanos, esto es, el reduccionismo de lo político, de la realidad del bien común, a simples derechos elaborados racionalmente, independientes de las condiciones existenciales de una comunidad en particular, lo que supone, en último término, tratarlos como bienes absolutos, autosuficientes, sin relación alguna con el entorno en el que corresponde ejercerlos⁷⁸. Así, la inclusión del derecho de autor dentro de la carta de derechos humanos obedeció a la insistencia de sectores en los que sigue prevaleciendo una concepción liberal individualista del derecho, fundada en un iusnaturalismo racionalista que, al simplificar lo jurídico a elaboraciones generales y abstractas de la lógica, pierde la oportunidad de valorar las características particulares de una sociedad que permitirían determinar lo debido en un entorno concreto, en este caso, lo que se debe al autor en una comunidad específica, atendiendo sus particulares circunstancias económicas, sociales y culturales.

Ahora bien, el carácter abstracto que de por sí distingue a los derechos humanos, es todavía más evidente en el caso del derecho de autor, por lo menos en lo que respecta a la forma como fue estipulado en la DUDH y en los otros instrumentos internacionales referidos. Como es posible observar en la redacción del artículo 27(2) de la citada Declaración, allí no se definen exactamente

⁷⁸ Cfr. A. CRUZ PRADOS, *Ethos y Polis: Bases para una reconstrucción de la filosofía política*, 360-361.

cuáles son los supuestos derechos del autor. En efecto, para referirse a lo que debe ser objeto de protección de este derecho, se utiliza el término “intereses” con el que se suele calificar —y subvalorar— el objeto de la situación jurídica de los usuarios respecto de la obra. Adicionalmente, aunque se califican dichos intereses como “morales y materiales”, no se define que puede exigir concretamente el autor, sino que se utiliza una fórmula que supone una determinación adicional o posterior al establecer que son aquellos “que le correspondan por razón (...)”⁷⁹ de su producción.

Lo dicho en el párrafo anterior, puede ser una de las razones de por qué, aunque los países con sistema de *copyright* no estuvieron inicialmente de acuerdo con la inclusión de este derecho, finalmente no se opusieron más. En efecto, la fórmula utilizada es tan amplia que cualquier sistema de protección de la propiedad intelectual tiene un espacio dentro de la misma. Así, aunque se indica que el autor tiene derecho a la protección de los intereses morales, se aclara que son aquellos que le correspondan, por lo que en un país le pueden corresponder unos y, en otros, ninguno, desdibujándose así la protección concebida en términos generales. Sin embargo, se puede argüir también que, tal como sucede en los países con tradición de *common law*, aunque no existe un reconocimiento expreso de unos derechos morales en cabeza del autor, los aspectos relacionados con la personalidad de éste que se buscan proteger con tales derechos, se encuentran debidamente tutelados por otras instituciones jurídicas del *common law*, como aquellas relacionadas con el buen nombre y la intimidad.

⁷⁹ Aunque las versiones oficiales en inglés y francés utilizan unos términos más concisos: “*resulting*” o “*découlant*”, es decir, “resultantes”.

Algo similar ocurre con los intereses materiales a los que se refiere el enunciado del derecho, ya que ellos pueden ser amparados de diversas formas como, por ejemplo, el reconocimiento de unos derechos exclusivos, la concesión de un monopolio o la atribución de un simple derecho de remuneración⁸⁰. De igual forma, tal como está dispuesta la norma, se puede interpretar que los derechos-intereses por cuya protección se propende pueden corresponderle a un individuo o una colectividad, según se hayan definido en la sociedad correspondiente⁸¹.

Se observa entonces que el carácter abstracto y la aparente vaciedad del artículo 27(2) pueden ser su mayor virtud, porque permiten la determinación particular de su contenido en las circunstancias propias del entorno espacial, temporal y social en el que se pretendan exigir los derechos referidos. Y es que si ya es difícil construir fórmulas universales e inmutables como se hace en la teoría de los derechos humanos, ello es más complicado en el campo del derecho de autor, cuyas condiciones de ejercicio han cambiado constantemente desde que se expidió la primera norma sobre el particular, hace más de tres siglos e, incluso, desde que se incorporó la protección de los intereses morales y materiales del autor en la DUDH sesenta y cuatro años atrás. Es claro que para un autor y para un editor no puede ser lo mismo escribir y publicar un libro hoy, cuando predomina la comunicación digital, la

⁸⁰ A. DIETZ, "A Concept of 'Domaine Public Payant' in the Field of the Neighbouring Right of Performers" en J. J. C. KABEL and G. J. H. M. MOM (ed.), *Intellectual Property and Information Law: Essays in Honour of Herman Cohen Jehoram*, Kluwer Law, La Haya, 1998, 121-27, 122-123.

⁸¹ Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, hoy en día, buena parte de las determinaciones políticas y jurídicas que corresponden a una sociedad, se encuentran supeditadas a las definidas en una comunidad a la cual se encuentra incorporada ésta, es decir, la comunidad internacional.

globalización y descentralización de la información, que hace trescientos años cuando el mercado era usualmente local y controlado por los pocos que contaban con una imprenta.

En todo caso, tanto en la DUDH como en los demás instrumentos internacionales que han consagrado un “derecho humano de autor”, éste fue incluido dentro del contexto más general de un derecho a participar de los beneficios de la cultura y el progreso científico. En lo que se refiere al DUDH, el artículo 27(1) dispone que “[t]oda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten”. Lo anterior supone, tal como se mencionara atrás en los acápites destinados a estudiar la naturaleza del derecho de autor, el reconocimiento de la existencia de una especie de acervo común del que participaría todo miembro de la sociedad y al que contribuiría el autor con sus producciones, por lo que, en compensación por su aporte, se le reconocerían una serie de intereses morales y materiales, según se encuentra dispuesto en el artículo 27(2) ya analizado.

En suma, al “derecho humano de autor” se le puede criticar que se fundamenta en una mal entendida naturaleza humana y de sus necesidades, de carácter universal e inmutable, sin referencia a las particularidades de cada comunidad política, con sus condiciones sociales, económicas y culturales. Sin embargo, la forma abierta como quedó dispuesta su protección, permite incorporar los elementos concretos que atiendan a las circunstancias antedichas, incluido el contexto en que se encuentra consagrada, esto es, el de la participación en los beneficios de la cultura y los demás derechos y libertades con los que tenga relación, como los expresión, información y educación, para definir el alcance del derecho del autor desde la perspectiva del bien de esa comunidad —de su bien común—, utilizando

herramientas dispuestas para el efecto como el “*three-step test*”, según se estudiará en los capítulos posteriores.

8. LA MUTACIÓN DEL DERECHO DE AUTOR: ANOTACIONES SOBRE EL DERECHO DEL TITULAR DERIVADO

Antes de finalizar este capítulo dedicado a estudiar la naturaleza del derecho del autor, es menester caracterizar ese mismo derecho cuando se encuentra en cabeza de una persona distinta de la de su inicial creador. En efecto, el análisis de las páginas anteriores sobre lo que le es debido al autor se sustentó en el mismo acto de creación y en la forma como los distintos bienes humanos básicos se conjugan para fundamentar los derechos que atribuye el ordenamiento positivo al autor y que pueden ser exigidos por éste y respetados por los demás. Sin embargo, no es posible circunscribir el estudio a los derechos del autor porque es indudable que, en el mundo real, éste termina siendo exigido y disfrutado por titulares distintos al autor en la mayoría de casos, lo que debe suponer un cambio en su naturaleza en la medida que no protege ni se sustenta en los mismos valores básicos.

Así, se puede constatar que el título del derecho o derechos de los titulares derivados es siempre positivo en la medida que éste es señalado bien por la ley, bien por la convención o bien por la combinación de las anteriores. Por su parte, la medida de ese derecho o derechos es mixta en cuanto, aunque atiende la naturaleza de obras protegidas, se encuentra determinada por la ley, por la convención o por su conjunción. En todo caso, tanto el título como la medida de los derechos de los titulares están limitados a aquellas prerrogativas del derecho de autor que son transmisibles o negociables y, por lo tanto, no se extienden a facultades íntimamente relacionadas con la persona del autor,

como sucede con el llamado derecho moral y sus distintas categorías. Por lo anterior, la medida del titular derivado no sólo debe tener en cuenta las disposiciones legales y convencionales sino, además, las prerrogativas que le corresponden exclusivamente al autor, como las correspondientes al derecho moral, por estar estrechamente unidas a su personalidad y no ser transmisibles. En otras palabras, al tiempo que la naturaleza del derecho del autor contiene elementos patrimoniales y personales, el del titular no sólo se circunscribe al componente patrimonial sino que, además, tiene la carga adicional de respetar —y hacer respetar— el derecho moral del autor.

Cuando se hizo referencia a la naturaleza del derecho del autor se afirmó que el suyo podía asimilarse a una especie de propiedad, máxime cuando le era más factible calificar como “propia” una creación intelectual que una cosa externa que podría adquirir, usar y desechar. Ahora bien, esa misma aseveración no puede hacerse respecto del titular derivado para quién la obra no es resultado de su “creación”, sino algo más parecido a las cosas externas a las que se aludía anteriormente. Mientras que el derecho del autor sobre su obra es consecuencia de la búsqueda y el ejercicio de unos bienes humanos básicos, en el caso del titular derivado, su derecho se refiere más a un bien secundario. Sin embargo, a pesar de la ausencia de ese vínculo personal del titular derivado con la obra⁸² y la manera indistinta como dicho titular puede disponer de la obra, no se puede desconocer que, en la

⁸² Como siempre, se pueden plantear excepciones a lo afirmado aquí. Por ejemplo, no se puede negar el vínculo que ataría al comitente de una obra por encargo, cuando esta se realiza de acuerdo con unas instrucciones precisas y personales de dicho comitente, o cuando el resultado tiene una relación especial con éste, como un retrato o una novela basada en su propio relato. No obstante la existencia de este lazo del comitente con la obra, no es posible negar la existencia de un aporte personal del autor en su realización.

práctica, ejerce derechos similares a los de la propiedad sobre cosas corporales, como la exclusividad y la transmisibilidad, que le permiten realizar actos de propietario tales como explotar económicamente la obra dentro de los límites establecidos por la ley o la convención.

A partir de los datos anteriores se puede concluir que no es irrazonable atribuirle el carácter de propiedad al derecho del titular derivado respecto de la obra. Sin embargo, como se anotó más atrás en relación con el derecho del autor, la propiedad del titular derivado no puede considerarse absoluta ni ilimitada, como tampoco se puede calificar así a la que es ejercida sobre bienes materiales. Es más, dado el carácter exclusivamente patrimonial, y por tanto secundario, del derecho del titular derivado —a diferencia del que corresponde al autor, que contiene también elementos personalísimos— puede limitarse más su disfrute que en el caso del creador. Sobre esto, se debe recordar que el derecho de propiedad ha evolucionado considerablemente desde el concepto liberal y absoluto de los regímenes decimonónicos a la concepción más humana y ajustada a los postulados constitucionales de la actualidad, que suponen un mayor contenido social y una apertura al principio de solidaridad⁸³, cuyas consecuencias en el derecho de autor se analizarán con mayor detalle en el siguiente capítulo.

Las características del derecho —“de propiedad”— del titular derivado, incluido el carácter fiduciario y la pertenencia al acervo común a los que se aludió en el apartado destinado a analizar el derecho patrimonial del autor, habrán de tenerse en cuenta al momento de definir cómo éste debe contribuir y sustentarse en el

⁸³ Cfr. J. CIANCIARDO, *El principio de razonabilidad*, 160. El autor considera que esta evolución se ha presentado sobre todo por la amplia utilización del principio de razonabilidad que se aplica, de manera menos intensa, en los casos en los que los derechos afectados tienen contenido patrimonial.

bien común, teniendo en cuenta no sólo a la sociedad en general sino, también y especialmente, a los autores o titulares originarios. En efecto, los titulares derivados juegan un papel muy importante en la consecución del bien común ya que depende de ellos, más que del propio Estado, desarrollar unas estrategias que estimulen la creación de obras que puedan ser ampliamente disfrutadas y que contribuyan a la obtención de mejores condiciones educativas, culturales y sociales, lo que supone que, a la hora de producir, editar, distribuir o financiar una obra no se tenga en cuenta únicamente el factor económico —que suele prevalecer sobre todos los demás— sino, además, la forma como esa obra puede ayudar al bienestar de toda la comunidad⁸⁴.

9. RECAPITULACIÓN

Como se anotó en el capítulo anterior, uno de los principales puntos de discusión en el desarrollo histórico del derecho de autor, que ha ejercido un gran influjo en los alegatos de conflicto, ha sido el de su naturaleza jurídica. En efecto, en los distintos

⁸⁴ Se puede pensar que al hacer referencia al bienestar de toda la comunidad, al bien común, a la cultura, etc. se quiere decir que lo que más se debe favorecer es la escritura y publicación de libros eruditos o de obras maestras. Claramente esto no basta, sobre todo en una sociedad como la actual. Sin embargo, es indiscutible que el carácter de una creación intelectual, por menos culta que ella sea, puede influir de manera importante en el bien común. Un ejemplo que puede ilustrar lo anterior es el de los videojuegos. Al momento de escribir este trabajo se galardonaba con el premio Príncipe de Asturias de la Comunicación a Shigeru Miyamoto, creador, entre otros, de la saga de juegos de Mario Bros, “por excluir de sus creaciones la violencia y por innovar con programas y formatos que ayudan a ejercitar la mente en sus múltiples facetas y resultan muy valiosos desde un punto de vista educativo”. Sin embargo, por otro lado, Anders Behring Breivik, el Asesino de Oslo, reconoció semanas atrás que se había inspirado en videojuegos y que había utilizado otros, de carácter militar y mercenario, como entrenamiento para sus posteriores crímenes.

sistemas de protección, sustentados en las posturas de los pensadores que más los influyeron, se ha defendido tradicionalmente la concepción del derecho de autor como un derecho natural, en el entendido que aquél se origina como resultado del trabajo del autor y como extensión o reflejo de su propia personalidad. Sin embargo, en el examen que aquí se realizó sobre dicha cuestión, se pudo determinar que en los postulados liberales individualistas se ha confundido el fundamento del derecho de autor con su título. Mientras que el primero si se puede ubicar en la naturaleza humana, concretamente en los bienes humanos básicos y ciertas inclinaciones propias de la persona —por lo que puede ser calificado como natural—, en el caso del título, se pudo constatar que el mismo requiere, además, ser atribuido en un entorno político, mediante acuerdos y determinaciones de derecho positivo. Esto mismo se puede afirmar respecto de la medida o alcance del derecho de autor, que debe ser —y lo ha sido— definida política o colectivamente, aunque ella deba atender la naturaleza de las cosas y de las obras protegidas. A partir de lo anterior, se concluyó que el título y la medida de los derechos del autor pueden calificarse como mixtos —en parte naturales y en parte positivos—, a diferencia de lo que sucede con los derechos de los titulares derivados —de carácter eminentemente patrimonial— cuyo título es positivo y su medida mixta.

El derecho de autor es, además, un derecho subjetivo que faculta a su titular a ejercer unas atribuciones exclusivas similares a las de la propiedad y que, en esa misma medida, es beneficiario y tributario del acervo común de la humanidad, cuya existencia es más clara en relación con el arte, la ciencia y la cultura. La principal consecuencia de esta relación con el acervo común es que, aunque es de justicia reconocer al autor una especie de propiedad como recompensa por su producción intelectual, ese

dominio sobre la obra debe contribuir al bien común del que el mismo autor obtuvo provecho. La forma como influye el bien común en el sistema de limitaciones y excepciones será objeto de análisis en el siguiente capítulo que, en conjunto con el que aquí finaliza, constituirá la base para proponer una interpretación adecuada del “*three-step test*” como mecanismo de razonabilidad y armonización de los distintos derechos que confluyen en la producción y disfrute de las creaciones intelectuales.

CAPÍTULO 3

***IURA IN OPERE ALIENA*: UNA REVISIÓN A LA NATURALEZA DE LAS EXCEPCIONES Y LIMITACIONES AL DERECHO DE AUTOR**

1. PRESUPUESTOS INICIALES PARA UNA REVISIÓN DE LA NATURALEZA DE LAS EXCEPCIONES Y LIMITACIONES AL DERECHO DE AUTOR

De la misma forma que se ha llegado a calificar al derecho de autor como la “metafísica del derecho”, tanto la doctrina como la jurisprudencia, coinciden en afirmar que el referente a las limitaciones y excepciones es el aspecto “más problemático” de este régimen¹. Estas dos afirmaciones ilustran las enormes dificultades con las que se enfrenta todo aquél que esté interesado en dilucidar la naturaleza jurídica de las limitaciones y excepciones al derecho de autor, en cualquiera de los sistemas jurídicos de protección.

La primera dificultad es de carácter terminológico. En particular, aunque los instrumentos internacionales y las leyes nacionales utilizan indistintamente los términos “limitaciones” y

¹ “(...) *the most troublesome in the whole law of copyright*”: expresión originalmente referida al *fair use* en el caso *Dellar v. Samuel Goldwyn, Inc.* (1939) y replicada en numerosos fallos y escritos académicos estadounidenses.

“excepciones”², los doctrinantes sobre la materia insisten en diferenciarlos y circunscribirlos a unas realidades precisas. Por ejemplo, se ha sostenido que las “limitaciones” hacen referencia a aquellos usos que no requieren de una autorización del titular pero si una compensación económica equitativa, como en el caso de las licencias obligatorias, mientras que las “excepciones” atañen a los usos que se hacen sin necesidad de autorización y sin pago al titular³. Otros consideran que tanto las limitaciones como las excepciones se refieren siempre a la posibilidad de usar libre y gratuitamente la obra, mientras que las licencias no voluntarias u obligatorias, que exigen el pago de una remuneración equitativa, constituirían una categoría aparte⁴.

Finalmente, para algunos la distinción semántica obedece a la naturaleza misma de los derechos protegidos, que variaría según se trate del régimen basado en el sistema de derecho civil o en aquel sustentado en el *common law*. En efecto, dado que el *droit*

² Por ejemplo, tanto el artículo 13 del ADPIC como el artículo 10 del TODA, al consagrar sus respectivas versiones del “*three-step test*” se refieren indistintamente a limitaciones y/o excepciones.

³ Ver, entre otros, M. FICSOR, *The Law of Copyright and the Internet - The 1996 WIPO Treaties, their Interpretation and Implementation*, Oxford University Press, Oxford, 2002, 257; V. VÁZQUEZ, “Perspectivas de futuro en torno a los límites del derecho de autor. Las tendencias internacionales y la posición de la OMPI,” 296; J. J. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, *La copia privada: Sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*, Comares, Granada, 2008, 103, en donde el autor manifiesta que éste es el uso corriente que le da la doctrina.

⁴ Cfr. S. RODRÍGUEZ MORENO, *La era digital y las excepciones y limitaciones al derecho de autor*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, 66. Por otro lado, RODRÍGUEZ TAPIA y BONDÍA ROMÁN, prefieren referirse a “*supuestos de libre utilización de las obras*”, en el entendido que fuera de estos supuestos las amplias facultades de los titulares no se ven afectadas, manteniéndose el monopolio que existiría respecto de la obra: J. M. RODRÍGUEZ TAPIA y F. BONDÍA ROMÁN, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 1997, 164.

d'auteur presupone la existencia de unos derechos de carácter natural, exclusivos y amplísimos en cabeza del autor, si un uso está excluido del alcance de dichas facultades, será más propio afirmar que se trata de una excepción que de una mera limitación⁵. Por otro lado, acorde con las ideas utilitaristas que desde sus inicios fundamentaron el sistema de *copyright*, los beneficios que recibe el titular de creación deben compaginarse con los beneficios sociales derivados de su explotación y uso, por lo que, en aras de lograr la máxima utilidad, privada y pública, se justifica “limitar” los estímulos otorgados a los titulares de derechos. Estas limitaciones harían parte de la esencia del sistema protector y no compartiría la designación de excepcional que se predica respecto de los usos excluidos en el sistema de derecho civil⁶. Aunque esta última posición posee elementos que la hacen

⁵ En este sentido se pronuncian Lucas y Lucas, refiriéndose particularmente a la forma como está regulado el tema en el derecho francés: A. L. LUCAS y H.-J. LUCAS, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, 258.

⁶ Cfr. L. M. GUIBAULT, *Copyright Limitations and Contracts - An Analysis of the Contractually Overridability of Limitations on Copyright*, 17-20; M. SENFTLEBEN, *Copyright, limitations and the three-step test: An Analysis of the Three-step Test in International and EC Copyright Law*, 22. En un sentido relacionado, se cita la opinión de Christophe GEIGER: “[...] al hablar de excepciones se adopta un enfoque en el que la regla son los derechos exclusivos de los autores, mientras que las excepciones son meras islas en ese mar. Si la conducta de que se trate no se ajusta a la excepción, nos tendremos que someter al monopolio del autor. En cambio, hablar de límites implica que la regla general es la libertad. Los derechos exclusivos de los autores vienen delimitados por los límites y más allá de esa frontera los autores no ostentan su poder de monopolio”: versión en castellano de J. J. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, *La copia privada: Sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*, 104 tomada del original en alemán: C. GEIGER, “Der urheberrechtliche Interessenausgleich in der Informationsgesellschaft”, *GRUR Int.* (2004), 815, 818. Con base en esta explicación de GEIGER, KUR desarrolla algunos planteamientos, en el contexto de la interpretación del “three-step test” en: A. KUR, “Of Oceans, Islands, and Inland Water –How Much Room for Exceptions and Limitations under the Three Step-Test?”, *Max Planck Institute for*

más consistente jurídicamente, lo cierto es que, en general, la distinción de términos no ha tenido mayor incidencia en las discusiones sobre la naturaleza de las excepciones, por lo que en este trabajo se continuarán usando las dos palabras para referirse a la misma realidad estudiada⁷.

Las siguientes páginas estarán dedicadas a analizar y resolver otras cuestiones de relevancia a las que corresponde enfrentarse cuando se acomete el estudio de las limitaciones y excepciones. En primer lugar, será necesario indagar si el derecho de autor puede ser objeto de limitación, ya que al históricamente atribírsele la categoría de propiedad⁸ se ha predicado también su carácter absoluto, y al calificársele como fundamental, como ha sido especificado en ciertas declaraciones de derechos⁹, se tiende a confundir la nota de absolutidad que implica el respeto del derecho por el resto de la comunidad, con la característica de totalidad que excluye de suyo cualquier clase de recorte. En todo caso, de admitirse la posibilidad de limitar el derecho de autor, se tendrá que examinar la naturaleza de dicha limitación con el fin de establecer si se trata de un verdadero derecho, incluida su jerarquización, o si es simplemente un privilegio o un interés, como se le calificado también en los sistemas de *copyright* y latino germánico, respectivamente. En último término, y cómo

Intellectual Property, Competition & Tax Law Research Paper Series, no. 08-04 (2009), 6-8.

⁷ Sobre esta distinción terminológica y la posibilidad de tratarlos indistintamente ver el estudio de SIRINELLI en: P. SIRINELLI, *Excepciones y limitaciones al derecho de autor y los derechos conexos*, (Estudio), OMPI, Ginebra, 1999, 2-3.

⁸ Cfr. D. GERVAIS, "Intellectual Property and Human Rights: Learning to Live Together," 4-5, nota 4.

⁹ Ver apartado dedicado al análisis del derecho de autor como derecho humano en el capítulo anterior.

presupuesto para adentrarse en el estudio del análisis de razonabilidad que conlleva el ejercicio de las excepciones y limitaciones, será necesario definir cuáles son los principios que fundamentan el carácter jurídico de las mismas.

2. JUSTIFICACIÓN DE LAS LIMITACIONES AL DERECHO DE AUTOR

Paradójicamente, a los absolutismos monárquicos que las revoluciones pretendieron eliminar en la segunda parte del siglo XVIII, se respondió con otra clase de absolutismo, esta vez de raigambre jurídica e individualista. En efecto, en la medida en que los monarcas iban siendo destronados, se tendió a entronizar al individuo y a construir una estructura jurídica en la que predominaban sus derechos y se minimizaban sus deberes¹⁰. El campo de la protección de las creaciones intelectuales no fue la excepción a esta tendencia y, así como se reclamó igualdad, libertad y fraternidad, el derecho del autor sobre sus obras fue equiparado al de propiedad privada, piedra angular del nuevo sistema político y económico. Y si el derecho a la propiedad material ya era considerado como una facultad fundamental, se hicieron importantes esfuerzos para sacralizar aún más el derecho del hombre sobre las producciones de su intelecto. En particular, como se mencionó en el primer capítulo, no sólo los Decretos de 1791 y 1793, normas que configuraron primitivamente el sistema de *droit d'auteur* en Francia, sino la forma cómo ellos fueron

¹⁰ Sobre este "*droit intermédiaire*" que se dio entre la Revolución Francesa y la llegada al poder de Napoleón Bonaparte, ZWEIGERT y KÖTZ comentan que se extirparon viejas instituciones políticas en muy corto plazo y que, para conseguir este objetivo, la legislación durante este periodo fue extremadamente individualista: K. ZWEIGERT y H. KÖTZ, *Introducción al Derecho Comparado*, (Traducido por T. WEIR), Oxford, México, 1998, 80-81.

presentados y desarrollados por los correspondientes dirigentes y juristas, contribuyeron a calificar el derecho del creador sobre sus obras como “sagrado” e “indiscutible”¹¹. Retomando las ideas que sobre la propiedad estaban en boga para la época, se adaptó este concepto jurídico a la facultad que se podía ejercer sobre las creaciones del espíritu, en cuanto extensión de la personalidad del autor, inviolable como era su individualidad. Los planteamientos legales y políticos iniciales fueron posteriormente validados y extendidos por la filosofía alemana y la jurisprudencia francesa y alemana del siglo XIX¹², las que a su vez influyeron en la actualización normativa, incluyendo la regulación internacional en el Convenio de Berna y los ordenamientos nacionales sobre propiedad intelectual.

En los antecedentes jurídicos mencionados, el derecho autor fue adquiriendo los perfiles que caracterizaban a la propiedad material y otros propios de su naturaleza intelectual y “espiritual”. Dentro de estas peculiaridades, el carácter absoluto de los derechos reales se atribuyó igualmente al derecho de autor, en tanto derecho subjetivo, en sus aspectos interno y externo. Así, según el aspecto interno del derecho de autor, se entendía que éste podía ejercer, directa y autónomamente, un gobierno sobre la creación intelectual, como cualquier propietario lo haría sobre la cosa objeto de dominio, es decir, sin respecto a determinada persona, satisfaciendo sus necesidades e intereses sin requerir, y más bien excluyendo, la intermediación de un tercero. Por otro

¹¹ Para ello, se suelen citar las palabras de Le Chapelier, replicadas por Lakanal: “(...) *la plus sacrée et la plus légitime, la plus inattaquable et la plus personnelle de toutes les propriétés*”. Citado por A. KEREVER, “Révolution Française et droit d’auteur”, 3.

¹² Ver el recuento histórico dedicado a Francia y Alemania en el capítulo anterior. Adicionalmente, ver G. DAVIES, *Copyright and the Public Interest*, 144-145, 148-150 y 179-187.

lado, de acuerdo con el aspecto externo del derecho, era posible atribuir la carga de su respeto al resto de la comunidad (al denominado sujeto universal), impidiendo que cualquier tercero, en principio indeterminado, perturbara las facultades exclusivas del creador sobre su obra¹³.

A la nota de absolutidad propia de los derechos reales, se sumó posteriormente la que se predica también respecto de los derechos humanos, cuando el derecho de autor fue elevado a esta categoría, en el sentido que esta clase de derechos pueden ser disfrutados por sus titulares frente a totalidad de la sociedad, al tiempo que los integrantes de ésta deben abstenerse de molestar su disfrute. En todo caso, en la práctica, se fue asimilando cada vez más el rasgo absoluto del derecho de autor a la imposibilidad de que las creaciones protegidas por éste fueran disfrutadas por los terceros que no hubiesen sido debidamente autorizados por los titulares para ejercer ciertos usos, esos si limitados. De esa forma, la absolutidad entendida como titularidad directa y prevalente frente al resto de la comunidad, se fue transformando en una característica excluyente de todo interés distinto de aquél del autor o el titular.

A pesar de estos desarrollos, principalmente en el derecho francés, en los regímenes del *common law* y en el derecho alemán se dieron los primeros pasos para limitar los derechos exclusivos de los autores y titulares. En el caso anglosajón, las teorías utilitaristas influyeron en la configuración de los sistemas

¹³ Cfr. H. BAYLOS CORROZA, *Tratado de Derecho Industrial*, 2da. ed., Civitas, Madrid, 1993, 494-503. El autor no sólo reitera la posición según la cual el derecho de los creadores es un derecho subjetivo, de carácter absoluto, sino que además lo tipifica como uno del cual proviene poder jurídico remisivo, con unas notas especiales, ya que no se remite a la creación espiritual exteriorizada sino a todo el haz de prerrogativas (de *facere*) que pueden ser ejercidas respecto del objeto del derecho.

protectores de propiedad intelectual donde, además de garantizar los derechos de los creadores, se previeron mecanismos que permitían a los terceros utilizar las creaciones de otros, en la medida que con ello se generaran mayores beneficios sociales. Este fue el caso del *fair abridgement*, el *fair dealing* y, como una evolución estadounidense de las anteriores instituciones, el *fair use*. De igual forma, como se observó en el recuento histórico de la primera parte de este capítulo, en el derecho de autor alemán se acudió al concepto de interés público para justificar la concesión de limitaciones a los derechos exclusivos de explotación en su ordenamiento interno y para abogar por su introducción en la normativa internacional¹⁴.

Y es que, como se ha afirmado en páginas anteriores, los derechos de los autores y los titulares subsecuentes, si bien tienen fundamento natural y se encuentran sustentados en bienes humanos básicos, no pueden considerarse absolutos¹⁵. En general, todo derecho, en cuanto reflejo de uno o varios bienes básicos, tiene unos límites internos impuestos por su misma naturaleza. En la práctica, esos límites deben ser determinados o especificados en aras de proteger el derecho “limitado” —en este

¹⁴ Algunos autores van más lejos, al considerar al derecho de autor como un régimen precursor en la compatibilización de los intereses privados con la función social: “*La propiedad intelectual representa desde sus inicios, cuando no había ni los más leves atisbos de la función social de la propiedad, ni de su subordinación al interés común, la más evidente manifestación de su función y sometimiento a los intereses sociales.*” J. M. RODRÍGUEZ TAPIA y F. BONDÍA ROMÁN, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 164-165; BÉCOURT, por su parte, considera que en la Revolución Francesa, aunque se preconizaban la libertad y la propiedad como derechos naturales, se entendía que su ejercicio debía sujetarse a la función social que les correspondía: D. BÉCOURT, “La Revolución Francesa y el derecho de autor: por un nuevo universalismo”, 5.

¹⁵ Ver el capítulo anterior destinado al estudio de la naturaleza del derecho de autor. Adicionalmente, ver R. ANTEQUERA PARILLI, “Los Límites del Derecho Subjetivo y del Derecho de Autor,” 8-9.

caso, el del autor— y otros bienes relacionados¹⁶. De ahí que no sea dable confundir la exclusividad¹⁷ propia del derecho del autor con la absolutidad, como sinónimo de ilimitación¹⁸. Negar la posibilidad de limitación implica dejar de lado la naturaleza del derecho del autor que supone su contribución al bien común, facilitando el disfrute de bienes humanos básicos como el conocimiento, la comunicación, la experiencia estética y el trabajo. De la misma manera que el autor, además de su talento y esfuerzo, ha obtenido fruto del acervo común del que participa, está también llamado a contribuir con su creación a la optimización de este activo en beneficio de toda la humanidad, generándose una retroalimentación mutua entre creador y sociedad¹⁹. En otras palabras, las limitaciones a los derechos del autor que permitan lograr esta interacción, deben ser consideradas parte esencial del sistema autoralista y no simples concesiones toleradas y extrañas a una política de protección de la propiedad intelectual²⁰.

¹⁶ Cfr. J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 220.

¹⁷ Sin embargo, el término “exclusividad” también transmite la idea de que algo pertenece a un individuo que, consecuentemente, puede “excluir” a los demás de su disfrute.

¹⁸ Ver prólogo de E. RENGIFO GARCÍA en S. RODRÍGUEZ MORENO, *La era digital y las excepciones y limitaciones al derecho de autor*, 20.

¹⁹ Cfr. R. ANTEQUERA PARILLI, *Estudios de Derecho de Autor y Derechos Afines*, Madrid, Reus, 2007, 24-30.

²⁰ Cfr. L. M. GUIBAULT, “Naturaleza y alcance de las limitaciones y excepciones al derecho de autor y los derechos conexos en relación con las misiones de interés general de la transmisión del conocimiento: sus perspectivas de adaptación al entorno digital”, *e.Boletín de derecho de autor UNESCO* Oct-Nov (2003), 2-3; P. SIRINELLI, *Excepciones y limitaciones al derecho de autor y los derechos conexos*, 1.

3. EL DEBATE SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL *FAIR USE* DEL *COPYRIGHT* ESTADOUNIDENSE

No obstante la visión pesimista de algunos tratadistas como PATTERSON, que llaman la atención sobre la poca importancia que se le da al estudio de los principios de la propiedad intelectual en los Estados Unidos²¹, el *copyright* se ha caracterizado por el interés, tanto de jueces como de doctrinantes, de indagar por el sustento jurídico de este sistema de protección. En los últimos años, un número significativo de autores se han interesado y han escrito sobre tales principios y han ahondado en temas cruciales como el *fair use*, el interés público y la naturaleza misma del *copyright*. Precisamente, en una obra posterior de PATTERSON se condensan y presentan una serie de argumentos provocativos respecto de la naturaleza del *copyright*, calificándolo como un ordenamiento de los derechos de los usuarios (*a law of users' rights*) a partir de la interpretación de corte utilitarista que se desprende del texto de la cláusula de propiedad intelectual en su Constitución²². Esta postura se ha extendido en las últimas dos décadas en la medida que el uso masivo y generalizado de la tecnología y las redes digitales ha agudizado el debate entre titulares y usuarios, así como entre los académicos que apoyan a unos y otros, sobre la verdadera naturaleza jurídica de las

²¹ Cfr. L. R. PATTERSON, *Copyright in historical perspective*, Vanderbilt University Press, Nashville, 1968, 8. En la Introducción de este trabajo se citaron las palabras textuales de PATTERSON.

²² Ver el acápite dedicado a los antecedentes del *copyright* estadounidense en el capítulo anterior.

limitaciones a los derechos de los autores, polémica que se ha hecho más evidente respecto de la doctrina del *fair use*²³.

Tanto aquellos que le atribuyen el carácter de derecho al *fair use* ("*fair use rights*"), como los que lo niegan, se apoyan generalmente en las normas de derecho positivo sobre la materia y rara vez en argumentos meta-legales. Así, quienes afirman la existencia de un derecho de los usuarios a utilizar las obras protegidas mediante *fair use*, sustentan su posición en la forma como está redactada la cláusula de propiedad intelectual en la Constitución, la cual daría a entender que el fin principal que se busca mediante la protección de las creaciones es la promoción de la ciencia y el conocimiento, por lo que el usuario tendría el derecho de utilizar la obra en la medida que con ello se estaría contribuyendo con el progreso social. A este argumento le adicionan la importancia y, algunas ocasiones, prevalencia sobre el *copyright* de otros derechos consagrados en las enmiendas de la Constitución, tales como la libertad de expresión y la educación. Por su parte, los detractores del carácter de derecho del *fair use*, consideran que tanto los precedentes judiciales como las disposiciones legales que lo consagran nunca lo califican como derecho y que, en cambio, se refieren a él como un mero mecanismo de defensa (*affirmative defense*)²⁴. Sin embargo, entre los estudiosos del *copyright* ha hecho carrera el término privilegio (*privilege*) o libertad jurídica para calificar al *fair use* y las demás limitaciones relacionadas²⁵.

²³ Sobre las distintas teorías y análisis, ver el recuento y las referencias que hace LITMAN en: J. LITMAN, "Lawful Personal Use", *Texas Law Review* 85 (2007) 1871, 1875-1876 y notas 23-30.

²⁴ Cfr. *Harper & Row v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539 (1985); *Campbell v. Acuff-Rose Music*, 510 U.S. 569 (1994).

²⁵ Cfr. G. DAVIES, *Copyright and the Public Interest*, 283.

El concepto de libertad jurídica o privilegio, que no se debe confundir con el sistema de explotación de obras que imperaba con anterioridad al Estatuto de la reina Ana, fue planteado por HOHFELD en los primeros años del siglo XX²⁶ y ha sido ampliamente utilizado en la teoría jurídica estadounidense desde entonces²⁷. En efecto, HOHFELD criticó el uso indiscriminado del término "derecho" (*right*, término equivalente a lo que se entiende por derecho subjetivo en el derecho continental) para referirse a distintas realidades jurídicas²⁸, por lo que propuso una clasificación sustentada en lo que él denominó opuestos y correlativos jurídicos, sintetizado en un esquema como sigue:

Opuestos jurídicos	Derecho (subjetivo)	Privilegio (o libertad)	Potestad	Inmunidad
	No-derecho (o ausencia-de-derecho)	Deber	Incompetencia o incapacidad	Sujeción, carga o responsabilidad
Correlativos jurídicos	Derecho (subjetivo)	Privilegio (o libertad)	Potestad	Inmunidad
	Deber	No-derecho (o ausencia-de-derecho)	Sujeción, carga o responsabilidad	Incompetencia o incapacidad

²⁶ Ver W. N. HOHFELD, "Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning", *Yale Law Journal* 23 (1913) 16-59, 16-59.

²⁷ Ver, por ejemplo: K. W. SAUNDERS, "A Formal Analysis of Holfedian Relations", *Akron Law Review* 23 (1990) 465, 465-506. El autor menciona algunos de los análisis más relevantes que se han hecho sobre la terminología definida por HOHFELD y presenta una propuesta lógica que, sugiere, podría incluso alimentar programas de inteligencia artificial sobre la materia.

²⁸ W. N. HOHFELD, "Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning", 30.

La distinción que hace HOHFELD entre derecho (subjetivo), privilegio (o libertad), potestad e inmunidad presupone, en todos los casos, la existencia de un sujeto en cada extremo de la relación y la descripción de un tipo de acto respecto del cual se conducen cada uno de dichos sujetos; por lo que las relaciones así descritas se han denominado de “tres términos”²⁹. En lo que atañe al derecho (subjetivo) o *claim right* como lo llama HOHFELD, su atribución a un sujeto implica que éste pueda exigir que otro u otros realicen un determinado acto, quien o quienes a su vez tendrán que cumplir con dicho acto como su deber (positivo) correlativo. Asimismo, el correlativo de este derecho subjetivo incluye el deber negativo de los demás sujeto de no obstruir el disfrute del derecho por parte del titular. Una nota característica de este derecho (subjetivo), es la facultad que tiene su titular de exigir su cumplimiento y de acudir a las autoridades para que le ayuden a hacerlo efectivo, en cuanto existe un deber correlativo en cabeza de otro u otros sujetos.

La precedente noción de derecho (subjetivo) debe diferenciarse de lo que HOHFELD designa como privilegio (*privilege*) o libertad, que se opone a la existencia de deber. Precisamente, HOHFELD afirma que la libertad es la negación del deber. Esta libertad se diferencia del derecho (subjetivo o derecho-exigencia) porque no puede ser exigida a otro u otros sujetos, quienes únicamente detentarán un correlativo “no-derecho” o una “ausencia-de-derecho”. En consecuencia, el sujeto que posee la libertad en cuestión podrá decidir, sin coacción, si ejerce un acto o no, sin que los otros le puedan exigir que lo haga o que no lo haga. Dado que el correlativo de esta libertad es simplemente una ausencia-de-derecho y no un deber que sea

²⁹ Cfr. J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 199.

atribuido a otros, el titular carecerá de acciones para exigir su cumplimiento coactivo.

Como se mencionó anteriormente, en general se le atribuye el carácter de privilegio (*privilege*) o libertad al *fair use* y a las demás limitaciones al *copyright*. Esta calificación implica que si un sujeto quiere hacer un uso justo (*fair use*) de una determinada obra, está en libertad de hacerlo o no, mientras que cumpla con las condiciones del privilegio otorgado, esto es, que el propósito del uso sea de aquellos que permite el legislador, tales como crítica, comentario, reporte de noticias, enseñanza, academia o investigación y que se ajuste a los criterios definidos en el derecho estadounidense para que se configure un uso leal³⁰. La principal consecuencia del ejercicio de esta libertad, dentro de los parámetros mencionados, consistiría en que si el usuario de la obra es demandado podría ejercitar el *fair use* como medio de defensa (*affirmative defense*), lo que le permitiría controvertir exitosamente la demanda y evitar una condena en su contra³¹. El fundamento del ejercicio exitoso de esta libertad radicaría entonces en la inexistencia del deber de solicitar autorización para utilizar la obra y, correlativamente, el “no-derecho” o la “ausencia-de-derecho” del titular de *copyright* para impedir que el usuario haga *fair use* de la obra, siempre que se hayan cumplido las

³⁰ Como se había mencionado en el capítulo anterior, los criterios de *fair use*, según se encuentran definidos en la sección 107 de la *Copyright Act* son: (1) el propósito y el carácter del uso, incluyendo si tal uso es de naturaleza comercial o si es para propósitos educativos sin ánimo de lucro; (2) la naturaleza de la obra protegida; (3) la cantidad y sustancialidad de la porción usada respecto de la obra protegida en su totalidad; y (4) el efecto del uso sobre el mercado potencial o sobre el valor de la obra protegida.

³¹ Cfr. *Harper & Row v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539 (1985); *Campbell v. Acuff-Rose Music*, 510 U.S. 569 (1994).

condiciones definidas por la ley y los jueces³². Definido el *fair use* en el lenguaje de tres términos al que apela HOHFELD en su clasificación, consistiría en un sujeto —el usuario de la obra—, una conducta —la libertad o privilegio de utilizar la obra de conformidad con los criterios definidos en la jurisprudencia y la ley— y otro sujeto —el titular de la obra— que tendría un no-derecho a oponerse a la utilización de la obra cuando ella se haga a la luz de los criterios definidos para calificarse como “*fair*”.

Sin embargo, en el último cuarto de siglo ha ido tomando fuerza en los Estados Unidos la postura según la cual tanto la cláusula constitucional de propiedad intelectual como el *copyright* en general debe ser interpretados de forma que se reconozcan y favorezcan los derechos de los usuarios, como miembros de esa sociedad cuyos intereses buscan satisfacerse en este sistema. La mencionada obra de PATTERSON y LINDBERG³³, que propuso argumentos para calificar el *copyright* como un sistema que protege los derechos de los usuarios, influyó en la década de los noventa a un buen número de los académicos y activistas que comenzaron a expresarse respecto del *fair use* como un derecho o un conjunto de derechos, y del *copyright* como sistema que debía ceder frente al interés público, sobre todo en un entorno como el que las nuevas tecnologías estaban planteando³⁴. En efecto, el uso

³² Cfr. L. M. GUIBAULT, *Copyright Limitations and Contracts - An Analysis of the Contractually Overridability of Limitations on Copyright*, 98.

³³ L. R. PATTERSON y S. W. LINDBERG, *The nature of copyright: a law of users' rights*, University of Georgia Press, 1991, mencionada en la parte inicial del capítulo anterior.

³⁴ Ver, por ejemplo, D. ZIMMERMAN, "Copyright in Cyberspace: Don't Throw Out the Public Interest with the Bath Water", *Annual Survey of American Law* (1994) 403-14, 403-414; R. STALLMAN, "Reevaluating Copyright: The Public Must Prevail", *Oregon Law Review* 75 (1996) 291-97, 291-297; D. TUSSEY, "From fan sites to filesharing: Personal use in cyberspace", *Georgia Law Review* 35 (2001) 1129-93, 1129-1193.

comercial de la Internet y la masificación de los medios digitales que facilitaron la reproducción y difusión de obras protegidas llevaron a los usuarios a explotar al máximo las posibilidades que les otorgaba la tecnología y el inconmensurable volumen de obras (cuyo término mutó por el mercantilista e impersonal de “contenidos”) al alcance de la mano y “sin costo”. Por su parte, los titulares de las obras (usualmente, titulares derivados, distintos de los autores) buscaron también obtener el mayor provecho de este nuevo medio de distribución de los contenidos y restringir, en la mayor medida posible, el acceso a los viejos y nuevos contenidos, con el fin de que el adjetivo “gratuito” no se convirtiera en la regla general en la Internet³⁵.

Las nuevas normativas que pretendieron regular la Internet como la *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA) de 1998 no hicieron más que avivar el debate y darle argumentos a los titulares para afirmar su propiedad sobre los contenidos digitales así como para controlarlos, y a los usuarios para acudir al *fair use* como un derecho que les permitiera usar las obras a pesar de las medidas tecnológicas de protección impuestas por los titulares³⁶. En general, aquellos que defienden la categorización del *fair use* como un derecho, lo hacen a partir de la interpretación de la “cláusula de propiedad intelectual” y de otras normas constitucionales como la Primera Enmienda, que supeditarían la

³⁵ GINSBURG resume las posiciones de una y otra parte, de usuarios y grandes titulares (*corporations*) en una palabra: “*greed*” (avaricia): J. C. GINSBURG, “How Copyright Got a Bad Name For Itself”, *Columbia Journal of Law & the Arts* 26 (2002) 61, 61-64. En el artículo analiza el concepto de “interés público” que usualmente arguyen los exponentes de una y otra parte, y pasa revista a las últimas decisiones de la Corte Suprema en las que se ponderan los derechos e intereses de los distintos afectados.

³⁶ Cfr. J. C. GINSBURG, “Copyright and intermediate user's rights”, *Columbia VLA Journal of Law & Arts* 23 (1999) 67, 67.

protección del *copyright* a la defensa de derechos fundamentales como la libertad de expresión y el derecho a la educación³⁷. Para ellos, el *fair use* tendría la misma naturaleza que la que se predica de los derechos antedichos, en cuanto materializan su ejercicio en situaciones en las que se requiere el uso de obras protegidas por el *copyright*. Precisamente, en la medida que el *fair use* permite ejercer derechos tan sagrados para los estadounidenses e importantes para su democracia, se ha considerado que éste debería prevalecer sobre los derechos meramente patrimoniales que detentan los titulares³⁸.

En la caracterización del *fair use* se ha afirmado que el hecho de que la norma no lo considere una infracción al *copyright*³⁹, no significa que su único propósito sea el de servir de medio de defensa cuando se reclama una infracción⁴⁰. Además, utilizando los términos hohfeldianos de los que se han valido aquellos que califican el *fair use* como un privilegio o libertad, PATTERSON manifiesta categóricamente que "el titular de *copyright*, en virtud de la ley de *copyright* y de la cláusula de propiedad intelectual, no sólo no tiene derecho [tiene un no-derecho o ausencia-de-derecho] sino que además tiene un deber de no interferir con el uso que haga un consumidor [usuario] de una obra públicamente

³⁷ Ver, por ejemplo, el análisis de LESSIG de la institución de la propiedad intelectual a la luz de los postulados constitucionales estadounidenses: L. LESSIG, *Free Culture*, Penguin, New York, 2004, 116 y ss.

³⁸ Por todos, L. R. PATTERSON, "Free Speech, Copyright, and Fair Use", *Vanderbilt Law Review* 40, no. 1 (1987) 1-66, 1-66.

³⁹ Así se establece en la sección 107 de la *Copyright Act*, es decir, más que afirmando la existencia de un derecho, manifestando que un determinado uso no infringe el *copyright* cuando cumpla con los criterios establecidos.

⁴⁰ L. R. PATTERSON, "Free Speech, Copyright, and Fair Use", nota 144 en 44-45.

difundida.”⁴¹ (corchetes fuera de texto). De lo anterior se colige que, si es posible afirmar la existencia de un deber en cabeza del titular de *copyright*, correlativamente le corresponderá al usuario un derecho subjetivo o un derecho-exigencia que le permitirá reclamar de dicho titular el cumplimiento de su deber.

Sin embargo, al argumento según el cual la cláusula de propiedad intelectual de la constitución estadounidense supone la utilización libre de las creaciones para favorecer el progreso de la ciencia, en nombre del interés público, se ha respondido afirmando que el texto de la norma antes mencionada es suficientemente claro y explícito al ordenar que tal progreso se logra mediante el aseguramiento de unos derechos exclusivos otorgados al autor, en el caso del *copyright*, o al inventor en lo referente a las patentes. Precisamente, el interés público quedará mejor servido cuando se reconocen esos derechos exclusivos a los creadores, con la menor cantidad de excepciones y limitaciones a su ejercicio, porque, en esa misma medida, estarán mejor incentivados para seguir creando y aumentar el acervo científico y cultural de la sociedad. Este contraargumento se ha presentado como suficiente para desvirtuar que los usuarios tengan unos “derechos” determinados como consecuencia de lo establecido en la disposición constitucional, y para reafirmar que el ejercicio de los derechos exclusivos de los creadores se identifica efectivamente con el interés público⁴². Adicionalmente, se llama la atención sobre la expresión “para asegurar” (*by securing*) que se utiliza en el texto constitucional para indicar que se trata de reforzar la protección de un derecho preexistente (el de los

⁴¹ *Ibid.* 61. Para el autor, esa es la conclusión necesaria de los distintos usos que realizan un competidor y un usuario. Mientras el primero usa el *copyright* (el derecho de reproducir), el segundo usa la obra en sí.

⁴² Cfr. J. C. GINSBURG, "Author and Users in Copyright", 4-5, 20.

creadores a ser remunerados por sus creaciones) y no de la creación de uno nuevo⁴³.

Finalmente, en la medida que, en la práctica, el *fair use* no otorga al usuario un derecho de acción en contra del titular, se ha negado que la naturaleza de este uso leal sea la de un derecho, en el sentido explicado por HOHFELD, es decir, de un derecho subjetivo o un derecho-exigencia⁴⁴. En particular, se ha afirmado que el usuario que utiliza la obra no tiene un derecho sobre ella, como cosa (*in rem*), como si lo tiene el autor, entre otros motivos porque no existe un deber correlativo del resto del mundo sobre su "derecho" a usar la obra⁴⁵. Este argumento supone la distinción entre la obra y los ejemplares físicos de la misma, sobre los cuales el usuario sí ejerce un derecho — de propiedad— en tanto que los demás tienen el deber de respetárselo.

4. LAS EXCEPCIONES COMO INTERESES EN EL SISTEMA LATINO GERMÁNICO

La manera misma como se han consagrado las excepciones y limitaciones a los derechos del autor en la legislación positiva, ha llevado a los doctrinantes y jueces influenciados por el sistema latino germánico a afirmar que ellas no son más que eso:

⁴³ Cfr. J. C. GINSBURG, "Copyright and intermediate user's rights", 68.

⁴⁴ Ver, por ejemplo, la aseveración que hace AULL respecto del *fair use* en general, y particularmente en referencia a los usos educativos: L. A. AULL, "The Cost of Privilege: Defining Price in the Market for Educational Copyright Use", *Minnesota Journal of Law, Science & Technology* 9 (2008) 573, 582; D. R. JOHNSTONE, "Debunking Fair Use Rights and Copyduty under U.S. Copyright Law", *Copyright Society of U.S.A.* 52 (2005) 345, 348.

⁴⁵ Cfr. L. M. GUIBAULT, *Copyright Limitations and Contracts - An Analysis of the Contractual Overridability of Limitations on Copyright*, 94.

disposiciones que restringen el disfrute de los derechos patrimoniales del autor, determinaciones de la ley para proteger ciertos intereses que pueden verse afectados, meros intereses pero, nunca, derechos⁴⁶. Así por ejemplo, LUCAS considera que las excepciones en ningún caso dan lugar a derechos a favor de los usuarios que las ejercen⁴⁷ y en el mismo sentido se pronuncia HIRSCH-BALLIN, para quien la posibilidad de que un usuario use la obra bajo determinadas condiciones no se compara con el derecho *erga omnes* que detenta el autor sobre la misma. Este último recoge uno de los argumentos más esgrimidos por los autoristas, de corte eminentemente positivista: dado que ninguna ley, decisión judicial o doctrina ha otorgado un “derecho” a la comunidad o a sus miembros sobre la obra, lo único que ellos tendrían sería un “interés” o una “libertad” de usar la creación bajo determinadas circunstancias⁴⁸.

El concepto de interés ha sido utilizado en la teoría jurídica para explicar la noción de derecho subjetivo. Su principal exponente, IHERING, al tiempo que se opuso a la doctrina que calificaba al derecho como un poder de voluntad, centró su análisis en aquellos bienes con los que el individuo busca

⁴⁶ Ver las posiciones recogidas en torno a este tema por GUIBAULT en: *ibid.* 91. Ver también Y. GENDREAU, "Intellectual Property Colloquium Series: Canada and the Three-Step Test: A Step in Which Direction?", *Marquette Intellectual Property Law Review* 15 (2011) 309-23, 323; H. DESBOIS, "L'evolution du droit d'auteur depuis la Conference de Bruxelles (1948)", *Revue Internationale du Droit d'Auteur [RIDA]* 79 (1974) 292-405, 350. Este último autor se refiere a la necesidad de conciliar “los derechos fundamentales de los autores con los intereses dignos de atención, de los usuarios.”

⁴⁷ A. L. LUCAS y H.-J. LUCAS, *Traité de la Propriété Litteraire et Artistique*, 260-261. Los autores niegan tajantemente que las excepciones se puedan entender como derechos de los usuarios.

⁴⁸ E. HIRSCH BALLIN, "Author's rights compared with those of the community", *Revue Internationale du Droit d'Auteur [RIDA]* 10 (1956), 26.

satisfacer sus necesidades, que le son útiles y que, objetivamente, se identifican con valores y, desde la perspectiva del sujeto, con sus intereses⁴⁹. Cuando esos intereses están amparados por acciones judiciales, se puede gozar de ellos con seguridad jurídica, lo cual da lugar al nacimiento de derechos. De ahí la definición de derecho, ampliamente conocida, que propone IHERING: “interés jurídicamente protegido”. En ella se distinguen dos elementos constitutivos: uno sustancial, consistente en la utilidad o beneficio asegurado, y otro, de carácter formal, referido a la protección del derecho mediante acción de la justicia⁵⁰. A partir de esta definición y de sus elementos, es posible entonces identificar simples intereses sin protección e intereses protegidos jurídicamente que, por lo tanto, constituyen verdaderos derechos.

Lo anterior ha servido para explicar porque, mientras se le atribuyen al autor unos derechos exclusivos, al usuario sólo se le reconocen meros intereses respecto de la obra cuando se vale de las excepciones o limitaciones previstas en la ley. En efecto, el ejercicio de las facultades que detenta el autor están respaldadas por las acciones que puede impetrar cuando se vea amenazado su cumplimiento. Entretanto, el usuario sólo puede aprovecharse de la excepción o limitación prevista en la ley, sin que le sea permitido exigir judicialmente al autor o titular su forzoso cumplimiento. En el primer caso, el interés del autor se encuentra jurídicamente (judicialmente) protegido, por lo que, en la terminología de IHERING, la seguridad jurídica del goce lo convierte en derecho⁵¹. Por el contrario, el interés del usuario no gozaría de la misma seguridad ni de protección, no se protegería a sí

⁴⁹ Cfr. R. v. IHERING, *El Espíritu del Derecho Romano*, Oxford University Press, México, 2001, 945-946.

⁵⁰ *Ibid.* 946.

⁵¹ *Ibid.* 954.

mismo⁵², por lo que tampoco detentaría la calidad de derecho subjetivo⁵³.

GUIBAULT va más allá en este análisis y, a partir de la proposición de unos elementos configuradores del derecho subjetivo, examina si ellos pueden ser verificados en relación con las limitaciones al derecho de autor. Los elementos que propone se refieren a la relación entre el sujeto y el objeto, debidamente reconocida por el derecho positivo; la existencia de un poder exclusivo de control en cabeza del sujeto en cuestión y de un deber correlativo en cabeza del público y; nuevamente, el reconocimiento de un derecho de acción para exigir el cumplimiento del derecho. Según la autora, estos elementos pueden ser fácilmente constatables en el derecho de propiedad, incluida aquella sobre bienes intelectuales, pero considera que no sucede lo mismo respecto de las excepciones y limitaciones. Así, por ejemplo, respecto de la cita, ordinariamente calificada como “derecho”, admite que no se le puede calificar como uno de carácter subjetivo, ya que el usuario que ejerce el “derecho de cita” no tiene un derecho sobre la cosa (obra), un *ius in rem*, por lo que no puede disponer del objeto sobre el cual se predicaría esa facultad, es decir, de la obra citada. Así mismo, en contraposición al derecho de autor que se le concede, de manera exclusiva, a autores determinados, en el caso de la cita, la facultad de ejercerla no se le otorga a una persona en particular y tampoco respecto de una obra específica, por lo que le faltaría la exclusividad típica de los derechos subjetivos. Finalmente, opina que no es posible verificar una obligación o un deber correlativo de los demás

⁵² *Ibid.* 955.

⁵³ Esta distinción ha sido criticada por autores como DABIN, quien llama la atención que protección no es lo que convierte algo en derecho, la protección es post-jurídica, es decir, se otorga a algo que ha sido reconocido como derecho: J. DABIN, *El derecho subjetivo*, 88.

respecto del interés de ese usuario, por lo que, al faltar también este elemento, concluye que la cita no puede calificarse como derecho subjetivo, haciendo extensiva esta conclusión a los demás excepciones y limitaciones⁵⁴.

Ante la dificultad que supone calificar a las limitaciones y excepciones como derechos subjetivos, GUIBAULT ha propuesto incluirlas dentro de la categoría de derechos objetivos. En su opinión, no siempre que el legislador establece deberes en cabeza de algunas personas está creando derechos —en sentido subjetivo— a favor de otras. Se presentan algunos casos en los que el sujeto se encuentran revestido de derechos objetivos que le otorgan una expectativa razonable y sustentada en la ley de que los demás ajustarán su comportamiento para que pueda gozar libremente de ciertos intereses sin verse injustificadamente afectado. Dado que los derechos objetivos surgen como consecuencia del efecto reflejo del derecho y no están atribuidos a individuos específicos, quien ejerza uno de tales derechos tendrá un derecho de acción más limitado para proteger sus intereses que lo que tendría el titular de un derecho subjetivo. Esto sucede porque, al contrario de lo que sucede en relación con los derechos subjetivos, los de naturaleza objetiva no comportan el otorgamiento de un derecho individual de acción judicial. La garantía de disfrute de esta clase de derechos sólo podrá hacerse efectiva mediante la acción del Estado y, en caso de que considere que su derecho objetivo ha sido vulnerado, su titular únicamente tendrá la posibilidad de alegar ante el Estado la aplicación de la norma que lo beneficia, mediante el ejercicio de los mecanismos que disponga la ley pero, en todo caso, el interés personal del titular de un derecho objetivo sólo servirá para respaldar la

⁵⁴ L. M. GUIBAULT, *Copyright Limitations and Contracts - An Analysis of the Contractually Overridability of Limitations on Copyright*, 93-94.

admisibilidad de la acción y nunca como una causa independiente para ejercitarla⁵⁵.

A partir de lo anterior, según la misma autora, es posible identificar cómo el legislador ha reconocido distintas clases de intereses legítimos que merecen protección en el ámbito del derecho de autor. Así, al concederles a los autores una serie de prerrogativas sobre sus obras, el legislador ha reconocido la existencia de un derecho subjetivo de propiedad sobre ellas. Sin embargo, al mismo tiempo se ha reconocido que este derecho no es absoluto y que, por lo tanto, debe tener en cuenta los intereses de aquellos que quieran o necesiten usar de dichas obras. Estos intereses, en cuanto sean legítimos, se materializan en las limitaciones y excepciones que la misma ley ha dispuesto. Se tiene así entonces que, al excluir ciertos actos de la protección dada a los autores y titulares, la ley ha otorgado a los usuarios ciertas libertades respecto de las obras protegidas, en reconocimiento de los legítimos intereses que se buscan proteger. En consecuencia, la salvedad de determinados actos de la órbita de los derechos de los autores y titulares, resulta en los derechos objetivos otorgados a los usuarios para que ellos puedan ejecutar unos específicos actos respecto de las obras que, de otra forma, no podrían ser utilizadas⁵⁶.

⁵⁵ *Ibid.* 96-97

⁵⁶ *Ibid.* 97

5. LA INSUFICIENCIA DE LA CARACTERIZACIÓN DE LAS LIMITACIONES AL DERECHO DE AUTOR A LA LUZ DE CRITERIOS ESTRICTAMENTE POSITIVOS

En el primer capítulo se pudo observar cómo, a pesar de que el análisis del derechos de autor se estructura usualmente a partir de la forma como ha sido consagrado en la legislación, los estudiosos de la materia buscar ir más allá y, para definir la naturaleza de tal derecho, acuden a argumentos de mayor profundidad como las teorías de la justa recompensa por el trabajo, la utilitarista o la de la personalidad. Sin embargo, no ocurre lo mismo cuando se trata de definir la naturaleza de las excepciones y limitaciones a ese derecho. En efecto, según se expuso en las páginas anteriores, tanto en el *copyright* como en el sistema latino germánico se hace una caracterización de las excepciones y limitaciones mediante la lectura de la forma como ellas han quedado plasmadas en la legislación, sin ahondar en las razones para su existencia y circunscribiéndose a aquello que haya sido definido por el Estado o legislador correspondiente.

Así, se recordará que la distinción que hace IHERING entre intereses jurídicamente protegidos (derechos) y meros intereses se sustenta, respectivamente, en la existencia o inexistencia de acciones o mecanismos de protección judicial respecto de cada uno esos intereses. Sin embargo, se ha criticado la teoría de IHERING y, por tanto, a sus derivadas, porque el elemento formal de su concepto de derecho, la protección jurídica, no es el que define el derecho, sino, más bien, su consecuencia necesaria. Un interés se protege cuando es un derecho, y no es la protección la que lo convierte en tal. La protección jurídica, por vía de acción judicial, supone la preexistencia de un derecho que requiere de dicho

amparo⁵⁷. Adicionalmente, si la mencionada protección, entendida como la posibilidad de poner en funcionamiento el poder judicial, es otorgada por el Estado, que previamente definiría qué intereses merecen su tutela y cuáles no, se circunscribiría la existencia de los derechos a aquellos que discrecionalmente quiera reconocer el Estado, según el querer de los gobernantes de turno.

Al trasladar estas críticas al derecho de autor, se encuentra que también es reprehensible, por superficial y formalista, la postura según la cual se le niega el carácter de derecho a las excepciones y limitaciones a los derechos del autor porque carecen de acciones judiciales para hacer exigible su disfrute. En primer lugar, porque no es totalmente cierto que dichas excepciones y limitaciones se encuentren desprovistas de las acciones encaminadas a su efectividad ya que en muchos casos es posible reclamar judicialmente la posibilidad de hacer efectiva una limitación para la utilización de una obra. En segundo término, porque la falta de protección, por vía de acción judicial, más que ser determinante para negarle el carácter de derecho a la excepción o limitación, debe ser motivo para procurar su amparo en cuanto se considere que se trata de un derecho que lo merece, o de la expresión de otro derecho cierto y protegible, como el de educación o expresión⁵⁸.

⁵⁷ Cfr. J. DABIN, *El derecho subjetivo*, 86-88.

⁵⁸ FERRAJOLI hace una reflexión sobre la posibilidad de defender en juicio aquellas que considera libertades pasivas. En efecto, este autor considera que se debe hacer una distinción los derechos de autonomía privada y aquellos de libertad —que en todo caso, califica también como derechos—. Afirma que no todas estas libertades (o clases de derechos) son activos, en los que los titulares comparecen como actores. Propone los ejemplos del *habeas corpus*, la inviolabilidad de domicilio y de correspondencia, el derecho de intimidad en general, que son realmente inmunidades frente a violaciones de otros y no *facultates agendi*. Sobre este último punto aclara que el carácter pasivo de estos derechos de libertad-inmunidad —que los hace consistir en meras expectativas negativas— no es contradictorio con la facultad de sus titulares de actuar en

En este mismo sentido es criticable la clasificación de HOHFELD, en cuanto hace depender la existencia de un derecho de la posibilidad que tenga su titular de demandar su cumplimiento o satisfacción y, consecuentemente, negándole dicho carácter a aquellas actuaciones que carezcan de tal protección y caracterizándolas como simples privilegios. Por lo mismo, se muestra insuficiente e inadecuada la caracterización que se hace del *fair use* como privilegio para justificar la utilización legítima de obras protegidas, bajo el argumento de que únicamente se puede presentar como defensa y no como derecho accionable. En todo caso, la crítica sobre este particular recae más en aquellos que han querido adoptar el lenguaje hohfeldiano para describir el *fair use* como privilegio (o libertad), más que en HOHFELD mismo. En efecto, como lo hace notar FINNIS, los planteamientos de HOHFELD han sido malentendidos porque sus intérpretes han omitido unos principios básicos que se desprenden de su teoría⁵⁹. Entre ellos, es importante mencionar aquel referido a la multiplicidad de relaciones hohfeldianas que pueden confluir en una determinada situación jurídica, por ejemplo, cuando existe una libertad (*privilege*) protegida por un derecho o unos derechos adicionales⁶⁰, o rodeada de un perímetro de derechos-exigencia del titular contra aquellos que pretendan interferir en el ejercicio de su libertad⁶¹.

juicio para su defensa. Lo anterior porque el derecho de acción en juicio es un derecho civil específico y autónomo, que consiste en un meta-derecho de garantía asociado a todos los demás derechos, no sólo a los fundamentales sino también a los patrimoniales e incluso a intereses legítimos. L. FERRAJOLI, *Derechos y Garantías: la ley del más débil*, Ed. Trotta, Madrid, 1999, 101-103 y nota 11 en pág. 121.

⁵⁹ Cfr. J. FINNIS, "Some professorial fallacies about rights", *Adelaide Law Review* 4 (1972) 377-88, 379.

⁶⁰ Cfr. J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 200-201.

⁶¹ Cfr. J. FINNIS, "Some professorial fallacies about rights", 378-379.

Aunque, en estricto sentido, la conjunción de distintas relaciones hohfeldianas no constituiría una nueva clase de derecho hohfeldiano, lo cierto es que la determinación de cada uno de los componentes de esos conjuntos de derechos resulta complicada de ejecutar en la práctica, por lo que, en el lenguaje jurídico ordinario, se tiende a unificar todas esas relaciones de tres términos —un sujeto, una conducta y otro sujeto— en la más sencilla referencia a un sujeto que tiene un determinado derecho (sin entrar a distinguir la diferencia entre sus correlativos). Precisamente, una de las mayores críticas contemporáneas que ha recibido la teoría de HOHFELD es la estructuración que hace de los derechos a partir de tres elementos o términos, de la que se desprende el carácter más o menos jurídico de un acto, dependiendo de su exigibilidad de un sujeto al otro.

En suma, se ha considerado que la utilización de un lenguaje de tres elementos, como lo hace HOHFELD, no se compadece con el sentido que, al concepto de derecho, otorgan corrientemente los juristas, esto es, una relación entre dos términos, una persona y una cosa, en su sentido más amplio⁶². La utilización de este lenguaje de dos términos, que permitiría fundir el concepto de privilegio en el de derecho, sirve para explicar mejor la forma cómo en un objetivo determinado confluyen distintos conjuntos de derechos, al tiempo que es asegurado por un conjunto de reglas que, además, le ayudan a dar su contenido jurídico. Respecto de un derecho así descrito, por fuera de los parámetros hohfeldianos, se podrían modificar sus prerrogativas, cargas y formalidades

⁶² Cfr. J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 201. Para los representantes del realismo jurídico y de concepciones aristotélico-tomistas del derecho como las que se siguen aquí, una noción clave es que el derecho se identifica con la cosa que se debe, con lo debido, con lo justo. Sobre este particular ver, entre otros, a: J. HERVADA, *Introducción Crítica al Derecho Natural*, 29-31; A. CRUZ PRADOS, *Ethos y Polis: Bases para una reconstrucción de la filosofía política*, 375-376.

procesales, sin perturbar el núcleo de ese derecho⁶³. De aquí que, al revisar el apelativo de *privilege* con el que se ha caracterizado al *fair use* estadounidense, se encuentre posible trasladar su definición de un lenguaje de tres términos —un usuario, la libertad de usar la obra y el titular con un no-derecho a oponerse— a uno de sólo dos componentes, es decir, un sujeto —el usuario de la obra— y una cosa, entendida en sentido amplio, no como la obra sino como la facultad de utilizarla de conformidad con los criterios de *fair use* definidos en la jurisprudencia y la ley⁶⁴.

En todo caso, a propósito del recurrido argumento según el cual se niega la existencia de un derecho del usuario a utilizar la obra de un tercero bajo determinadas circunstancias, por el simple hecho de que no se pueda afirmar que dicho usuario detente un poder sobre ella, como de hecho sí lo tiene el autor, es importante anotar que esta discusión se desprende de la caracterización que, tradicionalmente, se ha hecho del derecho de autor como un derecho de propiedad y, por lo tanto, como un derecho real. Así, siguiendo la clásica definición de derecho real incorporada en muchos códigos civiles, el autor tendría sobre la obra —cosa, bien inmaterial— un derecho sin respecto a determinada persona, lo cual no podría aseverarse respecto del usuario que, según esta postura, simplemente haría parte de ese sujeto pasivo universal que tendría la carga de respetar el derecho del titular y de no perturbarlo. Sin embargo, como observa DIEZ-PICAZO, cuando se decide aplicar de manera análoga la categoría de derechos reales a los bienes inmateriales, se deben tener

⁶³ Cfr. J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 201-202.

⁶⁴ Sobre el particular, ver también las críticas de BREAKEY a aquellos que, como CAHIR, han utilizado la teoría de HOHFELD para negarle el carácter de derecho a los usuarios de una obra: H. BREAKEY, "User's Rights and the Public Domain", *Intellectual Property Quarterly* 3 (2010) 312-23, 316-321.

presentes las dificultades y, se agrega, los riesgos que ello conlleva⁶⁵. En efecto, cuando se insiste en describir el derecho del autor sobre la obra como un *ius in re*, se debe admitir al mismo tiempo que, en ciertos casos, puede hablarse del derecho de un tercero —por ejemplo, un usuario— sobre la obra como cosa ajena, un *ius in re aliena*, cuyo ejemplo típico en el ámbito de los bienes corporales es la servidumbre, institución respecto de la cual se podría utilizar la analogía en el campo del derecho de autor para justificar las excepciones y limitaciones, como verdaderos derechos de los terceros que cumplen con las condiciones para usar el bien (la obra), constituyendo, por consiguiente, un gravamen en cabeza de su titular.

Para concluir estas observaciones sobre las teorías predominantes acerca de la naturaleza de las excepciones y limitaciones a los derechos de los autores, es menester referirse a la alternativa propuesta por GUIBAULT, es decir, que no obstante la imposibilidad —según su opinión— de catalogar las limitaciones al derecho de autor como derechos subjetivos, si es factible incluirlas dentro de la categoría de derechos objetivos que le otorgaría a los usuarios, en general, una expectativa razonable, reconocida por la ley, de que los autores y titulares de las obras les permitirán gozar libremente de ellas, bajo determinadas circunstancias, sin verse injustificadamente afectados y contando, por el contrario, con la protección del Estado aunque no con una acción judicial propia y directa⁶⁶. Sobre el particular, es necesario precisar que, aunque el ejercicio de las excepciones y limitaciones al derecho de autor está reconocido de manera general a los

⁶⁵ Cfr. L. Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, 3 vols, Vol. III, Thomson-Civitas, Madrid, 2008, 188-189.

⁶⁶ Cfr. L. M. GUIBAULT, *Copyright Limitations and Contracts - An Analysis of the Contractual Overridability of Limitations on Copyright*, 96-97.

miembros de la sociedad para la protección de determinados intereses sociales, una vez un individuo perteneciente a la misma se vale efectivamente de esa limitación, dentro los parámetros reconocidos por la ley, el inicial interés de la sociedad se materializa en el ejercicio concreto que hace el sujeto en cuestión de algo que le es debido⁶⁷. Así, la posibilidad abstracta originariamente establecida a favor de los miembros de la sociedad (derecho objetivo en los términos de GUIBAULT) se transformará, por su aprovechamiento efectivo y específico, en la facultad real del usuario de exigir su cumplimiento para la satisfacción de sus necesidades, coincidiendo con el concepto de derecho subjetivo que la misma autora expone.

6. UNA REVISIÓN AL FUNDAMENTO, TÍTULO Y MEDIDA DE ALGUNAS EXCEPCIONES Y LIMITACIONES

Desde la perspectiva del derecho positivo, se ha afirmado que la existencia de una legislación protectora del derecho de autor se apoya en la idea de que se deben proteger los derechos de los autores y titulares y que, consecuentemente, no se pueden calificar las excepciones como equivalentes de tales derechos. Según esta postura, las excepciones cumplen su función al llamar la atención sobre temas sociales muy importantes que deben ser tenidos en cuenta para que los

⁶⁷ Sobre este particular, puede resultar ilustrativa la distinción que hace IHERING entre derechos individuales y derechos comunes. Sobre la segunda categoría, afirma el autor que “[p]ara obtener esos derechos es preciso ser parte de un determinado grupo de personas, extendido o limitado. El interesado los adquiere en un momento en que usa de ellos, y se extinguen con su persona desde el instante en que ya no se sirve de ellos. Los interesados (sic) de tales sujetos *actuales* no absorben de ningún modo el destino de la cosa y su utilidad, y esos derechos tienen por objeto los intereses de todo género en espera de las generaciones futuras” (cursivas dentro de texto): R. V. IHERING, *El Espíritu del Derecho Romano*, 961.

derechos de los titulares tengan relevancia y significación y para que sean aceptables desde el punto de vista de políticas públicas, pero nunca para ponerlas en un plano de igualdad con los derechos de los autores y titulares⁶⁸. Por otro lado, los contradictores de esta posición consideran que el de las excepciones y limitaciones al derecho de autor no es un asunto menor y, valiéndose de las mismas teorías liberales individualistas en las que se apoyan los defensores del derecho de autor, alegan la existencia de unos derechos superiores, representados en tales excepciones, a los que debe quedar sometido el derecho de autor⁶⁹.

Lo anterior nos refiere a la difícil —y esencial— cuestión sobre qué es tener un derecho, a la que se puede responder —y se ha respondido—de múltiples formas. Y en las respuestas se puede observar cómo, en muchos casos, se acude a juegos del lenguaje para llamar derecho a lo que no lo es, o para negarle ese carácter a lo que sí puede considerarse como tal, utilizando términos tales como privilegio o interés. Se hace necesario, entonces, revisar la naturaleza de las excepciones y limitaciones desde categorías similares a las que se utilizaron para analizar lo correspondiente en relación con los derechos del autor, esto es, su fundamento y fin, su título —cuya existencia permitirá constatar si hay derecho o no— y su medida. Para esto, se examinan a continuación tres de las excepciones más utilizadas y sobre las que ha existido mayor debate en cuanto su naturaleza jurídica: la de

⁶⁸ Esta es la conclusión a la que llega GENDREAU cuando analiza la pertinencia de una reforma a la excepción para fines educativos en Canadá, y que refleja el pensar de muchos académicos y defensores del derecho de autor como un sistema exclusivamente dirigido a proteger los derechos de autores y titulares: Y. GENDREAU, "Intellectual Property Colloquium Series: Canada and the Three-Step Test: A Step in Which Direction?", 323.

⁶⁹ Un ejemplo de esta postura lo presenta HOEREN al calificar el derecho de autor simplemente como una parte o derivado de un derecho más amplio, como es aquel a la información: T. HOEREN, *Access right as a postmodern symbol of copyright deconstruction? - Some fragmentary considerations for the ALAI Congress in New York*, § 7.

cita, la de fines educativos y la de copia privada. Respecto de cada de ellas, se auscultarán sus fundamentos, los bienes en los que se encuentran sustentadas, así como su título y medida o alcance. Los resultados de este examen contribuirán a presentar unas conclusiones respecto de la naturaleza jurídica de las excepciones y limitaciones al derecho de autor.

a) Cita

En todo proceso de producción intelectual, el autor parte de ideas y conocimientos previamente adquiridos y los incorpora a su propia “creación”, algunas veces transformados por su propio entendimiento y habilidad, expresándolos de una manera distinta —y, de cierta manera, original— y, otras tantas, reproduciendo la forma como dichas ideas y conocimientos fueron expresados por un autor que le antecedió y que, a su vez, hizo algo similar con otras obras y autores. En el primer caso, la actuación del creador intelectual se circunscribe dentro de uno de los principios generales que informan el derecho de autor, que establece que solamente se protege la expresión o forma de una idea y no la idea en sí misma⁷⁰, por lo que dicha acción no supondrá el ejercicio de un derecho exclusivo que le corresponda a un autor en particular.

⁷⁰ BAYLOS expresa este principio así: “La propiedad intelectual no protege nunca la *idea desnuda*, sino la idea tal y como resulta expresada en esa determinada forma. Este es un axioma del régimen jurídico de los derechos intelectuales del que hay que partir para comprender adecuadamente su carácter y estructura (...) Lo que quiere decirse al afirmar que la propiedad intelectual no protege ideas desnudas es no concede a nadie el derecho a ser el único que exponga o utilice una idea, cualquiera que sea la forma en que esa idea, en la forma concreta y determinada que él mismo le dio”. H. BAYLOS CORROZA, *Tratado de Derecho Industrial*, 597-598.

No ocurre lo mismo en el segundo escenario, dado que la prerrogativa de reproducir la totalidad o parte de una obra corresponde al autor o titular, por lo que, en principio, se debería contar con su autorización antes efectuar la mencionada reproducción. Sin embargo, en no pocas ocasiones se hace necesario reproducir puntualmente otras obras para transmitir, de la manera más fiel posible, el modo como una idea ha sido previamente expresada.

El *ethos* común que se ha definido alrededor de la utilización de obras previas en la producción de otras, y que ha quedado consagrado en un número significativo de normas nacionales e internacionales, indica que no sólo es posible sino recomendable la inclusión de menciones o citas de otras obras, en la medida que ello permite conocer mejor la fuente de las creaciones intelectuales⁷¹. Citar, según el Diccionario de la Real Academia Española (RAE), significa “referir, anotar o mencionar a los autores, textos o lugares que se alegan o discuten en lo que se dice o escribe” y también, de manera más general, “hacer mención de alguien o de algo”⁷². El resultado de citar, referir o mencionar, esto

⁷¹ También se ha justificado en la medida que ayuda a hacer efectivos otros derechos fundamentales: “La existencia del derecho de cita se justifica en la medida en que se garantiza el derecho a la cultura y a la educación, pues lo contrario llevaría a que la sociedad no pudiese acceder a las obras sino a través de la expresa autorización del autor, inclusive en los casos en que no pretenda usarse aquellas en su totalidad y cuando los fines nada tengan que ver con la obtención de un provecho económico.” S. RODRÍGUEZ MORENO, *La era digital y las excepciones y limitaciones al derecho de autor*, 78.

⁷² Diccionario de la Lengua Española. Vigésima segunda edición. Desde la perspectiva del derecho de autor se ha afirmado que la cita consiste en “la mención de un fragmento relativamente breve de otra obra escrita, sonoro o audiovisual, así como de las obras artísticas aisladas, para apoyar o hacer más inteligibles las opiniones de quien escribe o para referirse a las opiniones de otro autor de manera fidedigna”: Definición de Manuel Pachón citada en *ibid.* 77.

es, la cita, se ajusta a la exigencias del bien común, en la medida que sirve para satisfacer o lograr bienes humanos básicos como el conocimiento y la búsqueda de la verdad. En este sentido, la cita se constituye en algo debido al interlocutor de la obra, a la sociedad en general, y a los autores de las dos obras, la nueva y la citada.

No obstante el contenido del *ethos* común respecto de la cita, que llevó a que se le calificara como “derecho” durante mucho tiempo, en los últimos años se observa una tendencia a restarle valor jurídico, prefiriendo llamarla “libertad de cita”⁷³, “límite de cita”⁷⁴ o simplemente cita, al tiempo que se ha negado su carácter de “derecho subjetivo”⁷⁵. A pesar de lo anterior, la cita es la única de las excepciones al derecho de autor que se encuentra consagrada de manera obligatoria en el Convenio de Berna, por lo que es de directa aplicación en los Estados signatarios, y lo hace en unos términos que sugieren la existencia de un derecho y un

⁷³ Cfr. B. BUGALLO, *Propiedad Intelectual*, Fondo de Cultura Universitaria, Montevideo, 2006, 727. Sin embargo, la autora más adelante habla del “derecho de citar obras ajenas” y afirma que “responde al interés del análisis intelectual, como al desarrollo de la cultura”.

⁷⁴ Cfr. R. CASAS VALLÉS, “Los límites al derecho de autor”, *Revista Iberoamericana de Derecho de Autor* 1 (2008), pág.?

⁷⁵ Cfr. L. M. GUIBAULT, *Copyright Limitations and Contracts - An Analysis of the Contractually Overridability of Limitations on Copyright*, 93. Para analizar si es posible considerar las excepciones y limitaciones al derecho de autor como derechos subjetivos, la autora propone el ejemplo de la cita y admite que difícilmente se le puede calificar como esta clase de derecho ya que el usuario que lo ejerce no puede disponer de la materia sobre la cual existiría esa facultad, es decir, la obra. Así mismo, en contraste con el derecho de autor que se le otorga de manera exclusiva a autores determinados, en el caso de la cita no se le otorga a una persona en particular y tampoco respecto de una obra específica, por lo que le falta la exclusividad típica de los derechos subjetivos. Finalmente, opina que no existe una obligación o deber correlativo de los demás respecto del interés de ese usuario de citar partes de una obra, por lo que concluye que no hay lugar al reconocimiento de un derecho subjetivo.

deber⁷⁶. Por un lado, se utiliza el término “lícitas”⁷⁷ para denominar las citas que se hagan conforme a las condiciones allí establecidas. Aunque no se establece que se tenga “derecho” a citar, si se atribuye licitud a dicha acción —siempre que se cumpla con las exigencias previstas—, reconociendo que ella es “justa, permitida, según justicia y razón”⁷⁸. Si se analizara la disposición desde las categorías hohfeldianas ya revisadas, se diría que se está frente a un privilegio más que de cara a un derecho, pero ya se vio que dicho término puede ocultar la real existencia de algo que puede ser reclamado como una cosa que se debe, esto es, como un derecho.

Sin embargo, según el texto de la norma referida, es innegable que además de considerarse una acción lícita, la cita supone, al mismo tiempo, un deber. En efecto, la escueta mención de la licitud de la cita, va acompañada de una serie de condiciones y obligaciones que deben ser cumplidas por aquellos que pretendan ejercerla. En particular, se condiciona su utilización a que la obra citada haya sido previamente accesible por el público, también de manera lícita,⁷⁹ y que ella se haga conforme a los parámetros de

⁷⁶ Convenio de Berna, artículos 10.1 y 10.3: “Son lícitas las citas tomadas de una obra que se haya hecho lícitamente accesible al público, a condición de que se hagan conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga, comprendiéndose las citas de artículos periodísticos y colecciones periódicas bajo la forma de revistas de prensa” (...) Las citas y utilidades a que se refieren los párrafos precedentes deberán mencionar la fuente y el nombre del autor, si este nombre figura en la fuente.”

⁷⁷ La versión en francés también usa la palabra “*licites*”, pero la versión en inglés utiliza otros términos, “*it shall be permissible*”, es decir, “es permitido”.

⁷⁸ Cfr. RAE. Diccionario de la Lengua Española. Vigésima segunda edición.

⁷⁹ Esta exigencia se justifica porque, de otra manera, se abriría la puerta para que se violara el derecho moral del autor a mantener inédita la obra.

los usos honrados⁸⁰ y limitada a aquello que se requiera para conseguir el fin buscado con la mención de la obra anterior. Adicionalmente, se exige que se mencione siempre la fuente y, cuando figure en ella, también el nombre del autor. En todas estas exigencias es posible identificar, como en el permiso para citar, la preocupación por asegurar bienes tales como el conocimiento, la búsqueda de la verdad y la sociabilidad, así como la reputación, bien derivado de los primeros. Se puede afirmar, entonces, que existe un deber de quien cita que, a su vez, es correlativo al derecho del autor de la obra citada.

El examen de las anteriores particularidades es suficiente para concluir que la cita de una obra en otra nueva es, por supuesto, una libertad, pero cuando ella se ejerce efectivamente, dentro de los presupuestos razonables arriba indicados, se puede convertir en un verdadero derecho. El “derecho de cita”, como puede ser reivindicado su nombre, es un ejemplo patente de la forma como opera el concepto de acervo común en la propiedad

⁸⁰ Aunque el Convenio de Berna utiliza “usos honrados” en dos oportunidades, no se define allí esta expresión. En la Guía del Convenio de Berna de la OMPI, se dice que “uso honrado” alude a lo “normalmente admisible, a lo que corrientemente se acepta, a lo que no se opone al sentido común”. Una noción amplia se le compara con el “*three-step test*”. En el Glosario de Derecho de Autor y Derechos Conexos se dice que con la expresión “usos honrados” el Convenio de Berna “determina la posibilidad de permitir la libre utilización de las obras en citas o ilustraciones con fines de docencia”, aunque no debe interferir con el “*three-step test*”. En la Decisión 351 de 1993 de la Comunidad Andina de Naciones (CAN) si se encuentra una definición de “usos honrados” en unos términos que los identifican con el “*three-step test*”: “los que no interfieren con la explotación normal de la obra ni causan un perjuicio irrazonable a los intereses legítimos del autor”. A partir de lo anterior, ANTEQUERA opina que, “en definitiva, el principio de los usos honrados, bajo la óptica latina, impone los parámetros dentro de los cuales resulta admisible o ‘razonable’ la previsión de determinadas limitaciones al derecho exclusivo de autor y que, en el caso que nos ocupa, legitiman el uso libre y gratuito de su obra”. Cfr. R. ANTEQUERA PARILLI, *Estudios de Derecho de Autor y Derechos Afines*, 179-181.

intelectual, en la medida que las nuevas creaciones se nutren de ese activo compartido de conocimientos, reconocen ese punto de partida y, al mismo tiempo, colaboran con el crecimiento de dicho acervo. En todo caso, sólo puede ser considerado “derecho”, igual que cualquier otro, en la medida que contribuya al bien común y que se ajuste a sus propios límites internos, por lo que no se podrá calificar como derecho si se cita una obra contraviniendo el derecho moral del autor primigenio, por ejemplo, haciéndolo antes de que sea publicada la obra u omitiendo el nombre del autor y la fuente correspondiente, o reproduciéndola de manera tan amplia que termine siendo una copia simulada de la obra citada.

Para terminar de definir los contornos del derecho de cita, es necesario precisar su fundamento, título y medida con base en las anteriores reflexiones. Así, según se observó, el derecho de cita está sustentado en la misma naturaleza humana, particularmente en bienes e inclinaciones que le son propios, como el conocimiento, la búsqueda de la verdad y la sociabilidad, por lo que es posible afirmar que tiene un fundamento natural. En cuanto el título, éste proviene de la misma naturaleza de la obra y su publicación. Si se parte del supuesto que únicamente puede ser objeto de cita aquella obra que ha sido lícitamente accesible al público, se debe entender que su autor ha querido comunicarla a los demás, sacarla fuera de la órbita de su intimidad y compartirla, haciéndola parte del acervo común. De este hecho se desprende la posibilidad de que los demás, que hacen parte de ese público, puedan referirse al trabajo que fue puesto a su disposición por el mismo autor y que éste, por tanto, no pueda oponerse siempre que se hayan cumplido las condiciones previstas.

El título natural del derecho de cita, sin embargo, ha sido consagrado en normas de derecho positivo que, a su vez, han definido el alcance y los límites de su ejercicio en la comunidad —

su medida—, por ejemplo, extendiéndolo a artículos periodísticos y revistas de prensa, o circunscribiéndolo a propósitos de crítica o investigación científica, o a un determinado porcentaje de la obra o número de páginas. En todo caso, las mismas normas aluden a una medida natural, cuando se establece que la cita sólo puede usar en la “medida justificada por el fin que se persiga”, lo que supone atender a la naturaleza de este uso y a los correspondientes criterios de razonabilidad para su determinación. En suma, es posible afirmar que, una vez reconocida la existencia de un derecho de cita —cuando se decide ejercer la libertad que lo permite—, este tiene un fundamento natural, un título también natural aunque reconocido por el derecho positivo —y en ese sentido, mixto— y, finalmente, una medida mixta, en cuanto sus límites están determinados por el fin que se persigue con la mención, pero también por las demarcaciones que ha hecho el mismo legislador, incluida la referencia a los usos honrados que hace referencia a unos criterios similares a los del “*three-step test*”, según se analizará más adelante.

b) Las excepciones relacionadas con fines educativos

Según se vio en el recuento histórico del capítulo anterior, el interés por fomentar la educación y el conocimiento ha marcado el desarrollo del *copyright* desde sus orígenes. El título mismo del Estatuto de la reina Ana⁸¹, reconocido como el ordenamiento que dio a luz el sistema de *copyright* en Inglaterra, incluyó una expresa referencia a la educación como un elemento de interés público

⁸¹ “*An Act for the Encouragement of Learning, by vesting the Copies of Printed Books in the Authors or purchasers of such Copies, during the Times therein mentioned*”.

que se buscaba satisfacer mediante el establecimiento de un monopolio a favor de los creadores de obras⁸². En efecto, cuando en el Estatuto se expresaba que éste era promulgado para el “fomento de la educación” (*encouragement of learning*), se estaba proponiendo un argumento teleológico hacia el que debía tender el monopolio que se otorgaba al autor de una obra (*by vesting....*). Por otro lado, en la cláusula de propiedad intelectual de la Constitución de los Estados Unidos de 1787 —aún vigente— se consagró una protección de los autores e inventores para fomentar el progreso de la ciencia y el conocimiento que, además, fue la base para el desarrollo posterior de la doctrina judicial del *fair use* que, en su posterior consagración legislativa de 1976, incluyó los propósitos de educación y enseñanza dentro de aquellos que pueden justificar el uso leal de una obra.

El interés por la consecución de estos fines no fue igualmente evidente en la configuración inicial del sistema latino germánico de derecho de autor, especialmente en Francia, donde la identificación de este derecho con el de propiedad influyó para que se protegieran más la persona del autor y su obra que los beneficios educativos que ésta última pudiera reportar a la sociedad. Esto, sin embargo, fue cambiando paulatinamente y hoy es posible encontrar en varios países representativos de este sistema, incluidos Francia⁸³ y Alemania⁸⁴, excepciones puntuales a los derechos exclusivos del autor, para fines relacionados con la educación y la enseñanza⁸⁵. La divergencia de

⁸² Cfr. G. DAVIES, *Copyright and the Public Interest*, 4.

⁸³ *Code de la Propriété Intellectuelle*, Art. 122-5, 3° e). Disponible en el sitio oficial: <http://www.legifrance.gouv.fr/>

⁸⁴ Art. 52a de la Ley de Derecho de Autor, disponible en el sitio del Ministerio de Justicia: http://www.gesetze-im-internet.de/urhg/_52a.html

⁸⁵ Según comenta IGLESIAS, “[e]sta inquietud del legislador por fomentar y animar el desarrollo de la educación aún a costa de aminorar la intensidad de

perspectivas respecto de la interacción entre derecho de autor y educación seguramente influyó para que en el Convenio de Berna no se adoptara una excepción obligatoria y de directa aplicación —como en el caso del derecho de cita—, sino que se optara por incluir una disposición que reservara a los Estados signatarios la decisión de que se permitiera utilizar obras protegidas para fines de enseñanza, bajo unas determinadas condiciones⁸⁶.

Según se puede observar, la forma como está prevista la disposición en el Convenio de Berna añade la expresión “facultad” para referirse a la posibilidad de utilizar lícitamente unas obras para fines de enseñanza. Aunque el uso de este término puede deberse a las dificultades de traducción⁸⁷, no deja de llamar la atención que se utilice una palabra que caracteriza a los derechos subjetivos, entendido éste como una facultad o un poder de ejercicio, para describir aquello que puede ser permitido respecto de ciertas obras a título de ilustración

las prerrogativas otorgadas por las normas de propiedad intelectual a los autores, se ha formulado a través de dos tipos de excepciones específicas: las orientadas a la educación como actividad, que autorizan la utilización de obras protegidas en actividades de enseñanza (excepciones educativas o para la enseñanza); y las destinadas a la elaboración de materiales didácticos, que permiten la incorporación de obras protegida en obras de naturaleza didáctica (excepciones para obras didácticas) Estas disposiciones no son siempre lugar común. Algunos países han optado por implementar el trato de favor a través de excepciones generales como el derecho de cita, las excepciones reprográficas o la copia privada”: M. J. IGLESIAS, "Excepciones educativas a los derechos de autor en la enseñanza en línea: la teach act americana y el Panorama Europeo", *IPR Helpdesk* 17 (2004) 4-5, 4.

⁸⁶ Art. 10.2: “Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión y de los Arreglos particulares existentes o que se establezcan entre ellos lo que concierne a la facultad de utilizar lícitamente, en la medida justificada por el fin perseguido, las obras literarias o artísticas a título de ilustración de la enseñanza por medio de publicaciones, emisiones de radio o grabaciones sonoras o visuales, con tal de que esa utilización sea conforme a los usos honrados.”

⁸⁷ La versión en inglés no se refiere a facultad sino a permitir: “to permit”.

para la enseñanza. Ahora bien, cuando los Estados miembros han adaptado esta disposición dentro de su propia normativa, se ha obviado el término “facultad” y, la mayoría de las veces, se ha utilizado nuevamente la expresión “lícito” para calificar el uso de la obra en las condiciones allí establecidas, o en otras, estableciendo que la acción “es permitida”⁸⁸. En todo caso, cualquiera que sea la denominación que se utilice para referirse al uso de una obra para fines de enseñanza — facultado, lícito o permitido—, lo cierto es que transmite la idea de algo que *puede* ser hecho, con el correspondiente reconocimiento legal de que se trata de algo justo.

De nuevo, aun cuando se utiliza un lenguaje que no afirma directamente la existencia de un derecho, la disposición si reconoce una libertad a utilizar la obra, para fines de enseñanza, dentro de los límites señalados, cuyo ejercicio efectivo puede dar paso a un derecho, según se ha analizado en páginas anteriores. El derecho en este caso no sólo consiste en poder utilizar las obras en la forma indicada por la norma, sino también en la expectativa razonable de no juzgársele responsable por dicha utilización⁸⁹, lo que equivaldría en términos hohfeldianos a un privilegio —porque el correlativo sería un no-derecho a perturbar esa utilización— o, incluso, a una inmunidad. Sin embargo, a partir de las críticas que se han formulado a ese lenguaje de “tres términos” utilizado

⁸⁸ Ver, por ejemplo: Art. 32 de la ley 23 de 1982 de Colombia; Art. 22 b) de la Decisión 351 de 1993 de la Comunidad Andina de Naciones; Art. 32 de la Ley de Propiedad Intelectual de España.

⁸⁹ El derecho subjetivo no exige siempre la posibilidad de reclamar una prestación positiva —un hacer o un dar—, sino que también puede referirse a poder esperar una determinada abstención. Sobre el particular, FERRAJOLI ha definido derecho subjetivo como “cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica”: L. FERRAJOLI, *Derechos y Garantías: la ley del más débil*, 37. Asimismo, FINNIS afirma que uno de los escenarios en los cuales se puede hablar de derecho es cuando se le otorga a alguien el beneficio de no que se interfiera el disfrute de una actividad o la inmunidad que supone no verse sometido a una determinada exigencia: J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 205.

por HOHFELD, su traducción a uno de dos extremos supondría la identificación de esta libertad/inmunidad con un derecho, en el que se podría identificar un titular —quien hace uso de la libertad— y un objeto, es decir, la facultad para utilizar la obra en los términos establecidos⁹⁰.

Teniendo claro lo anterior, el examen de las excepciones relacionadas con fines de educación y enseñanza exige remitirse, nuevamente, a las relaciones jurídicas en las cuales se pueden ejercer, dentro del contexto del bien común, y a los bienes e inclinaciones en los que se encuentran sustentadas, con el propósito de definir su fundamento. Así, se observa que el bien de la comunidad se satisface mejor en la medida que se otorgue una adecuada protección a las obras, pero también mediante un mecanismo que permita que dichas obras ayuden a realizar el bien básico que es el conocimiento y la búsqueda de la verdad, mediante el cual se trata de encontrar, entender y considerar las cosas de una manera correcta⁹¹. La manera más adecuada para hacer efectivo este bien es la educación y, de ayudar a realizarlo, la enseñanza. Se puede enseñar de muchas maneras, sin embargo, el bien común conlleva que la educación se nutra de conocimientos que ya han sido alcanzados, en las distintas formas como han sido expresados, es decir, que obtenga provecho del acervo común de la humanidad. Este acervo es posible encontrarlo, entre otros lugares, en obras que pueden estar en el dominio público, pero también en muchas que aún siguen siendo protegidas por el derecho de autor, lo que supone encontrar un mecanismo que permita su uso para propósitos educativos, bajo unas condiciones que atiendan todas las circunstancias relevantes en el contexto particular.

De lo anterior se desprende que, aun cuando esté sustentado en un fundamento natural, el derecho de usar la obra para propósitos

⁹⁰ Cfr. J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 201-202.

⁹¹ *Ibid.* 60.

educativos surge de la decisión colectiva —y, por tanto, positiva—, que considera que dicho reconocimiento contribuye con el bien común, siempre que cumpla con determinadas condiciones, que constituyen su misma medida. De esta forma, según las circunstancias particulares de una determinada sociedad, es posible atribuir a sus miembros la facultad de incorporar ciertas obras en otras que tengan por objeto presentar ejemplos de la materia estudiada. Asimismo, también puede reconocer la facultad de utilizar obras protegidas como material didáctico o de examen, posibilidad que usualmente estará en cabeza del profesor o de la institución educativa. En todo caso, cualquiera que sea el título atribuido, el derecho que surja cuando esa facultad decida ejercerse, deberá estar circunscrito a una medida —natural y positiva— determinada por los propios límites de la acción pretendida así como por las exigencias del bien común que supondrá también proteger los correspondientes intereses del autor y los titulares de las obras utilizadas.

c) La excepción de copia privada

La posibilidad de que una persona pueda realizar una reproducción de una obra para su uso privado, es decir, que haga una “copia privada”, como ha dado en llamarse a esta utilización durante los últimos años, ha pasado de considerarse un uso inofensivo de la obra, a convertirse, en el contexto de la nuevas tecnologías, en uno de los aspectos de mayor debate entre los usuarios, que la exigen como un derecho, y los titulares, que la tildan de gran amenaza al sistema de derecho de autor⁹². Este cambio de perspectiva obedeció, en gran medida, a la utilización de nuevas tecnologías de reproducción y comunicación que

⁹² Cfr. I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, 2da. ed., Comares, Granada, 2010, 1-2.

hicieron más fácil y menos costosa la obtención y diseminación de copias de distintas clases de obras por parte de los usuarios, y a la respuesta de los titulares, quienes introdujeron medidas tecnológicas de protección que permitieran restringir tal reproducción y propagación masiva. De hecho, esta nueva realidad ha implicado que, a pesar de no ser mencionada expresamente en instrumentos internacionales como el Convenio de Berna, se le califique como la utilización más recurrida mundialmente y la de mayor importancia práctica, en el sentido que otras excepciones relevantes, como la de cita o las de fines educativos —que si se encuentran referidas en el antedicho Convenio—, son utilizadas en ámbitos más especializados, mientras que cualquier persona puede realizar copias privadas de obras con fines diversos⁹³.

Los cambios efectivos que se han operado respecto de esta institución, como consecuencia de los desarrollos tecnológicos, ha supuesto también la revisión de su concepto tradicional⁹⁴, de sus características y de sus mismos fundamentos⁹⁵, en la numerosa

⁹³ Cfr. J. J. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, *La copia privada: Sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*, 111-112. Según el autor, la importancia de esta excepción radica particularmente en “la frecuencia con la que entra en juego como por las repercusiones económicas que causa su aplicación, circunstancias que no han hecho más que agravarse con la explotación de las obras a través de los medios propios de la sociedad de la información (...)”.

⁹⁴ LIPSZYC ha definido la copia privada como “una reproducción, en un solo ejemplar, de breves fragmentos o de determinadas obras aisladas protegidas por el derecho de autor incluidas en un volumen (revistas, diarios, etc.), exclusivamente para uso personal del copista (por ejemplo, para estudio, docencia, esparcimiento)”: D. LIPSZYC, *Derecho de autor y derechos conexos*, 222. Como se observa, el concepto se refiere únicamente a la posibilidad de usar obras literarias.

⁹⁵ GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA ha realizado un juicioso estudio de los fundamentos de la copia privada, antes y después de la llegada de los mecanismos de reproducción. A algunos de ellos se hará referencia en los

literatura que se ha escrito sobre el particular. Para los propósitos más restringidos de este trabajo —y de este acápite—, bastará detenerse en algunos de estos elementos que permitan definir la dimensión de esta excepción en el contexto del derecho del autor, de conformidad con los criterios que han sido utilizados respecto de las otras excepciones.

A diferencia de lo que ocurre con el derecho de cita y con la facultad para utilizar obras para fines de enseñanza, no es posible identificar fácilmente bienes humanos o valores básicos en los que se encuentre fundamentada la potestad de reproducir libremente obras para un uso privado. Se podría afirmar que la copia privada también se encuentra sustentada en los bienes del conocimiento, la búsqueda de la verdad, la sociabilidad e, incluso, del juego. En la práctica, esto se ha hecho cuando se defiende la copia privada como una facultad que, a su vez, ayuda a hacer efectivos derechos y libertades tales como el derecho a la información, la libertad de expresión o el acceso a la cultura. Sin embargo, con razón se ha criticado este argumento porque el hecho de que otros principios del derecho de autor —como la no protección de las ideas— y ciertas excepciones que hacen parte de su naturaleza —como las de cita y educación e investigación— permitan disfrutar de los derechos antedichos, le quita piso a la afirmación de que la copia privada es indispensable para la efectividad de los mismos⁹⁶.

En realidad, los bienes que fundamentan la copia privada son más bien de carácter secundario, como la propiedad sobre el ejemplar correspondiente que, entendida en sentido tradicional, permitiría a su propietario disfrutar de ella a su antojo, incluyendo la posibilidad de copiarla. Sin embargo, esta postura,

siguientes párrafos: J. J. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, *La copia privada: Sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*, 114-132.

⁹⁶ *Ibid.* 130-131.

claramente sustentada en el liberalismo individualista —“puedo hacer con mi propiedad lo que quiera”—, conduce necesariamente al conflictivismo de derechos, porque se encontrará que el derecho de propiedad física colisiona con el derecho de propiedad intelectual, y en ese conflicto, el mismo derecho positivo que lo originó, lo ha resuelto revistiendo de mejores armas a la propiedad intelectual para predominar sobre el dominio físico que se tiene sobre el objeto que contiene la obra. Descartado entonces el derecho de propiedad como fundamento de la copia privada, no se encuentran otras razones que las de conveniencia que predominan en la legislación positiva. En efecto, quizás la principal razón por la que, históricamente, se ha permitido la obtención de copias privadas de obras se refiere a la imposibilidad de controlar una eventual prohibición de dicha conducta, bien por lo difícil que resulta monitorear todos los actos respecto de una obra —máxime si ellos se dan en el ámbito doméstico—, bien por los costos que acarrearía tal monitoreo o bien por las restricciones jurídicas para hacerlo, ya que podría implicar la violación del derecho a la intimidad de los usuarios afectados⁹⁷.

De acuerdo con las anteriores consideraciones, no es posible identificar el fundamento de la copia privada ni en los bienes básicos que caracterizan la naturaleza humana ni en la naturaleza misma del derecho de autor, por lo que únicamente se explica su existencia por razonables motivos de conveniencia práctica que han sido plasmados en las leyes, originando así su título, que

⁹⁷ Cfr. *Ibid.* 121-124. Según el autor, antes de la llegada de los mecanismos de reproducción, se proponían también como fundamentos de la copia privada el que era un uso socialmente aceptado; que se trataba del uso normal que podía efectuar el propietario del ejemplar; la gravedad mínima de la copia privada; el principio según el cual el derecho no se ocupa de las cosas pequeñas; el derecho de uso inocuo que supondría hacer copias privadas y el abuso del derecho en el que incurriría el titular si las prohibiera (ver páginas 116-120).

comparte la condición positiva de su fundamento. El alcance o medida de la copia privada viene usualmente determinada por la misma ley, aunque la propia naturaleza del asunto, esto es, la copia para uso privado, trae consigo una serie de limitaciones que suponen su ejercicio razonable y acorde con las exigencias del bien común.

7. IURA IN OPERE ALIENA: ELEMENTOS PARA UNA DEFINICIÓN DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS EXCEPCIONES Y LIMITACIONES

No cabe duda de que en el derecho de autor confluyen diversos intereses, en cabeza de múltiples actores —los usuarios entre ellos— cuya protección es buscada por la sociedad en atención al beneficio general que ella puede producir en los ámbitos de la cultura, la educación, la democracia y la economía, entre otros. Tampoco se discute que los sistemas de límites al derecho de autor tienen por propósito proteger determinados intereses de la sociedad y de sus miembros⁹⁸. Asimismo, es preciso reconocer que la forma como se han consagrado los límites al derecho de autor, bien sea en un sistema abierto como el *fair use* del *copyright* estadounidense, o en un sistema cerrado como el de las excepciones *numerus clausus* del sistema latino germánico, permite caracterizarlos como libertades —o *privileges*,

⁹⁸ Ver, entre otros: M. SENFTLEBEN, *Copyright, limitations and the three-step test: An Analysis of the Three-step Test in International and EC Copyright Law*, 22-34; L. M. GUIBAULT, *Copyright Limitations and Contracts - An Analysis of the Contractually Overridability of Limitations on Copyright*, 27-90; A. L. LUCAS y H.-J. LUCAS, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, 268-269; J. M. RODRÍGUEZ TAPIA y F. BONDÍA ROMÁN, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 164; A. STROWEL, *Droit d'auteur et copyright: Divergences et convergences*, 245 y ss; J. J. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, *La copia privada: Sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*, 105. Estos intereses son también mencionados por normas internacionales como el Tratado OMPI de Derecho de Autor en su preámbulo.

según la terminología hohfeldiana arriba revisada— en cuanto los beneficiarios de las normas que los contemplan tengan autonomía para disfrutar de ellos o no, al tiempo que los autores y titulares no cuentan con un derecho cierto para oponerse a tales usos cuando los mismos se presentan dentro de los parámetros y bajo las condiciones previstas en el sistema correspondiente.

Sin embargo, aun cuando se reconozca la existencia de intereses en cabeza de los usuarios y la libertad que ellos tienen de utilizar las obras protegidas bajo determinadas condiciones, ello no es óbice para descartar la existencia de un derecho cuando tales intereses o libertades se ejercen concretamente respecto de una obra, en una situación que permita considerar “debido” el objeto de ese interés o esa libertad. De hecho, algo similar ocurre respecto de los derechos de los autores y titulares derivados. En efecto, ningún sujeto puede afirmar que tiene el derecho exclusivo a reproducir una obra mientras que no la origine o transmita las facultades para hacerlo. Mientras ello sucede, el futuro autor o titular de la obra con lo único con lo que contará será con la libertad de crear o no la obra y con el interés, como miembro de la sociedad y potencial beneficiario, de que las obras se protejan de alguna manera para otorgar un justo reconocimiento a labor creadora. Sólo una vez el sujeto en cuestión se convierte en autor o titular de una obra podrá afirmar, a ciencia cierta, que detenta un determinado derecho sobre ella.

Lo anterior supone una precisión acerca de los distintos momentos en los que se puede afirmar que se tiene un derecho sobre la obra, bien como autor o titular o bien como alguien que requiere su uso o disfrute. Sobre este tema, ALEXY distingue entre derechos (o razones) *prima facie* y derechos (o razones) definitivos —o derechos en estricto sentido o *strictu sensu*, según otra denominación— para explicar la forma como se interrelacionan principios y reglas. En particular, califica a los

principios como razones *prima facie* y a las reglas como razones definitivas, a menos que se haya previsto una excepción, de ahí que las decisiones sobre derechos implican la previa determinación de esos derechos definitivos, por la vía del principio o derecho *prima facie*. Muchos de los problemas de la comprensión del derecho radican en la exclusiva utilización de un modelo de principios o de un modelo de reglas, ignorando la interacción entre unos y otras⁹⁹.

Según se analizó, las razones que se han esgrimido para negarle el carácter de derecho a las excepciones y limitaciones usualmente descansan en la indeterminación del sujeto y del objeto del derecho, así como del obligado y el contenido de la obligación correlativa, lo que ha supuesto que se le califique mejor como un interés o un privilegio o libertad. Este enfoque pierde de vista el proceso mediante el cual un principio que sustenta una determinada excepción o limitación puede llegar a convertirse en un derecho definitivo. Así, se pueden identificar ciertos principios que únicamente podrán ejercerse como derecho cuando se cumplan las circunstancias requeridas, como es el caso del derecho (o libertad o principio) de propiedad, entendido como la posibilidad de llegar a ser propietario de cosas para la satisfacción de necesidades que, bajo determinados supuestos definidos por la misma ley, puede convertirse en el concreto derecho real de dominio sobre un objeto determinado (derecho en estricto sentido)¹⁰⁰. Algo similar sucede con el principio de libertad de

⁹⁹ Cfr. R. ALEXY, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, (Traducido por E. GARZÓN VALDÉS), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2003, 101-103, 119 y ss.

¹⁰⁰ Aunque con un propósito distinto, FERRAJOLI expone los distintos sentidos la propiedad que pueden ser útiles para comprender sus diversas dimensiones. El autor diferencia entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales, partiendo de una distinción radical entre libertad y propiedad. Critica el hecho de que se hayan identificado estos dos conceptos en la teoría

expresión que, bajo determinadas condiciones, puede llegar a mudar en un verdadero derecho a expresarse.

Con base en lo anterior, y a partir de la revisión de algunas de ellas en el apartado anterior, se puede afirmar que las excepciones y limitaciones son la expresión de ciertos principios o razones *prima facie* que, cuando se pretenden ejercer o se ejercen efectivamente, con el cumplimiento de unas condiciones establecidas, se transforman en derechos en estricto sentido o definitivos. Esta aseveración requiere una explicación adicional en lo que se refiere a los principios que son expresados mediante las excepciones y limitaciones, su ejercicio mediante la satisfacción de ciertas exigencias y la manera cómo nacen los mencionados derechos en estricto sentido.

Ya en varios lugares de este trabajo se han mencionado principios que sustentan tanto el derecho de autor como las llamadas excepciones y limitaciones. A ellos se ha hecho referencia con los términos de bienes humanos o valores básicos, y dentro de dicha categoría se han incluido primordialmente los de conocimiento, sociabilidad, experiencia estética, juego y trabajo. Sin embargo, cuando tales bienes o valores han sido

jurídica y política y le atribuye a esta confusión muchos de los malos entendidos sobre su naturaleza. Para él, es distinto el derecho a tener propiedad o a disponer de ella (universal y fundamental), que el derecho que yo puedo ejercer sobre derechos reales y de crédito. En el primer caso, nos encontramos con derechos que son inclusivos, mientras que en el segundo son exclusivos. En otras palabras, FERRAJOLI considera que la propiedad, como los demás derechos patrimoniales, tiene naturaleza existencial o singular, *excludendi alios*, es decir, que no corresponde a todos. Los derechos que si podrían calificarse de universales, serían los de convertirse en propietario y disponer de los bienes propios, consecuencia de la capacidad jurídica y la capacidad de obrar, respectivamente, que forman el presupuesto de la autonomía privada: L. FERRAJOLI, *Derechos y Garantías: la ley del más débil*, 45-50, 101-103.

consagrados en textos constitucionales, han dado lugar a una serie de libertades de amplio reconocimiento como las de propiedad, de expresión, de información, de pensamiento, de prensa, de educación y cultura, entre otras. A estos principios y libertades se ha hecho referencia cuando se examina tanto la justificación del derecho de autor como de sus excepciones y limitaciones. En todo caso, respecto de estas últimas, se puede observar cómo algunos principios inciden más en unas que en otras, lo que además repercute en su fundamentación jurídica. Así, el conocimiento y la búsqueda de la verdad —traducidos en libertades tales como las mencionadas arriba— se pueden evidenciar de mejor manera en excepciones como las de cita y las fines educativos, que en la de copia privada. Y esta última parece encontrar mejor respaldo en el bien secundario de propiedad —traducido en la libertad del mismo nombre— que en otros bienes o valores básicos.

Sin embargo, los principios expresados en las excepciones al derecho de autor —después de todo, razones *prima facie*— no dan lugar a unos derechos definitivos en cabeza de todos los miembros de sociedad. Para que ello ocurra, es decir, para que a un sujeto se le pueda atribuir un derecho en *strictu sensu* para, por ejemplo, hacer una cita o para utilizar una obra para fines educativos, debe cumplir con las exigencias y criterios que la misma ley haya fijado, atendiendo las particulares finalidades de la excepción correspondiente que, seguramente, coincidirán con las del principio que expresan. Estas exigencias son usualmente establecidas por la misma ley, algunas de manera concreta — como restringirse a un número de páginas o a un porcentaje de la obra, o hacer mención del autor y la fuente—, y otras de manera más general, aunque también se desprendan de la misma naturaleza del uso como, por ejemplo, el respeto de la medida justificada por el fin que se prevé en las excepciones de cita y para fines educativos, o la utilización conforme a los usos honrados a la

que se hace referencia en las disposiciones del Convenio de Berna sobre tales excepciones, así como las impuestas por el “*three-step test*” que propone el mismo Convenio y otras normas internacionales y locales.

El cumplimiento efectivo de las condiciones a las que se encuentran sujetas las excepciones y limitaciones permite, entonces, el paso de un derecho *prima facie* a uno en *strictu sensu*, es decir, del principio expresado en la excepción al disfrute de algo que es debido al usuario, que es su derecho¹⁰¹. Esta calidad de derecho no se diluye por el hecho de que el objeto sobre el cual se ejerce, esto es, la obra citada, utilizada o copiada, no le pertenezca. Esto ha sido sugerido por aquellos que han valorado la naturaleza de las excepciones desde la categoría de los derechos subjetivos y los derechos reales, y que han encontrado que, mientras el autor puede afirmar que ejerce su derecho sobre algo sobre lo cual ejerce dominio, asimilando al derecho real de propiedad, el usuario que pretende ejercer una excepción o limitación no puede aseverar lo mismo. Sin embargo, si se insiste en equiparar el derecho de autor con el derecho real de propiedad, debe recordarse que dentro de los derechos reales no solamente se encuentran aquellos sobre una cosa propia (propiedad plena o

¹⁰¹ FINNIS considera que “con seguridad podemos hablar de derechos siempre que una exigencia o principio de razonabilidad práctica, o una regla de ahí derivada, da a A y a todos y cada uno de los otros miembros de una clase a la que A pertenece, el beneficio de (i) una exigencia (obligación) positiva o negativa impuesta a B (incluyendo, *inter alia*, cualquier exigencia de no interferir con la actividad de A o con su disfrute de alguna otra forma de bien) o de (ii) la habilidad de hacer que B quede sometido a una exigencia de ese tipo, o de (iii) la inmunidad verse sometido él mismo por B a cualquier exigencia de ese tipo.” Texto tomado de la traducción al castellano de *Natural Law and Natural Rights*: J. FINNIS, *Ley Natural y Derechos Naturales*, 234. Si se analizan las excepciones y limitaciones al derecho de autor desde la perspectiva propuesta por FINNIS, identificando a A con el usuario y a B con el autor o titular, se les puede calificar como derechos también.

desmembrada), sino también aquellos que se tienen respecto de una cosa ajena, los *iura in re aliena*, cuyo ejemplo más evidente es el de las servidumbres.

La institución de los *iura in re aliena*¹⁰² resulta entonces útil a la hora de caracterizar los derechos a que dan lugar las excepciones y limitaciones al derecho de autor. Por ejemplo, en el caso del derecho cita ya analizado se puede identificar una cosa (la obra), un propietario (el autor o titular), un gravamen (la reproducción de apartes de la obra) y un beneficiario de dicho gravamen (el usuario)¹⁰³. Para el usuario, la obra citada es una cosa ajena sobre cual puede ejercer un derecho bajo determinadas condiciones, tal como se las exige también la ley al sujeto de una servidumbre de paso o de aguas. Y así como el ejercicio de la servidumbre no implica hacerse propietario del predio que tiene la carga, el ejercicio del derecho de cita tampoco supone apropiarse de la obra. De hecho, el gravamen que soportaría la obra —y su autor o titular— sería menos oneroso en la medida

¹⁰² Sobre el origen de esta denominación en el derecho civil, ver el interesante estudio de FEENSTRA en: R. FEENSTRA, "Dominium and ius in re aliena: the origins of a civil law distinction" en P. BIRKS (ed.), *New perspectives in the roman law of property: essays for Barry Nicholas*, Clarendon Press, Oxford, 1989, 111-22, 111-122.

¹⁰³ Se podría alegar que la servidumbre supone la existencia de dos fundos, el predio sirviente y el dominante, por lo que no sería trasladable al campo de la propiedad intelectual. Sin embargo, en muchas legislaciones se prevén servidumbres en las que únicamente se identifica un predio sirviente y no uno dominante, como es el caso de la servidumbre de uso de riberas prevista en el artículo 898 del Código Civil Colombiano: "Los dueños de las riberas serán obligados a dejar libre el espacio necesario para la navegación o flote a la sirga, y tolerarán que los navegantes saquen sus barcas y balsas a tierra, las aseguren a los árboles, las carmenen, saquen sus velas, compren los efectos que libremente quieran vendérseles, y vendan a los riberanos los suyos; pero sin permiso del respectivo riberano y de la autoridad local no podrán establecer ventas públicas. —El propietario riberano no podrá cortar el árbol a que actualmente estuviere atada una nave, barca o balsa."

que la cita no recortaría el disfrute del bien como si puede ocurrir con ciertas servidumbre sobre bienes inmuebles.

En suma, para que un principio expresado en una excepción se convierta en un derecho definitivo del usuario en particular, es decir, en algo debido a él y exigible al titular y demás sujetos con intereses en la obra, como *ius in opere aliena*, se requerirá verificar el cumplimiento de unas exigencias que supondrá la utilización de unos criterios de razonabilidad tales como los que ya se prevén en la doctrina del *fair use* del *copyright*, o los que se encuentran incorporados en un número considerable de normas nacionales e internacionales como, por ejemplo, la constatación de que la obra se ha utilizado en la medida justificada para el fin propuesto o conforme a los usos honrados. En todo caso, dentro de estos mecanismos de razonabilidad para determinar la procedencia de una excepción —y su caracterización como derecho del usuario—, sobresale el “*three-step test*” por la forma y amplitud como ha sido consagrado, por la manera como ha sido interpretado y por el modo como influye en la naturaleza flexible del derecho de autor, tal como se continuará estudiando en los siguientes capítulos.

CAPÍTULO 4

UNA REGLA PARA MEDIR EL DERECHO DE AUTOR: LA INTRODUCCIÓN DEL “*THREE-STEP TEST*” EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

1. PLANTEAMIENTO

En los capítulos precedentes se revisaron los fundamentos y naturaleza jurídica tanto del derecho de autor como de sus excepciones y limitaciones con el propósito de definir los principios sobre los cuáles se encuentra sustentada la institución del “*three-step test*”, principal objeto de estudio de este trabajo. En dicha revisión se pudo establecer que, aun cuando el fundamento del derecho del autor es natural, su título y medida tienen carácter mixto, es decir, requieren además de una determinación política o colectiva. En el caso particular del derecho patrimonial del autor (o del titular derivado) se revaluó el carácter absoluto y excluyente con el que se le identificó desde el liberalismo individualista al equipararlo a un derecho de propiedad sacralizado. El concepto clave para reconsiderar la absolutidad del derecho de autor es el de acervo común —del que este derecho es al mismo tiempo beneficiario y contribuyente— que supone reconocer al autor una especie de propiedad como recompensa

por su producción intelectual, pero también su obligación de contribuir al bien común del que obtuvo provecho.

Por otro lado, al examinar la naturaleza jurídica de las excepciones y limitaciones del derecho de autor se pudo establecer que ellas son la expresión de ciertos principios o razones *prima facie* que, cuando se pretenden ejercer o se ejercen efectivamente —con el cumplimiento de determinadas condiciones— llegan a ser derechos en estricto sentido o definitivos. Las exigencias antedichas, que permiten determinar la medida tanto del derecho de autor como de sus excepciones se encuentran usualmente definidas en la misma ley, algunas de forma específica —como la posibilidad de copiar un porcentaje de la obra definido— y otras de manera más general, aunque también se desprendan de la misma naturaleza del uso como, por ejemplo, el respeto de la medida justificada por el fin que se prevé en ciertas excepciones o la utilización conforme a los usos honrados a la que se hace referencia en las disposiciones del Convenio de Berna.

Dentro de los mecanismos para “medir” el derecho de autor y sus excepciones sobresale la denominada “regla de los tres pasos” o “*three-step test*” por la forma amplia como se ha incorporado en los principales instrumentos internacionales y en los respectivos ordenamientos comunitarios y nacionales. No obstante su amplia difusión, no existe total claridad sobre su significado y sobre la forma como opera en la práctica, en buena parte debido al desconocimiento sobre sus orígenes, así como a su divergente adopción en los distintos sistemas jurídicos y jurisdicciones.

Teniendo en cuenta lo anterior, este capítulo estará dedicado a examinar la génesis y el camino recorrido por el test en el ámbito internacional, desde su inicial adopción en el Convenio de Berna, pasando por las nuevas versiones consagradas en el ADPIC

y el TODA, hasta su más reciente inclusión en los Tratados de Beijing y Marrakech.

2. LA ADOPCIÓN DEL “THREE-STEP TEST” EN EL CONVENIO DE BERNA

El Convenio de Berna ocupa un lugar preeminente dentro del sistema internacional de derecho de autor, tanto por ser el tratado internacional en esta materia que cuenta con mayor número de miembros¹ como por contener normas sustanciales a las que remiten los otros instrumentos relevantes en la materia, como el Tratado OMPI de Derecho de Autor (TODA) y el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) de la OMC. Sin embargo, cuando el “*three-step test*” fue incorporado a su articulado, en la Conferencia de Estocolmo de 1967, la Unión de Berna contaba con aproximadamente la tercera parte de sus actuales miembros, con un marcado predominio de los países europeos.

Las revisiones al Convenio se hicieron de manera periódica desde que éste hubiera inicialmente entrado en vigor en 1887. En efecto, antes de la Conferencia de Estocolmo, este instrumento ya había sido adicionado en París en 1896, revisado en Berlín en 1908, adicionado nuevamente en Berna en 1914 y revisado en Roma en 1928 y en Bruselas en 1948. El propósito fundamental de la Unión de Berna era la protección de los derechos resultantes de las creaciones intelectuales, por lo que el tema de las excepciones y limitaciones tuvo un tímido tratamiento en la versión inicial y en las primeras revisiones. Así, en el primer texto del Convenio se incluyó una disposición relacionada con las

¹ 165 miembros a junio de 2012, según la información suministrada en la página en la página oficial de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual: www.wipo.int. A la misma fecha el TODA contaba con 89 miembros y el tratado de la Organización Mundial del Comercio, del que el ADPIC es anexo, con 155 miembros.

limitaciones que hacía alusión a la posibilidad de reproducir artículos periodísticos y publicaciones periódicas que hubiesen sido difundidos en alguno de los países de la Unión en cualquier otro país integrante de la misma, excepción de la que sólo era posible valerse cuando los titulares no la hubiesen prohibido expresamente². Adicionalmente, se dejó a discreción de los miembros la posibilidad de establecer una excepción que permitiera utilizar fragmentos para publicaciones destinadas a la enseñanza o para compilaciones con propósitos didácticos³.

En revisiones posteriores, se hicieron propuestas para ampliar el abanico de excepciones y limitaciones al derecho de autor pero se presentó resistencia por parte de miembros que contaban con una arraigada tradición de protección de este derecho bajo la categoría de propiedad, lo que suponía un estrecho margen para su limitación. Así, por ejemplo, según los registros de las reuniones, la delegación alemana defendió la necesidad de incorporar excepciones para uso personal y para uso educativo en las conferencias de Berlín y Roma, al tiempo que se opuso a los intentos franceses de restringir las excepciones en las mismas reuniones⁴. Tanto en esas reuniones como en la de Bruselas, se presentó nuevamente una discusión entre aquellos que abogaban por la consagración de un mayor número de limitaciones que les permitiera atender particulares necesidades sociales y culturales en sus propios países y quiénes consideraban que la imposición de más excepciones desdibujaría el contenido del derecho sobre la obra⁵.

² Artículo 7 de la versión original del Convenio de Berna.

³ Artículo 8, *ibid.*

⁴ Cfr. G. DAVIES, *Copyright and the Public Interest*, 187-190.

⁵ Cfr. S. RICKETSON y J. C. GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond*, 2da. ed., 2 vols, Vol. I, Oxford University Press, New York, 2006, 116-117, 120; M. SENFTLEBEN, *Copyright, limitations and the three-step test: An Analysis of the Three-step Test in International and EC Copyright Law*, 45.

En Bruselas recibió particular atención la propuesta de incluir expresamente un derecho exclusivo de ejecución pública, lo que generó preocupación de varios países que ya tenían previstas excepciones respecto de este derecho⁶. Se propuso entonces incluir una disposición que dejara abierta la posibilidad de establecer excepciones a este derecho en las normativas de los distintos miembros, pero esta proposición no prosperó porque se temía que se pudiera interpretar de forma tal que incentivara la creación de más excepciones, incluso en lugares donde no existieran aún. Para resolver esta cuestión, se acordó aprobar el nuevo derecho de ejecución pública sin una excepción expresa, aunque con el reconocimiento implícito de que ellas pudieran ser consagradas en las legislaciones internas, en casos especiales como los que ya estaban previstos en varias de ellas⁷. Se ha entendido que esta solución —claro antecedente del “*three-step test*”— se sustenta en la llamada doctrina de las reservas menores (*minor reservations*)⁸ y en el

⁶ Antes de esta conferencia, los miembros podían establecer toda clase de limitaciones a los derechos de ejecución pública e, incluso, podían no reconocer estos derechos. Dentro de los escenarios en los cuales se reconocía la excepción, estaban: ejecuciones musicales en desarrollo de ceremonias religiosas, conciertos de bandas militares, funciones de caridad y conciertos públicos en el contexto de festivales o días feriados: S. RICKETSON y J. C. GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond*, I, 830.

⁷ De acuerdo con el subcomité encargado del estudio de los artículos en cuestión, las excepciones que estaban consagradas para determinados casos especiales en ciertos miembros de la unión no tenían una gran significación internacional, por lo que recomendaban que este tema no quedara plasmado en el texto del Convenio, sino en el reporte general. El relator dejó consignada la recomendación, aunque con un lenguaje propio y general, con el alegado propósito de no afectar el principio del derecho protegido: *ibid.* 831-832.

⁸ Para algunos, el término ‘reservas menores’ no es adecuado en este caso, dado que no cumple con los elementos que se le atribuyen a las reservas a tratados internacionales como ha sido definido por la Convención de Viena, prefiriéndose la expresión “pequeñas excepciones” o “excepciones menores” (“*minor exceptions*”): OMC, Informe del Grupo Especial, WT/DS160/R, 2000, § 6.49; M. FICSOR, “How much of what? The “three-step test” and its application in

principio según el cual el derecho no se ocupa de las cosas pequeñas (*de minimis non curat lex* o *de minimis* como se le menciona de forma abreviada)⁹.

Así se presentaba el panorama de las excepciones y limitaciones a los derechos del autor cuando, en los estudios preparatorios de la Conferencia de Estocolmo de 1967, se propuso incluir expresamente el derecho de reproducción al lado del de ejecución pública que había sido incorporado en Bruselas¹⁰. Este derecho debía enfrentar un número significativo de excepciones¹¹ —que ya se encontraban previstas en las

two recent WTO dispute settlement cases", *Revue Internationale du Droit d'Auteur [RIDA]*, no. 192 (2002) 111-251, 209; M. SENFTLEBEN, *Copyright, limitations and the three-step test: An Analysis of the Three-step Test in International and EC Copyright Law*, 44. Este último autor explica que el término se ha seguido usando como sinónimo de ciertas limitaciones implícitas al derecho de autor.

⁹ Uno de los elementos que caracterizaría a estas reservas menores sería el de la ausencia de ánimo de lucro y en ese sentido se le ha identificado con instituciones tales como el "*fair use*" y el "*fair dealing*": M. SENFTLEBEN, *Copyright, limitations and the three-step test: An Analysis of the Three-step Test in International and EC Copyright Law*, 47. En todo caso, se ha llamado la atención sobre el hecho de que ni en los informes de la Conferencia de Bruselas ni en los correspondientes a la de Estocolmo se define el alcance preciso de las excepciones que pueden establecerse en las legislaciones nacionales: OMC, Informe del Grupo Especial, WT/DS160/R, 2000, § 6.93.

¹⁰ Algunos opinan que tal derecho de reproducción ya era reconocido en el Convenio, sin embargo, la posición mayoritaria considera que en dicho instrumento no existía la obligación de los miembros de otorgar protección respecto de esta clase de derecho: Cfr. S. RICKETSON y J. C. GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond*, I, 759; M. SENFTLEBEN, *Copyright, limitations and the three-step test: An Analysis of the Three-step Test in International and EC Copyright Law*, 46.

¹¹ Desde el primer momento, el Grupo de Estudio que se encargó de preparar la Conferencia de Estocolmo previó que se debía encontrar una fórmula adecuada para determinar las que se consideraban "inevitables" excepciones al derecho de reproducción que se pretendía introducir. Cfr. *Stockholm Conference, Records*, 1967, vol. I, 111. (Doc. S/1). En su informe, el Grupo Especial de la OMC para el caso del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos anota que "[e]n el Convenio de Berna no se

legislaciones nacionales de los miembros y cuya abolición era improbable¹²— por lo que varios de los delegados pidieron una restricción de tales limitaciones a casos con fines específicos y determinados, de manera que el derecho de reproducción no se convirtiera en inoperativo ante el significativo número de situaciones en las que fuera posible valerse de una excepción para reproducir una obra sin autorización del titular, constituyendo además una competencia a la explotación económica de la obra. En relación con la especificidad de los fines que debía exigirse, se consideró que las excepciones debían circunscribirse a propósitos que hubieran sido definidos claramente como el uso privado, las necesidades de los invidentes y de los autores de poder disponer de ciertos textos, por lo que aquellas excepciones que no tuvieran una finalidad específica no debían ser admitidas¹³.

Sin embargo, una restricción generalizada a las limitaciones al derecho de reproducción no era bien vista por otros miembros que buscaban mantener cierto margen de maniobra en la creación de excepciones que permitieran equilibrar los distintos intereses en juego y satisfacer determinadas necesidades sociales, culturales y educativas¹⁴.

reconoció un derecho general de reproducción hasta el Acta de Estocolmo en 1967. La principal dificultad surgida al preparar esta enmienda fue encontrar una fórmula apropiada que permitiera excepciones a este derecho.”: OMC, Informe del Grupo Especial, WT/DS160/R, 2000, § 6.73.

¹² En el estudio preparatorio de la conferencia, se identificaron las excepciones más comunes en las legislaciones nacionales respecto de los siguientes usos: discursos públicos, cita, libros y recopilaciones escolares, artículos de periódico, noticias de actualidad, reproducción de caracteres especiales para los invidentes, grabaciones efímeras, uso privado, fotocopias en bibliotecas, grabaciones sonoras para los invidentes, letras de canciones, esculturas exhibidas en sitios públicos, uso de obras artísticas como parte de escenografía en cine y televisión y reproducciones en interés de la seguridad pública: Ver *Stockholm Conference, Records*, 1967, vol. I, 112 (Doc. S/1).

¹³ *Idem*.

¹⁴ S. RICKETSON y J. C. GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond*, I, 759.

Ante la posibilidad de que el derecho de reproducción no fuese finalmente incorporado en el Convenio, la propuesta de una disposición con términos abiertos se perfiló como una buena solución intermedia. La primera fórmula de términos abiertos había sido propuesta —en 1964— por el mismo grupo de estudio que venía realizando los trabajos preparatorios de la Conferencia y dejaba a discreción de los miembros de la Unión la limitación del derecho de reproducción, para propósitos específicos, bajo la condición de que ellos no compitieran económicamente con las obras protegidas¹⁵. Sin embargo, cuando esta propuesta fue examinada por un Comité Gubernamental de Expertos en 1965 se consideró, después de un largo debate, que además de mencionarse expresamente ciertas excepciones generalmente aceptadas, como las de uso privado y reproducción con propósitos judiciales o administrativos, era recomendable incluir un acápite —el literal (c)— que permitiera a los miembros establecer otras excepciones en casos particulares en los que la reproducción no fuera contraria a los intereses legítimos del autor y no entraran en conflicto con la normal explotación de la obra¹⁶.

¹⁵ El artículo propuesto, con el reconocimiento del derecho de reproducción en el primer párrafo, era: “*Authors of literary and artistic works protected by this Convention shall have the exclusive right of authorising the reproduction of these works, in any manner or form.*”

However, it shall be a matter for legislation in the countries of the Union, having regard to the provisions of this Convention, to limit the recognition and the exercising of that right, for specified purposes and on the condition that these purposes should not enter into economic competition with these works.” Stockholm Conference, Records, 1967, vol. I, 112.

¹⁶ El texto en inglés de la propuesta era: “*It shall be a matter for the legislation in the countries of the Union to permit the reproduction of such works (a) for private use; (b) for judicial and administrative purposes; (c) in certain particular cases where the reproduction is not contrary to the legitimate interests of the author and does not conflict with a normal exploitation of the work.*” *Ibid.* 113.

La nueva propuesta del Comité de Expertos se sometió finalmente a los participantes de la Conferencia en 1967, quienes propusieron un amplio número de modificaciones, desde aquellas que buscaban que se describiera con mayor detalle el alcance del uso privado¹⁷ y de los usos judiciales y administrativos¹⁸, hasta aquellas con las que se pretendía extender el ámbito de las limitaciones¹⁹, pasando por la propuesta de incluir la condición de que el autor no se viera privado de una compensación equitativa cuando se ejercitara una determinada excepción²⁰. En medio de estas discusiones, fue tomando fuerza la propuesta del Reino Unido consistente en una prueba de términos abiertos, con base en la versión modificada del literal (c), y excluyendo los dos primeros literales. En particular, en esta propuesta se reservaba a los miembros la posibilidad de permitir la reproducción en determinados casos especiales en los que no se causara un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor ni entrara en conflicto con la explotación normal de la obra²¹.

¹⁷ La delegación francesa pidió que se precisara más el uso privado, restringiéndolo al uso individual o familiar, de manera que excluyera la posibilidad de que las personas jurídicas hicieran copias amparadas en un supuesto uso privado. *Ibid.* 690.

¹⁸ La propuesta holandesa era que se adicionará el término “estrictamente” para calificar los propósitos judiciales y administrativos, así como precisar más la redacción del literal (c) que hacía referencia a los otros usos permitidos. *Ibid.* 691

¹⁹ Tanto India como Rumania propusieron la inclusión de un literal adicional mediante el cual se permitiera a los miembros otorgar licencias obligatorias sobre las obras protegidas, con el propósito de favorecer el acceso al conocimiento. *Ibid.* 691-692.

²⁰ Propuesta de la delegación alemana con la que se buscaba imponer una condición adicional en el literal (c). *Ibid.* 618.

²¹ “(...) *certain special cases where the reproduction does not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author and does not conflict with a normal exploitation of the work*”: *Ibid.* 630.

En todo caso, el texto propuesto por el Reino Unido tampoco se escapó de las críticas de varias delegaciones que lo veían como una fórmula incierta que requería de mayor precisión, pero terminó convirtiéndose en una alternativa frente a los planteamientos de otros miembros que buscaban una mayor flexibilidad en definición de excepciones²². La propuesta del Reino Unido fue analizada por un grupo de trabajo conformado para el efecto que, a su vez, puso a consideración del Comité Principal I un texto con algunas modificaciones. Al interior del Comité se presentaron nuevas divergencias sobre el alcance del texto pero éste fue finalmente acordado, como artículo 9 (2), en los siguientes términos:

Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor²³.

Como se puede observar, en la versión finalmente aprobada en el Comité se cambió el orden los criterios que debían tenerse en cuenta para permitir excepciones al derecho de reproducción. En efecto, el factor relacionado con la no afectación de explotación normal de la obra pasó del último lugar al segundo, después de la exigencia relacionada

²² KOELMAN califica el test como el resultado de una fórmula diplomática, intencionalmente vaga o abierta en sus términos: K. J. KOELMAN, "Fixing the Three-Step Test", 407. Ver también: S. RICKETSON, *The three-step test, deemed quantities, libraries and closed exceptions*, Centre for Copyright Studies, Sydney, 2002, 33; M. SENFTLEBEN, *Copyright, limitations and the three-step test: An Analysis of the Three-step Test in International and EC Copyright Law*, 82.

²³ La versión en inglés que se registró en los *Records* es: "It shall be a matter for legislation in the countries of the Union to permit the reproduction of such works in certain special cases, provided that such reproduction does not conflict with a normal exploitation of the work and does not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author". *Ibid.* 696, 758.

con la especificidad de los casos en los que se podría permitir la excepción. Esta alteración de los factores —aparentemente inocua, pero con un gran impacto posterior en la interpretación de la norma— se le puede atribuir a Eugen ULMER, quien presidía el Comité en cuestión. Para él, el principal de los criterios que debían evaluarse era el concerniente a la normal explotación de la obra, mientras que el relativo al perjuicio a los intereses legítimos del autor era un aspecto secundario²⁴. De ahí que en el reporte del Comité se explicara la alteración de los factores bajo el argumento de que así se contaba con un orden más lógico para la interpretación de la regla²⁵. La versión así aprobada modificó el Convenio de Berna en el artículo 9 (2) y no sufrió ningún cambio en la última de las revisiones de este instrumento que se desarrolló en París en 1971, por lo que la disposición vigente hoy en día coincide con la que fue negociada en 1967²⁶.

²⁴ Cfr. M. SENFTLEBEN, *Copyright, limitations and the three-step test: An Analysis of the Three-step Test in International and EC Copyright Law*, 52.

²⁵ Cfr. *Stockholm Conference, Records*, 1967, vol. I, 1145. Adicionalmente, en el reporte se daban algunas pautas para la interpretación del artículo, de acuerdo con las cuales los criterios comenzaron a considerarse pasos. Según esas pautas, el primer paso consistía en evaluar si se afectaba la normal explotación de la obra, si esto era así, la excepción no podía ser permitida; en segundo término, si se determinaba que no afectaba la explotación de la obra, había que examinar si se causaba perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor, y sólo si se determinaba que esto no ocurría, era posible establecer en casos especiales una licencia obligatoria o un uso sin pago. Es de anotar que en el ejemplo propuesto por el comité, el de las fotocopias, todos los pasos, incluso el relacionado con los intereses del autor, se explican desde una perspectiva meramente económica. También es de resaltar que, de acuerdo con el razonamiento propuesto, el Comité no explicitó la diferencia entre el segundo y el tercer paso y discurrió en el orden delineado en la misma norma, que suponía indagar primero si se trataba de casos especiales. *Ibid.* 1145-1146.

²⁶ El Acta de Estocolmo tuvo problemas para ser aceptada en su integridad como consecuencia de algunos desacuerdos relacionados con un Protocolo especial dirigido a los países en vía de desarrollo. Desde el punto de vista formal, entonces, el test fue incorporado en el Acta de París de 1971. Cfr. D. LIPSZYC, *Derecho de autor y derechos conexos*, 670, 695-696.

3. LA EXTENSIÓN DEL TEST AL COMERCIO INTERNACIONAL: ADPIC

La creciente importancia de la propiedad intelectual en el comercio internacional supuso que ella fuera tenida en cuenta en el marco de las negociaciones del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT, por sus siglas en inglés) que dieron origen a la Organización Mundial del Comercio (OMC). Aunque el interés inicial que manifestaron los países desarrollados fue el de incluir normas protectoras de la propiedad intelectual que combatieran las falsificaciones de productos protegidos por la propiedad intelectual, lo cierto es que el resultado final terminó constituyéndose en un tercer pilar del acuerdo multilateral, adicional al de comercio de bienes y el intercambio de servicios²⁷ y en el instrumento internacional que más asuntos de propiedad intelectual comprende y el que con mayor alcance los trata²⁸. En efecto, el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC o TRIP's por sus siglas en inglés), que se incorporó como Anexo 1C al Acuerdo de Marrakech que creó la OMC, le otorgó una mayor significancia a este tema en el contexto del comercio internacional, al tiempo que lo dotó de instrumentos que permitieran exigir su cumplimiento efectivo, a diferencia de lo que venía ocurriendo con otros instrumentos internacionales que regulaban la propiedad intelectual que carecían de tales medios²⁹.

El ADPIC consagró disposiciones relacionadas con los distintos objetos de protección de la propiedad intelectual de interés para el

²⁷ Cfr. J. PAUWELYN, "The Dog That Barked But Didn't Bite: 15 Years of Intellectual Property Disputes at the WTO", *Journal of International Dispute Settlement* 1, no. 2 (2010) 389-429, 390.

²⁸ Cfr. C. CORREA, *Acuerdo TRIPs*, 9.

²⁹ *Ibid.* 191-192, 208.

comercio internacional, tanto obras protegidas por el derecho de autor como las nuevas creaciones, los signos distintivos y la información no divulgada³⁰. En lo que se refiere al derecho de autor, a partir de las propuestas de países industrializados y titulares de un número significativos de derechos de propiedad intelectual, como Estados Unidos y Japón, se acordó incorporar por remisión los artículos 1 a 21³¹ y el Apéndice del Convenio de Berna³², al tiempo que se incorporaron otras disposiciones complementarias y aclaratorias de temas que preocupaban a los países industrializados, como la protección de los programas de computador y las bases de datos. Dentro de la remisión antedicha quedó incluido el “*three-step test*” del artículo 9(2) del Convenio de Berna, por lo que toda excepción y limitación al derecho de reproducción debía atender las condiciones impuestas allí.

En todo caso, aunque el test haría parte de las disposiciones del ADPIC por la remisión expresa al Convenio de Berna, los países industrializados manifestaron su interés en aclarar las condiciones que hacían parte del mismo y propusieron nuevas restricciones a su interpretación. En particular, la delegación estadounidense sugirió que las excepciones y limitaciones a los derechos exclusivos de autor debían estar en total conformidad con lo dispuesto en el Convenio de Berna, aclarando que las mismas debían estar circunscritas a casos especiales “clara y cuidadosamente definidos”, que no perjudicaran el “mercado actual o potencial” o el valor de las obras protegidas³³. Representantes

³⁰ Ver texto oficial del ADPIC en castellano en el sitio oficial de la Organización Mundial del Comercio, en el siguiente enlace: http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips.pdf.

³¹ Con la única excepción del artículo 6bis que regula lo concerniente a los derechos morales.

³² Cfr. Artículo 9º del ADPIC.

³³ El texto original de la sugerencia de la delegación norteamericana era: “*Any limitations and exemptions to exclusive economic rights shall be permitted only to the extent allowed and in full conformity with the requirements of the Berne Convention (1971) and in any event shall be confined to clearly and*

de otros países su inquietud respecto del alcance de la propuesta estadounidense por la forma como se estaría restringiendo el acceso a obras protegidas y a la información para propósitos educativos, así como por la inclusión del “mercado potencial” dentro de aquello que no podía ser perjudicado por las limitaciones y excepciones³⁴. A lo anterior, la delegación estadounidense respondió reconociendo que se trataba de un lenguaje más restrictivo que el usado en el Convenio de Berna, pero consideraba que era perfectamente consistente con éste y, adicionalmente, más claro.

El texto de la sugerencia fue finalmente incluido, con unas pocas modificaciones, en el borrador que la misma delegación puso a consideración de las demás partes en 1990. En efecto, el artículo 6 de dicho borrador limitaba la consagración de excepciones y limitaciones a los derechos exclusivos de la siguiente forma:

Contracting parties shall confine any limitations or exceptions to exclusive rights (including any limitations or exceptions that restrict such rights to "public" activity) to clearly and carefully defined special cases which do not impair an actual or potential market for or the value of a protected work.

La disposición planteada por los Estados Unidos fue posteriormente incorporada a la compilación de propuestas que preparó el Presidente del grupo encargado de negociar este tema³⁵. Sin embargo, en el transcurso de las negociaciones la redacción de la propuesta estadounidense fue ajustada para acercarse más al texto de la

carefully defined special cases which do not impair actual or potential markets for, or the value of, copyrighted works". Doc. GATT. MTN.GNG/NG11/W/14/Rev. 1, pág. 8, 17 de octubre de 1988.

³⁴ Cfr. Doc. GATT. MTN.GNG/NG11/14, pág. 14, 12 de septiembre de 1989.

³⁵ Fue incluida como artículo 8A.2 en el informe mencionado: Doc. GATT MTN.GNG/NG11/W/76, pág. 14.

versión original del “*three-step test*” del artículo 9(2) del Convenio de Berna³⁶, aunque aplicable a todos los derechos exclusivos y no solamente al derecho de reproducción, y con la modificación, en el tercer paso, según la cual debían tenerse en cuenta los legítimos intereses del titular y no únicamente los del autor, como se había dispuesto originalmente en el Convenio³⁷. Por lo demás, el texto adoptado después de las negociaciones, e incorporado como artículo 13 del ADPIC, presentó pocas diferencias respecto del acordado en 1967 en Estocolmo:

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

No obstante la aparente similitud y compatibilidad de la disposición del artículo 13 del ADPIC y la del 9(2) del Convenio de Berna, se ha llamado la atención sobre ciertos aspectos que supondrían problemas en su interpretación y ejecución, si se tiene en cuenta la doble incorporación del “*three-step test*” en el ADPIC, por vía de remisión al Convenio de Berna, en el artículo 9(1), y de manera expresa

³⁶ Cfr. M. SENFTLEBEN, *Copyright, limitations and the three-step test: An Analysis of the Three-step Test in International and EC Copyright Law*, 87. El autor atribuye la adopción de esta nueva versión del “*three-step test*” a su carácter abierto y flexible que permitió conciliar los distintos intereses en juego, tal como había sucedido en las negociaciones de Estocolmo en 1967. KOELMAN también lo explica en términos similares: K. J. KOELMAN, “Fixing the Three-Step Test”, 407.

³⁷ Sin embargo, en este punto FICSOR considera que no existía ninguna razón de fondo para considerar que esto era así en el Convenio, “ya que es evidente que el Convenio de Berna se aplica no sólo a los derechos de los autores sino también a los derechos cuyo titular originario no es forzosamente el autor sino que puede ser todo titular del derecho de autor”: M. FICSOR, “How much of what? The “*three-step test*” and its application in two recent WTO dispute settlement cases”, 152-153.

en el mencionado artículo 13. De aquí que se haga necesario analizar la manera cómo interactúan estos dos instrumentos internacionales — ADPIC y Convenio de Berna— para determinar el alcance y obligatoriedad de las disposiciones referidas. En particular, es preciso revisar las normas que relacionan estos instrumentos, esto es, el artículo 20 del Convenio de Berna y los artículos 2(2) y 9(1) del ADPIC.

En relación con el artículo 20 del Convenio —que se considera integrado al ADPIC por la expresa inclusión que se hace en el artículo 9 (1) de este último— en él se dispone que los Estados miembros pueden acordar entre ellos arreglos particulares, siempre que ellos confieran derechos más amplios a los autores que los concedidos en el Convenio, o que comprendan otras estipulaciones que no sean contrarias al mismo. Aunque los antecedentes históricos de esta disposición permitirían interpretarla de forma tal que se entendiera referida exclusivamente a arreglos bilaterales, lo cierto es que la forma como se encuentra redactada permite aplicarla de igual manera a cualquier clase de acuerdo entre miembros del Convenio, aunque dicho arreglo haya sido celebrado por más de dos partes³⁸. En el caso del ADPIC, la mayoría de los estados signatarios lo son al mismo tiempo del Convenio de Berna, por lo que la provisión del artículo 20 en cuestión establece unas condiciones que deben tenerse en cuenta para la correspondiente interpretación del Anexo 1C de Acuerdo de Marrakech. Lo dispuesto en el artículo 20 del Convenio se encuentra ratificado en el artículo 2.2. del ADPIC que estipula que ninguna disposición de este Acuerdo puede ir en

³⁸ Cfr. M. SENFTLEBEN, *Copyright, limitations and the three-step test: An Analysis of the Three-step Test in International and EC Copyright Law*, 88. Para el autor, no sería posible sostener que las restricciones impuestas en el artículo 20 del Convenio de Berna no son aplicables al ADPIC por tratarse éste de un acuerdo multilateral y no bilateral, máxime si se tiene en cuenta que entre más estados celebren arreglos particulares en esta materia, mayor es la posibilidad de que se afecten los estándares mínimos de protección previstos en el Convenio de Berna.

detrimento de las obligaciones que puedan tener las partes entre sí en virtud del Convenio de Berna.

De acuerdo con lo anterior, tanto el ADPIC en general, como el artículo 13 en particular, sólo tendrían validez para los miembros del Convenio de Berna, si mediante ellos se estuvieran estableciendo derechos más amplios a los autores o definiendo otras estipulaciones que no fueran contrarias a este último instrumento. Por lo tanto, es preciso revisar si la nueva versión del “*three-step test*” que se incorporó en el artículo 13 del ADPIC cumple con las condiciones antedichas del artículo 20 del Convenio de Berna y lo dispuesto en el artículo 2.2 del mismo Acuerdo. En primer lugar, se hace necesario indagar si los términos de la norma del ADPIC establecen unos derechos más amplios a favor de los autores o si, por el contrario, tiene por efecto recortar tales derechos en determinadas circunstancias. En segundo término, es menester definir si esta versión del test es contraria o no al texto del Convenio, lo que permitirá definir si el artículo 13 puede causar algún detrimento a las obligaciones adquiridas por aquellos países que sean al mismo tiempo miembros del Convenio de Berna y del ADPIC.

Respecto de si el artículo 13 otorga unos derechos más amplios a los autores, la respuesta no ha sido pacífica, afirmándose que, por ejemplo, al referirse la norma a la posibilidad de establecer limitaciones y excepciones al derecho de autor, ello no supuso una extensión de los derechos de éste sino, más bien, su disminución. En efecto, en el Convenio se definieron con el mayor detalle posible aquellos actos —a los que nunca denomina específicamente limitaciones o excepciones— que estarían excluidos de la órbita de los derechos exclusivos del autor y, cuando allí se estatuyó la primera versión del “*three-step test*” en el artículo 9(2), se tuvo cuidado de referirlo únicamente al derecho de reproducción. Por el contrario, el artículo 13 del ADPIC no restringe su alcance al derecho de reproducción al utilizar un lenguaje que permitiría referir el test a toda limitación o excepción sobre cualquiera de los

derechos exclusivos del autor-titular, favoreciendo la consagración de nuevas restricciones sobre estos últimos³⁹.

Sin embargo, aunque es cierto que el propósito inicial del test previsto en el 9(2) del Convenio de Berna era determinar el marco en el que podían ser permitidos ciertos usos no autorizados respecto de un único derecho —el de reproducción— ello no significa que la extensión de dicha prueba a excepciones y limitaciones sobre otros derechos exclusivos implique necesariamente que el test del Convenio sea más protector de los derechos del autor —y menos permisivo con los usuarios— que el contenido en el artículo 13 del ADPIC⁴⁰, máxime si se tienen cuenta las diferencias en su redacción. En efecto, antes de que el ADPIC entrara en vigor, los miembros del Convenio de Berna gozaban de relativa libertad para determinar excepciones y limitaciones sobre derechos distintos del de reproducción, aunque ellas no estuviesen expresamente previstas en el texto de éste, como en el caso de la excepción de parodia. Incluso, para promover la adhesión de los Estados Unidos al Convenio, se consideró que el sistema abierto de *fair use* era compatible con el régimen de excepciones de este instrumento

³⁹ COHEN JEHOAM resume estas críticas —con las que no está de acuerdo— al referir que algunos consideran que el artículo 13 del ADPIC fue un elemento Berna-menos, al tratarse de un retroceso, que iría en contra del artículo 20 del Convenio de Berna y del propio artículo 2 del ADPIC: H. COHEN JEHOAM, "Restrictions on Copyright and their Abuse", 361.

⁴⁰ Al respecto, la oficina internacional de la OMPI, en un estudio preparado en 1996, interpretó de la siguiente forma la relación existente entre las disposiciones del Convenio de Berna sobre excepciones y limitaciones y el artículo 13 del ADPIC: "*None of the limitations and exceptions permitted by the Berne Convention should, if correctly applied, conflict with the normal exploitation of the work and none of them should, if correctly applied, prejudice unreasonably the legitimate interests of the right holder (...) Thus generally and normally, there is no conflict between the Berne Convention and the TRIPS Agreement as far as exceptions and limitations to exclusive rights are concerned*". OMPI, *Implications of the TRIPS Agreement on Treaties Administered by WIPO*, Publicación no. 464(E), 1996, párrafos 52 y 53.

internacional⁴¹. Sin embargo, después de que el artículo 13 del ADPIC determinara la aplicación del “*three-step test*” a toda clase de excepciones, se comenzó a cuestionar la compatibilidad de muchas de estas excepciones con las condiciones de la prueba, llegando al punto de que se ha afirmado que el *fair use* estadounidense no satisface los criterios del test previsto en el ADPIC⁴².

En realidad, los términos del test del artículo 13 del ADPIC se presentan más restrictivos con los usuarios —y más protectores de los derechos de autor— que los de su equivalente en el 9(2) del Convenio de Berna. Así, se puede observar que, desde el mismo encabezado, la prueba consagrada en el ADPIC pretende limitar al máximo las excepciones que, se asume, serán estatuidas por los países miembros, mediante la exigencia de que las mismas se circunscriban —“*confine*” en inglés— a las que cumplan con las condiciones allí previstas. Adicionalmente, los términos amplios en los que se define el objeto del test, lo hacen aplicable a toda clase de excepciones, constituyéndose en una verdadera limitación de las limitaciones, o restricción de las restricciones de los derechos de autor⁴³. Finalmente, con el cambio en la

⁴¹ Aunque existen voces como la de COHEN JEHOAM que consideran que el característicamente abierto *fair use* estadounidense viola la Convención de Berna y sus restricciones específicas que sirven para garantizar los derechos de los autores y los intereses de los usuarios al concederles seguridad jurídica: H. COHEN JEHOAM, “Restrictions on Copyright and their Abuse”, 360.

⁴² GRIFFITHS hace referencia a esta discusión y cita un número considerable de autores que plantean la incompatibilidad del *fair use* estadounidense con el “*three-step test*” previsto internacionalmente: J. GRIFFITHS, “The “three-step test” in European Copyright Law - Problems and solutions”, *Queen Mary University of London, School of Law Legal Studies Research Paper No. 31/2009* (2009) 1-23, nota 102.

⁴³ Sobre el particular, FICSOR considera que “el artículo 13 del acuerdo sobre los ADPIC constituye, con respecto a las disposiciones del Convenio de Berna relativas a las disposiciones y limitaciones, una especie de instrumento de interpretación. No amplía la aplicación de esas disposiciones; en paralelo, garantiza una interpretación apropiada de esas disposiciones excluyendo cualquier posibilidad de un perjuicio a la explotación normal de las obras y de

parte final de tercer paso —al reemplazar autor por titular— se amplió el abanico de intereses que no pueden ser afectados por las excepciones que se definan por las legislaciones nacionales, aunque otorgando mayor importancia a quien explota económicamente la obra que a su creador⁴⁴.

En suma, se puede observar que, en líneas generales, el test del artículo 13 del ADPIC resulta más protector de los intereses de los autores —y más restrictivo de los intereses de los usuarios— que incluso su predecesor del Convenio de Berna. En todo caso, si esta versión del “*three-step test*” pudiera calificarse como menos protectora de los derechos de los autores, lo sería no por el mayor reconocimiento de los intereses de los usuarios sino en virtud de la mayor relevancia que se le pueda otorgar a los intereses de los titulares distintos del autor, que podrían afectar las prerrogativas del creador cuando unos y otras entren en conflicto⁴⁵. Sin embargo, esta es una de las consecuencias de categorizar las creaciones intelectuales como una nueva clase de “*commodities*”.

un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos.” M. FICSOR, “How much of what? The “three-step test” and its application in two recent WTO dispute settlement cases”, 154-155.

⁴⁴ Cfr. C. GEIGER, “From Berne to National Law, via the Copyright Directive: The Dangerous Mutations of the Three-step Test”, *European Intellectual Property Law Review* (2007) 486-91, 487. Para el autor, esto muestra una ligera y progresiva transición de la protección del autor a la protección de quien explota económicamente la obra, que en todo caso ya estaría protegido indirectamente por la mención que se hace en el segundo paso a la explotación normal.

⁴⁵ En su informe sobre excepciones y limitaciones, HUGENHOLTZ y OKEDIJI llaman la atención sobre la forma cómo ha cambiado el enfoque del test, como resultado de su trasposición del derecho internacional al derecho del comercio internacional y la manera como ello pudo haber afectado los derechos de los autores: P. B. HUGENHOLTZ y R. L. OKEDIJI, “Conceiving an International Instrument on Limitations and Exceptions to Copyright - Final Report,” (Institute for Information Law - University of Amsterdam, University of Minnesota - School of Law, 2008). 17.

4. EL TRATADO OMPI PARA EL DERECHO DE AUTOR Y EL TEST PARA LA DETERMINACIÓN DE EXCEPCIONES A OTROS DERECHOS EXCLUSIVOS

Los nuevos desarrollos tecnológicos, en particular, el uso masivo de la Internet y las comunicaciones digitales, trajo consigo una especial preocupación por controlar los efectos que tales avances comenzaban a tener sobre los derechos de propiedad intelectual. Dado el carácter internacional de la red y de las transmisiones allí cursadas, se planteó la necesidad de dar una solución, también de índole internacional, a los desafíos que debía enfrentar el sistema de derecho de autor. Aunque una nueva revisión al Convenio Berna podía haber sido la respuesta natural a esta coyuntura, se consideró improbable esta alternativa por aquellos que temían que una nueva negociación redundará en una disminución de los altos estándares de protección logrados en dicho instrumento⁴⁶. De ahí que la adecuación de la normatividad internacional a las nuevas realidades tecnológicas no se hubiera efectuado mediante una actualización del Convenio de Berna, sino a través de nuevos tratados impulsados por la OMPI en dos áreas de especial preocupación: el derecho de de autor (que dio lugar al Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor – TODA) y los derechos conexos (cuyo resultado fue el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas – TOIEF).

Estos tratados tienen origen en los trabajos desarrollados por los dos comités que conformara la OMPI, en 1992, para atender lo que era una preocupación prioritaria en su agenda. En particular, a los comités se les encargó la presentación de recomendaciones y propuestas que ayudaran a clarificar y solucionar las

⁴⁶ Cfr. M. SENFTLEBEN, *Copyright, limitations and the three-step test: An Analysis of the Three-step Test in International and EC Copyright Law*, 91.

problemáticas relacionadas con las transmisiones digitales — especialmente aquellas realizadas sobre la Internet— que no estaban siendo resueltas en el ADPIC. El trabajo de las dos comisiones constituidas por la OMPI constituyó la base sobre la cual se discutió en la conferencia diplomática convocada para el efecto en 1996.

Uno de los temas que demandó mayor atención de las comisiones mencionadas —por los problemas prácticos que ya se evidenciaban y que, se preveía, iban a multiplicarse en el futuro cercano— fue precisamente el referido a las excepciones y limitaciones en el entorno digital. Nuevamente, y desde el inicio de las negociaciones, el “*three-step test*” fue percibido como parte fundamental de la solución a esta problemática, tal como ya había sucedido en el ADPIC y en otros estudios e iniciativas de la OMPI que, en materia de limitaciones y excepciones, había impulsado en años anteriores⁴⁷.

⁴⁷ Estos desarrollos anteriores estuvieron enmarcados dentro del concepto de “*guided development*” (“desarrollo guiado”) que caracterizó los trabajos de la OMPI entre 1971 y comienzos de los años noventa. De acuerdo con FICSOR, “[e]n este periodo no hubo un intento por realizar nuevas normas internacionales vinculantes. En lugar de esto, en las diversas reuniones de la OMPI, muchas organizadas junto con la UNESCO, se hicieron recomendaciones, principios guía y disposiciones modelo, en respuesta a los desafíos de los desarrollos tecnológicos”: M. FICSOR, *Limitaciones y excepciones al derecho de autor en el entorno digital*, CERLALC - Dirección Nacional de Derecho de Autor, Bogotá D.C, 2008, 47. La utilización de los criterios del “*three-step test*” se puede ver, por ejemplo, en el reporte “*Experts on Unauthorized Private Copying 1984*” en donde se determinó que las nuevas formas de reproducción digital perjudicaban los legítimos intereses del autor (en particular, su interés de obtener un beneficio económico por el uso que otros hicieran de su obra) y que, además, podían entrar en conflicto con la explotación normal de la obra (segundo criterio del test). Sin embargo, en ese estudio también se concluyó que, al mismo tiempo, sería imposible impedir o prohibir el uso de las modernas tecnologías, por lo que se consideraba necesario buscar nuevas formas de garantizar protección de las obras. Al parecer, cuando se presentó esta recomendación, un buen número de delegaciones consideraba que una forma de lograr esto era la creación de un canon o una tasa a los nuevos medios

Ya en el contexto de la Conferencia de 1996, en la que desembocaron los trabajos previos de las dos comisiones, el asunto de las limitaciones y excepciones ocupó un lugar central en las discusiones. Como punto de partida, la OMPI presentó una propuesta que consistía en un artículo cuyo primera parte hacía extensiva la aplicación del “*three-step test*” a las limitaciones sobre los derechos que se reconocieran en ese mismo tratado, al tiempo que en el segundo párrafo se buscaba que se aplicaran los mismos criterios a las limitaciones expresamente reconocidas en el

tecnológicos de reproducción. En otras palabras, se pensaba que una posibilidad para lograr la armonización entre protección de las obras y autores, por un lado, y permitir las nuevas formas de reproducción digital, era permitir dichas reproducciones, aunque se perjudicaran los legítimos intereses del autor, a condición de que se estableciera un pago que compensara tales perjuicios ocasionados. En el mismo marco del “desarrollo guiado”, otro comité de expertos conformado por la OMPI, cuyo propósito era el estudio del impacto que las nuevas tecnologías tendrían en los textos protegidos (“*Printed Word*”), analizó las nuevas formas de reproducción a la luz de los distintos criterios de la regla. En sus conclusiones, el comité insistió en que determinadas formas de reproducción sólo podían ser permitidas en casos muy especiales para que el efecto acumulado (o resultado final) no terminara convirtiendo la excepción en la regla general (primer criterio del *test*). Por otra parte, también encontró que las nuevas formas de reproducción afectaban la normal explotación en distintos casos en los que el mercado de las obras era especialmente sensible a su reproducción, uso comercial y generación de una gran cantidad de copias (segundo criterio). Finalmente, respecto del tercer criterio, el comité expuso una serie de factores, adaptados del *fair use* estadounidense, que servirían de guía para definir si cada utilización pretendida podía considerarse una excepción o limitación válida o no, llegando a plantear escenarios en los que sería permitida la reproducción, sin necesidad de pagar remuneración, incluidos ciertos usos educativos y de enseñanza. Sin embargo, como se verá, estas últimas consideraciones no fueron tenidas en cuenta en los trabajos preparatorios de los tratados de 1996. Cfr. M. SENFTLEBEN, *Copyright, limitations and the three-step test: An Analysis of the Three-step Test in International and EC Copyright Law*, 92-94. En las propuestas de este último comité se puede observar cómo los expertos que lo conformaban determinaron la existencia de una estrecha relación entre el “*three-step test*” y el *fair use* estadounidense, reconociendo su función como juicio de razonabilidad para definir la validez de un uso.

Convenio de Berna⁴⁸. Durante las discusiones existió cierto consenso sobre la importancia de lograr el equilibrio entre la adecuada protección y la efectividad de otros valores importantes para la sociedad⁴⁹. Así por ejemplo, desde el inicio de las reuniones la delegación de los Estados Unidos se pronunció decididamente a favor de su doctrina del *fair use*, como un mecanismo que le permitía lograr eficazmente el equilibrio antes mencionado. Por su parte, otras delegaciones mostraron su preocupación por la manera como se pretendía extender la aplicación de los criterios del “*three-step test*” a todas las limitaciones y excepciones, incluso a aquellas previamente definidas en el Convenio de Berna. En particular, la delegación de Dinamarca expresó su preocupación en el sentido que las nuevas restricciones a las limitaciones y excepciones pudieran

⁴⁸ Artículo 12 de la Propuesta Básica contenida en el Documento de la OMPI CRNR/DC/4 (original en inglés) del 30 de agosto de 1996:

1) Las Partes Contratantes podrán prever, en sus legislaciones nacionales, limitaciones o excepciones impuestas a los derechos concedidos a los autores de obras literarias y artísticas en virtud del presente Tratado únicamente en ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

2) Al aplicar el Convenio de Berna, las Partes Contratantes restringirán cualquier limitación o excepción impuesta a los derechos previstos en dicho Convenio a ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

⁴⁹ Este propósito se recogió posteriormente en el párrafo 5 del TODA así: “*Reconociendo* la necesidad de mantener un equilibrio entre los derechos de los autores y los intereses del público en general, en particular en la educación, la investigación y el acceso a la información, como se refleja en el Convenio de Berna”. Para FICSOR, la forma como se encuentra redactado el párrafo sugiere que en el Convenio de Berna ya existe equilibrio entre los distintos intereses en juego, por lo que lo único que se requiere es mantenerlo en los mismos términos de dicho Convenio, sin que se pueda afirmar que el TODA introdujo un nuevo elemento a los principios ya existentes: M. FICSOR, *Limitaciones y excepciones al derecho de autor en el entorno digital*, 51-52.

convertirse en una camisa de fuerza para los miembros, especialmente en áreas que eran definitivas para el desarrollo de sus respectivas sociedades. En esta misma línea, un número significativo de delegaciones se opuso, desde un principio, a sujetar las limitaciones del Convenio de Berna al “*three-step test*” e, incluso, se sugirió la eliminación del segundo párrafo del propuesto artículo 12 —que se convertiría más adelante en artículo 10— en donde estaba consagrada esta extensión de los criterios del test a las limitaciones previstas en el Convenio⁵⁰.

El resultado final de las negociaciones en torno a la adopción de los criterios del “*three-step test*” en la determinación de limitaciones y excepciones a los derechos exclusivos de autor quedó plasmado en el artículo 10 del TODA y sus correspondientes declaraciones concertadas, además de la norma general contenida en el artículo 1(4) —y su declaración concertada— que incorporó los artículos 1 a 21 del Convenio de Berna⁵¹. Precisamente, respecto de esta última norma y su correspondiente declaración concertada han surgido algunas dudas sobre su alcance, particularmente en relación con el

⁵⁰ Además de estas propuestas, Singapur puso de presente que el segundo párrafo era inconsistente con el compromiso de lograr un equilibrio en el sistema de derecho de autor porque, consideraba, con esta extensión del test se estaba restringiendo aún más el ámbito de las limitaciones, al tiempo que se ampliaba el de la protección. Ver referencia de las discusiones en el Documento de la OMPI CNDR/DC/102 y anotaciones sobre las mismas en S. RICKETSON, *The three-step test, deemed quantities, libraries and closed exceptions*, 52-53; M. SENFTLEBEN, *Copyright, limitations and the three-step test: An Analysis of the Three-step Test in International and EC Copyright Law*, 96-97.

⁵¹ En el TOIEF también se consagró el “*three-step test*” en el artículo 16, sobre limitaciones y excepciones. Dada la identidad con el test que se incorporó en el TODA, los comentarios que se van a presentar en las siguientes páginas se referirán particularmente a este último, teniendo en cuenta que la declaración concertada sobre el artículo 16 del TOIEF prevé que a esta norma se le aplica, *mutatis mutandis*, la declaración concertada sobre el artículo 10 del TODA.

artículo 9 del Convenio de Berna. En efecto, aunque en el TODA se incorporaron todas las normas sustanciales del Convenio, sólo el artículo 9 requirió de una explicación adicional, según quedó anotada en la primera de las declaraciones concertadas:

Declaración concertada respecto del Artículo 1(4): El derecho de reproducción, tal como se establece en el Artículo 9 del Convenio de Berna, y las excepciones permitidas en virtud del mismo, son totalmente aplicables en el entorno digital, en particular a la utilización de obras en forma digital. Queda entendido que el almacenamiento en forma digital en un soporte electrónico de una obra protegida, constituye una reproducción en el sentido del Artículo 9 del Convenio de Berna.

Para entender esta declaración, se han propuesto distintas alternativas: Primero, como elemento de interpretación y aplicación del artículo 1(4), escenario según el cual en la declaración se estarían definiendo los parámetros para interpretar el artículo 9 del Convenio, tal como fue incorporado en TODA. Sin embargo, el problema con esta postura radica en que la declaración en cuestión no fue adoptada por consenso o unanimidad, habiendo votado algunos países en contra de la misma. Este consenso es exigido por el artículo 31(2)(a) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados para que un determinado acuerdo entre las partes de un tratado sirva de criterio de interpretación del mismo. Ante la ausencia de consenso, habría necesidad de acudir al artículo 32 de la misma convención, que permite utilizar otros medios complementarios —en particular, los trabajos preparatorios o las circunstancias de su celebración— cuando la interpretación que se haga conforme al artículo 31 resulte ambigua u obscura⁵². En este caso, si se tienen

⁵² REUTER explica así la interacción entre estos criterios de interpretación contenidos en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena, tal como fueron inicialmente previstos en la celebración de dicha convención: “Cuando se consideraron los artículos 31 y 32, un punto que suscitó varias discusiones fue

en cuenta las posiciones divididas en relación con el texto finalmente adoptado así como los propósitos manifestados por las distintas delegaciones, sería posible que un país determinado le diera una u otra interpretación al artículo 1(4) y a su declaración concertada, por ejemplo, ajustando su legislación nacional para extender el derecho de reproducción a los medios digitales —según quedó consagrado en la declaración concertada— o dejando de hacerlo, es decir, no cumpliendo con lo indicado en la declaración, dada la falta de consenso en su adopción⁵³.

de si los trabajos preparatorios deberían desempeñar sólo un papel secundario. Se adoptó esta solución por dos razones. Desde el punto de vista jurídico, todos los factores enumerados en el artículo 31 constituyen la expresión *auténtica* de la voluntad de las partes, mientras que las intenciones registradas en los trabajos preparatorios no son definitivas. En realidad, la utilización de los trabajos preparatorios implica desplazarse en un terreno incierto: ellos no están en conjunto definidos ni certificados con rigor, y manifiestan las deficiencias o los posibles errores de los negociadores, así como su renuencia a enfrentar las verdaderas dificultades. Además, no se publican trabajos preparatorios, y aun cuando así se hiciera, podría haber ciertas reticencias para alegarlos contra los Estados —cada vez más numerosos en vista de los modernos métodos de adhesión— que no tomaron parte de las negociaciones.”: P. REUTER, *Introducción al derecho de los Tratados*, UNAM - Fondo de Cultura Económica, México, 1999, 119-120.

⁵³ Cfr. S. RICKETSON, *The three-step test, deemed quantities, libraries and closed exceptions*, 50. Sin embargo, FICSOR plantea su desacuerdo frente a esta interpretación ya que considera que la declaración concertada no requería ser aprobada por unanimidad para que fuese considerada una fuente relevante de interpretación en los términos del artículo 31(2)(a) de la Convención de Viena. Su opinión está sustentada en el hecho de que si el artículo 9(2) de la misma convención permite adoptar un tratado por la mayoría de dos tercios de los votos, sería absurdo exigir que una declaración concertada, como parte integral del mismo tratado, requiriera ser aprobada por consenso. Para él, la exigencia del artículo 31(2)(a) relacionada con que el acuerdo se dé “entre todas las partes” se satisfaría en el caso de la declaración concertada en cuestión por que la discusión se dio al interior de los foros en los que todas las partes podían participar, por ejemplo, el comité competente y la plenaria, tal como sucedió en la Conferencia que dio lugar al TODA. M. FICSOR, *Limitaciones y excepciones al derecho de autor en el entorno digital*, 58-59.

Una segunda vía de interpretación de la declaración concertada del artículo 1(4) consistiría en analizarla desde la perspectiva del propio Convenio de Berna, de forma tal que se entendiera que esa interpretación del artículo 9 sólo aplicaría para aquellos países que siendo miembros de la Convención lo fueran, al mismo tiempo, del TODA. Lo anterior porque el artículo 31(3)(a) del Convenio de Viena permite interpretar un tratado de conformidad con los acuerdos posteriores entre las partes, sin que se exija que todas las partes del tratado hayan celebrado el arreglo posterior que se pretende utilizar para la interpretación del primero. Finalmente, una tercera posibilidad de entendimiento de la declaración, consistiría en considerar que ésta tiene por objeto influir en la interpretación que se haga del artículo 9 del Convenio de Berna por parte de aquellos miembros del ADPIC que también los sean del TODA, como consecuencia de la remisión que los dos instrumentos internacionales hacen al Convenio⁵⁴.

No obstante los anteriores intentos de interpretación de la declaración concertada al artículo 1(4), también se ha criticado su pertinencia y utilidad. En efecto, se ha afirmado que la aclaración sobre la extensión del derecho de reproducción a los formatos digitales era innecesaria porque, tal como había sido definido el alcance de este derecho en el Convenio de Berna —“por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma”—, se podía entender que no se encontraba circunscrito a los formatos análogos⁵⁵. Por lo tanto, sobraba la referencia a los formatos digitales como

⁵⁴ Cfr. S. RICKETSON, *The three-step test, deemed quantities, libraries and closed exceptions*, 51. Tanto el artículo 9.1 del ADPIC como el artículo 1(4) del TODA remiten a los artículos 1 al 21 del Convenio de Berna así como a su Apéndice.

⁵⁵ Cfr. M. FICSOR, *Limitaciones y excepciones al derecho de autor en el entorno digital*, 57-58.

“equivalentes funcionales”⁵⁶ de los análogos. Sin embargo, los mismos críticos de la declaración también explican la falta de consenso en su adopción en las diferencias de criterio sobre lo que podía ser calificado como reproducción en el entorno digital, particularmente en lo que respecta a la segunda parte de la declaración. Quienes se oponían, argumentaban que no debían calificarse como reproducciones aquellas que tuvieran un carácter eminentemente temporal o transitorio como, por ejemplo, algunas que técnicamente resultaban necesarias en las comunicaciones digitales (v.g. reproducción en la memoria caché del computador)⁵⁷. A pesar de estos argumentos y de las voces en contra, este aparte de la declaración concertada fue adoptado por la mayoría, surgiendo los problemas en su interpretación que se indicaron arriba.

Ya en relación con el artículo 10 propiamente dicho, la forma como quedó estructurado permitiría aplicar el “*three-step test*” a las excepciones sobre cualquier clase de derecho exclusivo de

⁵⁶ El criterio de “equivalencia funcional” ha hecho carrera en las nuevas leyes sobre comercio electrónico y está basado en el análisis de las funciones que cumple un determinado requisito formal que permita definir si ellas pueden cumplidas por un medio electrónico o similar, de manera que a éste último se le pueda considerar su equivalente funcional y, por ende, se le reconozca el mismo valor jurídico. Cfr. *Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico*, CNUDMI, 1996-1998, Num. 15-18.

⁵⁷ Cfr. M. FICSOR, *Limitaciones y excepciones al derecho de autor en el entorno digital*, 59-60. El autor contesta a estas razones afirmando que “[o]tro tema es que las excepciones permitidas bajo el parágrafo 2 del Convenio de Berna sobre la base de la “regla de los tres pasos”, pueden ser aplicadas en el caso de ciertas reproducciones temporales. Cuando una excepción al derecho de reproducción es conforme a la “regla de los tres pasos”, el método correcto es el seguido por el Convenio de Berna; a saber, permitir tal excepción en lugar de tratar de aplicar la técnica de la ficción legal (estableciendo que en tales casos de reproducción debería considerarse como si no hubiera tenido lugar reproducción alguna).”

autor y a generalizar sus criterios tal como en su momento se hizo en la norma correspondiente del ADPIC⁵⁸:

Las Partes Contratantes podrán prever, en sus legislaciones nacionales, limitaciones o excepciones impuestas a los derechos concedidos a los autores de obras literarias y artísticas en virtud del presente Tratado en ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

Al aplicar el Convenio de Berna, las Partes Contratantes restringirán cualquier limitación o excepción impuesta a los derechos previstos en dicho Convenio a ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

Así, se observa que el primer párrafo se refiere a las excepciones que pretendan establecer sobre aquellos nuevos derechos exclusivos que hayan sido definidos por el TODA, mientras que el segundo numeral sujeta las excepciones ya definidas en el Convenio de Berna a los criterios del “*three-step test*”. En relación con el artículo 10(1), la forma como éste quedo redactado es coherente con el lenguaje utilizado en el Convenio de Berna, es decir, que impone ciertas condiciones a los miembros cuando ellos hayan de establecer limitaciones en sus legislaciones nacionales a los derechos que se reconocen en ese tratado⁵⁹. Sin

⁵⁸ Para FICSOR el impacto del artículo 10 del TODA es prácticamente igual al que tuvo en su momento el artículo 13 del ADPIC, esto es, extender la aplicación de los criterios del “*three-step test*” a todos los derechos exclusivos de autor. La diferencia, más que en el fondo, radicaría en la forma ya mientras la norma del ADPIC consagró lo anterior en un solo párrafo, la del TODA lo hizo en dos apartes que además se refirieron expresamente al Convenio de Berna: M. FICSOR, “How much of what? The “three-step test” and its application in two recent WTO dispute settlement cases”, 163-165; M. FICSOR, *Limitaciones y excepciones al derecho de autor en el entorno digital*, 53-54.

⁵⁹ RICKETSON anota que, a pesar de la similitud del texto del artículo 10(1) con el del artículo 9(2) del Convenio de Berna, en la propuesta inicial de la OMPI se había utilizado la palabra “*only*” antes de la expresión “*certain special*

embargo, el segundo párrafo si presenta ciertas dificultades. En particular, se le ha interpretado en el sentido que el mismo no permitiría establecer nuevas limitaciones a los derechos reconocidos por el Convenio de Berna. En efecto, como quiera que el artículo 1(1) del TODA se auto-caracteriza como un arreglo particular en los términos del artículo 20 del Convenio de Berna, la disposición del artículo 10(2) no podría considerarse como un permiso para establecer excepciones adicionales a los derechos reconocidos por el Convenio, ya que precisamente el artículo 20 referido condiciona la validez de tales arreglos a que se confieran a los autores derechos más amplios que los concedidos por ese convenio o a que comprendan otras estipulaciones que no le sean contrarias. En consecuencia, lo que correspondería hacer a cada miembro en su legislación sería verificar que las limitaciones ya establecidas según el Convenio de Berna cumplan adicionalmente con los criterios del “*three-step test*”⁶⁰.

Las dificultades de aplicación del artículo 10(2) se comenzaron a percibir desde la discusión de la propuesta inicial presentada por la OMPI. De acuerdo con lo comentado por la Secretaría de este organismo y por los miembros de algunas delegaciones, con esta disposición se buscaba convertir en obligatorias las condiciones del “*three-step test*” a otras limitaciones permitidas en el Convenio de Berna, incluidas las excepciones menores o “*minor reservations*” que, en opinión de algunos, al ser puestas en práctica en el ámbito digital, podrían socavar aspectos importantes de la protección otorgada por el derecho de autor. Ya en páginas anteriores se ha mencionado la

cases”, seguramente con la intención de restringir aún más los casos especiales en los que podían establecer excepciones. Cfr. S. RICKETSON, *The three-step test, deemed quantities, libraries and closed exceptions*, 52.

⁶⁰ Cfr. M. SENFTLEBEN, *Copyright, limitations and the three-step test: An Analysis of the Three-step Test in International and EC Copyright Law*, 97.

preocupación expresada por varias delegaciones como la danesa, la coreana y la de Singapur, así como la oposición de un grupo de países a la adopción de este artículo, aunque, por su parte, representantes de otras delegaciones consideraron que la norma en cuestión no afectaba las excepciones existentes y que ellas podrían ejercitarse en el contexto digital en todo caso. Finalmente, el medio que se consideró más adecuado para resolver estas desavenencias fue el de las declaraciones concertadas. Además de la emitida en referencia al artículo 1(4) comentado arriba, se presentó una respecto del artículo 10 en cuestión en la que se buscó aclarar que el Tratado no contravenía ni derogaba ninguna de las disposiciones del Convenio de Berna en esta materia⁶¹:

Queda entendido que las disposiciones del Artículo 10 permiten a las Partes Contratantes aplicar y ampliar debidamente las limitaciones y excepciones al entorno digital, en sus legislaciones nacionales, tal como las hayan considerado aceptables en virtud del Convenio de Berna. Igualmente, deberá entenderse que estas disposiciones permiten a las Partes Contratantes establecer nuevas excepciones y limitaciones que resulten adecuadas al entorno de red digital.

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

Para algunos, la declaración concertada del artículo 10 puso de presente la preocupación que tenían algunas delegaciones en relación con el alcance del artículo 10(2), con el que se estaría restringiendo aún más la definición de nuevas excepciones, sobre todo aquellas que pretendieran ejercerse en el ámbito digital. Así, la forma como el TODA ha extendido la aplicación del “*three-step test*” significaría una nueva fase de desarrollo de esta prueba que

⁶¹ Cfr. S. RICKETSON, *The three-step test, deemed quantities, libraries and closed exceptions*, 53.

permitiría aplicarla a todas las limitaciones, otorgándole una especial importancia dentro del derecho de autor⁶². Sin embargo, otros consideran que no se debe sobredimensionar el efecto de esta disposición en el contexto general del sistema de derecho de autor. De acuerdo con esta postura, así como sucede con el artículo 13 del ADPIC, el artículo 10(2) constituiría simplemente una herramienta interpretativa del alcance de las limitaciones y excepciones contempladas en el Convenio de Berna, sin que se pueda afirmar que con lo estipulado en estas normas se está ampliando o reduciendo su ámbito de acción, por lo que así debería ser entendida la declaración concertada correspondiente⁶³.

Precisamente, en lo que concierne a la interpretación de la declaración, como quiera que ésta si fue adoptada por unanimidad —a diferencia de lo sucedido con la emitida respecto del artículo 1(4)—, a ella si le es aplicable lo dispuesto en el artículo 31(2)(a) de la Convención de Viena, es decir, que se le puede considerar como contexto de celebración del tratado y un elemento para su interpretación. Sin embargo, su propia redacción genera incertidumbre. Aunque, como se anotó atrás, la intención de la propuesta preparada por la OMPI era ajustar y restarle alcance a algunas excepciones al exigir su conformidad con los criterios del test, lo cierto es que varios delegados se opusieron a este propósito y así quedó consignado en el segundo párrafo de la declaración concertada. También generan problemas para su interpretación y determinación en casos particulares las expresiones “aceptables” y “adecuadas” que se utilizan en el primer párrafo de la declaración. Finalmente, surge el

⁶² Cfr. M. SENFTLEBEN, *Copyright, limitations and the three-step test: An Analysis of the Three-step Test in International and EC Copyright Law*, 98.

⁶³ Cfr. M. FICSOR, *Limitaciones y excepciones al derecho de autor en el entorno digital*, 54-55.

interrogante de si la posibilidad de establecer excepciones “adecuadas al entorno digital” está debidamente respaldada en el Convenio de Berna, por ejemplo, bajo la doctrina de las excepciones menores o “*minor reservations*”, sobre las que tampoco es claro si deberían estar sujetas a las condiciones del “*three-step test*”⁶⁴.

En suma, en la adopción del “*three-step test*” en los tratados de la OMPI de 1996 fueron evidentes —más que en las discusiones del Convenio de Berna y del ADPIC— las tensiones existentes entre los distintos intereses en juego, confrontaciones que fueron atizadas por las preocupaciones alrededor de las nuevas posibilidades que ofrecían las modernas tecnologías de información y comunicaciones. Al final, las soluciones acordadas tuvieron un tinte más diplomático que jurídico, lo que terminó generando incertidumbre adicional sobre el significado y alcance del test que años atrás había sido adoptado —también como fórmula diplomática— para determinar los casos en los que era posible establecer limitaciones al derecho de autor.

5. RECIENTES DESARROLLOS: TRATADOS DE BEIJING Y MARRAKECH

Antes de continuar con el estudio de la incorporación del “*three-step test*” a los ordenamientos comunitarios y nacionales — que se efectuó principalmente en los años subsiguientes a la entrada en vigor del ADPIC y el TODA— es importante anotar que el test ha reaparecido en el ordenamiento internacional en los últimos tratados impulsados por la OMPI. En efecto, en junio de 2012 se adoptó el Tratado de la OMPI sobre Interpretaciones y

⁶⁴ S. RICKETSON, *The three-step test, deemed quantities, libraries and closed exceptions*, 54.

Ejecuciones Audiovisuales, llamado también Tratado de Beijing en reconocimiento a la ciudad donde tuvo lugar la última ronda de negociaciones. El texto finalmente firmado partió de un acuerdo provisional alcanzado en la Conferencia Diplomática de 2000, cuando aún se estaba esperando que entraran en vigor los Tratados OMPI de 1996 y respecto de los cuales se incluyeron varias referencias expresas y existe evidente similitud, particularmente con el Tratado sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF).

A partir de la Propuesta Básica de articulado preparada por la Secretaría de la OMPI, el artículo 13 del Tratado sobre limitaciones y excepciones consagró, una vez más, el “*three-step test*” en los siguientes términos:

1. Las Partes Contratantes podrán prever en sus legislaciones nacionales, en relación con la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los mismos tipos de limitaciones o excepciones que contenga su legislación nacional respecto de la protección del derecho de autor de las obras literarias y artísticas.
2. Las Partes Contratantes restringirán toda limitación o excepción impuesta a los derechos previstos en el presente Tratado a ciertos casos especiales que no atenten contra la explotación normal de la interpretación o ejecución, ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del artista intérprete o ejecutante.

Como se observa, en la norma referida se replicó el lenguaje anteriormente utilizado en el artículo 16 del TOIEF, al establecer la posibilidad de prever, respecto de los artistas intérpretes y ejecutantes los mismos tipos de limitaciones que existan respecto del derecho de autor. Esas limitaciones y excepciones, de acuerdo con el párrafo 2, deben circunscribirse a aquellas que cumplan con las condiciones del “*three-step test*” que, en este caso, aluden a los intereses de los intérpretes y ejecutantes. En todo caso, tal como se hiciera en su momento con el TOIEF, respecto del artículo en

cuestión se aprobó una declaración concertada que, a su vez, considera aplicable *mutatis mutandis* la declaración concertada del Tratado OMPI sobre Derecho de Autor en relación con el artículo 10 que contempla la versión del test estudiada atrás⁶⁵ y que hace referencia a la posibilidad de establecer limitaciones y excepciones adecuadas al entorno digital.

Sin embargo, lo que sí es novedoso en el Tratado de Beijing en comparación con el TOIEF es la declaración concertada concerniente a la relación existente entre el artículo 13 en cuestión y el artículo 15 sobre obligaciones relativas a las medidas tecnológicas⁶⁶. Una disposición similar ya estaba presente en el Tratado de 1996 y con base en ella varios de los Estados Partes han regulado lo relativo a las medidas tecnológicas y los mecanismos que permiten eludirlos. No obstante, las disposiciones sobre medidas tecnológicas han generado controversias jurídicas porque, aunque ayudan a proteger los derechos de los titulares, pueden tener un impacto negativo sobre el ejercicio de determinadas excepciones y limitaciones. Atendiendo la necesidad de conciliar los intereses de titulares y beneficiarios de las limitaciones, en el Tratado quedó consignada la siguiente declaración concertada:

⁶⁵ “Declaración concertada relativa al artículo 13: La declaración concertada relativa al artículo 10 (sobre limitaciones y excepciones) del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) también se aplica *mutatis mutandis* al artículo 13 (sobre limitaciones y excepciones) del Tratado.”

⁶⁶ El artículo 15 dice así: “Obligaciones relativas a las medidas tecnológicas. Las Partes Contratantes proporcionarán una protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos contra la elusión de las medidas tecnológicas eficaces que sean utilizadas por los artistas intérpretes o ejecutantes en relación con el ejercicio de sus derechos en virtud del presente Tratado y que, respecto de sus interpretaciones o ejecuciones, restrinjan actos que no estén autorizados por los artistas intérpretes o ejecutantes concernidos o permitidos por ley”.

Declaración concertada relativa al artículo 15 habida cuenta de su relación con el artículo 13: Queda entendido que nada de lo dispuesto en el presente artículo impide que una Parte Contratante adopte las medidas necesarias y efectivas para asegurar que un beneficiario pueda gozar de las limitaciones y excepciones previstas en la legislación nacional de esa Parte Contratante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13, si se han aplicado medidas tecnológicas a una interpretación o ejecución audiovisual y si el beneficiario tiene acceso legal a dicha interpretación o ejecución, en circunstancias tales como cuando los titulares de derechos no hayan tomado medidas efectivas y adecuadas en relación con dicha interpretación o ejecución para que el beneficiario pueda gozar de las limitaciones y excepciones de conformidad con la legislación nacional de esa Parte Contratante. Sin perjuicio de la protección legal de que goce una obra audiovisual en la que esté fijada una interpretación o ejecución, queda entendido además que las obligaciones dimanantes del artículo 15 no son aplicables a las interpretaciones y ejecuciones no protegidas o que ya no gozan de protección en la legislación nacional que da aplicación al presente tratado⁶⁷.

A pesar de su confusa redacción, del texto transcrito se desprende la preocupación por la posible restricción en el ejercicio de limitaciones cuando las obras —en este caso, las obras audiovisuales— que podrían ser objeto de ellas se encuentran protegidas por medidas tecnológicas. En este caso, si una excepción que ha sido establecida conforme al artículo 13 del Tratado, es decir, el permiso general para consagrar limitaciones y las condiciones del “*three-step test*” que deben ser satisfechas, no puede ser efectivamente ejercida en razón de las medidas tecnológicas que protegen la obra, el Estado miembro correspondiente puede adoptar las medidas necesarias para que garantizar dicho ejercicio, siempre que el beneficiario tenga

⁶⁷ La propuesta de declaración —cuyo texto final fue ajustado en la Conferencia— fue presentada conjuntamente por las delegaciones de Brasil, México y los Estados Unidos de Norteamérica el 20 de mayo de 2012, Documento AVP/DC/10.

acceso legal a dicha interpretación o ejecución. Por supuesto, para permitir el goce cierto de la limitación habría que probar se trata de un caso especial, que no afecta la explotación normal del producto en cuestión y que no perjudica injustificadamente los intereses legítimos del titular, escenario respecto del cual ya se han dado precedentes judiciales en los que el segundo criterio, el “económico”, ha tenido una especial preponderancia en la decisión final, atrayendo las críticas de diversos sectores que cuestionan la interpretación sesgada del test, tal como se estudiará en el siguiente capítulo.

Finalmente, en la reciente discusión del “Tratado de Marrakech para facilitar el acceso a las obras publicadas a las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso”, adoptado el 27 de junio de 2013, dos de las controversias más álgidas, además de las relativas al objeto del Tratado, estuvieron centradas en una propuesta sobre cómo debía ser interpretado el “*three-step test*” y la posibilidad de satisfacer el objeto del tratado mediante excepciones abiertas, tipo *fair use*.

En uno de los primeros borradores presentados a la discusión, los Estados Unidos de Norteamérica propusieron la inclusión de un considerando referido al test en donde se insistía en la “flexibilidad” de los tres “criterios” previstos en el artículo 9.2 del Convenio de Berna y 10 del TODA que condicionan el establecimiento de excepciones y limitaciones⁶⁸. Aunque este

⁶⁸ El considerando propuesto era el siguiente: “*Insistiendo* en la importancia, la vitalidad y la flexibilidad de los tres criterios que condicionan el establecimiento de limitaciones y excepciones estipulados en el párrafo 2 del artículo 9 del Convenio de Berna y en el artículo 10 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (...)”. Proyecto de propuesta de los Estados Unidos de América, Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos, Documento OMPI SCCR/20/10 de 10 de junio de 2010.

llamado a la flexibilidad del test fue acogido en el borrador que siguió discutiendo y en la versión final del Tratado, su lenguaje se matizó con la inclusión, propuesta por la Unión Europea y Japón y posteriormente por México, de un fragmento introductorio en el mismo considerando en el que se reafirman las obligaciones de protección contraídas en los instrumentos internacionales sobre derecho de autor⁶⁹.

Otro aspecto que se sometió a discusión en la negociación de este tratado fue el referente a la forma como debía ser interpretado el “*three-step test*”. El tema surgió a raíz de la propuesta que presentó Venezuela en la reunión del Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos de noviembre y diciembre de 2011, cuyo texto correspondía al numeral 6 de la “Declaración por una interpretación equilibrada de la “regla de los tres pasos” en el derecho de autor”⁷⁰ promovida desde el Instituto Max Planck en el que se aboga por tener en cuenta los intereses de terceros, incluyendo derechos humanos,

⁶⁹ Ver “Documento de trabajo revisado sobre un instrumento internacional relativo a las limitaciones y excepciones para personas con discapacidad visual/personas con dificultad para acceder al texto impreso”, Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos, Documento OMPI SCCR/24/9 de 26 de julio de 2012, 7. El texto propuesto fue el siguiente: “Reafirmando las obligaciones de los Estados miembros dimanantes de los tratados internacionales vigentes en materia de protección del derecho de autor, así como la importancia y la flexibilidad de los tres criterios que condicionan el establecimiento de limitaciones y excepciones estipulados en el párrafo 2 del artículo 9 del Convenio de Berna y en otros instrumentos internacionales (...)”. La propuesta de modificación ya había sido planteada por la Unión Europea y Japón en la reunión del Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos de noviembre y diciembre de 2011: Documento OMPI SCCR/23/7 del 16 de diciembre de 2011, 10, 13.

⁷⁰ La versión en castellano está disponible en: http://www.ip.mpg.de/files/pdf2/declaration_three_step_test_final_spanish1.pdf.

libertades fundamentales y otros intereses públicos⁷¹. La propuesta se mantuvo en los borradores posteriores, pero no obtuvo el suficiente respaldo de otros miembros por lo que terminó siendo excluida del texto en una de las reuniones previas a la Conferencia Diplomática⁷².

Al lado de los anteriores, otro tema relevante que fue discutido durante las negociaciones fue el referente al carácter abierto o cerrado de las excepciones que podían crearse para cumplir con el Tratado. Sobre el particular, en una de las últimas versiones discutidas se incluyó una disposición en la que preveía que las obligaciones emanadas del instrumento internacional que finalmente se acordara podían ser cumplidas mediante excepciones específicas o mediante excepciones de carácter general, poniendo como ejemplo el *fair dealing* y el *fair use*⁷³. Sin embargo, esta propuesta hubo de enfrentar una fuerte oposición

⁷¹ La propuesta de Venezuela, que se incluyó en el borrador como Artículo I, expresaba lo siguiente: “La prueba de los tres criterios deberá interpretarse respetando los intereses legítimos de terceras partes, con inclusión de:

- los intereses derivados de los derechos humanos y las libertades fundamentales;
- los intereses relacionados con la competencia, en particular, los relativos a los mercados secundarios; y
- otros intereses públicos, en particular, los relativos al progreso científico y al desarrollo cultural, educativo, social o económico”

Entre tanto, el numeral 6 de la Declaración prevé lo siguiente:

“La Regla de los Tres Pasos debería ser interpretada de manera que se respeten los legítimos intereses de terceros, incluidos los siguientes:

- Intereses derivados de derechos humanos y libertades fundamentales;
- Intereses en la competencia, especialmente en mercados secundarios; y
- Otros intereses públicos, en especial, el progreso científico y el desarrollo cultural, social o económico.”

⁷² Ver Documento OMPI SCCR/25/2 REV en el que se da cuenta de los cambios introducidos en la reunión de febrero de 2013.

⁷³ Cfr. Documento OMPI SCCR/25/2 del 23 de noviembre de 2012, 19.

de distintos miembros, particularmente la Unión Europea y sus integrantes, que se manifestaron preocupados por la posibilidad de que establecieran disposiciones tipo *fair use* en ordenamientos que no tenían una tradición de copyright. Lo anterior llevó a una reforma de la redacción inicialmente prevista y a un lenguaje de acuerdo con el cual se permitirían otras excepciones y limitaciones —distintas las específicas— siempre que estuvieran ellas fueran conformes con sus ordenamientos jurídicos y prácticas legales nacionales así como con sus obligaciones internacionales, particularmente el “*three-step test*”⁷⁴.

En suma, al revisar el camino recorrido por el “*three-step test*” desde su inicial consagración en el Convenio de Berna, en el marco de la Conferencia de Estocolmo de 1967, hasta su reciente incorporación en el Tratado de Beijing y en el Tratado de Marrakech, se puede observar que la prueba ha servido en distintas oportunidades como fórmula diplomática ideal para zanjar las discusiones sobre la medida de los distintos intereses

⁷⁴ Cfr. Documento OMPI SCCR/25/2 REV del 22 de febrero de 2013, 18. La versión final de la disposición fue incluida en el Tratado de Marrakech como artículo 10.3 así: “Las Partes Contratantes podrán hacer valer los derechos y cumplir con las obligaciones previstas en el presente Tratado mediante limitaciones o excepciones específicas en favor de los beneficiarios, otras limitaciones o excepciones o una combinación de ambas, de conformidad con sus ordenamientos jurídicos y prácticas legales nacionales. Estas podrán incluir toda resolución judicial o administrativa o disposición reglamentaria en favor de los beneficiarios relativa a las prácticas, usos o usos justos que permitan satisfacer sus necesidades de conformidad con los derechos y obligaciones que las Partes Contratantes tengan en virtud del Convenio de Berna, de otros tratados internacionales y del artículo 11”. El artículo 11, a su vez, se refiere a la necesidad de cumplir con las exigencias del “*three-step test*” dispuesto en el Convenio de Berna, el ADPIC y el TODA.

involucrados: económicos, sociales, culturales e, incluso, políticos. Sin embargo, además del carácter conciliatorio del test, éste también se ha distinguido por la falta de certidumbre respecto del alcance y significado tanto de la prueba en general como de cada uno de sus criterios, por lo que se han hecho necesarias declaraciones concertadas y disposiciones que diluciden la manera como se deben interpretar, sin que tampoco hayan contribuido a una mayor claridad del tema. Esa misma incertidumbre aumentó cuando el “*three-step test*” se trasladó a los ordenamientos comunitarios y nacionales, tal como se estudiará a continuación.

CAPÍTULO 5

LA INCORPORACIÓN DEL TEST A LOS ORDENAMIENTOS COMUNITARIOS Y NACIONALES

1. PLANTEAMIENTO

De forma similar a lo que ocurrió en el plano internacional, en los ordenamientos comunitarios y nacionales fueron prácticamente nulas las referencias que se hicieron al “*three-step test*” durante sus primeras décadas de existencia, después de haber sido incorporado por primera vez en el artículo 9(2) del Convenio de Berna. Como se podrá observar en el recuento que se hará a continuación, el test comenzó a aparecer tímidamente en la primera parte de la década de los noventa, usualmente en relación con la protección de bases de datos y los programas de computador más que en el ámbito del derecho de autor. Solamente después de que el mismo fue replicado en el ADPIC y en los tratados de la OMPI, se puede advertir un movimiento hacia la incorporación de las condiciones del test en los propios

sistemas comunitarios y nacionales, ampliando su campo de aplicación al derecho de autor. La última parte de la década de los noventa y la primera parte del siglo XXI es particularmente rica en ejemplos de legislaciones que comenzaron a restringir el alcance de las excepciones y limitaciones al cumplimiento de las condiciones del test¹.

En todo caso, al lado de aquellos Estados que adoptaron explícitamente el test dentro de sus legislaciones, también es posible encontrar algunos países en los que no se realiza dicha mención expresa, bien porque dentro de su tradición jurídica se ha preferido describir en detalle las excepciones que pueden ser ejercidas junto con las condiciones para hacerlo —como es el caso de Alemania y aquellos Estados que han recibido su influencia jurídica—, bien porque cuentan con otros juicios de razonabilidad para la definición excepciones y limitaciones, históricamente arraigados en sus sistemas de protección de obras, como ocurre con el *fair use* estadounidense y, en menor medida, con el *fair dealing* que rige en otros países con tradición de *common law*.

Teniendo en cuenta estas observaciones iniciales, se expondrán a continuación los principales desarrollos normativos comunitarios y nacionales referentes a la implantación del “*three-step test*”, comenzando por Europa, cuya legislación comunitaria ha influido de manera importante en las disposiciones nacionales de sus miembros y en las de otras jurisdicciones fuera del continente. El estudio continuará con una revisión de los ordenamientos latinoamericanos, divididos en sus bloques económicos y geográficos, y finalizará con la mención a otros

¹ Sobre la forma como se ha extendido la adopción del test a nivel internacional, RICKETSON considera que ha sido más fruto del azar que de decisiones predeterminadas (“*more by accident than by design*”): S. RICKETSON, “WIPO Study on Limitations and Exceptions of Copyright and Related Rights in the Digital Environment,” (Ginebra: WIPO, 2003), 65.

ordenamientos de Asia, África y Oceanía que han incorporado parte o la totalidad del test en sus legislaciones, además de haber intentado la interacción jurídica de esta prueba con las instituciones del *fair dealing* y el *fair use*.

2. EL TEST EN LA NORMATIVA EUROPEA

Tratar de sistematizar los hallazgos sobre la influencia del “*three-step test*” sobre el continente europeo no es una tarea fácil. En primer lugar, porque en Europa conviven distintos sistemas de protección de propiedad intelectual, evidentemente influenciados por las diversas tradiciones jurídicas de sus Estados, desde el *copyright* inglés hasta el *droit d’auteur* francés y el derecho de autor de raigambre alemana. En segundo término, porque no todos los países hacen parte de la Unión Europea, cuyas normativas (principalmente directivas) han ayudado a estructurar los ordenamientos vigentes en materia de derecho de autor. Finalmente, porque la disparidad de índices de desarrollo económico y la suscripción de tratados bilaterales y multilaterales de comercio (como el de la OMC) pueden haber influido para ampliar o restringir el alcance de sus compromisos internacionales en materia de propiedad intelectual. No obstante lo anterior, en las siguientes páginas se buscará presentar la situación del “*three-step test*” tanto a nivel comunitario como nacional, poniendo de presente los elementos en común y las divergencias resultantes de las tradiciones jurídicas particulares.

a) *Las directivas armonizadoras de la Unión Europea*

El “*three-step test*” se introdujo por primera vez en la normatividad comunitaria en la Directiva que reguló la protección jurídica de los programas de computador en 1991². En particular, los pasos dos y tres se utilizaron para fijar unos criterios de interpretación en cuanto a la posibilidad de descompilar programas de computador³. Se trataría entonces de un filtro adicional que debía cumplir aquél que estuviera interesado en conocer el código fuente de un determinado software, teniendo en cuenta que estos criterios se incluyeron al lado de otras condiciones en el artículo correspondiente. En todo caso, tal como se encuentra redactado el numeral, aunque su texto evocara el “*three-step test*” no se trató de una reproducción literal del contenido en el artículo 9(2) del Convenio de Berna que, para la época, era la única norma internacional que lo había consagrado. Por el contrario, aunque se hace referencia al Convenio, al momento de replicar su texto se invirtieron los denominados pasos dos y tres, y explícitamente se afirmó que ellos debían ser tenidos en cuenta para la interpretación de la norma en cuestión⁴. Estas condiciones de interpretación basadas en el “*three-step test*” fueron replicadas en la Directiva sobre protección jurídica de las

² Directiva 91/250/CEE sobre protección jurídica de los programas de ordenador.

³ Artículo 6°. Num. 3. “De acuerdo con las disposiciones del Convenio de Berna para la protección de obras literarias y artísticas, las disposiciones del presente artículo no podrán interpretarse de manera que permita que su aplicación perjudique de forma injustificada los legítimos intereses del titular de los derechos o sea contraria a una explotación normal del programa informático”.

⁴ GRIFFITHS considera que el primer paso, relativo a “determinados casos especiales” no fue incluido en dicha disposición porque se entendía que el mismo ya había sido satisfecho con las condiciones que el propio legislador había impuesto para el ejercicio de la excepción: J. GRIFFITHS, “The “three-step test” in European Copyright Law - Problems and solutions”, 2.

bases de datos⁵ y terminaron influyendo en los ordenamientos nacionales referidos a la protección de la programas de computador y de bases de datos, así como en otras disposiciones más generales sobre derecho de autor⁶. En la actualidad, el numeral mencionado, con su correspondiente versión del test, se encuentra incorporado en la versión codificada de 2009 sobre protección de programas de computador⁷.

En todo caso, en donde se puede observar un mayor efecto de la incorporación del “*three-step test*” al derecho comunitario europeo es en el ámbito del derecho de autor, como consecuencia de la consagración explícita del test en el artículo 5(5) de la Directiva sobre derecho de autor en la sociedad de la información del año 2001⁸, Directiva donde además se incluyó la prueba, mediante artículo 11(1), en la Directiva sobre Derechos y Alquiler y Préstamo⁹. El texto del test que se propuso inicialmente para que fuera incluido en la Directiva de Derecho de Autor se encontraba en línea con el *acquis communautaire* (acervo comunitario) vigente para la época sobre este particular, referido principalmente a las directivas ya mencionadas sobre protección

⁵ Directiva 96/9/CE.

⁶ Ver, por ejemplo, el caso de la incorporación del artículo 40bis en España en la nota 22 y texto asociado, *infra*.

⁷ Directiva 2009/24/CE.

⁸ Directiva 2001/29/CE 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.

⁹ Directiva 92/100/CEE. El artículo mencionado modificó el numeral 3 del artículo 10 en los siguientes términos: “Las limitaciones únicamente se aplicarán en determinados casos especiales que no entren en conflicto con la explotación normal de la prestación en cuestión y no perjudiquen injustificadamente los intereses legítimos del titular del derecho.” Esta misma redacción fue incorporada en la versión codificada que reemplazó la Directiva de 1992: Directiva 2006/115/CE.

de software y de bases de datos. Sin embargo, hacia la parte final de las negociaciones y acogiendo la propuesta del Reino Unido, se ajustó la redacción del test para que fuera concordante con el lenguaje utilizado en el ADPIC y el TODA¹⁰. El resultado final fue una disposición de cierre del artículo 5, que supuso una limitación o restricción a las limitaciones allí establecidas¹¹:

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

Como se puede colegir del artículo transcrito, uno de los principales objetivos es restringir el alcance de las limitaciones para que no se afecten los intereses de los titulares. Esta lectura se encuentra respaldada por lo previsto en el considerando 44 de la misma Directiva, en el que se enfatiza que las excepciones y limitaciones deben ejercerse de forma tal que se dé cumplimiento a las obligaciones internacionales, e interpretarse de manera que no se perjudiquen los intereses de los titulares ni la explotación normal de las obras. El considerando abre además la puerta para que se limiten particularmente las excepciones que sean

¹⁰ Cfr. M. SENFTLEBEN, *Copyright, limitations and the three-step test: An Analysis of the Three-step Test in International and EC Copyright Law*, 247-250.

¹¹ Como "límite a las limitaciones" lo califican, por ejemplo: P. B. HUGENHOLTZ y R. L. OKEDIJI, "Conceiving an International Instrument on Limitations and Exceptions to Copyright - Final Report.", 18; J. DE OLIVEIRA ASCENSÃO, "Os limites dos limites. A teoria dos três passos. A tensão entre os limites do direito e as medidas tecnológicas e outras relativas à informação e a gestão dos direitos," 83.

permitidas en el contexto digital¹². Sin embargo, tanto la redacción del considerando como del artículo 5(5) generaron la duda sobre si esta nueva versión europea del “*three-step test*” estaba dirigido tanto jueces como a legisladores, o si los únicos destinatarios eran estos últimos, tal como podía interpretarse que había sido dispuesto por los instrumentos internacionales que habían consagrado previamente el test¹³. La discusión académica, sin embargo, fue pronto opacada por los efectos prácticos que tuvo el artículo 5(5) cuando distintos países pertenecientes a la Unión Europea transpusieran dicho artículo en sus legislaciones internas, lo que supuso que se convirtiera en una norma de derecho sustantivo que debía ser tenida en cuenta por los jueces de tales estados al momento de interpretar las excepciones y limitaciones. Adicionalmente, ciertos tribunales nacionales, incluidos algunos pertenecientes a países que no incorporaron expresamente el test dentro de su legislación, si lo utilizaron como

¹² “(44) Al aplicar las excepciones y limitaciones previstas en la presente Directiva, éstas deben ejercerse de acuerdo con las obligaciones internacionales. Las citadas excepciones y limitaciones no deben aplicarse ni de tal forma que los intereses legítimos del titular del derecho se vean perjudicados ni de manera contraria a la explotación normal de su obra o prestación. El establecimiento de dichas excepciones o limitaciones por los Estados miembros debe, en particular, reflejar debidamente el creciente impacto económico que pueden tener las mismas a la luz de los avances logrados en la electrónica. Por consiguiente, puede resultar necesario limitar aún más el alcance de determinadas excepciones o limitaciones en lo tocante a ciertas nuevas utilidades de obras protegidas por derechos de autor y prestaciones protegidas por derechos afines a los derechos de autor.”

¹³ Para un recuento de los argumentos que sustentan las posturas mencionadas, ver entre otros: J. GRIFFITHS, “The “three-step test” in European Copyright Law - Problems and solutions”, 3-4; C. GEIGER, “From Berne to National Law, via the Copyright Directive: The Dangerous Mutations of the Three-step Test”, 488-489; H. COHEN JEHOAM, “Restrictions on Copyright and their Abuse”, 363-364; J. OLIVER, “Copyright in the WTO: The Panel Decision on the Three-Step Test”, *Columbia Journal of Law & the Arts* 25 (2002) 119-79, 138-139.

mecanismo de interpretación en casos en los que se debatía el correcto uso de excepciones y limitaciones¹⁴. Tanto la incorporación del test a las legislaciones nacionales como su interpretación en ciertos casos por los correspondientes tribunales serán examinadas más adelante en este trabajo.

b) La adopción del test en los países con tradición de droit d'auteur

Una de las principales funciones de la Directiva de Derecho de Autor consiste en armonizar la normatividad en esta materia en los distintos países miembros¹⁵. En lo que respecta a las excepciones y limitaciones, se puede observar que los países más representativos de la tradición de *droit d'auteur* dentro del continente europeo optaron por seguir al pie de la letra lo contemplado en la Directiva, es decir, definir una lista cerrada o taxativa de excepciones permitidas acompañada de una versión del "*three-step test*" que condicione el ejercicio de tales limitaciones al cumplimiento de sus criterios. En relación con este escenario es que se ha afirmado que el test ya no solamente está dirigido a los legisladores sino a los propios jueces y, en general, a todos aquellos que pretendan valerse y hacer uso de una obra al amparo de una de estas excepciones y limitaciones.

¹⁴ Cfr. P. B. HUGENHOLTZ y R. L. OKEDIJI, "Conceiving an International Instrument on Limitations and Exceptions to Copyright - Final Report.", 18.

¹⁵ Cfr. M. SENFTLEBEN, *Copyright, limitations and the three-step test: An Analysis of the Three-step Test in International and EC Copyright Law*, 254. De acuerdo con el autor, el otro gran objetivo de esta directiva es poner a tono la normatividad europea con las obligaciones internacionales, especialmente aquellas contenidas en los tratados de la OMPI, en donde, como se recordará, se incluyeron sendas versiones del "*three-step test*".

En el caso de Francia, su *Code de la Propriété Intellectuelle* ha sufrido modificaciones en los últimos años y, desde 1994, se ha hecho evidente la introducción de nuevas excepciones, siempre bajo el esquema de una lista cerrada o taxativa de excepciones, en línea con lo dispuesto por la Directiva a partir del año 2001. El artículo correspondiente a excepciones y limitaciones es el L122-5 y su última modificación conocida entró en vigor en diciembre de 2011. En particular, desde la reforma de 2006¹⁶, se introdujo en el penúltimo párrafo de la misma, una disposición similar a la del 5(5) de la Directiva, es decir, que respecto de las excepciones específicamente definidas en los numerales previos, se establece que ellas no pueden afectar la normal explotación de la obra ni los legítimos intereses del autor¹⁷.

Sin embargo, de manera similar a como ocurrió en el ámbito comunitario, a la introducción del test en materia de derecho de autor le había precedido su inclusión en cuestiones relacionadas con programas de computador. En efecto, en el artículo L122-6-1 del mismo *Code de la Propriété Intellectuelle* (mediante reforma realizada en 1994¹⁸) se consagró una lista cerrada de excepciones a los derechos exclusivos sobre el software, al tiempo que, en el párrafo V del mismo artículo, se previó una restricción adicional a estas excepciones, en el sentido que ellas sólo pueden ser

¹⁶ La introducción del test en esta norma se dio en medio del debate generado por el caso *Mulholland Drive* en los tribunales franceses, tal como se estudiará más adelante. La decisión final de este caso fue pronunciada también en el año 2006.

¹⁷ “*Les exceptions énumérées par le présent article ne peuvent porter atteinte à l’exploitation normale de l’oeuvre ni causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l’auteur.*”

¹⁸ Ley 94-361 de 1994.

interpretadas de manera que no se afecte la explotación normal del programa ni los legítimos intereses de su autor¹⁹.

Sin embargo, Francia no fue el primer país en incluir explícitamente el “*three-step test*” dentro de su legislación interna. Así, en Polonia, el art. 35 de su Ley de Derecho de Autor establece, desde 1994, una disposición de cierre aplicable a las excepciones o usos permitidos, que califica como lícitos y que, según la norma, “no pueden ir en detrimento de la explotación normal de la obra ni de los legítimos intereses del creador”²⁰. Esta norma no sufrió modificación en reforma que se hiciera a la ley en el año 2000 como preparación al ingreso de Polonia a la Unión Europea, que finalmente se constató en 2004.

Dentro de aquellos países que incluyeron tempranamente las condiciones del “*three-step test*” dentro de su legislación interna de derecho de autor sobresale el caso de España. Como se observó atrás, las primeras directivas comunitarias en establecer el “*three-step test*” fueron aquellas relacionadas con programas de computador, en 1991, y con bases de datos, en 1996, normas en las que se replican —invertidos— los pasos dos y tres. En cumplimiento de la Directiva sobre bases de datos y desde 1998, España adicionó a su Ley de Propiedad Intelectual²¹ el artículo 40bis²², que se constituyó en una disposición de cierre aplicable a

¹⁹ “V. *Le présent article ne saurait être interprété comme permettant de porter atteinte à l'exploitation normale du logiciel ou de causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur.*”

²⁰ “Art. 35. *Dozwolony użytek nie może naruszać normalnego korzystania z utworu lub godzić w słuszne interesy twórcy.*”

²¹ Introducido por la Ley 5/1998, de 6 de marzo, de incorporación al Derecho español de la Directiva 96/9/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos.

²² Sin embargo, el artículo 40bis es tan solo la más visible y básica de las disposiciones que mencionan los pasos del test en la ley española, ya que

todas las excepciones precedentes, advirtiendo que las mismas “no podrán interpretarse de manera tal que permitan su aplicación de forma que causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o que vayan en detrimento de la explotación normal de las obras a que se refieran.” El hecho de que este artículo se haya originado en la Directiva sobre bases de datos —e, indirectamente, en la Directiva sobre protección de software— y no en la Directiva de Derecho de Autor, explicaría entonces la particular redacción, que ubicó en primera instancia el tercer paso y, en seguida, el segundo paso sobre la condición de que la excepción no afecte la explotación normal de la obra. En todo caso, como se verá en el siguiente capítulo, la manera divergente como se consagró el test en el ordenamiento español ha suscitado críticas de la doctrina y diversas interpretaciones por parte de los tribunales nacionales.

Sin embargo, otros países que incorporaron el “*three-step test*” en sus correspondientes legislaciones de derecho de autor, como ocurrió con Francia, lo hicieron después de haber sido adoptada la Directiva de Derecho de Autor de 2001, por lo que su redacción respeta el orden de los pasos y, además, determina que su función es la de condicionar el ejercicio de las excepciones y limitaciones expresamente definidas. Así, por ejemplo, en el caso de Portugal, su *Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos* de 1985 hubo de ser modificado para ajustarse a las disposiciones de

también se incluyeron versiones o referencias en los artículos 100.6 (sobre descompilación de programas de ordenador, cláusula que ya había sido incorporada a la ley desde 1993 en cumplimiento de la Directiva sobre el tema), 132 (referencia a la aplicación del test para los límites a los derechos afines) y 133.2, 134.2 y 135.2 (sobre los límites al derecho sobre las bases de datos). Para un resumen de la historia de la incorporación del test en la legislación española, ver: R. CASAS VALLÉS, “Comentario al Artículo 40 bis” en R. BERCOVITZ CANO (ed.), *Comentarios a la ley de propiedad intelectual*, Tecnos, Madrid, 2007, 669-707, 686-688.

Directiva, por lo que, en la ley modificatoria²³ se definió un listado exhaustivo de excepciones en el artículo 75, en cuya parte final²⁴ se previó una limitación adicional para que dichas excepciones se ejercieran conforme a los dos últimos criterios del test²⁵. Además de esta condición general aplicable a todas las excepciones, en la misma ley se sujetó la posibilidad de ejercitar ciertas limitaciones al cumplimiento del test, como en el caso del uso privado de una obra²⁶.

Algo similar ocurrió en el caso de Grecia²⁷, en donde, desde la reforma de 2002²⁸ a su Ley de Derecho de Autor, se introdujo una nueva disposición con el “*three-step test*” como condicionante del ejercicio de las excepciones y limitaciones definidas en una lista cerrada²⁹, además de imponer las mismas condiciones a la

²³ Ley 50 de 2004.

²⁴ Ver numeral 4 del artículo 75.

²⁵ “4 — *Os modos de exercício das utilizações previstas nos números anteriores, não devem atingir a exploração normal da obra, nem causar prejuízo injustificado dos interesses legítimos do autor.*”

²⁶ “Art. 81 b) b) *Para uso exclusivamente privado, desde que não atinga a exploração normal da obra e não cause prejuízo injustificado dos interesses legítimos do autor, não podendo ser utilizada para quaisquer fins de comunicação pública ou comercialização.*”

²⁷ Aunque, atendiendo razones históricas, ZWEIGERT y KÖTZ relacionan el derecho griego con el alemán (K. ZWEIGERT y H. KÖTZ, *Introducción al Derecho Comparado*, cap. 11, num. IV), se incluyó a Grecia en este acápite y no en el siguiente porque, en materia de derecho de autor seguiría más la tradición del *droit d'auteur* según el reporte presentado al Congreso de ALAI 2009 Londres, escrito en esta parte por la Prof. Dionissia KALLINIKOU.

²⁸ Ley 3057/2002.

²⁹ “Art. 28 (c): *“The limitations provided for in Section IV of Law 2121/1993, as exists, shall only be applied in certain special cases which do not conflict with a normal exploitation of the work or other protected subject-matter and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the rightholder.”*

excepción de uso privado³⁰. En la misma línea, la ley de Luxemburgo³¹ fue modificada en 2004 para responder a los requerimientos de la Directiva de 2001, por lo que se definió también una lista taxativa de excepciones y limitaciones, al final de la cual se dispuso que, para su ejercicio, ellas debían cumplir con las condiciones del “*three-step test*”³². Adicionalmente, respecto de varias excepciones particulares se consagró la obligación de su ejercicio no afectara la normal explotación de la obra ni se perjudicaran injustificadamente los intereses del autor³³. Por otro lado, en el caso de la República Checa, también miembro de la Unión Europea desde 2004, el art. 29 (1) de su Ley de Derecho de Autor³⁴ consagró una disposición introductoria al capítulo de excepciones y limitaciones, que se predica aplicable de manera general a las que taxativamente se han definido, sujetándolas a las condiciones del “*three-step test*”³⁵.

Aunque en Italia también se transpuso el “*three-step test*” en su legislación interna³⁶, la disposición correspondiente tiene un

³⁰ Art. 18 2).

³¹ Ley de Derecho de Autor, Derechos Conexos y Bases de Datos de 18 de abril de 2001

³² Parte final del artículo 10 (reformado por el art. 1.3 de la ley de 2004): “*Les exceptions énumérées ci-dessus ne peuvent porter atteinte à l’exploitation normale de l’œuvre, ni causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l’auteur.*”

³³ Ver, por ejemplo, num. 10 del mismo art. 10, art. 10bis, art. 46, art. 67 y art. 67 bis.

³⁴ Ley 121/2000, con posteriores modificaciones de 2005 y 2006.

³⁵ “*Copyright exceptions and limitations shall only be applied in certain special cases specified herein and only if the use of a work in such special cases shall not conflict with the normal exploitation of the work and shall not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author.*”

³⁶ Ley de derecho de autor de 1941, modificada en 2003.

alcance más restringido, por cuanto ordena tener en cuenta los criterios del test cuando las excepciones apliquen a obras que hayan sido puestas a disposición del público para que todo el mundo pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija³⁷, hipótesis que describiría, por ejemplo, la puesta a disposición que se configura en Internet o en la nube. Otros artículos dentro de la ley hacen también mención al test, pero su objetivo es todavía más acotado, ya que están dirigidos a excepciones específicas.

Por último, dentro de este grupo de países herederos de la tradición de *droit d'auteur* en Europa, la situación de Bélgica³⁸ es particular porque, a pesar no incluir una disposición que aplique el “*three-step test*” de manera general, si establece una lista cerrada de excepciones, muy detallada, en cuya confección seguramente influyeron los criterios del test. Sin embargo, en varias de las excepciones se encuentra referencia explícita a los pasos dos y tres del test³⁹, mientras que en algunas sólo menciona el segundo paso⁴⁰. También se encuentran constantes referencias a otros juicios de razonabilidad que encuentran su raíz en el Convenio de Berna como, por ejemplo, la medida justificada o los usos honestos⁴¹, sin que se lleguen a definir estos últimos. Finalmente, de manera similar a como ocurre en los regímenes

³⁷ Art. 71 *nonies*: “*Le eccezioni e limitazioni disciplinate dal presente capo e da ogni altra disposizione della presente legge, quando sono applicate ad opere o ad altri materiali protetti messi a disposizione del pubblico in modo che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelto individualmente, non devono essere in contrasto con lo sfruttamento normale delle opere o degli altri materiali, né arrecare un ingiustificato pregiudizio agli interessi dei titolari.*”

³⁸ Leyes en la materia de 1994 y 2005.

³⁹ Ver, por ejemplo, artículos 8°, 11° y 79bis.

⁴⁰ Ver, por ejemplo, artículos 4.A, 4°ter, 4°quater.

⁴¹ Ver, por ejemplo, artículo 3°.

cercanos al derecho de autor alemán, se pueden observar varias disposiciones que estatuyen la necesidad pagar una remuneración equitativa por ciertos usos permitidos. La mayoría de las excepciones ya se encontraban definidas de esta forma en la ley de 1994 (con el ajuste que se hizo en abril de 1995) pero en la reforma del año 2005 se adicionaron algunas excepciones (p.e. a favor de los discapacitados) junto con la correspondiente referencia al “*three-step test*”.

Recapitulando, prácticamente en todas las legislaciones de los países europeos con tradición de *droit d’auteur*, con la excepción de Bélgica —que en algún momento estuvo bajo el dominio austriaco y tiene cercanía con Alemania—, se puede constatar la incorporación del “*three-step test*” como elemento condicionante general del ejercicio de las excepciones y limitaciones que ellas mismas han definido. Asimismo, es posible verificar que en la mayoría de tales versiones nacionales del test se reiteran únicamente los pasos dos y tres —en ese orden, excepto en el caso español— en el entendido que las mismas legislaciones, siguiendo el ejemplo de la Directiva de 2001, optaron por definir una lista cerrada o taxativa de excepciones y limitaciones, es decir, de aquellos “casos especiales” en los que sería permitido el uso excepcional. Esta interacción entre lista cerrada y criterios del test tendría como efecto final crear una limitación o restricción adicional al ejercicio de las limitaciones.

c) La invisible presencia del test en los ordenamientos de tradición alemana

A diferencia de lo que se pudo observar respecto de los países con tradición de “*droit d’auteur*”, tanto en Alemania como en otros países influenciados por su tradición jurídica, se han preferido fórmulas alternativas a la inclusión literal del “*three-step test*”. En

particular, en la legislación autoral alemana⁴² que fuera expedida un poco antes de que fuera adoptado el test en la Conferencia de Estocolmo de 1967 se incluyó un listado de excepciones y limitaciones con la descripción precisa de las condiciones que debían cumplirse para su ejercicio. Dentro de estas condiciones, una de las más relevantes y común a las distintas limitaciones es la referida a la remuneración o compensación equitativa. En la tradición jurídica autoral alemana, que ha recibido una clara influencia de sus postulados e interpretación constitucionales, ha hecho carrera el concepto de interés público, que sustenta la existencia de excepciones y limitaciones. En todo caso, para los tribunales alemanes el interés público no estaría bien servido si se desconocen unos mínimos derechos a los autores, tanto morales como patrimoniales. Una manera de garantizar que no se sacrifiquen estos últimos derechos en aras de proteger el interés, es reconociendo una remuneración equitativa al autor, cuando quiera que se utilice su obra sin su autorización. En este sentido lo reconocieron los fallos de 1971 del Tribunal Constitucional Alemán, que aún hoy siguen siendo paradigmáticos en el sistema autoral germánico⁴³.

⁴² Ley de derecho de autor (*Urheberrecht*) de 1965, reformada en 2008.

⁴³ En los fallos se discutió la constitucionalidad de varias excepciones que habían sido consagradas en la Ley de Derecho de Autor de 1965. En el más representativo de estos fallos, el denominado del “libro escolar” o “*Schulbuchprivileg*” se concluyó que “El interés general por un acceso ilimitado a los bienes culturales justifica que la obra protegida, luego de su aparición, pueda ser utilizada –sin aprobación del autor–, en colecciones para las iglesias, escuelas y en clases; ello no implica que el autor deba poner a disposición su obra sin remuneración alguna.” Sentencia BVerfGE 31, 229 del 7 de julio de 1971. Síntesis tomada de J. SCHWABE, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, Konrad Adenauer Stiftung, México, 2009, 405. El fallo completo en alemán se puede consultar en: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv031229.html>. También se puede leer una reseña en inglés en: D. P. KOMMERS, *The Constitutional Jurisprudence of the*

La manera como el sistema alemán ha logrado compaginar derecho de autor e interés público, mediante la definición de un amplio abanico de excepciones y limitaciones, buena parte de ellas acompañadas de la obligación de pagar una remuneración equitativa al autor, ha permitido un adecuado funcionamiento de dicho sistema por lo que no ha surgido la necesidad de hacer grandes ajustes a la legislación existente. Lo anterior explica en parte por qué Alemania no ha transpuesto el “*three-step test*” dentro de su ordenamiento interno y haya preferido mantener su esquema de excepciones y remuneración equitativa, con el que estarían cumpliendo con lo dispuesto en la Directiva de Derecho de Autor, particularmente con la versión del “*three-step test*” del artículo 5(5)⁴⁴.

Sin embargo, si bien en la ley alemana no se transpuso el test para ser aplicable a todas las excepciones al derecho de autor, si se incluyeron los dos últimos pasos como condiciones adicionales que deben ser cumplidas para ejercer la excepción de descompilación de programas de computador. Aunque seguramente la inclusión del test obedeció a lo dispuesto sobre esta materia en la Directiva sobre protección de software,

Federal Republic of Germany, 2da. ed., Duke University Press, Durham, 1997, 262-266. Este caso se explicará en detalle en el Capítulo 7 de este trabajo. A una conclusión similar a la del caso del “libro escolar” llegó el Tribunal en el caso de la “música religiosa” cuando se demandó la excepción que permitía ejecutar piezas musicales, sin el pago de compensación alguna, cuando ellas eran usadas en un evento sin ánimo de lucro, en una iglesia, o en conexión con un acto religioso. El Tribunal reconoció que la ejecución de dichas piezas musicales sin autorización en eventos patrocinados por el Estado se justificaban en el carácter social de la propiedad intelectual, pero que ello no suponía que no se debiera pagar remuneración alguna: 49 VerfGE 382 (1978).

⁴⁴ Como se podrá observar en siguiente capítulo, se ha propuesto que una forma para superar tercer paso consista en definir una remuneración equitativa al autor cuando se use su obra sin autorización, de manera tal que no sufra un perjuicio desproporcionado.

curiosamente en el caso alemán los pasos no fueron invertidos como ya había ocurrido en la correspondiente Directiva⁴⁵. De igual forma, respecto de las bases de datos, también se utilizan los criterios de los pasos dos y tres para determinar el alcance de los derechos de los titulares sobre tales bases⁴⁶.

En Austria, su ley sobre derecho de autor⁴⁷ contiene amplias similitudes con la norma alemana, particularmente en lo atinente con las excepciones y limitaciones y la ausencia de una referencia expresa al “*three-step test*” en materia autoral. Así, en el texto de la norma se puede identificar un listado exhaustivo de excepciones a la vez que, en distintos artículos, se determina la posibilidad de que el titular reciba una remuneración equitativa que, según allí mismo se establece, debe ser recaudada por las sociedades de gestión. Nuevamente, aunque no se haya consagrado el test en materia de derecho de autor, si se hizo lo propio respecto del alcance de los derechos sobre las bases de datos, por lo que los pasos dos y tres se incluyeron en disposiciones similares a las de la ley alemana⁴⁸.

De manera similar a lo que ocurre en el sistema autoral alemán y austriaco, en Suiza⁴⁹ no existe una referencia general al “*three-step test*” pero si una lista detallada de usos autorizados, buena parte de ellos sujetos al pago de una compensación

⁴⁵ “69e. (3) *Die Absätze 1 und 2 sind so auszulegen, daß ihre Anwendung weder die normale Auswertung des Werkes beeinträchtigt noch die berechtigten Interessen des Rechtsinhabers unzumutbar verletzt.*”

⁴⁶ Artículos 87b y 87e.

⁴⁷ Ley Federal de 1936, modificada por última vez en 2010.

⁴⁸ Artículos 76d (1) y 76e.

⁴⁹ Ley de Derecho de Autor de 1992.

equitativa. Adicionalmente, se replican los criterios dos y tres del test —en el orden usual— como condiciones adicionales para el ejercicio de la excepción de decompilación de programas de computador⁵⁰. Finalmente, lo mismo sucede en Liechtenstein⁵¹, en donde no es posible encontrar una disposición general que sujete a los criterios del test la posibilidad de ejercitar las excepciones y limitaciones. En lugar de ello, se precisan las excepciones que pueden ser utilizadas y los casos en las que ellas deben satisfacer una determinada remuneración. Sin embargo, en relación con los derechos sobre bases de datos si se hace referencia al test para definir el alcance de éstos, en unas disposiciones que son similares a la alemana y austriaca antes citadas⁵².

En suma, de la revisión de los estatutos autorales de aquellos países con una tradición germánica en esta materia se puede inferir que se presenta una clara diferencia con los ordenamientos nacionales donde predomina el *droit d'auteur*. En efecto, mientras que en éstos se ha optado por incluir expresamente el “*three-step test*” como un conjunto de condiciones aplicables al ejercicio de las excepciones expresamente definidas, en aquellos el texto del test se encuentra ausente de sus normativas en su rol de elemento interpretativo general de todas las excepciones, aunque presente en lo que se refiere a bases de datos y a la excepción de descompilación de programas de computador. Sin embargo, a pesar de la ausencia del test como condicionante general, su

⁵⁰ “Art. 21. *Les informations sur des interfaces obtenues par le décryptage du code du programme ne peuvent être utilisées que pour développer, entretenir et utiliser des logiciels interopérables, pourvu qu'une telle utilisation ne porte pas atteinte à l'exploitation normale du programme ni ne cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'ayant droit.*”

⁵¹ Ley de Derecho de Autor de 1999, reformada en 2006.

⁵² Artículo 45 y 47 de la ley mencionada.

influencia se puede notar en el esquema de excepciones y limitaciones que prevalece en los ordenamientos revisados que ha supuesto la definición detallada de excepciones que se encuentran sujetas al cumplimiento de requisitos precisos y al pago de una remuneración equitativa que tendrían por objeto que no se afectara la explotación normal de la obra y que los perjuicios que se pudieran causar a los titulares de las obras no lleguen a ser desproporcionados.

d) *La influencia del test y el fair dealing en los ordenamientos derivados del copyright*

Aunque al Reino Unido se le reconoce la “autoría” de la versión del “*three-step test*” que se acordó en la Conferencia de Estocolmo⁵³, lo cierto es que en su propia legislación⁵⁴ no se ha consagrado el test como norma general para la determinación de excepciones y limitaciones al *copyright*. La única referencia al test se encuentra en los artículos que regulan lo correspondiente a las licencias reprográficas para propósitos educativos, en donde se utiliza el texto de los pasos dos y tres para establecer algunas restricciones para el desarrollo de esta actividad de reproducción⁵⁵. En todo caso, aunque no aparezca explícitamente,

⁵³ Ver epígrafe 2 de este capítulo referente a la introducción del test en el Convenio de Berna.

⁵⁴ *Copyright, Designs and Patents Act 1988* (modificada parcialmente por leyes posteriores).

⁵⁵ 137 2 (b) “*making them subject to the scheme or licence would not conflict with the normal exploitation of the works or unreasonably prejudice the legitimate interests of the copyright owners,*” (...) 140(b) “*that making those works subject to a licensing scheme or general licence would not conflict with the normal exploitation of the works or unreasonably prejudice the legitimate interests of the copyright owners.*”

el test —tal como fue consagrado en el Artículo 5(5) de la Directiva de 2001— si influyó para que algunas excepciones fueran ajustadas de forma que fueran compatibles con sus criterios⁵⁶. El tema de las excepciones y limitaciones se encuentra entonces circunscrito a las definidas expresamente en la norma en cuestión, incluyendo aquellos casos en los que se puede calificar un determinado uso como una práctica leal o *fair dealing*. Aunque en la norma no se define concretamente el *fair dealing* —como si sucede en el caso del *fair use* estadounidense—, si menciona los ámbitos en los que dicho concepto puede aplicar: investigación y estudio privado, crítica, análisis, y reportes de prensa.

El caso de Irlanda difiere un poco del comentado respecto del Reino Unido. En su legislación vigente⁵⁷ también se definen claramente las excepciones en las que puede estar sustentado el uso no autorizado de una obra, incluyendo los eventos en que dicho uso se puede calificar como *fair dealing*. Sin embargo, a diferencia de lo que sucede en el Reino Unido, el legislador irlandés si se atrevió a definir el *fair dealing* e, interesantemente, para ello decidió utilizar un lenguaje similar al del tercer criterio del “*three-step test*” cuando establece que el *fair dealing* consiste en el uso que se haga de ciertas obras, bajo determinadas condiciones y en la medida que no perjudique irrazonablemente los intereses del titular⁵⁸. De todas maneras se debe tener en

⁵⁶ Las disposiciones que se habrían ajustado son las contenidas en los artículo 69 y 72 (sobre grabaciones y transmisiones): J. GRIFFITHS, "Rhetoric & the "Three-Step Test": Copyright Reform in the United Kingdom", *European Intellectual Property Law Review* 32, no. 7 (2010) 309-12, 309 (nota 2).

⁵⁷ *Copyright and Related Rights Act, 2000* (N° 28)

⁵⁸ 50 (4) “*In this Part, ‘fair dealing’ means the making use of a literary, dramatic, musical or artistic work, film, sound recording, broadcast, cable programme, non-electronic original database or typographical arrangement of a published edition which has already been lawfully made available to the public,*

cuenta que no se trata de un concepto abierto —como el del *fair use*⁵⁹— como quiera que se han determinado claramente los eventos en los que puede presentarse *fair dealing* y que la definición antes mencionada se refiere específicamente a los usos permitidos para investigación y estudio privado. Por lo demás, el ordenamiento irlandés es similar al ya mencionado del Reino Unido, coincidiendo en que las licencias reprográficas para propósitos educativos deben cumplir con los pasos dos y tres del “*three-step test*” que allí se replican⁶⁰. Además, en línea con lo que ocurre en otros países europeos, los mismos criterios son utilizados para establecer unas condiciones adicionales al uso de bases de datos⁶¹.

Finalmente, en la legislación de Chipre⁶² también se acude a la figura del *fair dealing* —sin llegar a definirlo—, con una lista detallada de excepciones aplicables⁶³, al tiempo que se obvia cualquier referencia al “*three-step test*”.

for a purpose and to an extent which will not unreasonably prejudice the interests of the owner of the copyright.”

⁵⁹ Sin embargo, poco antes de finalizar este trabajo se difundió un informe gubernamental con propuestas para la modernización del sistema irlandés de copyright. Entre los puntos más relevantes se encuentra un modelo de cláusula de *fair use* basado en la doctrina estadounidense. El Informe se puede consultar en: *Modernising Copyright: The Report of the Copyright Review Committee*, Dublin, 29 de octubre de 2013, disponible en el siguiente sitio: <http://www.enterprise.gov.ie/en/Publications/CRC-Report.pdf>

⁶⁰ Artículos 168 y 171.

⁶¹ Artículo 324(3).

⁶² *Copyright Act de 1976 a 1993 (con modificaciones posteriores)*.

⁶³ Artículo 7, num. (1).

Se tiene entonces que, en lo que respecta al grupo de países europeos en los que impera el *copyright*, el “*three-step test*” tiene un papel meramente secundario y de referencia, y solamente se acude a su utilización directa en el caso de las bases de datos, seguramente como consecuencia de los mandatos de la Directiva respectiva. En todo caso, es de resaltar lo que se anotó en relación con el intento irlandés de definir la institución del *fair dealing* con elementos del “*three-step test*” —además de su reciente propuesta de una cláusula de *fair use*— algo que, como se verá más adelante, ha venido ocurriendo en otras legislaciones y en ciertas interpretaciones judiciales, es decir, acudir a los criterios del test para definir otros conceptos de razonabilidad como el del “*fair use*” o el de los usos honrados.

3. LA ADOPCIÓN DEL TEST EN LOS ORDENAMIENTOS LATINOAMERICANOS

Es innegable la manera como el derecho francés ha influido en distintos ámbitos de los ordenamientos jurídicos de los países latinoamericanos, siendo particularmente evidente este ascendiente en el derecho civil, que fue construido sobre los conceptos de liberalismo, propiedad e individualismo en los que coincidieron los promotores de las revoluciones y la independencia a uno y otro lado del Atlántico⁶⁴. Esas mismas

⁶⁴ ZWEIGERT y KÖTZ explican este influjo por la necesidad que tenían los Estados latinoamericanos, después de obtenida su independencia, de contar con “códigos civiles nacionales que favorecieran la unificación; [y] el único modelo de que disponían era el *Código Civil* francés. Imposible adoptar el derecho español, ya que éste contenía las leyes de la antigua potencia colonial (...) En contraste, el *Código Civil* francés era un producto de la Gran Revolución, enraizado en un mundo conceptual al cual los latinoamericanos recurrían constantemente para justificar sus propias luchas independentistas.”: K. ZWEIGERT y H. KÖTZ, *Introducción al Derecho Comparado*, 123.

ideas prevalecieron a la hora de legislar en materia de propiedad intelectual, por lo que, aquí también, se siguió el modelo francés del *droit d'auteur*⁶⁵. Este modelo supone la existencia de unos derechos exclusivos en cabeza del autor —morales y patrimoniales— por lo que quien quiera usar la obra debe contar con la previa autorización de dicho autor o titular. Únicamente en circunstancias excepcionales, de interpretación restrictiva, estaría permitido usar la obra sin contar con la autorización de su titular. La anterior estructura de derechos y excepciones se replicó en prácticamente todos los países latinoamericanos. No obstante, a pesar de esta uniformidad legislativa, es posible observar algunas variaciones que obedecen a razones históricas⁶⁶ y socio-económicas, a la pertenencia a comunidades económicas y al fenómeno —más reciente— de celebración de tratados multilaterales y bilaterales de libre comercio internacional. Atendiendo a estas diferencias, se puede encontrar una mayor o menor influencia del “*three-step test*” en las legislaciones de las jurisdicciones que se estudian a continuación.

a) *El test en la Comunidad Andina de Naciones (CAN)*

Uno de los —pocos— ámbitos en los que la normatividad comunitaria ha tenido una importante incidencia en las

⁶⁵ Sin embargo, respecto del caso colombiano, PABÓN aclara que el legislador inicialmente optó por “alejarse del modelo continental europeo e implement[ó], en consonancia con las políticas liberales utilitaristas de la época, un sistema filiado al sistema anglosajón.”: J. A. PABÓN, “Aproximación a la historia del derecho de autor”, 83.

⁶⁶ Por ejemplo, se debe tener en cuenta que, al momento de acordarse la introducción del “*three-step test*” en 1967, la mayoría de países latinoamericanos no eran parte del Convenio de Berna.

legislaciones internas de sus miembros⁶⁷ ha sido precisamente el de la propiedad intelectual en general, y del derecho de autor en particular. La Decisión 351 de 1993⁶⁸ estableció el actual Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos y en ella el “*three-step test*” tiene un papel relevante. Por un lado, el artículo 21 contiene una disposición introductoria al capítulo de limitaciones y excepciones en la que se expresa que

Las limitaciones y excepciones al Derecho de Autor que se establezcan mediante las legislaciones internas de los Países Miembros, se circunscribirán a aquellos casos que no atenten contra la normal explotación de las obras o no causen perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular o titulares de los derechos.

Como se puede observar, el lenguaje utilizado en el artículo transcrito evoca a aquél del artículo 9(2) del Convenio de Berna —el único instrumento internacional que había adoptado el test para la época— y, quizás en una mayor medida, el del artículo 13

⁶⁷ En la actualidad lo son: Colombia, Ecuador, Perú y Bolivia. Chile tiene la categoría de miembro asociado y no le aplica la normatividad andina.

⁶⁸ Dentro del ordenamiento andino, las llamadas “Decisiones” pueden emanar tanto del Consejo Andino de Ministros Exteriores como de la Comisión de la Comunidad Andina. En el caso de la Decisión 351, ésta fue expedida por la Comisión y tiene el carácter de “normativa” o “legislativa” en cuanto contiene regulación general de un aspecto del proceso de integración, como es el del derecho de autor. Ahora bien, las distintas disposiciones de la Decisión tienen un alcance diferente, esto es, mientras que algunas (la mayoría) tienen una aplicación directa por no exigirse su incorporación al derecho interno, otras requieren de los Miembros unos desarrollos normativos adicionales en los que se sigan los lineamientos propuestos por la norma andina. El artículo 21, que contiene una versión del “*three-step test*” pertenece a esta última categoría, al tiempo que el artículo 22, que define una serie excepciones y limitaciones, pertenece a la primera. Sobre la caracterización de las Decisiones en el sistema andina ver: J. A. QUINDIMIL, *Instituciones y Derecho de la Comunidad Andina*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, 183-200.

del ADPIC —cuya negociación se encontraba en una etapa final cuando fue expedida la Decisión. En particular, la norma en cuestión parece dirigirse a los legisladores de los miembros de la CAN más que a sus jueces, tal como sucede también con las disposiciones mencionadas del Convenio de Berna y el ADPIC. A dichos legisladores les corresponderá “circunscribir” —es el mismo verbo utilizado en el ADPIC— las limitaciones y excepciones a aquellos casos que cumplan con los criterios indicados.

Sin embargo, también es posible identificar algunos cambios que introdujo el artículo respecto de versiones anteriores del test. Así, en el primer criterio, los casos en los que se pueden definir limitaciones no están calificados como “especiales”. Adicionalmente, el segundo y tercer criterio están separados por un elemento disyuntivo —una “o”— a diferencia de la partícula conjuntiva —“ni— que se usa en los instrumentos mencionados. El cambio del “ni” por la “o” daría a entender que las condiciones establecidas serían optativas antes que acumulativas, criterios alternativos en lugar de pasos o etapas. En fin, la redacción de la norma permitiría establecer limitaciones excepciones que, o bien no afecten la normal explotación de la obra, o bien no causen un perjuicio injustificado a los intereses del titular, sin que existiera la obligación de satisfacer las dos condiciones⁶⁹. Finalmente, es de resaltar el hecho de que —en línea con el ADPIC— los intereses que no pueden ser perjudicados injustificadamente son aquellos

⁶⁹ Este sería el resultado si esta fuese la única norma que tuvieran que cumplir los miembros de la CAN respecto de la definición de excepciones y limitaciones. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que los cuatro países miembros hacen parte de la Organización Mundial del Comercio, por lo que están sujetos al artículo 13 del ADPIC. Adicionalmente, los cuatro Estados son partes del Convenio de Berna, y todos, excepto Bolivia, hacen parte del TODA.

del titular y no los del autor, como se encuentra previsto en la versión original del test en el Convenio de Berna.

En todo caso, la del artículo 21 no es la única disposición que hace referencia al “*three-step test*” en la Decisión andina. En efecto, dentro de las definiciones del artículo 3° de la norma, se incluyó una de “usos honrados” en la que se dispone que se trata de aquellos “que no interfieren con la explotación normal de la obra ni causan un perjuicio irrazonable a los intereses legítimos del autor”, concepto que, aun siendo similar al del artículo 21, presenta algunas diferencias. Así, el lenguaje utilizado se acerca más al de la versión original del test del Convenio por cuanto plantea dos condiciones acumulativas, respecto de las cuales se deben tener en cuenta los intereses del autor. Sin embargo, la traducción de dos de los términos usados —interferir por “*conflict*” (y no “atentar”) e “irrazonable” por “*unreasonable*” (y no “injustificado”)⁷⁰— difiere de lo que ha sido la traducción oficial del test al castellano.

La necesidad de definir “usos honrados” se deriva de la inclusión de esta “medida” en las limitaciones referidas a la cita y a la reproducción para fines de enseñanza de los literales a) y b) del artículo 22. A su vez, un antecedente de la expresión “usos honrados” (“*fair practice*” en la versión en inglés) se encuentra en los literales a) y b) del artículo 10 del Convenio de Berna, también en relación con las limitaciones de cita y de ilustración para la enseñanza. Sin embargo, en dicho instrumento no se propone una definición de la expresión “usos honrados”, aunque tanto la Guía del Convenio de Berna como el Glosario de Derecho de Autor y Derechos Conexos si han aventurado conceptos ilustrativos, el

⁷⁰ En el siguiente capítulo se analizarán las variaciones en la traducción de los instrumentos internacionales y su incidencia en la interpretación del “*three-step test*”.

primero más general, y el segundo relacionado con —pero no igual a— el “*three-step test*”⁷¹.

En todo caso, es importante anotar que, a pesar de este par de referencias al test en el texto de la Decisión andina, su efecto es bien distinto del que ha tenido la Directiva europea de Derecho de Autor de 2001. Así, mientras que en esta última se definieron taxativamente las excepciones y limitaciones que los miembros podían establecer internamente —siempre que ellas cumplieran con las condiciones del “*three-step test*”— en el caso andino el test tiene como objetivo fijar unas condiciones mínimas para cualesquiera limitaciones que los miembros quieran determinar, sin importar que ellas no se encuentren listadas en el texto de la Decisión, particularmente en el artículo 22 que sigue al que contiene el test.

En lo que se refiere al impacto del “*three-step test*” andino en las legislaciones nacionales de sus miembros, vale decir que fue Ecuador el primero en establecer en su ordenamiento una

⁷¹ Sobre el concepto de “usos honrados”, quien fuera el autor del proyecto que fue aprobado como Decisión 351 de 1993, Ricardo ANTEQUERA PARILLI, anota que, aunque el Convenio de Berna lo utiliza dos veces, nunca llega a definir esta expresión. En la Guía del Convenio de Berna de la OMPI, se dice que uso honrado alude a lo “normalmente admisible, a lo que corrientemente se acepta, a lo que no se opone al sentido común”. Para ANTEQUERA PARILLI, esta noción es demasiado amplia en comparación con lo dispuesto en la regla de los tres pasos. Por otro lado, en el Glosario de Derecho de Autor y Derechos Conexos se afirma que con usos honrados el Convenio de Berna “determina la posibilidad de permitir la libre utilización de las obras en citas o ilustraciones con fines de docencia”, aclarando que “no debe interferir” con la regla de los tres pasos. Después de exponer la forma como él mismo definió la expresión en la Decisión 351 de 1993, el autor llega a la conclusión de que “en definitiva, el principio de los usos honrados, bajo la óptica latina, impone los parámetros dentro de los cuales resulta admisible o ‘razonable’ la previsión de determinadas limitaciones al derecho exclusivo de autor y que, en el caso que nos ocupa, legitiman el uso libre y gratuito de su obra”. R. ANTEQUERA PARILLI, *Estudios de Derecho de Autor y Derechos Afines*, 179-181.

disposición que replicara el test para su aplicación local. Lo hizo en el artículo 83 de su Ley de Derecho de Autor⁷², cuando supeditó la licitud de las excepciones y limitaciones allí definidas al respeto de los usos honrados y al cumplimiento de los pasos dos y tres del test⁷³. En el caso ecuatoriano, entonces, se entendería que los usos honrados son distintos de los criterios del test, y todos ellos en conjunto constituirían una “limitación a las limitaciones”, tal como sucede en la Directiva europea y en aquellos países de tradición de *droit d’auteur* que incorporaron el test a sus ordenamientos.

En el caso de Perú, aun cuando su legislación sobre derecho de autor⁷⁴ no consagra una norma que restrinja de manera general las excepciones y limitaciones con las condiciones del “*three-step test*”, en la definición de usos honrados sí se utilizan nuevamente los pasos dos y tres del test⁷⁵, con algunas variaciones menores respecto de la contenida en la Decisión 351 de 1993, siendo la más importante la referencia tanto a autor como a titular en el tercer criterio. Adicionalmente, en los artículos 76 y 77 se utilizan también los dos últimos pasos para ofrecer criterios de interpretación restrictivos de las limitaciones

⁷² Ley 83 de 1998.

⁷³ Artículo 83. Siempre que respeten los usos honrados y no atenten a la normal explotación de la obra, ni causen perjuicios al titular de los derechos, son lícitos, exclusivamente, los siguientes actos, los cuales no requieren la autorización del titular de los derechos ni están sujetos a remuneración alguna (...).

⁷⁴ Decreto Legislativo 822 de 1996.

⁷⁵ Artículo 2: A los efectos de esta ley, las expresiones que siguen y sus respectivas formas derivadas tendrán el significado siguiente: (...) 47. Usos honrados: Los que no interfieren con la explotación normal de la obra ni causan perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o del titular del respectivo derecho.

relacionadas con programas informáticos⁷⁶. Sin embargo, respecto de estas últimas disposiciones es de resaltar el hecho que los criterios del test se presentan invertidos, lo que hace pensar que posiblemente se basaron en la Directiva europea sobre protección de software y no en los instrumentos internacionales en materia de derecho de autor.

En Bolivia, el “*three-step test*” sólo aplicaría por vía de lo dispuesto en la Decisión andina y en los instrumentos internacionales de los que haga parte, dado que en su legislación vigente⁷⁷ no se hace referencia explícita al test. Los únicos juicios de razonabilidad que se proponen allí son las exigencias respecto de la cita cuyo ejercicio debe ser acorde con los “usos honestos”, “en la medida justificada por el fin que se persiga” y no resultar “abusiva”, elementos que se derivarían (al menos los dos primeros) del artículo 10.1 del Convenio de Berna.

Finalmente, en Colombia la ley básica de derecho de autor⁷⁸ es anterior a la Decisión andina así como al ADPIC y al TODA. Seguramente, esta es la razón por la que en su articulado no se encuentra referencia al “*three-step test*”. Sin embargo, así como sucede con los otros miembros de la CAN, el test fue incorporado a su legislación interna mediante la Decisión andina aquí comentada. En todo caso, el test fue también adoptado en la

⁷⁶ Artículo 76: (...) Lo dispuesto en este artículo no se interpretará de manera que su aplicación permita perjudicar injustificadamente los legítimos intereses del autor del programa o aquélla sea contraria a su explotación normal.

Artículo 77: Ninguna de las disposiciones del presente Capítulo podrá interpretarse de manera que su aplicación perjudique de modo injustificado los legítimos intereses del titular de los derechos o sea contraria a la explotación normal del programa informático.

⁷⁷ Ley 1322 de 1992.

⁷⁸ Ley 23 de 1982.

legislación colombiana mediante una ley —declarada posteriormente inexecutable— que implementó los compromisos adquiridos por el país en el marco del Tratado de Libre Comercio celebrado con los Estados Unidos de Norteamérica. El test se estableció en un artículo independiente y se encontraba redactado en términos similares al del artículo 21 de la Decisión:

Las limitaciones y excepciones que se establezcan en materia de derecho de autor y derechos conexos, se circunscribirán a aquellos casos especiales que no atenten contra la normal explotación de las obras o no causen perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular o titulares de los derechos.

Según se observa, en esta versión del test se extendía su aplicación a los derechos conexos y se retomaba el adjetivo de “especiales” que se había obviado en la Decisión Andina⁷⁹. Sin embargo, en consonancia con lo dispuesto en la norma comunitaria, nuevamente se plantearon las condiciones dos y tres de manera disyuntiva y optativa, al reemplazar el “ni” de la versión original por la conjunción “o”, transmitiendo la idea de que, para satisfacer el test, basta con cumplir uno de los dos criterios y no los dos de forma acumulativa. Llama la atención que, de acuerdo con la redacción de la norma, estas condiciones deberían ser cumplidas respecto de las limitaciones y excepciones “que se establezcan”. Lo anterior denota el poco cuidado que se

⁷⁹ Estas variaciones pueden obedecer a lo dispuesto en el artículo 16.7.8 del TLC con EE.UU. que obliga a las partes a “confinar” las limitaciones a aquellas que cumplan con el “*three-step test*”:

“Con relación a los Artículos 16.5 al 16.7, cada Parte confinará las limitaciones o excepciones a los derechos exclusivos para determinados casos especiales que no entren en conflicto con la normal explotación de la obra, interpretación o ejecución o fonograma, y que no se (*sic*) causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular del derecho.”

tuvo al copiar el test, sin considerar que, al transponerlo a la legislación nacional, su alcance debía haber cambiado. En efecto, a diferencia de lo que ocurre cuando el mandato proviene de un instrumento internacional o comunitario, cuando se decide incluir el test dentro de la legislación interna, es claro que sus destinatarios ya no serán los legisladores —que serían los únicos que podrían “establecer” excepciones— sino los jueces y usuarios correspondientes —quienes no pueden “establecer” limitaciones y excepciones, más bien interpretarlas y ejercitarlas, respectivamente. Así previsto el “*three-step test*”, resultaba completamente inocuo en el ordenamiento colombiano⁸⁰.

En conclusión, se observa que el camino recorrido por el “*three-step test*” en la Comunidad Andina y sus países integrantes no ha sido claro, en la medida que tampoco se ha entendido su significado, tal como se desprende de los errores en su consagración en la normativa comunitaria y en las legislaciones nacionales, así como en su identificación con el concepto de “usos honrados”.

b) La mínima presencia del test en los países del MERCOSUR

A diferencia de la Comunidad Andina de Naciones, el Mercado Común del Sur o MERCOSUR no tiene una normativa común en materia de derecho de autor⁸¹. Sin embargo, se analizan sus

⁸⁰ Sin embargo, es importante anotar que para Colombia subsiste la obligación de reglamentar el TLC con los Estados Unidos, por lo que seguramente se propondrá una ley que reemplace, en términos similares, aquella que fue declarada inexecutable. Ver, por ejemplo, el proyecto de ley 306 de 2013 que fue archivado por trámites legislativos.

⁸¹ Solamente existe un protocolo (de 1995) en materia de propiedad intelectual, relacionado con marcas, indicaciones de procedencia y denominaciones de origen. El Protocolo sólo ha sido ratificado por Uruguay y

miembros en este acápite por razones de sistematización y porque los acuerdos de libre comercio que viene celebrando MERCOSUR —y los que en el futuro suscriba— se refieren o podrán referirse, directa o indirectamente, al derecho de autor, al régimen de excepciones y limitaciones y, por tanto, al “*three-step test*”⁸².

Al examinar de manera particular los países que integran el MERCOSUR, se puede observar que ni en Argentina ni en Uruguay se hace referencia explícita al “*three-step test*” dentro de su legislación interna en materia de derecho de autor. Lo anterior puede obedecer a la antigüedad de sus normas sobre la materia, que datan de la década de los treinta del siglo pasado. Aunque tales leyes se han modificado en algunos aspectos, las reformas no han afectado mayormente lo relacionado con las limitaciones y excepciones, que siguen siendo especialmente restrictivas y redactadas con un lenguaje que excluye la apreciación judicial⁸³.

En Venezuela tampoco es posible encontrar referencia alguna al test, aunque mientras este país fue parte de la Comunidad Andina, la versión del test contenida en la Decisión 351 de 1993

Paraguay, para quienes entró en vigor desde el año 2000. En el artículo 24 de dicho protocolo, las partes se comprometieron a lograr acuerdos similares en otros ámbitos de la propiedad intelectual como, por ejemplo, el derecho de autor. Sin embargo, ese compromiso no se ha cumplido aún.

⁸² Por ejemplo, se incorpora por referencia el ADPIC (cuyo artículo 13 contiene el test) en el Acuerdo de Complementación Económica con Chile y en el Acuerdo con la Comunidad Andina. Por otro lado, en el acuerdo que se está negociando con la Unión Europea se discute un capítulo dedicado a la propiedad intelectual.

⁸³ Por ejemplo, en el caso de la Argentina, el artículo 10 de su ley regula lo concerniente con la cita así: “Cualquiera puede publicar con fines didácticos o científicos comentarios, críticas o notas referentes a las obras intelectuales, incluyendo hasta mil palabras de obras literarias o científicas u ocho compases en las musicales, y en todos los casos sólo las partes del texto indispensables a ese efecto”.

también le fue aplicable. En todo caso, no sobra anotar que en la excepción que permite la reproducción reprográfica para fines de enseñanza se utiliza la expresión “usos honrados”, pero ella seguramente proviene de lo dispuesto en el artículo 10.2 del Convenio de Berna más que del término definido en la Decisión con un alcance similar al del “*three-step test*”.

Por su parte, en la legislación brasileña⁸⁴ aunque si existe una mención al “*three-step test*” ella es mínima. En efecto, en la disposición que permite la reproducción de pequeños fragmentos se establece que dicho uso debe cumplir con varias condiciones, entre ellas, dos que coinciden con los dos últimos criterios del test⁸⁵. Algo similar ocurre en Paraguay, en donde ciertas reproducciones permitidas deben cumplir con los mismos dos criterios del test⁸⁶. Sin embargo, en la otra mención que se hace al test dentro de la ley —relacionada con excepciones respecto de software— se invierten los pasos al momento de fijar restricciones adicionales para el ejercicio de tales excepciones⁸⁷, lo que hace suponer que en este caso también se pudo haber

⁸⁴ Ley 9.610 de 1998.

⁸⁵ “Art. 46. No constituye ofensa a los derechos de autor: (...) VIII. La reproducción de cualquier obra en pequeños fragmentos de obras preexistentes, de cualquier naturaleza, o de obra integral, tratándose de artes plásticas, siempre que la reproducción en sí no sea el objetivo principal de la obra nueva y que no perjudique la explotación normal de la obra reproducida, ni cause un perjuicio injustificado a los legítimos intereses de los autores”.

⁸⁶ Artículo 39. Inciso final. “Las reproducciones admitidas en este artículo serán permitidas en tanto no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.”

⁸⁷ Artículo 73. “Ninguna de las disposiciones del presente capítulo podrá interpretarse de manera que permita que su aplicación perjudique de modo injustificado los legítimos intereses del titular de los derechos o sea contraria a la explotación normal del programa informático.”

utilizado la Directiva europea sobre software como modelo de la norma.

Se observa entonces que en los países analizados en este acápite ha sido mínima la mención al “*three-step test*”, limitándose a algunas referencias someras, en Brasil y Paraguay, a las condiciones para reproducir pequeños fragmentos y, en este último país, a las excepciones que pueden ser ejercidas respecto de los programas de computador. El hecho de que el MERCOSUR carezca de una normativa uniforme sobre el tema y que hasta ahora estén negociando el tratado de libre comercio con la Unión Europea, en cuyos textos modelo suele estar enunciado el test, pueden ser las principales razones para esta exigua injerencia del test en las normativas nacionales.

Por último, para cerrar el capítulo suramericano, es necesario hacer mención al caso especial de Chile que, si bien no hace parte del MERCOSUR, si tiene carácter de asociado tanto de este mercado como de la Comunidad Andina. La ley chilena de derecho de autor fue expedida inicialmente en 1970⁸⁸, por lo que se explica la ausencia inicial de referencias al “*three-step test*” que recién había sido adoptado en la Conferencia de Estocolmo de 1967⁸⁹. La ley mencionada ha sufrido algunas modificaciones en la última década, en las que el test fue protagonista. En efecto, en la reforma de 2003, que seguramente estuvo relacionada con los tratados de libre comercio que celebró ese año con la Unión

⁸⁸ Ley 17.336.

⁸⁹ Aunque en ese mismo año de 1970 Chile había adherido al Convenio de Berna, lo había hecho respecto del Acta Bruselas (1948) en la que aún no se había adoptado el test en el artículo 9(2). Sólo hasta 1975 adherirá al Acta de París (1971) que ya contenía el texto acordado en Estocolmo: http://www.wipo.int/treaties/es/Remarks.jsp?cnty_id=930C

Europea⁹⁰ y con los Estados Unidos de Norteamérica, el test fue introducido de una forma similar a como lo había sido en la Directiva europea de 2001, es decir, como una limitación adicional a las limitaciones expresamente consagradas en la legislación⁹¹. Sin embargo, esta disposición tuvo una vida corta ya que la reforma que se aprobó en 2010, introdujo nuevas excepciones y eliminó el artículo mencionado. En la discusión de esta nueva ley, se propuso un artículo —el 71R— que utilizaba el lenguaje del test pero no de la forma restrictiva que lo hacía la norma eliminada, sino como una disposición de carácter abierto que permitiría la introducción de nuevas excepciones a derechos conexos siempre que cumplieran con los criterios allí establecidos. Esta propuesta no fue finalmente aprobada, por lo que en la legislación interna de Chile —no así en los tratados de los que es parte— no se encuentra referencia explícita al “*three-step test*”.

c) La reciente incorporación del test en los países de Centroamérica y el Caribe

Al revisar la legislación de los países centroamericanos se encuentra que todas las normas vigentes en materia autoral fueron expedidas en la década de los noventa y que en ellas se

⁹⁰ De conformidad con el artículo 32.2 del Acuerdo, la Unión Europea podría “cooperar técnicamente” en asuntos legislativos relacionados con el derecho de autor.

⁹¹ Ley 19.912, artículo 20: “Introdúcese las siguientes modificaciones en la Ley 17.336 de 1970: (...) 7. Agrégase el siguiente artículo 45 bis nuevo, en el Párrafo III: ‘Artículo 45 bis.- Las excepciones establecidas en este Párrafo y en el Párrafo siguiente se circunscribirán a los casos que no atenten contra la explotación normal de la obra, ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos.’”

hacen breves menciones al “*three-step test*”, bien para restringir el alcance de ciertas excepciones, bien para definir el concepto de usos honrados o lícitos. Así, por ejemplo, en la normativa sobre derecho de autor de El Salvador⁹² se utilizan los dos últimos criterios del test para limitar el ejercicio de las excepciones de copia para uso personal⁹³ y de reproducción para fines didácticos⁹⁴. Llama la atención, sin embargo, que en la segunda de tales excepciones se haya obviado el adjetivo de “injustificado” referido a los perjuicios que no pueden causarse a los intereses legítimos del autor, convirtiendo esta condición en una de difícil cumplimiento porque, como se analizará en el último capítulo, toda excepción o limitación puede causar perjuicios al autor, por lo que aquello que se debe verificar es si esos perjuicios están justificados o no en fines superiores.

En Guatemala, la norma sobre derecho de autor⁹⁵ contempla un solo evento en el que se supedita el ejercicio de una excepción al “*three-step test*” y es el referido a la reproducción de artículos o breves fragmentos para la enseñanza o la realización de exámenes⁹⁶, aunque establece como condición adicional el que

⁹² Decreto 604 de 1993.

⁹³ “Artículo 45: a) La reproducción de una copia de la obra para el uso personal y exclusivo del usuario, realizada por el propio interesado con sus propios medios, siempre que no se atente contra la explotación normal de la obra, ni se cause perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.”

⁹⁴ “Artículo 49-C: Será lícita la reproducción de breves fragmentos de obras literarias, científicas o artísticas, en publicaciones o crestomatías o con fines didácticos, científicos de crítica literaria o de investigación, siempre que se indique de manera inconfundible, la fuente de donde proceden; que los textos reproducidos no sean alterados y que tal reproducción no atente contra la explotación normal de la obra, ni cause perjuicio a los intereses legítimos del autor.”

⁹⁵ Decreto 33 de 1998.

⁹⁶ “Artículo 64. Respecto de las obras ya divulgadas también es permitida, sin autorización del autor, además de lo dispuesto en el artículo 32: (...) a) La

dicha reproducción no tenga fines de lucro. También en la ley de derecho de autor de Nicaragua⁹⁷, se prevé que la excepción de reproducción para uso personal no es aplicable a aquellos casos en los que se afecte la explotación normal de la obra o se perjudiquen injustificadamente los intereses del autor⁹⁸. Sin embargo, en el texto de la ley nicaragüense no se encuentran otras referencias al “*three-step test*”. En la normativa hondureña⁹⁹ no aparecía inicialmente referencia alguna al “*three-step test*”, pero en una reforma aprobada en 2006 se introdujo el test, con sus tres criterios, como una restricción adicional al ejercicio de las excepciones de uso personal y uso privado que se prevén en distintos artículos de la norma¹⁰⁰.

reproducción por medios reprográficos, de artículos o breves extractos de obras lícitamente publicadas, para la enseñanza o la realización de exámenes en instituciones educativas, siempre que no haya fines de lucro y que tal utilización no interfiera con la explotación normal de la obra ni cause perjuicio a los intereses legítimos del autor (...)

⁹⁷ Ley 312 de 1999.

⁹⁸ “Artículo 31. Está permitida sin autorización del autor exclusivamente para uso personal la reproducción en una copia de una obra divulgada. La disposición anterior no se aplica a: (...) 5) Ni, a ninguna otra reproducción de una obra que pudiera afectar a la explotación normal de la obra o que pudiera perjudicar de forma injustificada a los intereses legítimos del autor.”

⁹⁹ Decreto 4-99-E de 1999.

¹⁰⁰ “Artículo 47. Respecto de ejemplares de obras adquiridas lícitamente por una persona, es permitida sin autorización del autor ni remuneración, la reproducción de una copia de la obra para el uso personal y exclusivo de esa persona, realizada por él, con sus propios medios, siempre que se trate de casos especiales, que no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor”. (Artículo reformado por el artículo 54 del Decreto 16-2006) “Artículo 121. Constituyen limitaciones a los derechos contenidos en los artículos 113, 118 y 119 de la presente Ley, cuando los actos a que se refieren estos artículos tienen por objeto: 1) Su utilización para uso privado, siempre que se trate de casos especiales que no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a

Por otro lado, ni en Panamá ni en Costa Rica se utiliza explícitamente el test para restringir el uso de excepciones, pero si se hace uso del lenguaje del segundo y tercer criterios para definir usos “lícitos”¹⁰¹ —en el primer caso— y “honrados”¹⁰²—en la legislación costarricense. En relación con la definición panameña, es de resaltar la variación del término “usos honrados” —traducción más común de *“fair practice”*— por el de “usos lícitos”, que puede tener un alcance más restringido, pero es más cercano al concepto de *“fair”*. Adicionalmente, es también de anotar que, así como en el mencionado caso de El Salvador, en Panamá también se eliminó de la parte correspondiente al tercer criterio la exigencia de que los perjuicios que se causen sean “injustificados”, abriendo la puerta para calificar como “ilícito” todo uso que genere un perjuicio al autor, sin tener en cuenta si dicho perjuicio está justificado o no. En lo que respecta a Costa Rica, es importante anotar que su definición de “usos honrados” coincide con la de la Decisión 351 de 1993 de la Comunidad Andina, por lo que es posible que se hayan basado en ésta, razón por la cual se reemplaza el adjetivo “injustificado” por el de “irrazonable” que, como ya se anotó, puede tener una connotación distinta en castellano.

los intereses legítimos del autor”. (Numeral reformado por el artículo 54 del Decreto 16-2006).

¹⁰¹ Ley 15 de 1994 de Panamá sobre derecho de autor: “Artículo 2: Para los efectos de esta Ley, las expresiones que siguen tendrán el siguiente significado: (...) 37. Usos lícitos: Son los que no interfieren con la explotación normal de las obras ni causan perjuicio a los intereses legítimos del autor, según lo dispuesto en el Título V.”

¹⁰² Decreto 24.611 de 1995 de Costa Rica sobre derecho de autor. “Artículo 3: (...) 38) Usos honrados: Son los que no interfieren con la explotación normal de la obra ni causan un perjuicio irrazonable a los intereses legítimos del autor.”

En la legislación mexicana, la presencia del “*three-step test*” es diversa. Por un lado, en la Ley Federal se utiliza —únicamente— el criterio relacionado con la no afectación de la explotación normal de la obra para restringir el ejercicio de las excepciones que pueden ser utilizadas en casos definidos allí mismo. Lo anterior supone que el factor prevalente a la hora de examinar la licitud de una determinada excepción sería el económico, al tiempo que se dejaría de lado el examen de otros intereses relevantes relacionados con el uso particular. En todo caso, en un reglamento de la mencionada ley se introdujo tanto el segundo criterio como el tercero para efectos de determinar la “validez” de las limitaciones relacionadas con derechos conexos, lo que no deja de llamar la atención porque, estando expresamente definidas en la ley, esas limitaciones se presumirían válidas, por lo que aquello que correspondería verificar al juez sería si, en una situación definida, se hizo uso de la limitación de una forma válida o ajustada a derecho.

Por último, es en el ordenamiento de República Dominicana¹⁰³ donde se puede observar, de manera más evidente, la influencia del “*three-step test*” en la regulación de las limitaciones y excepciones en materia autoral. En efecto, el legislador dominicano se sirvió de los criterios del test tanto para definir el concepto de “usos honrados”¹⁰⁴ como para establecer restricciones al ejercicio de las limitaciones y excepciones expresamente definidas en la norma¹⁰⁵. En la definición de “usos

¹⁰³ Ley 65 de 2000, sobre derecho de autor y derechos conexos.

¹⁰⁴ “Artículo 16: (...) 31. Usos honrados: Los que no interfieren con la explotación normal de la obra ni causan perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o del titular del respectivo derecho.”

¹⁰⁵ “Artículo 30: Las limitaciones y excepciones al derecho de autor son de interpretación restrictiva y no podrán aplicarse en forma tal que atenten contra

honrados” se utiliza un lenguaje similar al de la Decisión 351 de la Comunidad Andina, pero se mantiene el adjetivo “injustificado” de las versiones originales del test y toma en cuenta no sólo los intereses legítimos del autor sino también los de otros titulares de derechos. Por su parte, la disposición general que utiliza los pasos del test como criterio interpretativo de todas las limitaciones allí enunciadas expresa que ellas deben entenderse de manera restrictiva, mientras que el tercer criterio lo refiere exclusivamente a los intereses del titular y no a los del autor, que en muchos casos pueden ser personas diferentes.

En la revisión de las legislaciones de Centroamérica y el Caribe se puede observar entonces que todas ellas mencionan el “*three-step test*” de una u otra forma, desde el tímido tratamiento que le dan algunas que circunscriben el test a las excepciones de reproducción para uso personal y para propósitos didácticos o cuando se valen de sus criterios para definir los “usos honrados” y “lícitos”, hasta el papel de criterio interpretativo y restrictivo que le atribuye el ordenamiento dominicano y, en menor medida, el mexicano.

4. LAS MÚLTIPLES FUNCIONES DEL TEST EN EL DERECHO COMPARADO

En la medida que el “*three-step test*” ha sido consagrado en distintos instrumentos internacionales multilaterales, tales como el Convenio de Berna, el ADPIC y el TODA, y que, además, ha sido incluido en varios tratados de libre comercio bilateral, su adopción en las legislaciones nacionales es cada vez más común, aunque su alcance difiera de una jurisdicción a otra. Fuera del

la explotación normal de la obra o causen un perjuicio injustificado a los intereses del titular del respectivo derecho.”

ámbito europeo y latinoamericano, también es posible identificar otros ordenamientos que han adoptado internamente el test o que se han inspirado en uno o varios de sus criterios al momento de regular lo concerniente con las limitaciones y excepciones al derecho de autor.

En algunos países se utiliza el test como guía para la definición de nuevas excepciones. Dentro de estos se encuentra, por ejemplo, Suráfrica, que permite en su legislación de *copyright*¹⁰⁶ la realización de reproducciones adicionales a las específicamente previstas en la ley, a condición de que dicha reproducción no suponga la afectación de la explotación normal de la obra y no perjudique irrazonablemente los legítimos intereses de su titular¹⁰⁷. Llama la atención que en las regulaciones de esta norma general se haya acotado el alcance inicialmente previsto, al supeditar la reproducción a un solo ejemplar y al hacer depender la posibilidad de reproducir de que el “efecto acumulado” o final de dicha acción cumpla con los pasos dos y tres del test¹⁰⁸. En la misma regulación se determina el

¹⁰⁶ *Copyright Act* No. 98 de 1978.

¹⁰⁷ “13. *General exceptions in respect of reproduction of works. In addition to reproductions permitted in terms of this Act reproduction of a work shall also be permitted as prescribed by regulation, but in such a manner that the reproduction is not in conflict with a normal exploitation of the work and is not unreasonably prejudicial to the legitimate interests of the owner of the copyright.*”

¹⁰⁸ (Section 13) “*Permitted reproduction. 2. The reproduction of a work in terms of section 13 of the Act shall be permitted- (a) except where otherwise provided, if not more than one copy of a reasonable portion of the work is made, having regard to the totality and meaning of the work. (b) if the cumulative effect of the reproductions does not conflict with the normal exploitation of the work to the unreasonable prejudice of the legal interest and residuary rights of the author*”. Nótese la confusión en la redacción de los pasos y la manera como se hace referencia al último, cuando se hace mención de “intereses legales y derechos residuales del autor”.

alcance del efecto acumulado mencionado, cuando establece los máximos que se pueden copiar según la clase de obra¹⁰⁹, restándole fuerza a la disposición original de la ley, que concedía un permiso general para reproducir en todos los casos que se cumpliera con el test sin definir restrictivamente su alcance.

Un país vecino de Suráfrica, Zimbabue, también ha previsto dentro de su legislación de *copyright*¹¹⁰ la posibilidad de que, por vía reglamentaria, se definan situaciones en las que estaría permitida la reproducción de obras siempre que ella no afecte la explotación normal de la obra ni perjudique irrazonablemente los intereses del propietario de *copyright*¹¹¹. Se observa entonces que en los dos países africanos a los que se ha hecho referencia, la función del test, antes que restringir excepciones previamente establecidas, sería la de permitir la definición y ejercicio de otras excepciones al derecho de reproducción que cumplan con los criterios allí previstos.

En otras jurisdicciones, el “*three-step test*” se ha usado únicamente como condicionante de determinadas excepciones. Es el caso de Sri Lanka¹¹², Etiopía¹¹³ y Camboya¹¹⁴, que se sirven del

¹⁰⁹ *Copyright Regulations* No. 2: “Cumulative effect” is defined as: “not more than one short poem, article, story or essay or two excerpts copied from the same author or more than three short poems, articles, stories or essays from the same collective work or periodical volume” and “no more than 9 instances of such multiple copying for one course of instruction to a particular class during any one term” may be made without copyright permission.

¹¹⁰ *Copyright and Neighboring Rights Act*

¹¹¹ “44. Prescribed dealings in copyright works. In addition to any other reproducing permitted in terms of this Act, the reproduction of a work shall be permitted in such manner and circumstances as may be prescribed: Provided that (i) regulations made under section one hundred and thirty-five shall not permit any such reproduction to be in conflict with a normal exploitation of the work or unreasonably prejudice the legitimate interests of the owner of the copyright;”

¹¹² *Intellectual Property Act, No. 36 of 2003*: “12. (...) (2) The permission under subsection (1) of this section shall not be extended to the reproduction—

test para imponer condiciones al ejercicio de la excepción de reproducción para uso personal o privado. Sin embargo, en dichas legislaciones no se consagra el primer paso, sino únicamente los dos últimos. La razón para ello radica seguramente en el hecho de que la excepción mencionada ya sería un “caso especial” en el marco del criterio definido en los instrumentos internacionales.

En algunas otras economías pequeñas, como las de Lituania¹¹⁵, Bielorrusia¹¹⁶ y Uzbekistán¹¹⁷, el “*three-step test*” —

(...) (e) of any work, in case the reproduction would conflict with a normal exploitation of the work or would otherwise unreasonably prejudice the legitimate interests of the owner of the copyright.”

¹¹³ *Copyright and Neighboring Rights Protection Proclamation No. 410/2004: “9. Reproduction for Personal Purposes. (...) 2/ The provisions of Sub-Article (I) of this Article shall not extend to reproduction; (...) e) which would conflict with or unreasonable harm the normal exploitation of the work or the legitimate interest of the author.”*

¹¹⁴ *Copyright and Neighboring Rights Act, 2003: “24. (...) (3) (...) (e) Of any work, in cases where reproduction would conflict with a normal exploitation of the work or would otherwise unreasonably prejudice the legitimate interests of the author or the right-holder.”*

¹¹⁵ *Law VIII-1185 of May 18, 1999, (as amended by Law No. VIII-1886 of July 20, 2000): “19. Any limitations on economic rights shall be permitted exclusively in the cases provided for in this Law. They must not conflict with the normal exploitation of a work and must not prejudice the legitimate interests of the author or other owner of copyright.”*

¹¹⁶ *Law 194-3 of August 11 of 1998: “16 (4) The rights of authors (or other holders of copyright) set out in this Article shall be subject to the limitations specified in Articles 18 to 21 of this Law and which shall apply insofar as the uses in question do not unjustifiably prejudice the normal exploitation of the work and do not without valid reason violate the legitimate interests of the author (or other holder of copyright).” En el artículo 36 (4) de esta misma ley se prevé una norma similar respecto de las excepciones sobre derechos conexos.*

¹¹⁷ *Law 271-1 of 1996: “Art. 26. The exclusive rights of the author or of other owners with respect to exploitation of the work may only be limited in the cases provided for in Articles 17 to 21 of this Law or in other laws.*

expresado en los criterios dos y tres— tiene una función similar a aquella que se le ha atribuido en el derecho comunitario europeo, es decir, servir como una limitación adicional y general a las limitaciones y excepciones expresamente contempladas en sus legislaciones. Adicionalmente, en los países mencionados se usa también el test para restringir el ejercicio de determinadas excepciones.

El test también se ha ido abriendo paso en los ordenamientos jurídicos de jurisdicciones con tradición de *common law* y de *copyright*. En la legislación de Australia¹¹⁸, por ejemplo, ciertos usos se encuentran permitidos en la medida que ellos puedan ser calificados como un caso especial, no afecten la explotación normal de la obra y no perjudiquen irrazonablemente los intereses del titular de *copyright*¹¹⁹. Sin embargo, es curioso que la misma norma indique que el significado de cada uno de esos criterios es el mismo establecido en el artículo 13 del ADPIC¹²⁰, cuando lo cierto es que esta norma nunca aclara el alcance de las

The limitations so defined shall apply subject to their not being unduly prejudicial to the normal exploitation of the work and not unjustifiably prejudicing the legitimate interests of the author."

¹¹⁸ *Copyright Act 1968* (consolidada a 2011).

¹¹⁹ "200AB *Use of works and other subject-matter for certain purposes. (1) The copyright in a work or other subject-matter is not infringed by a use of the work or other subject-matter if all the following conditions exist: (a) the circumstances of the use (including those described in paragraphs (b), (c) and (d)) amount to a special case; (b) the use is covered by subsection (2), (3) or (4); (c) the use does not conflict with a normal exploitation of the work or other subject-matter; (d) the use does not unreasonably prejudice the legitimate interests of the owner of the copyright.*"

¹²⁰ "Definitions (7) In this section: **conflict with a normal exploitation** has the same meaning as in Article 13 of the TRIPS Agreement. **special case** has the same meaning as in Article 13 of the TRIPS Agreement. **unreasonably prejudice the legitimate interests** has the same meaning as in Article 13 of the TRIPS Agreement (...)" (negrillas dentro de texto).

tres condiciones que deben cumplirse para poder establecer excepciones y limitaciones. Aunque no lo establece la norma de manera expresa, cuando el juez australiano requiera determinar el alcance de los criterios del test, deberá acudir a aquellos que previamente han interpretado el artículo 13 del ADPIC, en particular, al informe del Panel de la OMC del año 2000 en el caso de la reclamación de la Unión Europea a los Estados Unidos de Norteamérica¹²¹.

En todo caso, además del juicio de razonabilidad que supone el “*three-step test*”, la legislación australiana contempla también la institución del *fair dealing*, proveniente del derecho del inglés, para cuya definición utiliza, curiosamente, los elementos del *fair use* estadounidense. En efecto, dentro de los distintos escenarios en los que puede ser alegada la existencia de *fair dealing* se encuentra el relacionado con la investigación y el estudio privado (*research and private study*), caso en el que el legislador ha dispuesto que se deben tener en cuenta cinco criterios, cuatro de los cuales coinciden con los del *fair use*¹²². Lo anterior es

¹²¹ OMC, Informe del Grupo Especial, WT/DS160/R, 2000. A la fecha, este es el único caso que, mediante el sistema de solución de disputas de la OMC, ha propuesto una interpretación del artículo 13 del ADPIC. En otro caso se hizo alusión al “*three step test*” aunque su propósito era el estudio de una prueba similar que se encuentra prevista para patentes: OMC, Informe del Grupo Especial, WT/DS114/R, 2000 (Canadá – Protección mediante patentes de productos farmacéuticos).

¹²² “*For the purposes of this Act, the matters to which regard shall be had, in determining whether a dealing with a literary, dramatic, musical or artistic work or with an adaptation of a literary, dramatic or musical work, being a dealing by way of reproducing the whole or a part of the work or adaptation, constitutes a fair dealing with the work or adaptation for the purpose of research or study include: (a) the purpose and character of the dealing; (b) the nature of the work or adaptation; (c) the possibility of obtaining the work or adaptation within a reasonable time at an ordinary commercial price; (d) the effect of the dealing upon the potential market for, or value of, the work or adaptation; and (e) in a case where part only of the work or adaptation is reproduced—the amount and*

relevante por cuanto, como se ha visto hasta ahora, no es común que confluyan en un mismo ordenamiento jurídico los criterios de “*three-step test*”, “*fair dealing*” y “*fair use*”. El hecho de que suceda en el caso australiano lleva a pensar que entre ellos pueden existir más similitudes que diferencias, como se analizará más adelante.

La confluencia de *fair dealing* y *fair use* también puede observarse en la jurisdicción vecina de Australia, en Nueva Zelanda¹²³, donde también se utilizan los criterios del *fair use* estadounidense como pautas que permitan determinar, en casos particulares, la existencia de *fair dealing* en la utilización de obras para investigación o estudio privado¹²⁴. Sin embargo, en la legislación neozelandesa no se encuentra referencia alguna al “*three-step test*”, a pesar de que el país es parte del Convenio de Berna y de la OMC (ADPIC) aunque, a diferencia de Australia, no lo es del TODA.

La otra jurisdicción en la que convergen los criterios del “*three-step test*”, del “*fair dealing*” y del “*fair use*” es la de Hong

substantiality of the part copied taken in relation to the whole work or adaptation.”

¹²³ *Copyright Act 1994* (consolidada a 2011).

¹²⁴ “*Section 43 (3) In determining, for the purposes of subsection (1), whether copying, by means of a reprographic process or by any other means, constitutes fair dealing for the purposes of research or private study, a court shall have regard to—*

(a) the purpose of the copying; and

(b) the nature of the work copied; and

(c) whether the work could have been obtained within a reasonable time at an ordinary commercial price; and

(d) the effect of the copying on the potential market for, or value of, the work; and

(e) where part of a work is copied, the amount and substantiality of the part copied taken in relation to the whole work.”

Kong. En efecto, en esta Región Administrativa Especial de China, la tradición predominante es la del *copyright*, lo que se explica por haber sido colonia británica hasta 1997. Por lo anterior, la figura del “*fair dealing*” hace parte de su legislación¹²⁵ aunque hoy en día se sirva de tres de los criterios del “*fair use*” para su definición¹²⁶. Es de resaltar, sin embargo, que el cuarto criterio, el de carácter más “económico”, no fue incluido dentro de los elementos que debe sopesar el juez al momento de decidir si un determinado uso es “*fair dealing*” o no. De todas maneras, la interpretación de ese elemento de mercado o económico debe hacerse de conformidad con el “*three-step test*” que también consagra la legislación hongkonesa¹²⁷, al menos sus criterios dos y tres que constituyen la consideración primordial para determinar si un determinado uso se encuentra permitido.

No obstante lo dispuesto en la legislación hongkonesa, en el ordenamiento jurídico de la China¹²⁸ no se hace referencia alguna al “*three-step test*” aunque sí se utiliza una idea similar a la del tercer criterio para supeditar el ejercicio de limitaciones a

¹²⁵ *Copyright Ordinance* (N°528)

¹²⁶ “38 (3) *In determining whether any dealing with a work of any description is fair dealing, the factors to be considered include—*

(a) the purpose and nature of the dealing;

(b) the nature of the work; and

(c) the amount and substantiality of the portion dealt with in relation to the work as a whole”.

¹²⁷ “37 (3) *In determining whether an act specified in this Division may be done in relation to a copyright work notwithstanding the subsistence of copyright, the primary consideration is that the act does not conflict with a normal exploitation of the work by the copyright owner and does not unreasonably prejudice the legitimate interests of the copyright owner.”*

¹²⁸ *Copyright Act* (consolidada a 2010).

aquellos casos en los que se perjudiquen otros derechos reconocidos en la ley¹²⁹.

En el caso de Rusia¹³⁰ la mención al “*three-step test*” se ha circunscrito a las excepciones que pueden ser ejercitadas respecto de los programas de computador y las bases de datos¹³¹, aunque se utilizan únicamente los pasos dos y tres y se introducen unos cambios mínimos a la redacción de los mismos.

Finalmente, es importante anotar que otros países han decidido adoptar cláusulas de *fair use* dentro de sus legislaciones sin hacer mención expresa al “*three-step test*”. Este es el caso, por ejemplo, de Israel¹³², Filipinas¹³³, Singapur¹³⁴ y Corea¹³⁵

5. RECAPITULACIÓN.

A partir del examen de legislaciones comunitarias y nacionales, se evidencia la recepción del “*three-step test*” en buena

¹²⁹ “Article 22. In the following cases, a work may be used without permission from, and without payment of remuneration to, the copyright owner, provided that the name of the author and the title of the work are mentioned and the other rights enjoyed by the copyright owner in accordance with this Law are not prejudiced: (...)”

¹³⁰ Código Civil. Parte 4.

¹³¹ “1280. (...) 4. The application of the provisions provided by the present Article must not cause unjustified harm to the normal use of a computer program or database and must not impair in an unjustified manner the lawful interests of the author or rightholder.”

¹³² Artículo 19, Copyright Act, 2007 (versión consolidada a 2011).

¹³³ Artículo 185.1 del Código de Propiedad Intelectual (modificado en febrero de 2013).

¹³⁴ Artículo 35(2) de la Copyright Act, 1987 (versión consolidada a 2006)

¹³⁵ Artículo 28, Framework Act of Intellectual Property (versión consolidada a 2011).

parte de las jurisdicciones estudiadas. Así, en la mayoría de los países europeos con tradición de *droit d'auteur* se pudo verificar la adopción del test dentro de sus sistemas de propiedad intelectual, en los que cumple la función de condicionar el ejercicio de las excepciones y limitaciones que se han definido en las mismas legislaciones. Sin embargo, también en casi todas las jurisdicciones en las que se ha adoptado el test como norma nacional se ha hecho obviando el primer criterio o paso, seguramente porque en las legislaciones correspondientes, siguiendo el ejemplo de la Directiva europea de 2001, se optó por establecer una lista cerrada o taxativa de excepciones y limitaciones, es decir, de aquellos “casos especiales” en los que sería permitido el uso excepcional. La interacción entre la lista cerrada de excepciones y limitaciones y el “*three-step test*” tendría como resultado final crear una limitación o restricción adicional al ejercicio de las excepciones.

No obstante, no todos los países a los que el “*three-step test*” les es aplicable por ser parte de los instrumentos internacionales que lo consagraron los han incorporado a su derecho interno. En efecto, en aquellos países con tradición germánica en materia de derecho de autor el test se encuentra ausente de sus normativas como elemento interpretativo —y restrictivo— general de todas las excepciones, aunque si se encuentra presente en disposiciones referentes al ejercicio de limitaciones respecto bases de datos y programas de computador. En estos países, sin embargo, el test pudo haber influido en la forma precisa como han sido definidas sus excepciones y limitaciones que, además, deben cumplir con unos requisitos detallados para su ejercicio y, en muchos casos, se encuentran sujetos al pago de una remuneración equitativa que supondría el cumplimiento de los pasos dos y tres del test.

La presencia e influencia del “*three-step test*” es menos evidente en los países europeos pertenecientes al sistema de

copyright, ya que en sus normativas únicamente se incluye una referencia expresa respecto del uso de bases de datos, seguramente en cumplimiento de lo ordenado por la Directiva sobre este particular. Sin embargo, como se señaló en su momento, es importante tener en cuenta la manera como la normativa irlandesa utilizó elementos del “*three-step test*” para definir un concepto tradicional como el del “*fair dealing*”, situación que de manera similar se presenta en otras jurisdicciones de “*common law*” como Australia, Nueva Zelandia y Hong Kong en las que, si bien no se utilizan los criterios del “*three step test*” para definir el “*fair dealing*”, si se utilizan los factores del “*fair use*” estadounidense para precisar el alcance de esta institución proveniente del derecho inglés, al tiempo que acuden al “*three step test*” —al menos, en Australia y Hong Kong— para delimitar el contenido de determinadas excepciones y limitaciones.

El test también ha sido utilizado para definir un concepto como el de “usos honrados” —que guarda alguna similitud con el de “*fair use*”— en la normativa de la Comunidad Andina y la de Costa Rica. Sin embargo, en la misma normativa andina y en la de otras jurisdicciones latinoamericanas se evidencian errores y disparidades de redacción en sus propias versiones del test cuando consagran sus criterios como optativos y no acumulativos, o cuando utilizan traducciones alternativas a las previstas en los instrumentos internacionales donde se adoptó la prueba inicialmente. Sin embargo, en otras jurisdicciones latinoamericanas, especialmente en aquellas pertenecientes al Mercosur, la influencia y presencia del “*three step test*” ha sido mínima, lo que puede explicarse por la falta de una normativa uniforme sobre derecho de autor y al hecho de que hasta ahora se estén negociando los tratados de libre comercio en los que es

usual incluir una versión del test, como es el caso de aquellos en los que es parte la Unión Europea.

En todo caso, en el estudio de derecho comparado se pudo constatar que la consagración del test y su incidencia en las legislaciones internas de economías emergentes es una situación cada vez más común, seguramente como consecuencia de las exigencias contenidas en los tratados multilaterales y bilaterales de comercio internacional celebrados en los últimos veinte años. Del examen legislativo de estos países, se pueden identificar algunos que utilizan el test como un criterio general para la definición de nuevas excepciones, otros donde se usa como condicionante de algunas excepciones y, finalmente, algunos más que se valen del test como una restricción general a todas las excepciones, es decir, como “limitación a las limitaciones”.

CAPÍTULO 6

LA RAZÓN DE LA REGLA: LA NECESIDAD DE ACUDIR A LA RAZONABILIDAD PARA LA INTERPRETACIÓN DEL “THREE-STEP TEST”

1. EL CONTEXTO DE LAS INTERPRETACIONES DADAS AL TEST

Aunque la primera versión del “*three-step test*” fue acordada hace casi medio siglo en la Conferencia de Estocolmo de la Unión de Berna, la jurisprudencia sobre el particular es inexistente hasta el año 2000 al tiempo que la literatura jurídica en la materia es realmente escasa, limitándose a algunos comentarios al margen en los tratados generales sobre derecho de autor o sobre el Convenio de Berna. La doctrina más relevante en este periodo anterior al 2000 es la del profesor de la Universidad de Melbourne, Sam RICKETSON, en su completo estudio sobre el Convenio de Berna, a propósito del primer centenario de existencia del más importante y antiguo tratado internacional sobre derecho de autor¹. La relevancia de la doctrina de RICKETSON

¹ Cfr. S. RICKETSON, *Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*, Kluwer, Londres, 1987, 482 y ss.

sobre el test está dada por su mención en un caso fue objeto del mecanismo de resolución de disputas de la OMC en 2000, así como en los primeros comentarios y escritos académicos que se publicaron sobre éste a partir de 2001.

Precisamente, el caso de la *Música en pequeños establecimientos en EE.UU.*² que fue objeto del mecanismo de resolución de disputas de la OMC marcó un hito en la comprensión del test, puesto que se trató de la primera controversia que puso en ejercicio el test para determinar la admisibilidad de una excepción a la luz de lo establecido en el artículo 13 del ADPIC³. El hecho de que se haya tratado de un reclamo de las Comunidades Europeas contra los Estados Unidos de Norteamérica le dio mayor resonancia a la disputa que, además, aumentó cuando el Panel decidiera otorgarle la razón a las pretensiones europeas. Ante el impacto internacional del informe, reconocidos tratadistas como la profesora de la Universidad de Columbia, Jane GINSBURG y el ex subdirector general de la OMPI, Mihály FICSOR, publicaron sendos artículos en los que estudiaron la forma como el Panel había interpretado el test y sus criterios, al tiempo que analizaron sus posibles consecuencias hacia el futuro⁴.

² Caso *Música en pequeños establecimientos en EE.UU.* (OMC), Informe del Grupo Especial, WT/DS160/R (15 de junio de 2000).

³ En todo caso, ese mismo año, le había correspondido a otro Panel de la OMC pronunciarse sobre la forma como debía ser interpretado el "*three-step test*" en un asunto que, aun cuando no se refería a derecho de autor sino a patentes, requería la aplicación de un test similar que, sobre esta última materia, fue establecido en el artículo 30 del ADPIC. Uno de los miembros de este Panel fue Mihály FICSOR, uno de los primeros doctrinantes que publicaron su opinión sobre la interpretación del "*three-step test*": ver Caso *Patente sobre productos farmacéuticos en Canadá* (OMC), Informe del Grupo Especial, WT/DS114/R (17 de marzo de 2000).

⁴ Ver J. C. GINSBURG, "Toward Supranational Copyright Law? The WTO Panel Decision and the 'Three-Step Test' for Copyright Exceptions", *Working*

Al lado de los comentarios de GINSBURG y FICSOR, que han sido ampliamente citados en la literatura jurídica, también en este periodo post fallo de la OMC es importante resaltar otros estudios⁵, especialmente uno también publicado por el profesor RICKETSON en 2002⁶ en el que amplió su explicación sobre la forma como debía ser interpretado el test y modificó algunas de sus posiciones iniciales sobre el particular. Además de la disertación específica antes mencionada, la doctrina del profesor australiano sobre el test está complementada por el estudio más general sobre excepciones y limitaciones que preparó por encargo de la OMPI en 2003⁷ y la versión actualizada de su obra sobre el Convenio de Berna, que publicó en conjunto con la profesora GINSBURG en 2006⁸.

Paper, Columbia University School of Law, no. 181 (2001) 1-16, *passim*; M. FICSOR, "How much of what? The "three-step test" and its application in two recent WTO dispute settlement cases", *passim*.

⁵ Ver, por ejemplo: J. OLIVER, "Copyright in the WTO: The Panel Decision on the Three-Step Test", *passim*; D. J. BRENNAN, "The Three-Step Frenzy - Why the TRIPS Panel Decision might be considered Per Incuriam", *Intellectual Property Quarterly*, no. 2 (2002) 212-25, *passim*; B. D. VUYST, A. M. FAIRCHILD y G. MEYER, "Exceptions to Intellectual Property Rights: Lessons from WTO-Trips Panels", *Murdoch University Electronic Journal of Law*, no. 31 (2003), *passim*; Y. GAUBIAC, "Exceptions and limitations to copyright within the meaning of article 13 of TRIPS", *e.Boletín de derecho de autor UNESCO* Jul-Sep (2003) 1-14, *passim*; S. DUSOLLIER, "L'encadrement des exceptions au droit d'auteur par le test des trois étapes", *I.R.D.I.*, no. 2 (2005) 213-23, *passim*; D. GERVAIS, "Towards a new core international copyright norm: The reverse three-step test", *Marquette Intellectual Property Law Review* 9, no. 1 (2005) 1-35, *passim*; K. J. KOELMAN, "Fixing the Three-Step Test", *passim*.

⁶ S. RICKETSON, *The three-step test, deemed quantities, libraries and closed exceptions*, *passim*.

⁷ S. RICKETSON, "WIPO Study on Limitations and Exceptions of Copyright and Related Rights in the Digital Environment."

⁸ S. RICKETSON y J. C. GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond*, I, 755 y ss.

En todo caso, uno de los estudios más importantes que se han escrito sobre el “*three-step test*” fue publicado en 2004 por Martin SENFTLEBEN, como resultado de su investigación doctoral que desarrolló en la Universidad de Amsterdam⁹, bajo la dirección del profesor Bernt HUGENHOLTZ¹⁰. El libro de SENFTLEBEN revisa los orígenes del test en los distintos tratados internacionales, antes de adentrarse en el estudio sobre la forma como opera la prueba y cada uno de sus criterios. Sin embargo, el análisis del autor se centra posteriormente en la versión europea del test, tal como fue consagrado en la Directiva de derecho de autor en la sociedad de la información de 2001 según se hizo referencia en el capítulo anterior. Adicionalmente, para el momento en que la monografía fue publicada eran contados los países en los que se había transpuesto la Directiva y solamente se había emitido un fallo

⁹ Ver M. SENFTLEBEN, *Copyright, limitations and the three-step test: An Analysis of the Three-step Test in International and EC Copyright Law, passim*. Algunos autores se han referido a este trabajo como la principal (“*leading*”) monografía sobre la materia. Además de este libro, el autor holandés ha publicado artículos posteriores en los que ha seguido analizando la incidencia del “*three-step test*” en el derecho de autor. Ver, por ejemplo: M. SENFTLEBEN, “Towards a Horizontal Standard for Limiting Intellectual Property Rights? WTO Panel Reports Shed Light on the Three-Step Test in Copyright Law and Related Tests in Patent and Trademark Law”, *IIC* 37, no. 4 (2006) 407-38, 407-438; M. SENFTLEBEN, “The International Three-Step Test: A Model Provision for EC Fair Use Legislation”, *Jipitec*, no. 1 (2010) 67-82, 67-82.

¹⁰ El profesor HUGENHOLTZ ha creado escuela alrededor suyo en el tema de las excepciones y limitaciones. Además de la tesis de SENFTLEBEN, dirigió ya mencionada en el capítulo segundo de este trabajo escrita por Lucie GUIBAULT: L. M. GUIBAULT, *Copyright Limitations and Contracts - An Analysis of the Contractually Overridability of Limitations on Copyright, passim*. Adicionalmente, ha publicado algunos reportes, uno de ellos también con M. SENFTLEBEN, en los que la interpretación del “*three-step test*” ha sido un tema central. Ver, por ejemplo: P. B. HUGENHOLTZ y M. SENFTLEBEN, “Fair use in Europe. In search of flexibilities”, *Institute for Information Law - University of Amsterdam* (2011), P. B. HUGENHOLTZ y R. L. OKEDIJI, “Conceiving an International Instrument on Limitations and Exceptions to Copyright - Final Report.”

nacional relevante que hiciera aplicación del test¹¹, por lo que no hay un análisis exhaustivo del impacto de la prueba en ese nivel, aparte de la referencia a determinadas excepciones y limitaciones.

Además de las transposiciones nacionales del “*three-step test*”, el siguiente detonante para su análisis académico fue el sonado caso *Mulholland Drive*¹² en el que la Corte de Casación francesa interpretó restrictivamente la excepción de copia privada mediante la aplicación de la prueba, particularmente de su segundo criterio. Este caso dio lugar a un considerable número de comentarios, desde aquellos que respaldaron la decisión hasta quienes llamaron la atención sobre los peligros que entrañaba la forma como el tribunal había utilizado el test para resolver una cuestión que afectaba a la industria, al tiempo que pidieron reconsiderar el papel de las excepciones y limitaciones en el derecho de autor y la forma como el “*three-step test*” venía siendo interpretado¹³. A partir de este movimiento, se polarizaron aún

¹¹ Caso *Copia y envío de artículos por bibliotecas* (Alemania), BGH [Tribunal Supremo], I ZR 118/96 (25 de febrero de 1999).

¹² Caso *Mulholland Drive* (Francia), Corte de Casación Civil, 37 I.I.C. 760 (28 de febrero de 2006). Una traducción al castellano de esta y las decisiones se puede leer en la Revista Iberoamericana de Derecho de Autor, páginas 192 y ss. (traducción de Sofía Rodríguez Moreno).

¹³ Ver, por ejemplo, V.-L. BÉNABOU, "Les dangers de l'application judiciaire du triple test à la copie privée: A propos de la vénéneuse décision de la Cour de Cassation dans l'affaire « Mulholland Drive »", *Légipresse*, no. 231 (2006) 71, *passim*; K. J. KOELMAN, "Fixing the Three-Step Test", nota 24; Y. GAUBIAC, "Medidas tecnológicas e interoperabilidad en el derecho de autor y los derechos vecinos", *e.Boletín de derecho de autor UNESCO* Abr-Jun (2007) 1-9, *passim*; R. M. HILTY, C. GEIGER y J. GRIFFITHS, "Towards a balanced interpretation of the "Three-Step Test" in Copyright Law", *European Intellectual Property Review* (2008) 489-96, *passim*; R. CASAS VALLÉS, "Copia privada y medidas tecnológicas: el caso *Mulholland Drive*", *Revista Iberoamericana de Derecho de Autor*, no. 1 (2007) 204-33, *passim*; E. RENGIFO, "Un nuevo reto del Derecho en la edad de la información", *La Propiedad Inmaterial*, no. 12 (2008) 105-19, *passim*. También, como reacción a la decisión, se organizaron talleres y conferencias que habrían de ser el semillero de las posteriores publicaciones académicas y propuestas

más las posiciones en torno a los intereses que debían ser protegidos por el derecho de autor en el nuevo contexto de globalización, comercio internacional y uso masificado de las tecnologías de la información.

Uno de los principales resultados del movimiento crítico del caso *Mulholland Drive* y decisiones similares fue la “Declaración por una interpretación equilibrada de la “regla de los tres pasos” en el derecho de autor”¹⁴ promovida desde Instituto Max Planck y suscrita por un considerable número de estudiosos del derecho de autor distintas partes del mundo, aunque particularmente europeos. La iniciativa fue liderada por Christophe GEIGER, Reto HILTY, Jonathan GRIFFITHS y Uma SUTHERSANEN. Además de la Declaración, los tres primeros han seguido tenido un rol activo en la promoción de lo que ellos consideran una interpretación adecuada del test. En particular, el profesor GEIGER ha publicado decenas de escritos académicos sobre el test en particular y sobre la denominada “flexibilización” del derecho de autor y sus excepciones y limitaciones en general¹⁵. En sus estudios se puede

conjuntas como “*Rethinking the three-step*” que se realizó en París en febrero de 2007, organizado por el Instituto Max Planck y Queen Mary College de la Universidad de Londres.

¹⁴ Versión en castellano en el sitio del Instituto Max Planck: http://www.ip.mpg.de/files/pdf2/declaration_three_step_test_final_spanish1.pdf

¹⁵ Ver, ejemplo: C. GEIGER, *Droit d'auteur et droit du public à l'information*, Litec, Paris, 2004, *passim*; C. GEIGER, "From Berne to National Law, via the Copyright Directive: The Dangerous Mutations of the Three-step Test", *passim*; C. GEIGER, "El papel del test de las tres etapas en la adaptación del derecho de autor a la sociedad de la información", *e.Boletín de derecho de autor UNESCO* Ene-Mar (2007) 1-25, *passim*; C. GEIGER, "Implementing an International Instrument for Interpreting Copyright Limitations and Exceptions", *IIC* 40, no. 6 (2009) 627-42, *passim*; C. GEIGER, "The Constitutional Dimension of Intellectual Property" en P. L. C. TORREMANS (ed.), *Intellectual Property and Human Rights*, Kluwer Law, La Haya, 2008, 101-31, *passim*; C. GEIGER, "Exploring the Flexibilities of the TRIPS Agreement's Provision on Limitations and Exceptions"

percibir una particular atracción por los postulados del neoconstitucionalismo y del discurso de los derechos humanos. Reto HILTY también ha continuado con su activismo académico, desde la dirección del Instituto Max Planck de Propiedad Intelectual y el Derecho de la Competencia, con algunos artículos en los que promueve un código unificado europeo en materia de derecho de autor y llama a continuar trabajando en la adopción de la interpretación propuesta en la Declaración¹⁶. Finalmente, el profesor GRIFFITHS también ha publicado artículos en los que analiza la interpretación del test en los pronunciamientos judiciales y revisa la situación particular del Reino Unido y de Europa¹⁷.

En la otra orilla de los promotores de la Declaración del Max Planck se han ubicado algunos doctrinantes que defienden una interpretación más restringida del test¹⁸, al tiempo que critican las posturas que pretenden introducir elementos foráneos y flexibles al derecho de autor, como sucedió en el caso *Megakini* en el que el

en A. KUR and V. MIZARAS (ed.), *The Structure of Intellectual Property Law: Can One Size Fit All?*, Edward Elgar, Cheltenham - Northampton, 2011, 287-307, *passim*.

¹⁶ Ver, por ejemplo: R. M. HILTY, "Declaration on the "Three-Step Test": Where do we go from here? ", *Jipitec*, no. 1 (2010) 83-86, 83-86.

¹⁷ Ver, por ejemplo: J. GRIFFITHS, "The "three-step test" in European Copyright Law - Problems and solutions", 1-23; J. GRIFFITHS, "Rhetoric & the "Three-Step Test": Copyright Reform in the United Kingdom", 309-312.

¹⁸ Es el caso, por ejemplo, del profesor André LUCAS quien ha presentado categóricos comentarios en contra de la Declaración, como el publicado en 2009 en castellano, en compañía de Pilar CÁMARA en donde también se criticó la decisión *Megakini*: A. LUCAS y P. CÁMARA, "Por una interpretación razonable de la regla de los tres pasos", *passim*; A. LUCAS, "Le test en trois étapes et sa signification dans la Directive de 2001 sur la société de l'information", *Pe.i. revista de propiedad intelectual*, no. 1 Extra (2011) 47-56, *passim*. Ver también: Y. GENDREAU, "Intellectual Property Colloquium Series: Canada and the Three-Step Test: A Step in Which Direction?", *passim*.

Tribunal Supremo español identificó el “*three-step test*” con la doctrina del *fair use* estadounidense¹⁹.

Finalmente, como se mencionó en el capítulo anterior, en junio de 2013 se suscribió el Tratado de Marrakech sobre excepciones y limitaciones a favor de personas con discapacidad visual. En el marco de las discusiones previas de este instrumento internacional, uno de los asuntos más debatidos fue la incorporación de una disposición en la que se señalaban parámetros de interpretación del “*three-step test*” en los que se percibían elementos en común con la Declaración del Instituto Max Planck, es decir, una norma que buscaba introducir mayor flexibilidad en la interpretación del test y en el derecho de autor en general. Como se anticipó, esta propuesta fue finalmente rechazada en una de las últimas reuniones previas a la Conferencia Diplomática de Marrakech.

En resumen, en la interpretación judicial y doctrinal del “*three-step test*” se pueden identificar también tres periodos, a saber, uno primero desde la inicial adopción del test en la Conferencia de Estocolmo de 1967 —y su posterior inclusión en el ADPIC y los Tratados de la OMPI de 1996— caracterizado por un entendimiento más bien superficial del test, por la carencia de estudios específicos sobre el particular y por una jurisprudencia prácticamente nula. El informe del Panel de la OMC en el caso de la *Música en pequeños establecimientos en EE.UU.* en 2000 y la incorporación del test en la Directiva europea de 2001 marcan el

¹⁹ Ver, por ejemplo: R. BERCOVITZ CANO, “Google y la regla de los tres pasos”, *Aranzadi Civil*, no. 1 (2009) 2122-25, *passim* (sobre la decisión de la Audiencia Provincial de Barcelona); G. MINERO ALEJANDRE, “Google cache is legal in Spain – Spanish Supreme Court, 3 April 2012, The Megakini.com v Google Spain case (N. 172/2012)”, *Queen Mary Journal of Intellectual Property* 3, no. 1 (2013) 81-89, *passim*. En contraste, ver: R. XALABARDER, “Spanish Supreme Court Rules in Favour of Google Search Engine...and a Flexible Reading of Copyright Statutes?”, *Jipitec*, no. 2 (2012) 162-66, *passim*.

inicio del segundo periodo, especialmente influenciado por las pautas de interpretación definidas por el Panel en el caso mencionado y por el interés que suscita entre los académicos — particularmente europeos— la forma como el test puede impactar el sistema de derecho de autor. Un último periodo comienza con el fallo *Mulholland Drive* de 2006 y se caracteriza por la reacción académica al mismo y por las iniciativas para reconsiderar la forma como se ha venido interpretando el test, mediante la introducción de criterios de derechos humanos y de flexibilidad, como los del *fair use* estadounidense.

2. EL TEST COMO LUGAR DE ENCUENTRO DE DISTINTAS TRADICIONES JURÍDICAS

Al revisar el origen y el desarrollo del “*three-step test*” en los ordenamientos internacionales, comunitarios y nacionales, así como la interpretación jurisprudencial y doctrinal de cada uno de sus pasos, se pudo observar que no existe claridad sobre la naturaleza y alcance de esta institución, seguramente por haber surgido de una fórmula diplomática sin un claro arraigo en tradiciones jurídicas anteriores. Esta falta de entendimiento sobre el significado del test se evidencia en la disparidad de interpretaciones que se han propuesto y en los efectos que se le han atribuido, desde la tradicional y económica explicación que presentó el comité encargado de la redacción de la norma en la Conferencia de Estocolmo de 1967, hasta los más liberales lineamientos de interpretación del test que se discutieron en las reuniones previas al Tratado de Marrakech sobre excepciones y

limitaciones al derecho de autor para personas con discapacidad visual²⁰.

Así como en los primeros capítulos se intentó responder a la pregunta del *quid* respecto del derecho de autor y sus excepciones y limitaciones —y en el capítulo anterior se propusieron respuestas a la forma diversa como han sido interpretados los juicios o pasos que lo componen— en las páginas que siguen se tratará de hacer lo mismo en relación con el “*three-step test*” en su conjunto. Una respuesta completa a esta cuestión requerirá también determinar la causa o causas de la aparición del test, el objetivo u objetivos que se persiguen con su aplicación del test, sus destinatarios y la forma cómo él debe operar. Para responder a estas cuestiones, se acudirá a la doctrina y jurisprudencia sobre el particular, así como a las categorías y conceptos definidos en los primeros capítulos de este trabajo.

A las primeras cuestiones, esto es, las causas y los objetivos del test, se puede dar respuesta desde la perspectiva *iusfilosófica* o desde el punto de vista histórico-fáctico. Así, atendiendo la primera de las perspectivas mencionadas, se puede afirmar que el test surge de la necesidad de determinar la medida tanto de los derechos del autor como de sus excepciones y limitaciones. En efecto, para la caracterización de todo derecho es necesario identificar su medida, además de su fundamento y título. Esa medida puede estar determinada por la naturaleza misma de la cosa que constituye el derecho, por la decisión política de la

²⁰ “Tratado de Marrakech para facilitar el acceso a las obras publicadas a las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso”, adoptado el 27 de junio de 2013. Durante la discusión del instrumento internacional se propuso un artículo que desarrollaba los lineamientos de la “Declaración por una interpretación equilibrada de la “regla de los tres pasos” en el derecho de autor” promovida desde el Instituto Max Planck. Ver una mayor explicación en el numeral 5 del Capítulo 4.

comunidad en la cual se puede disfrutar del derecho o, como es más usual, por una mezcla de las dos, esto es, una medida mixta que tome en consideración tanto la naturaleza de la cosa como la decisión colectiva sobre el alcance del derecho. El “*three-step test*” se presenta entonces como un mecanismo o una herramienta para medir los derechos que los distintos actores (autor, titular, usuario, etc.) tienen sobre las obras protegidas, en el entendido que ninguno de ellos puede considerarse absoluto y en el sentido que todos ellos responden y deben contribuir al bien común de la sociedad en la cual interactúan, y es una medida mixta porque, además de haber sido el resultado de decisiones políticas, ha tenido en cuenta también la naturaleza de los derechos involucrados.

La forma como, en términos generales, se encuentra redactado el test permite que su interpretación y aplicación sean dinámicas, de manera tal que, en lugar de hacer referencia a derechos inmutables y universales, se puedan tener en cuenta las necesidades actuales y locales al momento de determinar el alcance de lo que pueden o no hacer los distintos interesados respecto de la obra objeto de protección. Según se verá en el siguiente capítulo, los conceptos de “casos especiales”, “explotación normal”, “perjuicio injustificado” e “intereses legítimos” tienen la virtud de adaptarse a las cambiantes circunstancias que caracterizan la vida en sociedad y a las que se debe atender cuando se pretende lograr el bien común.

Tal como se encuentra dispuesto, el test debe contribuir a evitar el abuso en el ejercicio de los derechos que confluyen en el régimen autoralista y, en cambio, ayudar a cumplir la función social que le corresponde como derecho que es y en la medida que es útil para alcanzar el bien común que supone el mayor perfeccionamiento de los miembros de una determinada sociedad. Del test, entonces, como parte del derecho en general, se puede

afirmar que es un componente de la estructura normativa que ayuda a la perfección social de la persona, un elemento estructural de la función social que lleva impresa²¹. De ahí que cuando los jueces han intentado desentrañar la naturaleza del “*three-step test*” se hayan referido a él como una expresión del principio general de prohibición de abuso del derecho y de la función social de la propiedad²² o como el “concepto ecuménico” o universal de las limitaciones y excepciones que permite la “invasión” de los derechos exclusivos del autor²³.

Ahora bien, desde el punto de vista histórico-fáctico el origen del test se puede situar en la necesidad de definir el alcance de un derecho típico —el de reproducción— en cabeza de autores y titulares de una obra así como la amplitud de las prerrogativas que podían ejercer los usuarios de esa misma obra. En efecto, no se debe olvidar que en Estocolmo, el test se convirtió en la fórmula

²¹ Cfr. J. HERVADA, “El Derecho como orden humano”, *Ius Canonicum* V, no. 10 (1965) 401-54, 413. El autor extiende su explicación en los siguientes términos: “El Derecho no es una estructura extrínseca al hombre dirigida a resolver conflictos, sea de intereses, sea de libertades; no es un sistema de acotaciones o de limitaciones frente a una pretendida ilimitación personal de actividad o de libertad. Es una estructura que impulsa y ordena; si limita o acota actividades, es porque esta limitación o acotación de actividades se halla en la misma persona, limitada a causa de su función social. Y la función social no es limitación, sino perfección (...) Normalmente cualquier pretendida limitación que la función social lleva consigo no es propiamente una limitación, sino una expansión del ser hacia su perfección, hacia su plenitud (...) El Derecho, como estructura normativa de la función social humana, no es limitador y extrínseco al hombre; es perfectivo e impulsor.”: *ibid.* 413-415.

²² Cfr. Caso *Google Caché* (España), Tribunal Supremo - Sala de lo Civil, 172/2012 (3 de abril de 2012).

²³ Cfr. Caso *Vélez Murillo* (Colombia), Corte Suprema de Justicia - Sala Penal, 29188 (30 de abril de 2008). Aunque resulta interesante la aproximación que hace la Corte al test como una herramienta que impediría el abuso del derecho, es criticable la forma como lo interpretó en la práctica y la referencia a la “invasión” de los derechos del autor que presupone una postura conflictivista que no comparte el autor de este trabajo.

mágica²⁴ que despejó el camino para la inclusión del derecho de reproducción en el Convenio de Berna, de forma que fuera compatible con las excepciones y limitaciones que los miembros habían consagrado o buscaban consagrar en sus legislaciones internas²⁵. No obstante las amplias diferencias en el texto finalmente adoptado, es de resaltar que la propuesta inicial presentada por el grupo preparatorio también se refería a un mecanismo que permitía hacer la medición de los intereses en juego, aunque referido a criterios meramente económicos. En particular, en el texto de la disposición propuesta se admitían excepciones para propósitos específicos, siempre que tales propósitos no entraran en competencia económica con las obras protegidas.

Sin embargo, la propuesta inicial fue ajustada por el Comité Gubernamental de Expertos con la inclusión de ciertas excepciones generalmente admitidas y con un literal de cierre en el que se cambió la consideración de competencia económica por la más amplia referida a los intereses legítimos del autor y la normal explotación de la obra. Esta fórmula —que corresponde a

²⁴ VISSER se refiere al “*three-step test*” como una “*magische formule*” (fórmula mágica) con poca importancia práctica: D. J. G. VISSER, “De beperkingen in de Auteursrechtlijn”, *Auteurs, Media & Inform AMI* (2001) 9-15, 15. SENFTLEBEN hace referencia a esta expresión de VISSER en: M. SENFTLEBEN, *Copyright, limitations and the three-step test: An Analysis of the Three-step Test in International and EC Copyright Law*, 1.

²⁵ LUCAS y CÁMARA resaltan el hecho de que la fórmula adoptada en el test fue una solución de compromiso, que evitó que se llegara a una derogación de las excepciones preexistentes con una lista limitativa, aunque olvidan anotar que, de acuerdo con los registros de la conferencia, la otra posibilidad con la que se enfrentaban los promotores del derecho de reproducción era que el mismo estuviera acompañado de una larga lista de excepciones, poniendo en riesgo su efectividad. Ver A. LUCAS y P. CÁMARA, “Por una interpretación razonable de la regla de los tres pasos”, 30-31; *Stockholm Conference, Records*, 1967, vol. I, 111. (Doc. S/1).

la que finalmente fue presentada a las delegaciones participantes en la Conferencia de Estocolmo— fue sobre la que se discutió inicialmente, sin que se lograra acuerdo, hasta que la delegación del Reino Unido presentó una nueva propuesta consistente en el reemplazo de los dos primeros literales —que preveían las excepciones particulares— por la expresión “*certain special cases*” (determinados casos especiales) que se entendía comprensiva de las limitaciones que los distintos estados miembros ya tenían consagradas en sus legislaciones o que, en el futuro, quisieran incluir para atender otras necesidades sociales o culturales en sus jurisdicciones. La propuesta del Reino Unido se extendió también a la inclusión de la expresión “*unreasonably prejudice*” (perjuicio injustificado) referida a la prohibición de afectar los legítimos intereses del autor, lo que, junto con la alusión a la “normal” explotación que ya estaba contenida en la propuesta del Comité Gubernamental de Expertos, supuso la introducción de sendos criterios de razonabilidad y de consideración de otros elementos distintos de los estrictamente económicos o de competencia, como originalmente se había propuesto por el grupo preparatorio.

No obstante el sesgo particularmente económico que buscó introducir el presidente del Comité Principal I de la Conferencia de Estocolmo al invertir el orden de los factores dos y tres²⁶ y al presentar una explicación en la que resaltaba la explotación

²⁶ No se debe olvidar que el mismo orden con el que fue finalmente aprobado el test en el Convenio de Berna había variado respecto del que originalmente había sido propuesto por la delegación del Reino Unido. En efecto, en la propuesta inicial el criterio referido a la no afectación de la normal explotación de la obra aparecía en último lugar, mientras que el referente a la exclusión de perjuicios injustificados a los intereses legítimos del autor ocupaba el segundo lugar. El Comité argumentó razones de lógica y orden para la inversión de los factores mencionados, aunque detrás de ello se pudiera adivinar una especial preocupación por defender los derechos patrimoniales que se encontraban en juego.

económica²⁷, el test finalmente aprobado como artículo 9(2) tuvo como propósito principal armonizar los distintos intereses — económicos y no económicos— que confluyen alrededor de la reproducción de obras protegidas por el derecho de autor.

En todo caso, no se debe dejar de lado que el surgimiento de nuevas técnicas de reproducción, como las máquinas fotocopiadoras que hacían más rápida y económica la labor de copiado, fue también un factor de preocupación entre los defensores del derecho de autor y los titulares que impulsó la consagración expresa del derecho de reproducción en el Convenio de Berna e introdujo la discusión sobre sus excepciones y limitaciones. Tal como se desprende del ejemplo con el que el comité correspondiente ilustró el funcionamiento del “*three-step test*”, la utilización de técnicas reprográficas mereció la especial atención de los participantes de la Conferencia de Estocolmo que las consideraban una amenaza a la explotación de las obras protegidas, aunque también se reconocían sus bondades²⁸. En este sentido, el test fue fruto de los desafíos que presentaban los nuevos desarrollos tecnológicos, tal como ha sucedido con otros hitos en la historia del derecho de autor.

Finalmente, la aprobación del test implicó también la definición de una fórmula —de fertilización cruzada o *cross-*

²⁷ La explicación que originalmente se propuso en el seno del Comité respectivo no siguió el orden de redacción de los criterios, sino que sugirió que primero se constatará que la excepción no afectara la normal explotación de la obra (segundo criterio), si ello no era así, correspondía indagar si se causaba un perjuicio injustificado a los intereses del autor (tercer criterio) y, sólo si se verificaba que no se causaban tales perjuicios injustificados, era posible definir un caso especial en el que se pudiera permitir la excepción (primer criterio), con o sin el pago de una remuneración equitativa.

²⁸ Ver ejemplo y explicación del comité correspondiente en la nota 25 del Capítulo 4.

*fertilization*²⁹— en la que convergieron elementos típicos del sistema latino germánico del derecho de autor —como la excepcionalidad de las limitaciones y la especial protección de los intereses del autor— con otros factores que corresponden más a la tradición del *copyright* y el *common law*, como la razonabilidad y las consideraciones económicas. De esta manera, la adopción del test obedeció a la necesidad de compatibilizar principios y reglas en los distintos sistemas jurídicos de protección de las creaciones intelectuales. De ahí que en el análisis del test se deban tener en cuenta los elementos en común de las dos tradiciones jurídicas y no remitirse exclusivamente a una u otra.

Teniendo en cuenta lo anterior, con el propósito de contar con elementos suficientes que permitan dar respuesta a los interrogantes sobre la naturaleza e interpretación del “*three-step test*” desde las distintas tradiciones jurídicas y con la mira puesta en la caracterización del test como juicio de razonabilidad, en los acápites siguientes se abordarán las cuestiones relacionadas con la interpretación de la prueba atendiendo su origen y consagración en tratados internacionales y los criterios de razonabilidad que han sido utilizados en el sistema del *copyright* estadounidense (*fair use*) así como en el derecho alemán, sistema paradigmático en la utilización del juicio de proporcionalidad para resolver los aparentes conflictos entre derechos fundamentales.

²⁹ De acuerdo con ÖRÜCÜ, citado por MOSQUERA, el concepto de “cross-fertilization” se puede describir así: “... *All legal systems contain ideas, concepts, structures and rules born in other legal soils, moving and cross-fertilizing. All systems are mixed in the sense that even when the nation state is regarded as the only source of law, systems have mixed sources, that is, the elements that combine to form a system are from different legal sources...These differing normative systems may also reflect differing socio-cultures...*”: I. J. MOSQUERA, “Legal transplants and comparative law”, *International Law*, no. 2 (2003) 261-76, 272-273.

Los hallazgos que se deriven de los precitados análisis servirán para, en la parte final del capítulo, proponer una nueva mirada al test desde la perspectiva del bien común y la armonización de los derechos, óptica bajo deberán interpretarse cada uno de sus juicios o pasos del test en el siguiente y último capítulo.

3. ENTRE LA FLEXIBILIDAD Y LA SEGURIDAD JURÍDICA: LA UTILIZACIÓN DEL “FAIR USE” ESTADOUNIDENSE EN LA INTERPRETACIÓN DEL “THREE-STEP TEST”

Cuando, en el capítulo siguiente, se analice el alcance del primer juicio o paso del test, se mostrará cómo buena parte de la discusión se ha centrado en el significado y alcance del término “determinados” y su relación con el de “especiales” que se utiliza para circunscribir las situaciones en las que se pueden establecer excepciones y limitaciones. Sin embargo, esta cuestión va más allá de lo meramente gramatical. En el fondo se encuentra la pregunta sobre si este mecanismo, como parte fundamental de un régimen de excepciones y limitaciones al derecho de autor, debe propender por la flexibilidad del sistema o si, por el contrario, debe proteger particularmente la seguridad jurídica. La controversia sobre este punto se ha puesto especialmente en evidencia cuando se ha comparado y asimilado el test con la doctrina del *fair use* del derecho estadounidense, tanto en las decisiones judiciales como en la literatura jurídica en la materia.

Así, por ejemplo, en el caso *Google caché*, el Tribunal Supremo español avaló la utilización de los criterios de *fair use* que había hecho el juez de apelación al interpretar la versión española del “*three-step test*”. Para el Tribunal, dado que el test es una expresión del principio *ius usus inocui*, así como de los principios de prohibición del abuso del derecho, de buena fe y de la función social de la propiedad, es admisible que se utilice la doctrina del

fair use estadounidense como guía, al ser éste también expresión del mencionado principio de *ius usus inocui* o “uso inofensivo”³⁰. En el fallo, el Tribunal explica que las instituciones jurídicas mencionadas hacen referencia a determinados usos sociales tolerados respecto de la propiedad intelectual y, aunque no hace una interpretación del test paso por paso, sí concluye que se puede rechazar el intento de prohibir un uso inocuo si dicha pretensión constituye un ejercicio antisocial del propio derecho.

Los fundamentos del fallo en cuestión, que a su vez ya habían sido expuestos por el juez de apelación³¹, fueron objeto de la crítica de algunos comentaristas que se refirieron a este último. En particular, tanto LUCAS y CÁMARA como BERCOVITZ han manifestado que el fallo —refiriéndose al de apelación— se valió de la excusa del test para crear una nueva excepción, argumentando la existencia de una supuesta laguna legal³², por lo que han advertido del peligro que la aplicación del test pueda dar lugar a la introducción del *fair use* de origen estadounidense a un sistema

³⁰ En su comentario al fallo de apelación, PEGUERA explica que el *ius usus innocui* es el derecho de utilizar la propiedad de otra persona en una manera que no cause perjuicio a su dueño, dentro de la lógica de evitar una excesiva protección al derecho del propietario: M. PEGUERA, "Internet Service Providers' Liability in Spain: Recent Case Law and Future Perspectives", *Jipitec*, no. 1 (2010) 151-71, 156.

³¹ El caso había sido decidido en apelación por la Sala 15^a de la Audiencia Provincial de Barcelona, en la sentencia del 17 de septiembre de 2008, Recurso de Apelación 96/2006.

³² En un sentido similar se ha manifestado MINERO en un comentario a la decisión final del Tribunal Supremo: G. MINERO ALEJANDRE, "Google cache is legal in Spain – Spanish Supreme Court, 3 April 2012, The Megakini.com v Google Spain case (N. 172/2012)", 87. La autora critica sobre todo el hecho de que la decisión no se haya sustentado en una regla o principio del derecho español, sino en una doctrina foránea, como es el caso del *fair use*. Sin embargo, ella misma ha sugerido que se regule el *fair use* en el ámbito europeo, al reconocer las bondades que esta doctrina puede tener en el contexto digital: ver p. 88.

completamente distinto como es el español, heredero de una tradición civilista y latina germánica de derecho de autor³³. Para los críticos, la adopción de un modelo de *fair use* generaría inseguridad jurídica a los propios usuarios de las obras protegidas en la medida que se enfrentarían con una jurisprudencia fluctuante. En este sentido, la principal consecuencia de la flexibilidad con la que se ha pretendido interpretar el test sería precisamente la de agregar mayor inseguridad jurídica al régimen del derecho de autor. De ahí que la solución debiera ser la interpretación estricta de los dos primeros pasos y permitir la introducción de criterios más flexibles únicamente en la aplicación del tercer paso³⁴.

Sin embargo, el caso español no ha sido el único en el que se ha puesto de presente la similitud del “*three-step test*” con el *fair use* o en el que se ha usado este último juicio de razonabilidad — fuera de los Estados Unidos— para tratar de determinar el alcance de una determinada excepción o limitación. En Colombia, por ejemplo, en el caso *Luz Mary Giraldo*³⁵ la Corte Suprema de Justicia equiparó el test con la doctrina del *fair use*, al afirmar que ésta cumple la misma función que aquél aunque “en los países de tradición jurídica anglosajona” y hacer referencia a sus criterios

³³ Cfr. A. LUCAS y P. CÁMARA, “Por una interpretación razonable de la regla de los tres pasos”, 34-35; R. BERCOVITZ CANO, “Google y la regla de los tres pasos”, 2122-2125.

³⁴ Cfr. A. LUCAS y P. CÁMARA, “Por una interpretación razonable de la regla de los tres pasos”, 36-37.

³⁵ Caso *Luz Mary Giraldo* (Colombia), Corte Suprema de Justicia - Sala Penal, 31403 (28 de mayo de 2010). Un análisis de esta decisión, particularmente la pertinencia de una sanción penal, se puede leer en: E. RENGIFO, “¿Es el plagio una conducta reprimida por el derecho penal?”, *La Propiedad Inmaterial*, no. 14 (2010) 303-18, *passim*.

en el texto del fallo³⁶. También en Francia —un país especialmente celoso de su tradición de *droit d'auteur*—, un Tribunal determinó, en el caso *Saif v Google*³⁷, que la ley aplicable al litigio en cuestión era la estadounidense, lo que supuso la aplicación del *fair use* y de cada uno de sus criterios al asunto objeto de decisión.

Un caso especial es el de Argentina —país en el que no se ha incorporado el “*three-step test*” a la legislación interna, según se anotó en el capítulo anterior— en donde parece existir una concepción generalizada —entre los jueces pero también entre algunos doctrinantes— sobre la identificación del test con el *fair use* y sobre la aplicabilidad de la doctrina estadounidense a controversias locales en materia de derecho de autor. Una de las confusiones más recurrentes es la asimilación de las utilidades libres y gratuitas con el *fair use* como sucedió, por ejemplo, en el caso *Derrochas Vip* sobre fotocopias académicas no autorizadas, en el que la Cámara Nacional de Casación Penal, apoyándose en la

³⁶ Es común esta equivocada referencia al *fair use* que afirma su existencia en todos los países de tradición de *common law*, cuando lo cierto es que se trata de una institución propia y, de algún modo, exclusiva, del derecho estadounidense. En las demás jurisdicciones con sistema de *copyright* predomina la concepción de *fair dealing* que tiene marcadas diferencias con el *fair use*. Sin embargo, como se anotó en el estudio de derecho comparado del capítulo quinto, hay una tendencia reciente en algunos de esos países a vincular el *fair dealing* con los criterios del *fair use*. En el campo doctrinal, también se pueden encontrar autores que realizan esta asimilación. Ver, por ejemplo: M. FICSOR, "La protección del derecho de autor y los derechos conexos en el entorno digital", *IV Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos - Panamá* (15 al 17 de octubre de 2002), 13; D. LIPSZYC, *Nuevos temas de derecho de autor y derechos conexos*, Unesco - Cerlalc - Zavalía, París - Bogotá - Buenos Aires, 2004, 144.

³⁷ Caso *Saif v Google* (Francia), Tribunal de Grande Instance de París - Tercera sala (20 de mayo de 2008).

doctrina de LIPSZYC, entremezcló los conceptos de utilización libre y gratuita, uso privado y *fair use*³⁸.

En otros casos argentinos se ha ido más allá y se ha identificado el derecho de cita con el *fair use*, además de mencionar elementos del “*three-step test*” como parte de la institución estadounidense. También en la jurisdicción penal, destacan los casos de *Diego Guebel (Película de Carlos Monzón)* y de *Diego Gvirtz (Televisión Registrada)*. En el primero se admitió la excepción de uso de unas imágenes de un largometraje en un programa televisivo. La Cámara Nacional Civil y Correccional de la Capital Federal determinó que el ejercicio del derecho cita —que asimiló al *fair use*— suponía un examen de la posible afectación de la explotación normal de la obra³⁹. Esta posición fue posteriormente citada en el caso *Diego Gvirtz (Televisión Registrada) - Apelación* en el que se admitió la posibilidad de replicar formatos de televisión, fallo en el que además se identificaron las excepciones al derecho de autor con la institución

³⁸ “Es lo que Delia LIPSZYC denomina utilización libre y gratuita que sometida a ciertas condiciones legales admite la reproducción para uso privado que en la doctrina judicial norteamericana se conoce como “fair use” o uso leal, uso razonable o trato equitativo (que comprende la utilización con fines de crítica, comentario, noticia de actualidad, y enseñanza, incluso de copias múltiples para uso en clase), y que aún cuando se prevea en ciertos casos una compensación económica no tiene sanción penal”. *Caso Derrochas Vip (Argentina)*, Cámara Nacional de Casación Penal, DJ 2002-3, 237 (22 de abril de 2002). El aparte de la obra de LIPSZYC citado en el caso se encuentra en: D. LIPSZYC, *Derecho de autor y derechos conexos*, 222-225.

³⁹ “Para la aplicación de la norma, conocida como derecho de cita o en el derecho estadounidense por la llamada doctrina del ‘fair use’, se tiene en cuenta, entre otros factores, el quantum de la utilización y de qué manera esa utilización afecta la normal explotación de la obra protegida”. *Caso Diego Guebel (Argentina)*, Cámara Nacional Civil y Correccional de la Capital Federal - Penal, 21235 (30 de abril de 2003).

del “*ius usus innocui*”⁴⁰. Cuando este caso se llevó a casación, el demandante alegó que se había cometido un error conceptual en el fallo de apelación al equiparar el derecho de cita con el *fair use*, institución que no haría parte del ordenamiento argentino, ni en virtud de la legislación nacional ni de los tratados internacionales. Sin embargo, este punto no fue corregido por la Cámara Nacional de Casación Penal y, en cambio, se volvió a hacer referencia al *fair use* en el fallo, aunque equiparándolo a todas las excepciones al derecho de autor⁴¹.

En todo caso, en la Argentina se ha utilizado el *fair use* no sólo como una figura equiparable a las limitaciones previstas en su sistema de derecho de autor sino, además, como un criterio de interpretación de las contempladas en la ley. En efecto, en el caso *Ilustración de rotura de ligamentos* en el que se estudió la demanda contra el diario La Nación por la utilización, sin la debida autorización, de un dibujo para explicar la lesión de un futbolista, la Cámara Nacional de Apelación en lo Civil consideró nuevamente que el derecho de cita contemplado en la legislación argentina era análogo al *fair use* estadounidense, por lo que, citando a EMERY, esta institución foránea podía servir de criterio de interpretación de las limitaciones previstas en las normatividad interna que, además, había incorporado la expresión “usos honrados” en el

⁴⁰ “... siendo de aplicación el instituto que mejor explica el límite al derecho de autor, conocido como “*ius usus innocui*” (conf. Carlos Rogel Vide “Nuestros estudios sobre Propiedad intelectual” ed. Bosch, 1998, pág. 37 a 81)”. Caso *Televisión Registrada - Apelación* (Argentina), Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, 26723 (1 de junio de 2005).

⁴¹ “Cabiendo asimismo indicar que las limitaciones al derecho de autor en el derecho estadounidense quedan aprehendidas en la doctrina del “*fair use*” o del “uso honesto”, que autoriza la utilización libre y gratuita de una obra protegida para propósitos como la crítica, los comentarios, las noticias, la docencia y la investigación, excluyendo en general los usos comerciales”. Caso *Televisión Registrada - Casación* (Argentina), Cámara Nacional de Casación Penal 5637 (5 de marzo de 2007).

momento en que había adoptado el Acta de París del Convenio de Berna⁴².

Sin embargo, la posibilidad de utilizar de utilizar el *fair use* estadounidense —y no el “*three-step test*”— para interpretar las excepciones y limitaciones propias del sistema latino germánico de derecho de autor ha sido controvertida por otras autoridades, como ocurrió en el caso *Iturralde* en el que la Dirección Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos de Ecuador determinó que, a diferencia de lo previsto en la doctrina estadounidense, los usos honrados eran únicamente aquellos expresamente definidos en la ley.⁴³

⁴² Cfr. Caso *Ilustración de rotura de ligamentos* (Argentina), Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala C (22 de mayo de 2008). “En rigor, la restricción del art. 10 guarda analogía con el derecho estadounidense y la llamada doctrina del “fair use”, cuyos principios y jurisprudencia ‘son una valiosa fuente de referencia para la interpretación del alcance de las limitaciones en la ley 11.723, máxime si se tiene en cuenta que puede interpretarse que la expresión “uso honrado” a que se refiere el art. 10 del Acta de París del Convenio de Berna, se ha incorporado a la legislación nacional por medio de la ley 24.425, que ratifica el Acuerdo ADPIC (...)”. La cita corresponde a M. A. EMERY, *Propiedad Intelectual*, Astrea, Buenos Aires, 2005, 105-106.

⁴³ Caso *Iturralde* (Ecuador), Dirección Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos, Resolución administrativa 646-2010 (15 de noviembre de 2011). Adicionalmente, esta Dirección Nacional, sobre los denominados usos honrados o limitaciones y excepciones a los derechos patrimoniales de los autores que no necesitan autorización ha manifestado que “...a diferencia de lo que ocurre en otros sistemas de protección como en el anglo-americano donde el principio del “fair use” o “uso justo” establece criterios y/o factores generales que son aplicados a cada caso particular para determinar si el uso en cuestión requiere autorización o no por parte del autor o el titular, en nuestro sistema de protección los denominados “usos honrados” son enumerados en forma taxativa en la ley y no puede admitirse como “honrado” ningún uso que no sea expresamente calificado como tal por el artículo 83 de la Ley de Propiedad Intelectual y/o en el artículo 22 de la Decisión 351 de la Comisión de la Comunidad Andina.” El pronunciamiento anterior está contenido en la Resolución 206 de 2007, dentro de la tutela administrativa 107-06.

Y es que, mientras algunos abogan por la utilización de los criterios de *fair use* para interpretar el “*three-step test*”, otros consideran que ello contravendría el primer paso del test, como opinan que lo hace la mencionada institución estadounidense. Por ejemplo, RICKETSON ha expresado que la lealtad (*fairness*) del uso que se exige en esta figura, en particular respecto de “otros propósitos” indefinidos, no tendría el grado de claridad suficiente para superar el primer paso⁴⁴. También COHEN JEHORAM ha advertido que el característicamente abierto *fair use* estadounidense viola la Convención de Berna y sus restricciones específicas que sirven para garantizar los derechos de los autores y los intereses de los usuarios al concederles seguridad jurídica⁴⁵, mientras que LUCAS y CÁMARA anotan que se pone en entredicho el principio según el cual sólo es posible limitar los derechos exclusivos en casos especiales tal como se encuentra previsto en las distintas versiones internacionales de la regla⁴⁶.

Por el contrario, otro sector de la doctrina ha insistido en el parecido del test con el *fair use*, por lo que, ante las dificultades que ha supuesto la interpretación del primero —en parte, por la falta de referentes de interpretación— han sugerido la utilización del juicio de razonabilidad estadounidense para una adecuada comprensión de aquél⁴⁷. En particular, se ha hecho notar la similitud del segundo paso del test con el cuarto factor del *fair use*,

⁴⁴ S. RICKETSON, “WIPO Study on Limitations and Exceptions of Copyright and Related Rights in the Digital Environment.” 68-69.

⁴⁵ Cfr. H. COHEN JEHORAM, “Restrictions on Copyright and their Abuse”, 360.

⁴⁶ Cfr. A. LUCAS y P. CÁMARA, “Por una interpretación razonable de la regla de los tres pasos”, 27.

⁴⁷ Ver, por ejemplo, “Declaración por una interpretación equilibrada de la “regla de los tres pasos” en el derecho de autor” promovida por el Instituto Max Planck.

ambos referidos a la explotación y el mercado de la obra⁴⁸. Sin embargo, mientras que este último se debe evaluar en conjunto con los otros factores que determinan la existencia de un uso leal, en el caso del “*three-step test*”, el segundo paso es una verdadera talanquera⁴⁹ que excluye la aplicación del tercer criterio, de ámbito más amplio y además referido a otros elementos no exclusivamente económicos.

Respecto de este debate, SENFTLEBEN ha advertido que, aun cuando son indudables las similitudes entre el *fair use* y el “*three-step test*”, el gran peligro de tratar de interpretar este último con los criterios del primero radica en que es el test el que se encuentra llamado a ejercer control sobre la doctrina estadounidense y no al contrario⁵⁰. En efecto, a pesar de que el *fair use* tiene una mayor tradición jurídica por haberse construido jurisprudencialmente y aplicado durante más de ciento cincuenta años, su jerarquía normativa es simplemente la de una excepción consagrada en el derecho interno de un país (Estados Unidos). El test, por su lado, tal como se encuentra establecido en los tratados

⁴⁸ Ver, por ejemplo, K. J. KOELMAN, "Fixing the Three-Step Test", 410; C. GEIGER, "Implementing an International Instrument for Interpreting Copyright Limitations and Exceptions", 638. El autor propone que los pasos del test se aprecien de forma similar a los factores del *fair use*, para convertir el primero en un “*three-factor test*”.

⁴⁹ GINSBURG cita las palabras de DESBOIS, FRANCON y KÉREVER que califican el segundo paso como *sine qua non*, por lo que sólo si él es satisfecho corresponderá analizar el tercer criterio: J. C. GINSBURG, "Toward Supranational Copyright Law? The WTO Panel Decision and the 'Three-Step Test' for Copyright Exceptions", 13. GEIGER utiliza la más gráfica expresión de “*show-stopper*” para referirse al segundo paso del test: C. GEIGER, "Implementing an International Instrument for Interpreting Copyright Limitations and Exceptions", 635. La misma expresión es utilizada por K. J. KOELMAN, "Fixing the Three-Step Test", 410.

⁵⁰ Cfr. M. SENFTLEBEN, *Copyright, limitations and the three-step test: An Analysis of the Three-step Test in International and EC Copyright Law*, 112-113.

internacionales, es una norma supranacional a la cual se deben sujetar las excepciones y limitaciones al derecho de autor, dentro de las cuales el *fair use* es una de ellas.

En todo caso, aun cuando no se utilice la doctrina del *fair use* para interpretar el “*three-step test*”, algunos consideran que este último no excluye la posibilidad de crear excepciones de carácter abierto. Es el caso de la propuesta hecha en la Declaración del Instituto Max Planck en donde se afirma que “el hecho de que la Regla de los Tres Pasos restrinja las limitaciones y excepciones a los derechos exclusivos a *determinados casos especiales* no impide (...) que los legisladores introduzcan limitaciones y excepciones abiertas, en tanto que el alcance de tales limitaciones y excepciones sea razonablemente previsible”. Sin embargo, como era de esperarse, esa propuesta se ha encontrado con la oposición de un sector que considera que la simple previsibilidad no garantiza la seguridad jurídica en el sistema de derecho de autor⁵¹.

4. MÁS ALLÁ DE LOS MITOS Y TEMORES: LA REAL DIMENSIÓN DEL *FAIR USE* COMO MECANISMO DE RAZONABILIDAD

Tanto defensores como detractores de la utilización del *fair use* en la interpretación del “*three-step test*” suelen partir de prejuicios erróneos que afectan su real comprensión. En particular, se piensa que, por el hecho de tratarse de una doctrina que favorece especialmente el uso de obras para fines loables como los de crítica, educación e investigación, cualquier uso sustentado en los mencionados fines será juzgado, *ipso facto*,

⁵¹ Ver, por ejemplo, A. LUCAS y P. CÁMARA, “Por una interpretación razonable de la regla de los tres pasos”, 26.

como honrado o leal ("*fair*"). Sin embargo, la posibilidad de calificar como *fair use* los casos antedichos no es siempre evidente. Por el contrario, a pesar de que los distintos criterios deben ser sopesados conjuntamente y que el primero de ellos requiere considerar el propósito y el carácter del uso — favoreciendo especialmente las actividades relacionadas con la libertad de expresión, la educación y la investigación— lo cierto es que el factor que tiene mayor impacto en las decisiones es el cuarto —el "económico"—, según se verá en el breve examen que se hará de ellos a continuación⁵²:

a) Primer criterio: propósito y carácter del uso

Con este primer factor se pretende auscultar el por qué y el para qué del uso. No se trata, sin embargo, de que un determinado propósito o carácter califique, *per se*, como *fair use*. Es más, los usos que la misma norma menciona como ejemplo, la explotación comercial y las actividades educativas sin ánimo de lucro, no se han considerado como determinantes de este criterio ni, mucho menos, de *fair use*. Sin embargo, es claro que el legislador quiso llamar la atención sobre el beneficio económico o social que se estaría buscando con el uso de la obra. Y aunque el carácter comercial del uso se constituye en un elemento de relevancia para juzgar este criterio en contra del usuario, también es cierto que si este carácter es considerado junto con otros propósitos, como la

⁵² Para una explicación más detallada del tema ver: J. F. CÓRDOBA MARENTES, "El fin no justifica la excepción: Propiedad intelectual, educación y el fair use estadounidense", *Boletín Mexicano de Derecho de Autor*, no. 134 (2012) 437-66, *passim*.

crítica o el comentario, puede finalmente perder importancia en la definición del uso como no leal⁵³.

b) Segundo criterio: naturaleza de la obra protegida

Aunque dentro de los objetivos de la doctrina del *fair use* se encuentra el fomento de la ciencia y la educación, lo cierto es que el carácter científico o educativo de la obra protegida puede constituirse en un elemento en contra del *fair use*. Esta paradoja, es decir, que existan pocas probabilidades de que se reconozca como *fair use* la utilización de un texto científico o educativo protegido, tiene su razón de ser en la interacción de este criterio con el enunciado en cuarto lugar, es decir, con el efecto del uso sobre el mercado potencial o sobre el valor de la obra protegida, como se verá más adelante.

Sin embargo, al tratar este criterio es necesario referirse también a un factor que es generalmente evaluado por los jueces al momento de determinar si existe *fair use* en un determinado caso. Este factor busca identificar si el objeto protegido es una obra de ficción o si es, por el contrario, documental o basada en hechos reales. En el *copyright*, como también sucede en el sistema latino germánico de derecho de autor, se protege la expresión o forma de una idea y no la idea en sí misma o las ideas subyacentes en una determinada expresión. Por lo anterior, se ha considerado

⁵³ Ver, por ejemplo, lo afirmado por la Corte en el caso Napster: “*A commercial use weighs against a finding of fair use but is not conclusive on the issue*”. *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001). Igualmente, en el caso *Campbell*, la Corte Suprema de los Estados Unidos consideró este criterio a favor de los usuarios, a pesar de haberse lucrado con la adaptación al *rap* de la canción “Oh! Pretty Woman”. La Corte consideró que, aunque el uso había sido comercial, también eran evidentes propósitos tales como crítica o parodia, que podían considerarse a favor del *fair use*: *Campbell v. Acuff-Rose Music*, 510 U.S. 569 (1994).

que existe una mayor factibilidad jurídica de reproducir obras que recogen hechos y conocimientos objetivos, valiéndose del *fair use*, que hacer lo mismo respecto de obras de ficción, donde el elemento expresivo es mayor y difícilmente inescindible de las ideas que se quieren transmitir. En este sentido, las obras que suelen utilizarse en actividades educativas y de investigación, exponentes en mayor o medida de las “ciencias” –básicas, sociales, etc.– y, por lo tanto, compuestas de hechos no ficticios, son especialmente susceptibles de *fair use* más que lo son otras de naturaleza más artística. Sin embargo, lo anterior no ha sido óbice para que se haya negado *fair use* en casos en los que las obras reproducidas eran eminentemente científicas cuando su reproducción literal implicaba al mismo tiempo la duplicación del elemento expresivo autoral⁵⁴.

c) Tercer criterio: cantidad y sustancialidad de la porción utilizada respecto de la obra protegida como un todo

La valoración de este criterio tiende a ser compleja, aunque su enunciado parezca simple. Si bien la reproducción de un pequeño fragmento tiene mayores posibilidades de ser considerado *fair use* que la copia de una obra completa o de un alto porcentaje de ella, la estimación que se haga sobre esta utilización debe extenderse a juicios cualitativos además de los meramente cuantitativos. En otras palabras, el tercer criterio invita a evaluar no solamente la cantidad (*amount*) de la parte

⁵⁴ Ver, por ejemplo, los casos *MacMillan Co. v. King*, 223 F. 862 (D. Mass. 1914); *Association of American Medical Colleges v. Mikaelian*, 571 F. Supp. 144 (E.D. Pa. 1983); *Basic Books, Inc. v. Kinko's Graphics Corp*, 758 F. Supp. 1522 (S.D.N.Y. 1991); *Princeton University Press v. Michigan Document Services, Inc.*, 99 F.3d 1381 (6th Cir. 1996); *American Geophysical Union v. Texaco, Inc.*, 60 F.3d 913 (2d Cir. 1995).

utilizada sino también a apreciar la calidad de esa parte (*substantiality*) porque, aunque exigua, puede representar el “corazón” de la obra⁵⁵. Nuevamente, este criterio adquiere especial relevancia cuando se le conjuga con el más pragmático del efecto del uso en el mercado, mencionado en cuarto lugar, según se verá en el siguiente literal.

En suma, la indeterminación de límites concretos a las porciones de una obra que pueden ser reproducidas sin autorización del titular, supone una valoración subjetiva *ad casum* por parte de los jueces llamados a tomar decisiones en litigios en los que se alega *fair use*. Y difícilmente podría ocurrir de otra manera, considerando la diversa naturaleza y extensión de las obras que pueden ser reproducidas: un límite en páginas o en porcentajes puede coincidir perfectamente con el tamaño de una obra “completa”, como un artículo o un videoclip incorporado en un disco con antologías musicales. En la evaluación que de este factor hagan tanto los jueces como los usuarios interesados en reproducir una obra se requiere, quizás en mayor medida que respecto de los otros factores, una alta dosis de “razonabilidad”.

d) Efecto del uso sobre el mercado potencial o sobre el valor de la obra protegida

La Corte Suprema de los Estados Unidos ha calificado a este criterio como el más importante de los que componen la doctrina del *fair use*⁵⁶, visión que es consistente con aquella que considera a la propiedad intelectual como un problema de economía y mercado. Y aunque en la jurisprudencia se ha dejado claro que los

⁵⁵ Cfr. K. CREWS, *Copyright Law for Librarians and Educators*, 2da. ed., American Library Association, Chicago, 2006, 53.

⁵⁶ Cfr. *Harper & Row v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539 (1985).

distintos criterios del *fair use* deben ser conjuntamente sopesados⁵⁷, algunos autores sugieren que, aun siendo favorables los tres primeros, un concepto desfavorable respecto del cuarto factor debería ser suficiente para denegar la defensa de *fair use* en un caso determinado⁵⁸. Lo cierto es que la mayoría de los litigios relacionados con usos no autorizados de obras protegidas se derivan del interés que tienen los titulares de que no se les afecte su mercado potencial, o de que se les resarzan los perjuicios causados por los efectos adversos en un mercado actualmente explotable.

En este cuarto criterio se evidencia la interacción de los distintos factores que componen el *fair use* y de qué manera cada uno de ellos puede influir en los restantes. Así, se observa que, respecto del primer factor, mientras más transformativo sea el uso, existirá menos probabilidad de que se esté afectando el mercado original⁵⁹. En otras palabras, si el nuevo uso transforma la obra original, es más probable que su mercado objetivo sea distinto al buscado por la obra protegida, por lo que el efecto en este último mercado será mínimo o nulo. Por otro lado, si el propósito, tal como lo indaga el primer criterio, está relacionado con la docencia o la investigación sin ánimo de lucro, puede ser difícil de probar que dicho uso tuvo un efecto adverso sobre el mercado. Sin embargo, si el uso tiene fines comerciales o con ánimo de lucro, el juez contará con más elementos para concluir que se afectó adversamente el mercado de la obra protegida⁶⁰.

⁵⁷ Cfr. *Campbell v. Acuff-Rose Music*, 510 U.S. 569 (1994).

⁵⁸ Ver, por ejemplo, L. Ashley AULL, *The Costs of Privilege: Defining price in the market for educational copyright use* en *Minnesota Journal of Law, Science & Technology*, 9(2), (2008) 573-606.

⁵⁹ Cfr. *Campbell v. Acuff-Rose Music*, 510 U.S. 569 (1994)

⁶⁰ Cfr. *Harper & Row v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539 (1985); CREWS, p.

Aunque en menor medida, el segundo criterio también está relacionado con el que se viene analizando. En efecto, si el nuevo uso (alegado como *fair use*) tiene igual o similar naturaleza al de la obra original, existirá una mayor probabilidad de que el uso tenga un efecto adverso sobre el mercado potencial o sobre el valor de la obra protegida. Así, por ejemplo, es más factible que se considere justo el uso de una obra cinematográfica como ilustración en una actividad de enseñanza, a que se califique como *fair use* la exhibición del filme para recaudar fondos para una obra de beneficencia. En este último caso, a pesar de los loables fines perseguidos, con la exhibición de la película se estaría compitiendo en el mismo mercado de la obra original (mercado de entretenimiento), mientras que en el primero, la obra se utilizaría más como un objeto de aprendizaje que como una obra para el entretenimiento, característica de su naturaleza.

Es más cierta la influencia del tercer criterio en la determinación del efecto sobre el mercado y sobre el valor de la obra protegida. Como se anotó arriba, entre mayor o más sustancial sea la porción utilizada de la obra protegida, existirán menos probabilidades de probar un *fair use* en el caso particular. Esto obedece, en último término, a la presunción de que un potencial usuario de la obra protegida dejará de pagar por ella, si en el mercado consigue un buen sustituto, quizás gratis o a un menor costo. Una obra sustituta de la protegida podrá ser el resultado de haber reproducido, o bien un porcentaje importante de la obra original, o bien el “corazón” de dicha obra. Como se afirmó en el salvamento de voto del caso *Betamax*, quien alega *fair use* debe demostrar que con su uso no ha impedido que el titular reclame compensación de cualquier otra persona o grupo que hubiera querido pagar por disfrutar de la obra protegida⁶¹.

⁶¹ Cfr. Salvamento de voto del juez Blackmun en *Sony Corp. v. Universal City Studios*, 464 U.S. 417 (1984); AULL, p. 598.

e) *El fair use desde el análisis económico del derecho*

En la revisión de los distintos factores de *fair use* y su impacto en las decisiones tomadas por los jueces se ha podido constatar la preponderancia del factor económico en el resultado final. En este sentido, se puede observar que el cuarto criterio de *fair use* –el que analiza el efecto del uso en mercado– sobresale sobre los demás, coincidiendo con el real interés de los demandantes en los casos en los que se alega la violación de *copyright*: la determinación del propósito del uso, de la naturaleza de la obra protegida y de la porción utilizada, sólo será importante en la medida en que esos elementos impacten negativamente la comercialización de la obra en cuestión⁶². No es de extrañar, entonces, que se desestime el alegato de *fair use* en aquellos casos en los que se evidencia un efecto adverso en el mercado, mientras que se declare probada esta defensa en las controversias donde no sea posible verificar dicha afectación comercial.

Precisamente, desde la perspectiva del análisis económico del derecho⁶³, LANDES y POSNER han propuesto tres categorías o

⁶² No obstante esta afirmación, LANDES y POSNER critican la redacción de los criterios de *fair use* y consideran que sólo el tercer factor —y no al cuarto— tiene real importancia económica aunque también sea confuso su planteamiento. Ver: W. M. LANDES y R. A. POSNER, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, 115.

⁶³ Aunque las referencias que aquí se presentan corresponden a la obra de LANDES y POSNER, es de anotar que el tema ha sido tratado ampliamente por otros autores, dentro de los que cabe resaltar el célebre artículo de Wendy GORDON sobre el caso *Betamax*: W. J. GORDON, "Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the *Betamax* Case and its Predecessors", Vol. 82 *Columbia Law Review* 1600-1657 (1982). Ver también, por ejemplo: L. A. AULL, "The costs of privilege: Defining price in the market for educational *copyright* use", *Minnesota Journal of Law, Science & Technology*, 9(2), (2008) 573-606; A.M. PÉREZ GÓMEZ TÉTREL "El análisis económico del derecho de autor y del *copyright*, un estudio del equilibrio entre los intereses público y privado".

escenarios donde es factible que se reconozca la existencia de *fair use*: el escenario de altos costos de transacción y ningún perjuicio causado (*high transaction cost, no harm case*), el escenario del perjuicio negativo y consentimiento implícito (*the negative harm, implied consent case*) y el escenario del daño positivo y uso productivo (*the positive harm, productive use case*).

El ejemplo típico del primer escenario, esto es, el de los altos costos de transacción y ningún perjuicio causado, es el de la "cita". En opinión de los autores, cuando se trata de citar breves pasajes de obras protegidas, aunque los usuarios que hicieran tales citas estuvieran en disposición de pagar licencias a los titulares por tal uso, los costos de transacción serían altísimos y no se compadecerían con el beneficio recibido. En este sentido, se estaría privando al titular de un beneficio que en todo caso no iba a recibir como consecuencia de los altos costos de transacción. Si no estuviera disponible la defensa de *fair use* y se optara por acudir al régimen general de responsabilidad para demandar a los usuarios que estuvieran reproduciendo los fragmentos de las obras sin el respaldo de una licencia, también los costos serían exagerados (principalmente referidos a lo que valdría adelantar los procesos judiciales) y los beneficios pocos (porque, seguramente los perjuicios que se definirían judicialmente serían muy bajos o nulos)⁶⁴.

Dentro del segundo escenario, el del perjuicio negativo y consentimiento implícito, LANDES y POSNER proponen como ejemplo la actividad de reseña de libros que algunas veces supone la transcripción de pasajes de las obras señaladas y siempre una

La Propiedad Inmaterial. Universidad Externado de Colombia. No. 10-11. (2006-2007) 3-22.

⁶⁴ W. M. LANDES y R. A. POSNER, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, 115-116.

especie de síntesis de las principales ideas desarrolladas en el libro, lo que puede convertir a las críticas en unos buenos sustitutos de las obras reseñadas. Sin embargo, a los editores si les interesa que se publiquen reseñas de los libros porque son, a su vez, buenos sustitutos de la publicidad de las obras que pretenden comercializar. Aunque los costos de transacción en este escenario —por ejemplo, para que los editores otorguen licencias a los críticos literarios— no serían tan altos como en el primero planteado, el *fair use* evitaría su causación al tener implícita una especie de licencia automática y gratuita para la producción de las mencionadas reseñas. En todo caso, la principal razón para que crítica de libros esté permitida a la luz del *fair use* y no se encuentre supeditada a la concesión de una licencia gratuita radica en que, si los editores pudieran controlar quiénes podrían ser beneficiarios del permiso para reseñar sus obras, se correría el riesgo de que otorgaran licencias únicamente en los casos en que las críticas fueran favorables, desestimando aquellas que fueran adversas. Lo anterior tendría un efecto negativo en el mercado, dado que los lectores desconfiarían de las reseñas favorables y no se sentirían impulsados a comprar las obras comentadas⁶⁵.

El último escenario de *fair use* propuesto por los autores se refiere al caso de que se genere un daño positivo o efectivo por el uso productivo o transformativo de una obra, en contraste con una mera reproducción o sustitución de la misma. En efecto, si se tiene en cuenta que los sistemas de protección de las obras protegen la forma como se expresan las ideas, pero no las ideas en si consideradas, una obra que haga uso de otra, pero transformándola sustancialmente, tendrá menos posibilidades de ser calificada una simple reproducción y más de ser reconocida como el ejercicio de *fair use*. Desde el punto de vista económico,

⁶⁵ Cfr. *Ibid.* 117-118.

un uso productivo o transformativo contribuye a reducir los costos de expresión o de creación de las obras⁶⁶, por lo que ayuda a incrementar el número de obras originales. En contraposición, un uso meramente reproductivo sólo ayudará a aumentar el número de copias disponibles de una determinada obra, reduciendo los ingresos del autor y, por tanto, disminuyendo los incentivos para la generación de nuevas creaciones⁶⁷.

f) Síntesis: contribuciones del “fair use” al entendimiento al análisis del factor económico del “three-step test”

En suma, a partir de las categorías propuestas por LANDES y POSNER, así como de la previa consideración de los distintos factores de “fair use”, es posible enunciar algunos criterios de razonabilidad que pueden ser útiles a la hora de interpretar y aplicar el “three-step test”, en particular, lo concerniente a la dimensión económica analizada en el segundo juicio o paso:

Mientras más transformativo y creativo sea un uso, menos probabilidad existirá de que éste afecte el mercado original de la obra protegida. Esto se explica porque, si el nuevo uso transforma la obra original, es más probable que su mercado objetivo sea distinto al buscado por la obra protegida, por lo que el efecto en dicho mercado será inexistente o mínimo.

El ánimo de lucro de un determinado uso debe ser analizado en conjunto con otros criterios, en la medida que es posible que uno que tenga dicho ánimo no genere un efecto adverso

⁶⁶ Los autores explican que el costo de producir una obra está compuesto por dos elementos: el costo de expresión (un costo fijo) y el costo de producir copias o reproducciones de dicha obra (un costo variable). Ver: *ibid.* 37.

⁶⁷ Cfr. *Ibid.* 122-123.

en el mercado de la obra protegida, mientras que uno que carezca de él sí afecte dicho mercado.

Si el uso que se haga de una obra tiene igual o similar naturaleza, existirá una mayor probabilidad de que el segundo uso tenga un efecto adverso sobre el mercado potencial o sobre el valor de la obra protegida.

Entre mayor o más sustancial sea la porción utilizada de la creación protegida, existirán mayores probabilidades de probar que se afecta la normal explotación de dicha obra, ya que la reproducción resultante se convertirá en un buen sustituto de la primera. Esta capacidad de sustitución de una obra por otra podrá ser el resultado de haber reproducido un porcentaje importante o el “núcleo” de la primera obra.

Como se dijo antes, la utilización de los criterios mencionados podrá ayudar a establecer si un determinado uso afecta la explotación económica de la obra o —como lo preveía la propuesta que antecedió al “*three-step test*” en el preludio de la Conferencia de Estocolmo— si este uso representa “competencia económica directa” para la obra protegida. Con todo, si la conclusión fuese que el uso sí afecta la explotación comercial de la obra, la única forma de determinar si el aprovechamiento económico que se alega perjudicado es “normal” o no —en el sentido normativo explicado en el siguiente capítulo— será validando esta suposición con las respuestas derivadas del análisis de los otros dos pasos. Sin embargo, la doctrina del *fair use*, generosamente condimentada con ingredientes económicos, parece ser insuficiente para valorar los elementos extra-patrimoniales del test, por lo que, en este punto, será pertinente acudir a otros juicios de razonabilidad que ayuden a su interpretación.

5. LA RAZONABILIDAD EN EL SISTEMA LATINO GERMÁNICO Y SU EJERCICIO EN EL DERECHO DE AUTOR

La tradición jurídica romano-germánica se ha caracterizado por reconocerle a la ley escrita un lugar preeminente como fuente de derecho, en contraste con el espacio preponderante que ocupa el precedente judicial en la tradición del *common law*. Estas características se ven reflejadas en los respectivos sistemas protectores del derecho de autor, el latino germánico por un lado y el *copyright* por el otro. Así, como se anotó en el primer capítulo de este trabajo, el sistema alemán de derecho de autor se encuentra construido sobre la base constitucional del reconocimiento del derecho de propiedad en el artículo 14 de su Ley Fundamental y las leyes escritas que han desarrollado las particularidades de este derecho en relación con las obras intelectuales. Históricamente, en tales leyes se han previsto derechos exclusivos en cabeza del autor al tiempo que, por lo menos desde la ley de 1901, se han contemplado listados taxativos de las excepciones y limitaciones que pueden ejercerse respecto de los mencionados derechos, en aras de satisfacer necesidades de interés público.

En todo caso, el sistema alemán de derecho de autor — después de todo, sustentado en el derecho fundamental de propiedad— no ha sido ajeno a los mecanismos que se han previsto para resolver aparentes conflictos entre distintos derechos fundamentales. En particular, la manera cómo interactúan los derechos exclusivos del autor con sus correspondientes excepciones y limitaciones ha sido objeto de examen por parte del Tribunal Constitucional Federal mediante la aplicación del denominado principio de proporcionalidad. Como es sabido, el principio de proporcionalidad ocupa un lugar

destacado en el derecho constitucional alemán, por lo que no es posible entender este sistema jurídico sin hacer referencia al principio en cuestión que, a su vez, está compuesto por los subprincipios de adecuación o idoneidad, necesidad o indispensabilidad y proporcionalidad en sentido estricto.

A la luz del subprincipio o juicio de adecuación o idoneidad se debe indagar por la finalidad de una determinada medida y por la aptitud de dicha medida para lograr tal finalidad. Lo anterior supondrá, en una primera etapa, constatar si la finalidad de la medida se ajusta a los postulados constitucionales y si ella es socialmente relevante. Una vez definido lo anterior, se requerirá evaluar la idoneidad de la medida para alcanzar la finalidad propuesta⁶⁸. Con el subprincipio de necesidad o indispensabilidad se deberá examinar si la medida adoptada es la menos restrictiva entre aquellas que sean igualmente eficaces o incluso más eficaces⁶⁹. Finalmente, en ejercicio del subprincipio de proporcionalidad en estricto sentido se requerirá hacer una ponderación de los principios involucrados, esto es, la relación razonable entre la medida adoptada y la finalidad buscada⁷⁰.

⁶⁸ Cfr. J. CIANCIARDO, *El principio de razonabilidad*, 62; M. SAPAG, "El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: un estudio comparado", *Dikaion* 22, no. 17 (2008) 157-98, 186; C. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, 687-734.

⁶⁹ Cfr. J. CIANCIARDO, *El principio de razonabilidad*, 79-93; M. SAPAG, "El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: un estudio comparado", 186-187; C. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 734-757.

⁷⁰ J. CIANCIARDO, *El principio de razonabilidad*, 93-94; M. SAPAG, "El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: un estudio comparado", 187; C. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 757-793.

El principio de proporcionalidad fue utilizado a propósito de los procesos de inconstitucionalidad contra la Ley de Derecho de Autor de 1965, en los que el Tribunal Constitucional Federal alemán tuvo la oportunidad de analizar y definir el alcance de las excepciones y limitaciones a los derechos exclusivos de los autores sobre sus obras en varias decisiones pronunciadas en 1971. Dentro de estas, quizás la más relevante fue la del *Schulbuch privileg* en la que se resolvió la demanda de inconstitucionalidad interpuesta en contra del artículo 46 de la mencionada ley por considerar que era violatorio del primer numeral del artículo 14 de la Ley Fundamental.

El artículo 46 establecía una excepción a los derechos exclusivos del autor —contenidos en el artículo 15 y siguientes de la misma ley— mediante la cual era posible reproducir y distribuir fragmentos de obras protegidas cuando ellas estuvieran incluidas en colecciones que reunieran las creaciones de un número considerable de autores y cuyo propósito fuera su utilización en la iglesia, en las escuelas o el ámbito de la enseñanza. Para el disfrute de esta excepción, la norma preveía distintas condiciones dentro de las cuales vale la pena resaltar la necesidad de incluir una nota en la primera página de la colección en la que se advirtiera el propósito del uso religioso o educativo de dicha obra y la obligación de enviar una comunicación a la dirección registrada del autor o, si esta fuera desconocida, a la del titular del derecho, en la que se informara de la inclusión de la obra en la colección, pudiendo oponerse dicho autor a la publicación en caso de que el fragmento no reflejara sus actuales convicciones. La disposición no contemplaba ninguna clase de pago al autor o titular de los derechos sobre la obra incluida en la correspondiente colección.

Para resolver la cuestión, el Tribunal comenzó por reiterar la caracterización del derecho patrimonial de autor como “propiedad”, correspondiéndole su protección en los términos de

los postulados constitucionales referentes a este derecho, aunque advirtiendo su “indisoluble relación” con el componente moral del mismo derecho. Sin embargo, según el Tribunal, aunque merecedor de protección constitucional, el derecho de propiedad no podría considerarse absoluto por lo que la adaptación de su contenido y función para la satisfacción de otras necesidades sociales debía considerarse adecuado y necesario, y así se explicaría el tenor de lo dispuesto en el artículo 14 de Ley Fundamental. Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal recalcó que la definición del contenido y de los límites del derecho de autor corresponde al legislador, quien, en todo caso, debe respetar en esta labor el haz de derechos y deberes que componen el derecho, esto es, su contenido fundamental, básico o esencial (*den grundlegenden Gehalt*), además de buscar su consonancia (armonización) con las demás disposiciones constitucionales.

En lo que respecta al contenido fundamental o núcleo constitucionalmente protegido del derecho de autor como especie de “propiedad”, el Tribunal consideró que el mismo está constituido por una retribución patrimonial o económica—en los términos que defina la ley— y por la potestad (libertad) de disponer de dicha propiedad. Para el Tribunal, sin embargo, no todas las posibilidades de ejercicio de las prerrogativas antedichas estarían protegidas constitucionalmente, en la medida que la misma norma fundamental habría previsto la necesidad de que su “contenido y limitaciones” fuesen determinadas por la misma ley, tarea en la que habría que tener en cuenta la naturaleza y relevancia social del derecho para garantizar su adecuado ejercicio y valoración. De ahí que, según el Tribunal, no toda restricción o limitación al derecho de autor pudiese calificarse como una afectación del contenido fundamental de tal derecho.

En la valoración de la constitucionalidad de la limitación examinada, el Tribunal consideró que debía buscarse un equilibrio

entre los intereses individuales protegidos por el derecho de autor y el interés público, por lo que la disposición acusada sólo pasaría el examen de constitucionalidad si se encontraba que ella estaba sustentada en razones de interés público. Para el Tribunal, el interés público podía evidenciarse en la posibilidad de usar los fragmentos de las obras en las colecciones reguladas por el artículo 46, en la medida que con esta inclusión se estaría contribuyendo a que los jóvenes se formaran una imagen espiritual y cultural de la época que estaban viviendo. Sin embargo, las mencionadas razones de interés público no serían suficientes para privar al autor de una compensación legal, dado que no tenía la posibilidad de decidir sobre la reproducción de su obra en la colección (salvo en el caso de afectación de algún derecho moral) ni de acordar los términos de una eventual retribución económica. En consecuencia, el Tribunal concluyó que la posibilidad de usar fragmentos de obras en colecciones destinadas al uso de iglesias y escuelas estaba ajustada a la Constitución, pero no así la ausencia de retribución económica al autor en compensación por los usos mencionados, por lo que declaró la inconstitucionalidad de la disposición demandada.

Se tiene entonces que, en este caso, se utilizó el principio de proporcionalidad para examinar la cuestión de cómo podía llegar a ser “limitado” el derecho de propiedad representado en los derechos patrimoniales de autor. Lo interesante del fallo es que, además de acudir a los subprincipios o juicios tradicionales de la proporcionalidad, se recurrió a otras consideraciones —como el respeto al contenido esencial del derecho, la pregunta sobre la finalidad y relevancia social de los derechos en cuestión y la necesidad de buscar el equilibrio entre los distintos intereses involucrados— que más recientemente han sido esgrimidas por un sector de la doctrina para justificar una visión armonizadora

del principio de proporcionalidad como alternativa a una perspectiva conflictivista de los derechos⁷¹.

Sobre el contenido esencial del derecho de autor y de sus limitaciones y excepciones (caracterizadas como *iura in re aliena*) se ha hecho referencia en varios apartes de este trabajo cuando se ha advertido acerca de la necesidad de determinar su “medida”. En particular, se propusieron criterios para definir dicha medida, partiendo del supuesto de que se trata derechos delimitables, como sucede con todos los derechos⁷². En todo caso, la labor de delimitación (verificación de “límites internos”) o “especificación” de los derechos que confluyen en el sistema autoral supondrá la constatación de unos elementos que permitan su caracterización jurídica en unos determinados contextos sociales, lo que implicará que tales límites no puedan ser establecidos en abstracto sino, por el contrario, de manera concreta en situaciones particulares⁷³. En otras palabras, lo anterior supone afirmar que los derechos que pueden ser disfrutados en relación con una obra protegida son determinables, es decir, que respecto de cada uno de ellos es posible determinar cuál es el ámbito en el que es justo su ejercicio⁷⁴.

⁷¹ El concepto de “conflictivismo de derechos” se le atribuye principalmente a CIANCIARDO.

⁷² Ver especialmente capítulos 2, 3 y 6.

⁷³ Sobre esto, TOLLER afirma que “[...] interpretar desde el contenido esencial es buscar modos de compatibilidad que respeten el núcleo fundamental de cada uno de esos derechos, evitando que ninguno se vea realmente frustrado. Ahora bien, esto sólo es posible si se concibe los derechos no como pretensiones abstractas e individualistas, sino como facultades orientadas por un determinado fin que se da en el marco de la convivencia social.” Esto, en línea F. TOLLER, “La resolución de los conflictos entre derechos fundamentales: una metodología de interpretación constitucional alternativa a la jerarquización y el *balancing test*” en E. FERRER MAC-GREGOR (ed.), *Interpretación Constitucional*, Porrúa, México, 2005, 1199-284, 1254-1255.

⁷⁴ Esto también en línea con TOLLER: *ibid.* 1258.

Basado en la teoría hilemórfica de ARISTÓTELES, TOLLER ha propuesto una fórmula que puede ser útil a la hora de definir el contenido esencial de los derechos, que parte de distinguir el “ámbito material” del “ámbito formal” de los mismos. En particular, el autor denomina ámbito material de un derecho “toda aquella dación, acción u omisión que realiza lo *prima facie* apuntado en su *nomen iuris*”⁷⁵ y propone como ejemplo todas aquellas acciones y omisiones que puedan realizarse en la esfera de la libertad de expresión que tengan “un contenido y finalidad sustancialmente expresivos, más allá de su legitimidad”⁷⁶, razón por la cual no podrían calificarse automáticamente como “derecho” mientras no fuesen debidamente concretadas. La concreción del derecho — a la luz de una visión teológica de la libertad en cuestión, así como de su consonancia con otros derechos y con el bien común— permitirá definir el ámbito formal del derecho, su ámbito de ejercicio, es decir, “su legítimo alcance o su esfera de funcionamiento razonable, o, en otras palabras, cuál es el verdadero y propio derecho”⁷⁷. Lo anterior permitirá distinguir aquellas acciones legítimas —merecedoras de tutela jurídica por encontrarse dentro del ámbito formal del derecho— de aquellas que no lo son, por ubicarse fuera de estos contornos, en su ámbito exclusivamente material.

Como se mencionó, la anterior explicación resulta útil para definir el contenido esencial de un derecho determinado —que coincidirá entonces con su ámbito formal— lo que permitirá definir su legítimo alcance o su esfera de funcionamiento razonable, fuera de la cual no podrá afirmarse la existencia de un derecho, por lo que no podría entrar en conflicto con otro que

⁷⁵ *Ibid.* 1263.

⁷⁶ *Ibid.* 1263.

⁷⁷ *Ibid.* 1263

tenga un ámbito formal distinto aunque coincidan en algún momento sus ámbitos materiales.

En suma, se puede afirmar que muchos de los casos en los que se alega conflicto de derechos corresponden realmente a un mal entendido alcance de los intereses en cuestión. Como se ha advertido en distintos apartes de este trabajo, la confusión radica en las concepciones individualistas de los derechos, bajo las cuales se tiende a considerarlos como absolutos, o a la luz de las teorías utilitaristas con las que se ha propuesto que ciertos derechos se impongan sobre los otros en determinadas situaciones. La manera como se ha explicado el verdadero ámbito de los derechos contribuye a una adecuada aplicación del principio de proporcionalidad desde una concepción armonizadora y no conflictivista, visión que, trasladada al campo del derecho de autor, permitirá optimizar los criterios de razonabilidad del “*three-step test*”, como se explicará a continuación.

6. UNA NUEVA MIRADA AL TEST DESDE LA PERSPECTIVA DEL BIEN COMÚN Y LA ARMONIZACIÓN DE LOS DERECHOS

Como ya se ha mencionado, desde el momento en que se quiso limitar el —para entonces— recién consagrado derecho de reproducción en el Convenio de Berna, se propusieron diversas fórmulas abiertas que otorgaran un margen de discrecionalidad a los Estados miembros para definir sus propias excepciones y limitaciones ante la dificultad de abarcar todas las existentes y aquellas que pudieran llegar a existir. La discusión sobre la fórmula que debía ser adoptada se concentró en los términos, más o menos restrictivos, en los que ella debía ser planteada, aunque siempre se tuvo en cuenta la necesidad de que se refiriera a propósitos específicos. Inicialmente, se propuso una en términos económicos en la que, concretamente, se expresaba que sólo

serían admisibles las excepciones que no representaran competencia económica para la obra protegida, aunque después se cambiaría este concepto por el de no afectación de la explotación normal y respeto a los legítimos intereses del autor.

Como en toda discusión de un instrumento internacional, el texto propuesto fue objeto de varias proposiciones de modificación y recibió los aportes de miembros que representaban distintos sistemas jurídicos. La propuesta final provino del Reino Unido, cuna del sistema de *common law* y del *copyright*, en donde existe una arraigada costumbre de incluir elementos de razonabilidad en sus normas y de confiar en la aplicación que de dichos elementos haga el órgano encargado en los casos concretos. No obstante los empeños de algunos miembros para ampliar o restringir más el ámbito de las excepciones, con disposiciones cerradas, la fórmula sugerida por el Reino Unido terminó siendo acogida favorablemente como consecuencia de sus términos característicamente abiertos, que le convirtieron en un buen arreglo diplomático. Esto mismo sucedió cuando se negociaron los posteriores instrumentos internacionales en los que fue incluido el test, desde el ADPIC, el TODA y el TOIEF hasta los más recientes tratados de Beijing y Marrakech. Precisamente, el éxito del test ha radicado en los términos abiertos en los que fue concebido, lo que permitiría un mejor margen de maniobra a las partes de dichos instrumentos para definir las excepciones y limitaciones que mejor se adapten a sus realidades socio-económicas, incluyendo los desafíos que presentan el entorno digital y los nuevos desarrollos tecnológicos.

Por otro lado, la necesidad de buscar un equilibrio entre los distintos intereses que confluyen en los distintos sistemas de protección de las obras ha quedado registrada en las menciones que se han hecho en los instrumentos internacionales que han acogido el test. En particular, en el artículo 7° del ADPIC se ha

establecido que la protección de la propiedad intelectual debe favorecer “el bienestar social y económico y el equilibrio de derechos y obligaciones”. En un sentido similar, en los preámbulos del TODA, el TOIEF, el Tratado de Beijing y el Tratado de Marrakech las partes han reconocido la necesidad de mantener un equilibrio entre los derechos de los titulares y el interés público en general. Este afán por lograr el equilibrio entre los distintos intereses es concordante con las tesis que se han formulado en otros apartes de este trabajo, de acuerdo con las cuales la propiedad del autor sobre su creación —en cuanto beneficiaria del acervo común preexistente— debe contribuir al bien común, especialmente respecto de los bienes relacionados, como, por ejemplo, en la consecución y aprovechamiento por parte de la sociedad de ese valor básico que es el conocimiento.

A las anteriores observaciones se suma la declaración concertada sobre el alcance del “*three-step test*” que fue incluida inicialmente en el TODA —y replicada posteriormente en el TOIEF y en los tratados de Beijing y Marrakech— la cual permite a las partes de dichos instrumentos “aplicar y ampliar debidamente las limitaciones y excepciones al entorno digital, en sus legislaciones nacionales, tal como las hayan considerado aceptables en virtud del Convenio de Berna”, así como “establecer nuevas excepciones y limitaciones que resulten adecuadas al entorno de red digital”. La declaración concertada y sus correspondientes réplicas pueden considerarse acuerdos interpretativos de los tratados correspondientes en los términos del artículo 31(2)(a) de la Convención de Viena⁷⁸, además de prácticas ulteriores de las

⁷⁸ “Artículo 31. Regla general de interpretación. (...) 2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado (...)”. La Comisión de Derecho Internacional ha afirmado sobre el alcance de esta disposición que “el empleo de la expresión “acuerdo ulterior” se

partes (en sentido amplio) a la luz del artículo 32 de la misma convención⁷⁹, para efectos de la interpretación del test previamente consagrado en el Convenio de Berna y en el ADPIC, en la medida en que coincidan las partes que han suscrito unos y otros instrumentos internacionales.

En todo caso, también pueden considerarse prácticas ulteriores de las partes que han suscrito tratados en los que se ha consagrado el “*three-step test*”, aquellas que se refieren a su aplicación e interpretación por parte de los órganos judiciales. En efecto, según se podrá observar en el siguiente capítulo, los jueces no sólo se han pronunciado sobre la adecuación al test de las excepciones y limitaciones definidas por las respectivas leyes, sino

limita a los acuerdos entre todas las partes en un tratado que se manifiestan en un solo acuerdo, o en un acto común cualquiera que sea la forma en que este refleje el acuerdo entre todas las partes.” ILC Report, A/68/10, 2013, Cap. IV, 36.

⁷⁹ “Artículo 32. Medios de interpretación complementarios. Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31: a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable”. Sobre el tema que nos ocupa, el de las prácticas ulteriores de las partes, la Comisión de Derecho Internacional ha concluido que: ““Así pues, la ‘práctica ulterior’ en sentido amplio (en virtud del artículo 32) abarca toda aplicación del tratado por una o varias partes. Puede adoptar diversas formas. Ese ‘comportamiento observado por una o más partes en la aplicación del tratado’, en particular, puede consistir en una aplicación directa del tratado en cuestión, un comportamiento que es atribuible a un Estado parte como aplicación del tratado o una declaración o un pronunciamiento judicial sobre la interpretación o aplicación del tratado. Tal comportamiento puede comprender declaraciones oficiales sobre el sentido del tratado, protestas por su no ejecución o una aceptación tácita de las declaraciones o actos de otras partes.” ILC Report, A/68/10, 2013, Cap. IV, 43-44

que, además, en la mayoría de los casos, les ha correspondido dirimir asuntos concretos mediante la utilización del test como elemento interpretativo de la existencia y alcance de una determinada excepción o limitación.

De lo expuesto en los párrafos anteriores se puede afirmar que, al momento de definir la naturaleza del “*three-step test*”, han de tenerse en cuenta (i) las circunstancias que rodearon su origen —que supuso la adopción, por parte de Estados con diversos sistemas jurídicos, de una cláusula con términos abiertos propuesta por un miembro con sistema de *common law* y *copyright*—; (ii) los acuerdos interpretativos de los tratados —en particular, la declaración concertada del TODA y sus correspondientes réplicas sobre la posibilidad de ampliar, aplicar o establecer nuevas excepciones en el entorno digital, junto con los llamados a equilibrar los derechos e intereses de autores, titulares y de la sociedad—; y (iii) las prácticas ulteriores de los países que han utilizado el test, por intermedio de sus órganos judiciales, para interpretar el alcance de las excepciones y limitaciones previstas en sus legislaciones y, en varias oportunidades, para extender dicho alcance a las necesidades impuestas por el entorno digital. La consideración de los antedichos elementos permite inferir que el test puede ser designado y utilizado como un mecanismo de razonabilidad que permita compatibilizar, en los casos particulares, los distintos derechos que coinciden en el sistema autoral.

El hecho de que el “*three-step test*” sea calificado como un mecanismo de razonabilidad permite, además, reafirmar que el mismo se encuentra a disposición no solamente de los legisladores sino también —y principalmente— de los jueces, a quienes corresponderá aplicarlo en aquellos casos en los que surja la necesidad de dirimir controversias en los que se propongan excepciones y limitaciones al ejercicio de los derechos de los

titulares. Aunque en varias de las normas internacionales que consagraron el test se señaló que los legisladores serían los destinatarios del mismo, lo cierto es que las prácticas ulteriores de los Estados han mostrado que los jueces se han valido de él para resolver asuntos concretos en materia de propiedad intelectual, algunas veces haciendo referencia a disposiciones de los instrumentos internacionales y otras tantas a las regulaciones internas que han previsto sus propias versiones de la prueba.

Se tiene entonces que, de acuerdo con la forma como el test fue acordado y plasmado en los distintos instrumentos internacionales, éste puede ser caracterizado más como un principio (o un sistema de principios) que como una regla en particular. En efecto, de acuerdo con la distinción entre principios y reglas que ya se había mencionado en otro lugar del presente estudio, los primeros corresponden a derechos o razones *prima facie* al tiempo que las segundas se identifican con razones definitivas o derechos en estricto sentido⁸⁰. Como se observó, aun cuando las excepciones y limitaciones al derecho de autor suelen estar apoyadas en principios, su especificación en los ordenamientos jurídicos correspondientes —particularmente en los pertenecientes al sistema latino germánico de derecho de autor— las ha configurado tradicionalmente como reglas, con unos contornos claramente definidos. Precisamente, varias de las propuestas presentadas antes y durante la Conferencia de Estocolmo apuntaban a definir un listado taxativo de las excepciones y limitaciones que se permitirían respecto del derecho de reproducción que se proponía incorporar al Convenio de Berna. De haberse acogido estas proposiciones, en el mencionado instrumento se habría determinado un conjunto de

⁸⁰ Cfr. R. ALEXY, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, 101-103; ver numeral 8 del Capítulo 3 de este trabajo.

reglas. Sin embargo, la dificultad para definir tal listado supuso que se optara mejor por definir unos principios —el “*three-step test*”—conforme a los cuales se pudieran definir reglas en las distintas jurisdicciones. Esta misma solución fue acogida en los demás instrumentos internacionales en los que posteriormente se plasmaron otras versiones del test.

De lo anterior se desprende que la expresión en castellano para denominar el test, esto es, “*regla de los tres pasos*”, no es completamente afortunada porque transmite la idea equivocada de que ella, por sí sola, especifica o concreta unas razones definitivas, cuando lo cierto es que sus “pasos”, “etapas” o “condiciones” expresan, más bien, unas razones *prima facie* o principios que deben ser tenidos en cuenta por los legisladores y por los jueces al momento de definir excepciones y limitaciones en sus correspondientes jurisdicciones o de reconocer su existencia en un caso particular. Más que una regla en sí misma, el test es un sistema de principios que, aplicado a situaciones concretas, permite definir cuándo el determinado uso de una obra es razonable y, por lo tanto, legítimo. En otras palabras, debidamente aplicado, el test se constituye en un instrumento útil para definir el ámbito formal de los derechos exclusivos del autor (o titular) así como el de los otros derechos que se pretendan ejercer sobre la obra —*iura in re aliena*— que, en el sistema autoralista, reciben el nombre de excepciones y limitaciones.

Los principios que componen las distintas condiciones del “*three-step test*” no son otros que los del derecho del autor, es decir, aquellos que han sido explicados con mayor detalle en apartes previos de este trabajo, siempre a partir de la noción armonizadora del “bien común”. Precisamente, el test es manifestación del bien común en cuanto se sustenta en ciertos bienes humanos básicos —conocimiento y búsqueda de la verdad, trabajo, juego y experiencia estética— que están presentes en las

actividades de producción y disfrute de las creaciones intelectuales y, además, establece el conjunto de condiciones para alcanzar dichos bienes⁸¹.

Así, cada paso, condición o juicio del test expresa el bien común y los principios que de él se derivan para el derecho de autor, pero lo hace desde una perspectiva diferente aunque estrechamente relacionada con las de los otros pasos —como se observará en el siguiente capítulo— por lo que, en la aplicación de la prueba, no se puede obviar ninguno de tales juicios: todos ellos serán necesarios para definir prudencialmente el o los derechos presentes en el caso particular, procurando evitar que el test se use como simple validador de decisiones previamente tomadas.

⁸¹ Previamente se había mencionado que FINNIS describe el bien común desde tres perspectivas: (i) cada uno de los bienes humanos básicos, en cuanto ellos son buenos para todas las personas, (ii) la participación de cada una de esas personas de dichos bienes humanos básicos y (iii) el conjunto de condiciones para alcanzar estos bienes: J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 154-156.

CAPÍTULO 7

PASO A PASO: UN ESTUDIO CRÍTICO A LA FORMA COMO HAN SIDO INTEPRETADAS LAS CONDICIONES DEL TEST

1. LA CERTEZA REQUERIDA EN LA DETERMINACIÓN DE EXCEPCIONES Y LIMITACIONES AL DERECHO DE AUTOR

De conformidad con el artículo 9(2) del Convenio de Berna, cuando los miembros hayan de establecer excepciones y limitaciones al derecho exclusivo de reproducción, ello sólo podrá hacerse en “determinados casos especiales”, previendo así la primera de las condiciones que conforman el “*three-step test*”. Esta exigencia se ha incorporado, de manera similar, en el artículo 13 del ADPIC y en el artículo 10 del TODA, aunque extendida a todas las excepciones aplicables a los distintos derechos exclusivos del autor. Adicionalmente —como se indicó en el Capítulo 4— esta misma fórmula se ha utilizado en otros instrumentos internacionales que se han valido del test como solución diplomática para definir el alcance de las excepciones y limitaciones a los derechos autorales.

Respecto del alcance de esta primera condición, en el caso *Música en pequeños establecimientos en EE.UU.*, el Panel designado por la OMC consideró que el término “determinados” significa, en el contexto de la prueba, que “una excepción o limitación prevista en la legislación nacional debe estar claramente definida”. En todo caso, el Panel también explicó que no se requiere una exagerada precisión en la definición de los usos permitidos, ya que “no es necesario identificar explícitamente todas y cada una de las situaciones posibles a las que podría aplicarse la excepción siempre que su alcance sea conocido y particularizado”. Para el Panel, lo importante de esta condición es que, con su cumplimiento, se garantice “un grado suficiente de certidumbre jurídica”¹.

La interpretación de la primera condición del test como garante de la seguridad jurídica también se evidenció en el caso de la *Modificación de proyectos arquitectónicos*² en el que la Corte Constitucional de Colombia sostuvo que “la limitación debe ser legal y taxativa” lo que, en opinión de la Corte, supone la verificación de dos factores indispensables, esto es, “el sujeto activo que debe determinar la limitación” y la constatación de que la excepción o limitación se encuentra consagrada “de manera precisa en una ley”. Como se puede observar, la aproximación de la Corte colombiana al entendimiento del primer criterio se corresponde con su tradición jurídica —de derecho civil y formalista— y con su sistema de derecho de autor —heredero del

¹ Todas las citas de este párrafo provienen de: Caso *Música en pequeños establecimientos en EE.UU.* § 6.108.

² Cfr. Caso *Modificación de proyectos arquitectónicos* (Colombia), Corte Constitucional, C-871/10 (4 de noviembre de 2010).

latino germánico— en el que las excepciones deben estar precisamente definidas en la ley³.

En un sentido similar al de los dos fallos mencionados se había pronunciado el Tribunal Supremo de Suiza cuando, al estudiar el caso *ProLitteris*, consideró que la primera etapa excluía la posibilidad de que las excepciones pudieran constituirse en forma de cláusulas generales, al tiempo que llamó la atención sobre la necesidad de que, en la definición de cualquier excepción o limitación, se precisara siempre el objetivo que se buscaba con la misma⁴.

En todo caso, como quiera que en las normas que han consagrado el test no se ha aclarado el alcance de su primer criterio, se ha recurrido a interpretaciones más generales y gramaticales para tratar de dilucidar su contenido, siguiendo los criterios de interpretación de los tratados y de los contratos que requieren establecer el sentido corriente de las palabras contenidas en una norma. Así, por ejemplo, en el caso *Música en pequeños establecimientos en EE.UU.* ya mencionado, el Panel consideró que el término “determinado” sugería algo específico,

³ En un sentido similar, Marín ha expresado que el mandato del primer paso “se traduce en la necesidad de positivizar las limitaciones o excepciones en normas con rango de ley, y precisamente así, puesto que van a suponer una excepción a un derecho de propiedad intelectual, que es derecho de propiedad (...) Por tanto, casos especiales, en el derecho interno, significa principio de legalidad. Casos especiales, en el derecho interno, significa necesidad de que una norma con rango de ley sea la de propiedad intelectual o cualquier otra, pero mejor la de propiedad intelectual por evidentes razones de homogeneidad y de seguridad jurídica y de evitar la dispersión, contemplen en qué casos va a regir una excepción o limitación y lo hagan con la precisión deseable.”: Intervención de Juan José Marín en M. SOL MUNTAÑOLA, J. J. MARÍN LÓPEZ, J. C. ERDOZAÍN *et al.*, “El test de las tres etapas y la comunicación pública (mesa redonda)”, *IDP Revista de Internet, Derecho y Política*, no. 1 (2005) 21-34, 25.

⁴ Cfr. Caso *ProLitteris* (Suiza), Tribunal Supremo - Primera Sala Civil, 133 III 473 (26 de junio de 2007).

preciso y exacto⁵, por lo que esas mismas características deberían predicarse respecto de las excepciones y limitaciones para que cumplieran con lo dispuesto en el primer criterio del “*three-step test*”⁶. Esta postura se encuentra sustentada en otras acepciones de este término que lo definen como un adjetivo que significa “concreto o preciso”⁷ o “exacto, concreto”⁸, es decir, con un sentido muy similar a la palabra “cierto”, traducción literal de “*certain*”. Sin embargo, cuando se le atribuye este significado a los términos en cuestión, se olvida que algunos adjetivos —como “igual”, “determinado” y “cierto”— dejan de usarse como tales y cumplen la función de determinantes cuando

⁵ Cfr. Caso *Música en pequeños establecimientos en EE.UU.* § 6.108. Sobre este punto en particular, FICSOR critica al Panel por el uso de diccionarios generales para interpretar cuestiones especializadas como las concernientes al derecho de autor: M. FICSOR, “How much of what? The “three-step test” and its application in two recent WTO dispute settlement cases”, 221.

⁶ Caso *Música en pequeños establecimientos en EE.UU.* § 6.108. Esta interpretación gramatical concuerda con lo previsto en otros diccionarios. Así, por ejemplo, se considera que “determinado” es el participio del verbo determinar, el que a su vez es definido por el Diccionario de la Real Academia Española como “fijar los términos de algo” o “señalar, fijar algo para algún efecto”, lo que indicaría que el resultado de esa acción, es decir, lo que ha sido “determinado” correspondería a algo cuyos términos han sido fijados o señalados para algún efecto. Este concepto es coincidente con algunas de las acepciones del término en inglés “*certain*” que lo definen como algo que, aunque específico, no está explícitamente nombrado o declarado [*“specific but not explicitly named or stated”*: *The Concise Oxford Dictionary*, 10a Ed. (revisada), Oxford University Press, New York, 2001] o como un determinante de algo particular del que, sin embargo, no se ha descrito claramente su clase, cantidad, grado, etc. [*“determiner (...) of a particular but not clearly described type; quantity, degree etc.”*: *Longman Dictionary of English Language and Culture*, Longman, Essex, 1998].

⁷ Diccionario esencial de la lengua española. Espasa. Madrid. 2006.

⁸ Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado. Grijalbo. Barcelona. 2003.

introducen un grupo nominal⁹, como sucede en el caso objeto de estudio. En efecto, el primer criterio del test se refiere a “determinados casos especiales”, por lo que la función de la palabra “determinados” —igual sucedería si se hubiese utilizado “ciertos”— es la de introducir “casos especiales” y no la de calificar tales casos, es decir, no se quiso decir “casos especiales determinados” o “casos ciertos”.

Ahora bien, hasta ahora se ha hecho referencia a las versiones en castellano e inglés cuyo igual valor auténtico está previsto en el artículo 24(1) del TODA y en la parte final del Acuerdo de Marrakech (constitutivo de la OMC) del que el ADPIC es un anexo. No sucede lo mismo con el Convenio de Berna —donde se consagró por primera vez el test— cuyo texto fue inicialmente firmado en francés e inglés y del que posteriormente se definieron textos oficiales en otros idiomas, entre ellos, el español. En este último instrumento internacional se dispuso, además, que en caso de controversia sobre la interpretación de los diversos textos haría fe el francés¹⁰. De ahí que sea importante observar que la versión francesa del fragmento objeto de estudio —“determinados casos especiales”— haya sido “*certaines cas spéciaux*”¹¹, es decir, “algunos casos especiales” lo que supondría que el texto no se refiere casos concretos, inamovibles y confinados “dentro de límites definidos”¹² sino a aquellos que se

⁹ Cfr. *Nueva gramática de la lengua española*, Real Academia Española - Asociación de Academias de la Lengua Española Espasa, Madrid, 2010, 250 (num. 13.4.3c).

¹⁰ Art. 37.1 c)

¹¹ “*certaines*” es un pronombre plural que significa algunos cuando se utiliza antes de un nombre. Gran Diccionario Español-Francés. Larousse. París. 2005.

¹² Así pidió Canadá que se estableciera el alcance de esta expresión en el caso que estudió la aplicación del test previsto para las patentes en el art. 30 del ADPIC: Caso *Patente sobre productos farmacéuticos en Canadá*. 7.27. A esta

definan en cada ordenamiento jurídico como especiales, postura que comparten RICKETSON¹³, FICSOR¹⁴ y SENFTLEBEN¹⁵.

pretensión, el Panel correspondiente respondió que la expresión “excepciones limitadas” debía ser interpretada de manera estricta, significando que una excepción “conlleva solamente una pequeña disminución de los derechos en cuestión”: 7.30.

¹³ RICKETSON recalca que la exigencia implícita en el término “*certain*” significa que la excepción debe estar claramente determinada, lo que no supone sin embargo que se deba identificar explícitamente cada posible situación en la que aplicaría la excepción, siempre y cuando el alcance de la excepción sea conocido y particularizado. Considera que, aunque en el Convenio de Berna prevalece el francés sobre el inglés cuando se presente conflicto, en este caso no se presentaría dicho conflicto porque “*certain*” en ese contexto significaría lo mismo que “*certain*” en francés, es decir, “algunos”: S. RICKETSON, *The three-step test, deemed quantities, libraries and closed exceptions*, 28.

¹⁴ FICSOR, después de criticar al Grupo antes mencionado por el uso de diccionarios generales para interpretar cuestiones especializadas como las concernientes con el derecho de autor, sobre todo si se tiene en cuenta que algunas palabras pueden tener distintos matices o acepciones, considera que en el contexto del “*three-step test*”, “determinados” significa “algunos”: M. FICSOR, “How much of what? The “three-step test” and its application in two recent WTO dispute settlement cases”, 221.

¹⁵ SENFTLEBEN resalta el hecho de que la versión francesa utilizara la fórmula “*certaines cas spéciaux*” y no “*cas certains et spéciaux*” (casos determinados y especiales). A partir de esta y otras consideraciones, llega a la conclusión que el término inglés “*certain*”, en el contexto de primer paso del test, significa “*some*” (algunos): M. SENFTLEBEN, *Copyright, limitations and the three-step test: An Analysis of the Three-step Test in International and EC Copyright Law*, 134. En todo caso, este autor también critica una interpretación más restringida de este paso, acorde con los postulados del derecho continental europeo de excepciones delineadas restrictivamente. Para él, esa interpretación no podría considerarse apropiada en el contexto del test, ya que no se compadece con una interpretación que debiera tener en cuenta el equilibrio del derecho de autor en el nivel internacional. Si así pudiera ser interpretado, las normas abiertas del sistema anglo-americano no pasarían el primer criterio del test y significaría la supresión de la forma como los sistemas de *common law* establecen límites a los derechos exclusivos. De ahí que la ventaja de interpretar “determinados” como “algunos” radicaría en el hecho de que evita entremezclar los principios del derecho internacional de autor con el cuestionable dogma europeo: ver 135-136. KUR hace eco de este argumento en:

Teniendo en cuenta el anterior análisis gramatical y contextual del primer paso o juicio del test, es posible sostener que, con lo que allí se exige, no se está requiriendo que las excepciones y limitaciones se refieran únicamente a casos específicos y precisados sino, más bien, como lo prevé su significado corriente, que se diferencien de la generalidad, porque son adecuadas y propias para lograr un objetivo (v.g. de política pública) o porque están destinadas para un determinado fin¹⁶, como se pasará a explicar en el siguiente acápite.

2. SOBRE LA NECESIDAD DE SUSTENTAR LAS EXCEPCIONES Y LIMITACIONES EN CONSIDERACIONES NORMATIVAS O DE POLÍTICA PÚBLICA

En uno de los primeros comentarios sobre el “*three-step test*” del Convenio de Berna, RICKETSON interpretó la exigencia del primer criterio en el sentido de que con ésta se estaría requiriendo que la excepción correspondiente estuviera sustentada en objetivos legítimos de política pública, por lo que la expresión “casos especiales” equivaldría a “propósitos especiales” (*specific purposes*)¹⁷. Esta interpretación fue mencionada y controvertida por el Panel en el caso *Música en pequeños*

A. KUR, “Of Oceans, Islands, and Inland Water –How Much Room for Exceptions and Limitations under the Three Step-Test?”, 23.

¹⁶ Ver definición de especial del Diccionario de la RAE: “(Del lat. *speciālis*). 1. adj. Singular o particular, que se diferencia de lo común o general. 2. adj. Muy adecuado o propio para algún efecto. 3. adj. Que está destinado a un fin concreto y esporádico (...)”

¹⁷ Cfr. S. RICKETSON, *Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*, 482.

establecimientos en EE.UU. al considerar la dificultad de compatibilizar lo establecido en el primer paso del test del ADPIC, aplicable respecto de todos los derechos exclusivos del autor, con lo afirmado en relación con el test de Berna, que se refiere exclusivamente a la posibilidad de limitar el derecho de reproducción¹⁸. Para el Panel, el primer criterio quedaría satisfecho simplemente si las excepciones o limitaciones establecidas en una determinada legislación están “claramente definidas” y tienen una “aplicación y alcance estrictos”. En su opinión, una vez verificado lo anterior se podría considerar una excepción o limitación como compatible con el primer criterio incluso si no fuera posible apreciar la “legitimidad subyacente en un sentido normativo” del propósito especial que tuvo el legislador correspondiente al erigirla. De ahí que el Panel concluyera que el primer criterio del test del ADPIC no exige calificar la legitimidad de las excepciones que sean objeto de la prueba. En todo caso, aclaró que los mencionados propósitos u objetivos de política a los que acudieran los legisladores al establecer una limitación al derecho de autor podrían ser de

¹⁸ De hecho, aunque el Panel reconoció la importancia de tener en cuenta la doctrina de tratadistas como RICKETSON, no estuvo de acuerdo con su interpretación del primer paso según lo anotó en una nota al pie de página: “Estamos dispuestos a tener en cuenta ‘las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones’ como ‘medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho’. Nos referimos a esta frase en el sentido del párrafo d) del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia que se refiere a dichas ‘doctrinas’ como ‘medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho’. Sin embargo somos prudentes al utilizar la interpretación de un término elaborado en el contexto de una excepción del derecho de reproducción al interpretar los mismos términos en el contexto de una excepción redactada de manera en gran medida semejante a la de otros derechos exclusivos conferidos por el derecho de autor”: Caso *Música en pequeños establecimientos en EE.UU.*, nota 114.

utilidad —desde el punto de vista fáctico— para definir los contornos y el significado de dicha excepción¹⁹.

Sin embargo, la negativa del Panel de tener en cuenta los objetivos de política pública que deben sustentar las excepciones que se consagren en las legislaciones nacionales ha sido criticada por un sector de la doctrina que —para efectos de la definición de excepciones y limitaciones— ha prevenido sobre la necesidad de considerar siempre el alcance y validez de tales objetivos y fines. En particular, FICSOR considera que una revisión de las distintas excepciones consagradas en el Convenio de Berna permite concluir que detrás de cada una de ellas existen intereses, objetivos y políticas claramente determinados, lo que supondría que se requiere siempre de una sólida justificación en la definición de las excepciones y limitaciones, por lo que no bastaría para su determinación cualquier objetivo político que pretendan alcanzar los gobernantes nacionales correspondientes ya que “no se es libre de reducir los derechos de los autores de una forma arbitraria”²⁰.

¹⁹ *Ibid.* § 6.111-6112.

²⁰ M. FICSOR, "How much of what? The "three-step test" and its application in two recent WTO dispute settlement cases", 133. Para el profesor húngaro, tomar una definición de un diccionario general como lo hizo el Panel en el caso en comento, sin un análisis adicional, entraña el peligro de interpretaciones engañosas. Ello explicaría por qué en la interpretación del término “especial”, que es central dentro del alcance del primer paso, se haya optado por utilizar la acepción de “alcance limitado” (“*narrowness*”) y el de “alcance excepcional” (“*exceptional objective*”) al tiempo que se desecharon otros significados propuestos, como aquel del “que tiene un fin particular” (“*having an individual purpose*”). Para el ex subdirector general de la OMPI, esto es importante porque, si se hubiese tenido en cuenta esta acepción, se habría llegado a una interpretación similar a la que había propuesto RICKETSON a este primer paso, es decir, que al mismo tiempo debía tener un alcance limitado y preciso y también satisfacer un propósito o fin específico. FICSOR critica especialmente al Panel porque no encuentra razón para desestimar los criterios de interpretación utilizados por RICKETSON respecto del test de Berna para desentrañar el alcance

En un sentido similar, GERVAIS ha criticado la decisión del Panel de desestimar la interpretación propuesta por RICKETSON referida a la necesidad de sustentar las excepciones en consideraciones de política, la que considera que se encuentra sólidamente sustentada en la historia y el texto del Convenio de Berna²¹. En particular, al profesor canadiense tampoco le convence la utilización del diccionario para definir el término “especial” y menos aún la secuencia lógica propuesta por el Panel, es decir, que el hecho de que se exija que una excepción deba ser “limitada en su campo de aplicación” quiera decir que ella deba ser “restringida tanto en sentido cuantitativo como en sentido cualitativo” como concluyó el Panel²². En realidad, considera GERVAIS, la exigencia del primer paso es superflua y, más que primer lugar, debería considerarse en último término, tal como lo habría propuesto la comisión redactora en la Conferencia de Estocolmo²³.

del test del ADPIC, simplemente porque este último se extiende a toda clase de derechos. Para él, lo expresado por RICKETSON no se encuentra basado en teorías abstractas sino, por el contrario, en el contexto del Convenio de Berna y en la negociación del mismo. En efecto, en las actas de la Conferencia indicarían que para que un caso se califique como “especial” no es suficiente que tenga un alcance limitado sino que, además, debe estar sustentado en razones de política pública “válidas y sólidas”. De ahí que la consideración de estas razones constituyen un elemento fundamental para lograr el equilibrio de los intereses contenidos en las normas internacionales sobre derecho de autor, por lo que interpretarlo de una manera contraria supondría la proliferación y multiplicación de limitaciones y excepciones que conllevarían la desvalorización de los derechos patrimoniales, algo que, considera FICSOR, es contrario al espíritu de los instrumentos internacionales en la materia *ibid.* 220-228.

²¹ D. GERVAIS, "Towards a new core international copyright norm: The reverse three-step test", 15.

²² *Ibid.* 15.

²³ *Ibid.* 15-16.

Por su parte, SENFTLEBEN, en la misma línea de RICKETSON y FICSOR, considera que el primer criterio implica un aspecto cualitativo, es decir, que la excepción se refiera a un objetivo distintivo y excepcional, por lo que se requiere una justificación suficientemente fuerte que sustente la limitación²⁴. Para el autor holandés, el término “especial” hace referencia al objetivo distintivo o excepcional que debe ser perseguido por la limitación. Su posición estaría sustentada en los antecedentes del test de Berna, en cuyo borrador inicial se utilizaba el término “propósitos específicos” (*specified purposes*) en lugar de “determinados casos especiales”. En este sentido, el grupo preparatorio de la Conferencia de Estocolmo habría hecho énfasis en que las excepciones sólo podían ser permitidas para propósitos claramente especificados, como uso privado, necesidades de los redactores de textos, necesidades de los invidentes, etc. Lo anterior sustentaría la idea de que las consideraciones cualitativas influenciaron el proceso de redacción del test de Berna, postura que estaría acorde con el fines sociales valiosos reconocidos en dicho tratado, como la posibilidad de citar otras obras, la enseñanza y los reportes de prensa que favorecen el libre flujo de información. SENFTLEBEN concluye entonces que en el derecho internacional de autor las consideraciones cualitativas juegan un papel decisivo en el campo de las limitaciones, por lo que lo más recomendable al momento de interpretar el test sea realizar una evaluación cualitativa, máxime si el enfoque cuantitativo parece dar lugar a situaciones insolubles²⁵.

²⁴ Cfr. M. SENFTLEBEN, *Copyright, limitations and the three-step test: An Analysis of the Three-step Test in International and EC Copyright Law*, 137.

²⁵ Sobre este último punto, cita también los trabajos preparatorios de la Conferencia de 1996 (en la que fueron finalmente adoptados los llamados Tratados Internet) en donde se afirmó que cuando se busca un alto nivel de protección, existen razones para equilibrar esa protección con otros valores importantes para la sociedad. Sin embargo, el autor también reconoce que, en el

SENFTLEBEN considera que una indagación meramente cuantitativa²⁶ es inadecuada porque, en aquellos casos en los que la limitación sirva para lograr fines sociales valiosos, no se tendrían en cuenta las políticas públicas que los sustentan, por lo que, desde el punto de vista cuantitativo, sería probable que dicha limitación no superara el primer paso²⁷.

Por su parte, KUR ha llamado la atención sobre cómo la interpretación del primer paso puede anticipar la aplicación del resto del test, como quiera que en los casos decididos en el seno de la OMC se le habría reconocido especial importancia a este etapa, convirtiéndola en el "test esencial". Teniendo en cuenta lo

derecho de comercio internacional, la opción de dejar de lado consideraciones de política pública nacional si puede considerarse apropiada. *Ibid.* 139-140.

²⁶ SENFTLEBEN critica la postura del Panel que, aunque anunció un enfoque cuantitativo y cualitativo, sólo aplicó el primero y no acudió al segundo para corregir los problemas que surgen con una perspectiva meramente cualitativa, refutando incluso la posibilidad de que este paso se refiriera a "propósitos específicos". *Ibid.* 142. En un sentido similar se había pronunciado FICSOR cuando criticó el hecho de que el Panel haya escogido un enfoque o método estadístico para determinar cuándo existe un caso especial y no haber tenido en cuenta la naturaleza misma de los usos que se querían calificar como excepciones, que hubiese supuesto su exclusión de dicha categoría: M. FICSOR, "How much of what? The "three-step test" and its application in two recent WTO dispute settlement cases", 230.

²⁷ En todo caso, para el profesor de la Universidad de Amsterdam, reducir la primera condición a una evaluación meramente cuantitativa, significaría anticipar la indagación respecto de la explotación normal de la obra, por lo que la conclusión del Panel sobre el primer criterio fue más una respuesta a la segunda condición del test Finalmente, para SENFTLEBEN la interpretación del primer criterio con una perspectiva cualitativa plantea también la cuestión de la interacción de éste con la tercera condición del test en la que se deben evaluar los legítimos intereses del autor. Así, mientras que el primer criterio ayuda a determinar la existencia de un interés que pueda competir con el del autor, el tercero está llamado a controlar el contenido del proceso de ponderación de los intereses involucrados: M. SENFTLEBEN, *Copyright, limitations and the three-step test: An Analysis of the Three-step Test in International and EC Copyright Law*, 144, 153.

anterior, la autora ha propuesto que las consideraciones política pública no sean excluidas de la deliberación que se haga en el contexto del primer criterio²⁸.

Sin embargo, la necesidad de una interpretación cualitativa del primer criterio ha sido controvertida por GINSBURG, para quién, aun cuando son escasos los antecedentes referidos a la redacción de esta condición, no es evidente o seguro que los redactores quisieran incorporar una justificación política o de política en el primer paso. De hecho, los antecedentes de la segunda condición referida a la “normal explotación” de la obra sugerirían que el paso “determinados casos especiales” no conlleva una dimensión cualitativa o normativa²⁹. Para la profesora de la Universidad de Columbia, es importante tener en cuenta que el análisis a la luz del test es escalonado, por lo que si se supera el primer paso, en los siguientes se hará otra revisión en la que si puedan estar incluidos los objetivos de política pública. Para ella, el examen normativo (de valores, políticas y principios implícitos) debe hacerse en los pasos dos y tres en lugar de hacerlo en el primero, como lo había sugerido RICKETSON³⁰.

²⁸ Cfr. A. KUR, "Of Oceans, Islands, and Inland Water –How Much Room for Exceptions and Limitations under the Three Step-Test?", 24. En un sentido similar, KOELMAN considera que el interés público está incorporado en el test cuando, a la luz del primer paso, la excepción debe contribuir con objetivos de política pública: K. J. KOELMAN, "Fixing the Three-Step Test", 409.

²⁹ Según lo explicó el Panel, el segundo paso fue entendido como una herramienta para acomodar las excepciones que ya existían al tiempo de la reforma del artículo 9º en Estocolmo que, se alegaba, defendían determinados intereses públicos.

³⁰ Un argumento adicional de GINSBURG para excluir las consideraciones cualitativas del primer paso es que en las actas de las reuniones de 1967 (Estocolmo) y 1971 (París) que introdujeron el test de Berna no se excluyeron claramente las excepciones “demagógicas” (*pork barrel-type*) —siempre que ellas fueran suficientemente discretas—, además de que hubiese sido inapropiado para la OMC condenar concesiones nacionales de esta clase en el

Tanto los comentarios de GINSBURG como los previos del Panel sobre su interpretación inicial fueron tenidos en cuenta por RICKETSON al momento de plantear un giro en su posición. En un estudio publicado en 2002, el tratadista australiano consideró que, cuando el Panel había rechazado su interpretación del primer paso, lo había hecho en razón de las diferencias existentes entre versión del test contenida en el ADPIC y la correspondiente en el Convenio de Berna y porque el Panel debía tener en cuenta las interpretaciones previas del Órgano de Apelación de la OMC en las que había rechazado juicios de interpretación en los que se tuvieran en cuenta objetivos o propósitos buscados por los legisladores nacionales³¹. Después de calificar la postura del Panel como “cautelosa” y aclarar que tanto los comentarios de éste como los de GINSBURG estaban más dirigidos al test del ADPIC que al test de Berna, RICKETSON decidió que era difícil —además de superfluo— mantener su posición inicial sobre la necesidad tener en cuenta los elementos de política pública subyacentes en las excepciones para interpretar el primer paso. En su opinión, como quiera que el objeto y los propósitos del Convenio de Berna son más restringidos que aquellos del ADPIC, la exigencia de que las

texto del ADPIC. Sin embargo, la profesora llama la atención sobre el hecho de que ninguna excepción, sin importar lo valiosa o importante de la política que la justifica, pasará el test si no cumple con los otros dos pasos. Por ello, cuando el Panel rechazó el componente normativo del primer paso, habría evitado enredarse en la evaluación de los méritos o sustento de las decisiones autónomas nacionales (que podrían ser el resultado de presiones de grupos poderosos), sobre todo teniendo en cuenta que las malas medidas políticas pueden ser rectificadas a través de los pasos dos y tres: J. C. GINSBURG, "Toward Supranational Copyright Law? The WTO Panel Decision and the 'Three-Step Test' for Copyright Exceptions", 11-12.

³¹ S. RICKETSON, *The three-step test, deemed quantities, libraries and closed exceptions*, 29 y nota 64 correspondiente. Allí mismo reconoció que habían sido pocos los que habían compartido su opinión inicial, dentro de los que mencionó a FICSOR, REINBOTHE y VON LEWINSKI.

excepciones y limitaciones sólo puedan establecerse en “determinados casos especiales” tendría un significado diverso en los dos tratados internacionales por lo que concluyó que, respecto del primer criterio, no se exige que la excepción se encuentre justificada en una política pública específica o en una circunstancia excepcional³².

Como se puede observar, la cuestión de si las excepciones y limitaciones requieren estar sustentadas en objetivos específicos de política pública no está completamente cerrada. Además del Panel, el único precedente judicial que ha hecho referencia a este asunto —de manera sucinta— es el caso *ProLitteris* en el que el Tribunal Supremo suizo afirmó, que para que una excepción supere la primera condición, debe quedar claro cuál es el objetivo perseguido por la misma³³. Por su parte, en la Declaración del Max Planck tampoco se hace una recomendación clara sobre el tema, aunque en el segundo punto se afirma que las excepciones y limitaciones “deben interpretarse de acuerdo con sus objetivos y finalidades”. Sin embargo, esta manifestación no parece referirse al primer criterio exclusivamente sino, más bien, al test en conjunto, tal como se pide en la Declaración que sea interpretado³⁴.

³² *Ibid.* 30-32. Por su parte, SUN ha dado cuenta del giro en la posición de RICKETSON y ha manifestado que la interpretación del primer paso por parte del Panel parece “razonable” en este punto: H. SUN, “Overcoming the Achilles Heel of Copyright Law”, *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property* 5, no. 2 (2007) 265-331, 283.

³³ Cfr. Caso *ProLitteris*. El caso enfrentó una compañía de medios impresos a una sociedad de gestión colectiva por la posibilidad de recaudar una tarifa derivada de la distribución de compilaciones de artículos por parte de ciertas agencias de prensa.

³⁴ GEIGER, uno de los impulsores de la declaración, tampoco ahonda en la cuestión, limitándose a afirmar que, de acuerdo con los principios generales de interpretación (atención a los objetivos, interacción con derechos humanos), también debería tenerse en cuenta la función de la excepción, la cual se podría

Se tiene entonces que sobre la cuestión de la dimensión normativa que debería caracterizar la definición de limitaciones y excepciones al derecho de autor o, en otras palabras, sobre la necesidad de sustentar tales límites en consideraciones de política pública o de interés público que justifiquen el recorte de los derechos exclusivos, se ha sugerido la relación existente entre la dimensión normativa del primer paso con elementos del mismo tenor en las siguientes dos condiciones. Retomando lo dicho al final del numeral anterior, la exigencia de que las excepciones y limitaciones se circunscriban a “determinados casos especiales” supone que tales casos se puedan distinguir de la generalidad, en cuanto tienen la capacidad de lograr un objetivo de política pública o porque están destinadas hacia un determinado fin. De aquí que se pueda afirmar que, para cumplir con la condición de que las excepciones y limitaciones se circunscriban a “determinados casos especiales”, se requiere que la excepción o limitación correspondiente persiga una finalidad o un propósito claro, constitucional y socialmente relevante, cómo también lo exigen otros juicios de razonabilidad según se analizó en el capítulo anterior.

Ahora, al momento de considerar la finalidad exigida en este primer juicio, habrá de examinarse si los fines mediatos e inmediatos de la correspondiente excepción o limitación —con

derivar de los tratados de derechos humanos que hayan suscrito los estados miembros: C. GEIGER, "Implementing an International Instrument for Interpreting Copyright Limitations and Exceptions", 633. Por su parte, LUCAS y CÁMARA, al criticar la Declaración por abrir la posibilidad de que los legisladores establezcan excepciones de tipo abierto, en tanto que su alcance sea razonablemente previsible, consideran que ello se apartaría de las opiniones doctrinales que exigen un fin especial (mencionan a FICSOR, VON LEWINSKI y al primer RICKETSON) y de lo anotado por el grupo de estudio que preparó la Conferencia de Estocolmo, que sí exigía que los fines estuvieran claramente definidos: A. LUCAS y P. CÁMARA, "Por una interpretación razonable de la regla de los tres pasos", 26.

vocación de *ius in re aliena*— ayudan a concretar los fines últimos de todo derecho, esto es, la realización del bien común y la justicia. Dicho examen deberá tener en cuenta, entre otras cosas, los efectos derivados de la excepción o limitación —en el caso de los fines inmediatos— y la satisfacción de unos bienes humanos básicos o de un determinado objetivo constitucional o de política pública —cuando se indague por los fines mediatos.

3. EL ALCANCE DE LA EXPRESIÓN “EXPLOTACIÓN NORMAL” Y LA INTRODUCCIÓN DE LOS CRITERIOS “EMPÍRICO” Y “NORMATIVO” EN SU INTERPRETACIÓN

La condición de acuerdo con la cual la excepción o limitación respectiva no debe afectar la explotación normal de la obra ha sido considerada central en el “*three-step test*”, no sólo por su posición dentro del mismo sino, además, porque es la encargada de valorar las consecuencias patrimoniales de dicha excepción o limitación, aspecto que tiene capital importancia para los titulares de derechos. En la práctica, también ha sido el criterio que mayor atención ha recibido por parte de los tribunales y de los doctrinantes que le reconocen por igual su relevancia, aunque algunos consideren que ella debe ser matizada mediante la consideración de las otras condiciones del test, particularmente la tercera³⁵.

Como se anotó en el capítulo dedicado al estudio de los orígenes del test en la normativa internacional, la preocupación por las repercusiones económicas de las excepciones supuso que, desde los primeros trabajos preparatorios del Convenio de Berna, se propusieran fórmulas para restringir las limitaciones de forma

³⁵ Ver, por ejemplo, K. J. KOELMAN, “Fixing the Three-Step Test”, 407-412.

tal que no impactaran negativamente la explotación de las obras protegidas. Sin embargo, a medida que fueron avanzando las discusiones al interior de los distintos grupos involucrados, los elementos por considerar fueron variando del más específico — referido a que la excepción no representara competencia económica para la obra protegida— al más abstracto —alusivo a la “normalidad” de la explotación, como finalmente fue incorporado a la versión del test aprobada. Aunque no se cuenta con evidencia cierta sobre el particular, es probable que el cuarto factor del *fair use* haya influido en la manera como debían considerarse los aspectos económicos y de mercado en el que llegaría a ser el “*three-step test*”³⁶.

La particular importancia que se le había otorgado a la protección de los derechos patrimoniales en la discusión de las modificaciones al Convenio de Berna seguramente influyó para que el comité encargado del tema en Estocolmo haya decidido cambiar el orden los criterios que debían ser evaluados, de manera que el relacionado con la no afectación de la explotación normal de la obra pasó a un lugar de privilegio, después de la verificación del carácter excepcional de la limitación analizada. En todo caso, al interior del comité se encargaron de realzar el papel de este criterio al proponer un ejemplo en el que lo primero que debía ser evaluado era si se afectaba o no la explotación económica de la obra, antes de constatar si se causaba un perjuicio

³⁶ Ver, por ejemplo: M. SENFTLEBEN, *Copyright, limitations and the three-step test: An Analysis of the Three-step Test in International and EC Copyright Law*, 113; K. J. KOELMAN, “Fixing the Three-Step Test”, 410. En todo caso, es importante aclarar que para el momento en que fue adoptado el test por vez primera (1967), el *fair use* seguía siendo una doctrina jurisprudencial (que venía siendo construida desde 1841), ya que sólo hasta 1976 tendría rango legal al ser consagrada como artículo (*section*) 107 de la *Copyright Act* de los Estados Unidos.

injustificado a los intereses legítimos del autor, para finalmente examinar si se trataba de un caso especial. Este primer lugar que le concedió el comité redactor al segundo paso se vio reflejado posteriormente en la jurisprudencia y en la mayoría de legislaciones nacionales que han adoptado el test que, al desestimar el primer paso, ubican el de la explotación normal en lugar inicial y privilegiado³⁷.

En lo que se refiere a la manera como se encuentra redactada la condición propiamente dicha, el significado de “explotación” no tiene mayor inconveniente dado que se trata de un término que tiene un sentido similar en los distintos idiomas oficiales del Convenio de Berna, seguramente porque todos ellos encuentran su raíz común en la palabra francesa “*exploiter*” que alude a “sacar provecho [de algo]”³⁸. Teniendo en cuenta lo anterior, “explotación” es la “acción y afecto de explotar”³⁹, expresión que a su vez significa “sacar utilidad o provecho de un negocio o industria en provecho propio”⁴⁰, lo que en el ámbito del derecho de autor se traduciría en las actividades que los titulares utilizan para extraer valor económico de sus derechos exclusivos sobre las obras⁴¹, es decir, explotación económica.

Por contraste, el adjetivo “normal” que califica la explotación que no puede verse afectada por la excepción no

³⁷ Ver el estudio comparado del capítulo anterior.

³⁸ Diccionario de la Real Academia Española. 22^a Ed.

³⁹ Diccionario de la Real Academia Española. 22^a Ed.

⁴⁰ Diccionario de la Real Academia Española. 22^a Ed.

⁴¹ Cfr. S. RICKETSON, *The three-step test, deemed quantities, libraries and closed exceptions*, 32; M. FICSOR, “How much of what? The “three-step test” and its application in two recent WTO dispute settlement cases”, 137; Caso *Música en pequeños establecimientos en EE.UU.* § 6.165.

parece tan claro en el contexto del “*three-step test*”. Aunque gramaticalmente no presenta mayor problema, porque su significado es muy similar en francés, inglés y castellano (las distintas formas tienen su raíz común en el latín “*normālis*”), su lectura si puede tener diferentes connotaciones. De manera general, cuando se califica algo como normal se hace referencia a que “se halla en su estado natural” o que “sirve de norma o regla” o que “por su naturaleza, forma o magnitud, se ajusta a ciertas normas fijadas de antemano”, acepciones a partir de las cuales la doctrina y la jurisprudencia han planteado dos posibles enfoques para explicar esta expresión: el empírico y el normativo.

En particular, en el caso *Música en pequeños establecimientos en EE.UU.* ya mencionado, el Panel, a partir de las definiciones usuales del término “normal”, afirmó sobre dichas connotaciones que “la primera parece ser de carácter empírico, es decir, lo que es regular, usual, típico u ordinario. La segunda aplica un planteamiento algo más normativo, si no dinámico, es decir conforme a un tipo o norma”, aunque no se consideró obligado “a decidir cuál de esas connotaciones resulta más pertinente”⁴². Sobre el alcance del sentido “empírico” de la expresión “normal” el Panel comenzó por advertir que si ella se identificara con el disfrute pleno de los derechos exclusivos reconocidos al autor, el

⁴²Caso *Música en pequeños establecimientos en EE.UU.* § 6.166. En todo caso, el Panel manifestó que “sobre la base del artículo 31 de la Convención de Viena” tratarían “de formular una interpretación armoniosa que dé sentido y efecto a ambas connotaciones de ‘normal’”. La mayoría de los comentaristas del test hacen referencia a este doble enfoque, empírico y normativo. Ver por ejemplo: M. FICSOR, “How much of what? The “three-step test” and its application in two recent WTO dispute settlement cases”, 137; M. SENFTLEBEN, *Copyright, limitations and the three-step test: An Analysis of the Three-step Test in International and EC Copyright Law*, 169 y ss.; S. RICKETSON, *The three-step test, deemed quantities, libraries and closed exceptions*, 32 y ss.; J. C. GINSBURG, “Toward Supranational Copyright Law? The WTO Panel Decision and the ‘Three-Step Test’ for Copyright Exceptions”, 14-15.

“*three-step test*” no tendría sentido porque no habría espacio para establecer excepciones, de lo que infirió que “normal” significaba “evidentemente algo menos que el pleno uso de un derecho exclusivo”⁴³. La perspectiva empírica había sido de algún modo planteada por el demandado (Estados Unidos) cuando afirmó que aquello que debía ser objeto de examen en este punto era si se podía constatar la existencia de segmentos del mercado en los que el titular pudiera esperar “normalmente” explotar la obra protegida, pero en los que no pudiera hacerlo efectivamente en razón de que una determinada excepción se lo impidiera. En este sentido, no harían parte de la “explotación normal” aquellos usos por los cuales el titular no esperaría normalmente recibir una contraprestación⁴⁴.

Esta postura empírica —que fue acogida parcialmente por el Panel en su informe⁴⁵— ha sido criticada por los comentaristas del test, incluso antes de que el caso ventilado ante la OMC comenzara a ser objeto de debate público. En efecto, GOLDSTEIN había advertido sobre la “circularidad obvia” que afecta este segundo criterio del test si se tiene en cuenta que los autores han explotado tradicionalmente (“normalmente”) sus obras sólo en aquellos mercados o segmentos en donde están seguros de detentar derechos (por lo que los mercados para los usos

⁴³ Caso *Música en pequeños establecimientos en EE.UU.* § 6.167. Sobre este punto citó el ejemplo de las fotocopias que utilizó el comité correspondiente en la Conferencia de Estocolmo y que fue mencionado en el capítulo anterior.

⁴⁴ *Ibid.* § 6.177.

⁴⁵ Sobre lo argumentado por los Estados Unidos el Panel afirmó que “[a] nuestro parecer, este criterio parece reflejar el aspecto empírico o cuantitativo de la connotación de ‘normal’, en el sentido de ‘regular, usual, típico u ordinario’. En consecuencia, podemos aceptar este planteamiento de los Estados Unidos, pero sólo para el aspecto empírico o cuantitativo de la connotación” por lo que anticipó que conjugaría este sentido con aquél más “normativo”: *ibid.* § 6.178.

exceptuados estarían por fuera de la explotación normal). En consecuencia, ampliar una excepción implicaría reducir el “mercado normal”, mientras que ampliar la definición de “mercado normal” significaría reducir el campo de la excepción⁴⁶. Por su parte, RICKETSON considera que la cuestión puede ser mejor enfocada si el análisis parte del supuesto de que el titular tiene la capacidad de ejercer la totalidad de los derechos sobre su obra (“*in full*”) sin que pueda verse inhibido a hacerlo por la presencia de una excepción, por lo que habría que preguntar simplemente si un determinado uso es uno de esos que el titular ordinaria o razonablemente buscaría explotar. Esto implicaría revisar cuál es el escenario presente y llevaría a desestimar formas potenciales de explotación que pudiesen surgir en el futuro, que en todo caso serían tenidas en cuenta desde la perspectiva normativa⁴⁷.

La interpretación de RICKETSON, sin embargo, ha sido criticada por SENFTLEBEN, quien considera que adolece de la misma circularidad lógica denunciada por GOLDSTEIN y por el propio RICKETSON. Para SENFTLEBEN, desde esta perspectiva se entendería por qué los Estados Unidos habría afirmado —en el caso ventilado ante la OMC— que la excepción que era objeto de discusión se había previsto varios años atrás y que, por ello, los titulares no esperaban una remuneración por esa forma de explotación

⁴⁶⁴⁶ P. GOLDSTEIN, *International Copyright: Principles, Law, and Practice*, Oxford University Press, New York, 2001, 295-296. Este análisis de GOLDSTEIN es citado, entre otros, por: S. RICKETSON, *The three-step test, deemed quantities, libraries and closed exceptions*, 32; J. C. GINSBURG, "Toward Supranational Copyright Law? The WTO Panel Decision and the 'Three-Step Test' for Copyright Exceptions", 13; M. SENFTLEBEN, *Copyright, limitations and the three-step test: An Analysis of the Three-step Test in International and EC Copyright Law*, 172. Otra crítica a la circularidad se encuentra en: K. J. KOELMAN, "Fixing the Three-Step Test", 408.

⁴⁷ Cfr. S. RICKETSON, *The three-step test, deemed quantities, libraries and closed exceptions*, 32

(puesto que sabían que estaba exceptuada)⁴⁸. Adicionalmente, una dificultad respecto de este enfoque consistiría en que habría necesidad de acudir a antecedentes históricos sobre los cuales no es fácil obtener datos para saber si, en una determinada época, antes de ser establecida la respectiva limitación, se explotaba normalmente ese uso. Lo anterior, sumado a que en el derecho comparado no se encuentra sustento a esta perspectiva, lleva a SENFTLEBEN a concluir que el enfoque empírico de RICKETSON debe ser desestimado y adoptar mejor uno de carácter normativo⁴⁹.

Como se mencionó antes, fue en el informe del Panel en el caso de la *Música en pequeños establecimientos en EE.UU.* donde se planteó por vez primera la atención a la perspectiva normativa a la hora de calificar la normalidad de una determinada explotación,

⁴⁸ M. SENFTLEBEN, *Copyright, limitations and the three-step test: An Analysis of the Three-step Test in International and EC Copyright Law*, 172. Ver además, *Caso Música en pequeños establecimientos en EE.UU.*, anexo 2.1 y respuesta del panel en §6.190, §6.196 y §6.198.

⁴⁹ Cfr. M. SENFTLEBEN, *Copyright, limitations and the three-step test: An Analysis of the Three-step Test in International and EC Copyright Law*, 176. En su análisis, SENFTLEBEN también hace referencia a una variación del enfoque empírico propuesto por BORNKAMM, desde la perspectiva histórica. BORNKAMM sostiene, después de estudiar los comentarios de ULMER, que la afectación de la normal explotación sólo se debe analizar a la luz de los medios tradicionales de explotación, es decir, los existentes para la época de la adopción del test en 1967, particularmente la impresión en papel. Por lo tanto, los perjuicios que puedan causar las fotocopias (que aún no era un medio tradicional) sólo se deberían analizar en el tercer paso y no en el segundo, lo que tendría la ventaja de definir una clara línea de separación entre tales pasos dos y tres. Sin embargo, SENFTLEBEN critica esta perspectiva porque con las nuevas tecnologías, la segunda condición tendería a desaparecer en la medida que desaparecieran también los medios tradicionales de explotación, además de que se protegería más a aquellos autores que publiquen por medios análogos por encima de aquellos que lo hagan por medios digitales. Para el autor, el test debe ser interpretado para darle significado a cada uno de los criterios, aunque deba dársele una interpretación adecuada al segundo paso, para que no se le considere la piedra angular del test: ver 169-171.

enfoque que consideró más dinámico, en la medida que podía hacer referencia a la evolución de la tecnología y de los mercados⁵⁰. El punto de partida para el análisis normativo del Panel fue el informe del grupo preparatorio de la Conferencia de Estocolmo en donde se recomendaba lo siguiente respecto de las excepciones y limitaciones al propuesto derecho de reproducción: "limitar el reconocimiento y el ejercicio de ese derecho, a determinados propósitos y a condición de que esos propósitos no entren en competencia económica con esas obras" ya que "todas las formas de explotar una obra, que tienen, o pueden adquirir, importancia económica o práctica considerable, deben estar reservadas a los autores"⁵¹. Sobre el particular, el Panel consideró que una posible forma de verificar la normalidad de una explotación de acuerdo con la perspectiva normativa era "examinar, además de las formas de explotación que generan actualmente ingresos importantes o apreciables, las formas de explotación que, con cierto grado de probabilidad y plausibilidad, podrían adquirir considerable importancia económica o práctica"⁵². De conformidad con este enfoque, el Panel opinó que no todas las utilidades de obras protegidas —utilidades que usualmente hacen parte de los derechos exclusivos del titular— afectarían necesariamente la explotación normal de tales obras, ya que si ello fuera así sería poco probable encontrar excepciones o limitaciones que superaran el segundo criterio, por lo que, como ya había advertido antes, no se justificaría la existencia del "*three-step test*" dado que la explotación normal se identificaría con el disfrute pleno de los derechos exclusivos del titular⁵³.

⁵⁰ Cfr. Caso *Música en pequeños establecimientos en EE.UU.* § 6.178.

⁵¹ *Stockholm Conference, Records*, 1967, vol. I, 112.

⁵² Cfr. Caso *Música en pequeños establecimientos en EE.UU.* § 6.180.

⁵³ *Ibid.* § 6.182.

A partir de las consideraciones anteriores, el Panel estableció su posición en el sentido de que una excepción o limitación al derecho de autor afecta la explotación normal de la obra si los usos respectivos —que inicialmente hacían parte de los derechos exclusivos del titular pero que en virtud de la excepción o a la limitación se hallan exceptuados— “entran en competencia económica con las formas en que los titulares de derechos consiguen normalmente un valor económico de su derecho de la obra (es decir, el derecho de autor) y por lo tanto los priva de percibir utilidades comerciales importantes o apreciables.”⁵⁴ Para el Panel, el examen antedicho supondría evaluar los efectos reales y potenciales que se desprenderían de las condiciones comerciales y tecnológicas imperantes en un determinado mercado tanto en la actualidad como en un futuro próximo. De ahí que, como ya lo había anticipado, el de normalidad en la explotación debiera apreciarse como un concepto dinámico que podría evolucionar en la medida que se evidenciara el progreso tecnológico o se cambiaran las preferencias de los usuarios. El mismo Panel reconoció que esta interpretación, que supone considerar los efectos reales y potenciales de una determinada excepción o limitación, era compatible con otros criterios de interpretación que habían sido desarrollados en otros casos solucionados en el contexto de la OMC⁵⁵.

⁵⁴ *Ibid.* § 6.183.

⁵⁵ *Ibid.* §6.185, §6.187. Con lo anterior concluyó, para el caso particular objeto de estudio que “las prácticas de otorgamiento de licencias de las organizaciones de administración colectiva en un determinado mercado y en un determinado momento no definen las normas mínimas de protección con arreglo al Acuerdo sobre los ADPIC que deben aplicarse con arreglo a la legislación nacional” (§6.198).

4. EL DEBATE ALREDEDOR DEL ENFOQUE NORMATIVO DEL SEGUNDO CRITERIO

Tanto FICSOR como SENFTLEBEN se han mostrado de acuerdo con el enfoque normativo que tuvo en cuenta el Panel para interpretar el concepto de explotación normal, además de que han validado la utilización de los antecedentes de la negociación del Convenio de Berna para lograr el entendimiento de la disposición examinada⁵⁶. En todo caso, este último elabora un poco más su estudio en este punto, valiéndose de elementos de análisis económico, para afirmar que debe realizarse una cuidadosa evaluación del mercado de las distintas categorías de obras para definir el impacto que tendría sobre él la creación de una determinada excepción o limitación. En su opinión, una limitación sólo afectaría la explotación normal de la obra si impide sustancialmente la comercialización promedio de la misma, privando a los autores de una fuente principal de ingresos. Si esto sucede, se estaría interfiriendo el núcleo económico del derecho de autor y la excepción correspondiente no superaría el segundo paso⁵⁷.

⁵⁶ Cfr. M. FICSOR, "How much of what? The "three-step test" and its application in two recent WTO dispute settlement cases", 230; M. SENFTLEBEN, *Copyright, limitations and the three-step test: An Analysis of the Three-step Test in International and EC Copyright Law*, 177-179.

⁵⁷ La interpretación que hace SENFTLEBEN del segundo criterio del "three-step test" se sustenta en distintos elementos de análisis económico. A partir de ellos, el autor holandés ha propuesto que el segundo paso se interprete de la siguiente manera: (i) el conflicto con la normal explotación de la obra se presenta si los autores son privados de un mercado actual o potencial de importancia considerable económica y práctica; (ii) el círculo de esos mercados actuales o potenciales se encuentra exclusivamente constituido por aquellas posibilidades de mercadear una obra que constituyen típicamente una fuente principal de ingresos del titular y que, por lo tanto, pertenecen al núcleo económico de sus derechos exclusivos; (iii) para determinar estas fuentes

Sin embargo, se ha criticado el enfoque del Panel —y de los comentaristas que, como SENFTLEBEN, lo han avalado— porque, aun cuando se anunció “normativo”, se centró principalmente en los efectos económicos de las excepciones, dejando de lado otros elementos no económicos con mayor connotación normativa⁵⁸. Así, GINSBURG considera que el caso discutido en la OMC no conllevó dificultades “normativas” significativas, ya que la excepción “demagógica” (*pork-barrel type*) en cuestión no se refería a libertad de expresión, enseñanza u otras actividades creativas que usualmente son el objeto de las excepciones al derecho de autor. De ahí que considere que la ausencia de un problema genuinamente normativo pueda conducir a simplificar

principales de ingresos, se debe tener en cuenta la comercialización promedio de obras en la categoría afectada en lugar de enfocarse en el sistema internacional de derechos exclusivos con todas sus inconsistencias. Teniendo en cuenta lo anterior, para SENFTLEBEN la afectación de la explotación normal de la obra se presenta cuando los autores o titulares son privados de una fuente principal de ingresos, actual o potencial, fuente que, en todo caso, debe tener un peso relevante dentro de la comercialización promedio de las obras pertenecientes a la categoría respectiva. Cfr. M. SENFTLEBEN, *Copyright, limitations and the three-step test: An Analysis of the Three-step Test in International and EC Copyright Law*, 193-194. La propuesta de SENFTLEBEN ha sido criticada por KOELMAN, quien se ha preguntado cómo una manera futura y potencial de comercializar una obra puede ser calificada como típica. Según este autor, aquí también se correría el riesgo de circularidad si se intenta identificar “normal” con “típico”: K. J. KOELMAN, "Fixing the Three-Step Test", nota 16.

⁵⁸ Ver, por ejemplo, A. LUCAS y P. CÁMARA, "Por una interpretación razonable de la regla de los tres pasos", 28; S. RICKETSON, *The three-step test, deemed quantities, libraries and closed exceptions*, 32; C. GEIGER, "Implementing an International Instrument for Interpreting Copyright Limitations and Exceptions", 635; J. C. GINSBURG, "Toward Supranational Copyright Law? The WTO Panel Decision and the 'Three-Step Test' for Copyright Exceptions", 14 (quien opina que el análisis del Panel en este punto parece más una instrucción para prever lo que va a ser la situación empírica que una explicación de lo que el mercado del titular debería cubrir).

el análisis de la decisión del Panel y de otras decisiones.⁵⁹. GINSBURG sostiene que el enfoque predominantemente económico utilizado por el Panel para analizar el segundo paso puede ser útil a la hora analizar fallas del mercado y excepciones con motivaciones económicas similares, pero incluso en ese caso sería exagerado excluir totalmente la excepción sin permitir antes su revisión a la luz del tercer paso, que está llamado a conciliar los intereses en juego⁶⁰.

⁵⁹ Para la profesora de la Universidad de Columbia, aunque pueda afirmarse que cualquier explotación económicamente importante que el titular pueda ejercer —o esté en capacidad de hacerlo— entra dentro del alcance de “explotación normal”, con ese enfoque se correría el riesgo de que usos que tradicionalmente han sido considerados como privilegiados y exceptuados — como educación y parodia— puedan ser calificados como explotaciones normales, asumiendo que los titulares pudieran desarrollar un método de bajo costo para cobrar por tales usos. En su opinión, en este caso no sería suficiente alegar que el interés de cobrar por dichos usos sería objeto de evaluación en el tercer paso porque, tal como se ha dicho que funciona el test, no se podría pasar a dicha etapa si no se hubiera superado previamente la segunda. De aquí que considere de la mayor importancia tener en cuenta el contexto fáctico de la decisión del Panel, cuando quiera que se vayan a analizar sus efectos. Así, si se presentara una controversia que requiriera el examen de una excepción relacionada con la libertad de expresión o el derecho a la educación, se debería estudiar si, tratándose de un asunto “normativo” habría “mercado” y espacio para la crítica y otros usos similares, y si ellos deberían ser controlados por el titular también. J. C. GINSBURG, “Toward Supranational Copyright Law? The WTO Panel Decision and the ‘Three-Step Test’ for Copyright Exceptions”, 13-14.

⁶⁰ *Ibid.* 14. La autora propone el ejemplo de la copia privada: el impacto mínimo y la imposibilidad práctica de controlarla sustentó históricamente la excepción, pero hoy la tecnología ha desvirtuado las dos motivaciones. Si esas fueran las únicas justificaciones, afirma ella se podría caer en la tentación de concluir que las excepciones de copia privada hoy por hoy afectan la normal explotación de la obra. Y al existir dicho conflicto con la explotación normal, bajo el “*three-step test*”, no existirían excepciones de copia privada, aunque los efectos adversos sobre las obras pudieran ser mitigados mediante el uso de licencias obligatorias. Concluye la autora estadounidense, que si, por el contrario, existiera también una motivación no económica para esta excepción sería necesario desarrollar la descuidada dimensión normativa de lo que se entiende por explotación normal. Por su parte, KOELMAN ha manifestado su

Por su parte, RICKETSON, que inicialmente había analizado el segundo criterio desde una perspectiva eminentemente empírica, ha criticado el hecho de que el Panel hubiera utilizado el término “normativo” para referirse al enfoque que utilizó en su informe para determinar cuándo una explotación es “normal”, porque se trató más de un análisis económico que del examen de la forma como algo “debería ser” dentro del alcance del control del titular⁶¹. Sin dejar de lado la referencia a elementos económicos — principalmente los de competencia y mercado— que utilizó el Panel en su informe, el profesor australiano ha indagado un poco más en lo que él considera el enfoque normativo. En su opinión, la pregunta que debería hacerse cuando se evalúe el segundo criterio desde la perspectiva normativa es si el mercado en el que se presenta el uso exceptuado es parte de aquellos que el titular debería controlar en un sentido normativo. Para él, normativo sugeriría un examen de consideraciones de índole tanto económica como no económica, lo que inevitablemente supondría un proceso de ponderación⁶².

acuerdo con la propuesta de GINSBURG de hacer un verdadero examen normativo cuando se aplique el segundo paso, de manera tal que se puedan considerar otros intereses en juego: K. J. KOELMAN, "Fixing the Three-Step Test", 411.

⁶¹ S. RICKETSON, *The three-step test, deemed quantities, libraries and closed exceptions*, 32.

⁶² RICKETSON considera que hay muy pocos elementos en la discusión del texto del Acta de Estocolmo que ayuden a aclarar el alcance de una interpretación “normativa” del segundo paso. Además, si se intenta interpretar lo anterior a la luz de otros elementos dentro del texto del Convenio, como su preámbulo, se encontrará que allí se establece que se debe propender por la protección de los derechos de los autores, por lo que cualquier intento de equilibrar éstos con otros intereses no sería admisible, ya que la única posible indagación que podría hacerse sería acerca del impacto de la excepción propuesta en los derechos que pueden disfrutar los autores. En todo caso, opina el profesor australiano que la interpretación de las disposiciones de cualquier tratado debe hacerse atendiendo el contexto del mismo, caso en el cual es

En todo caso, RICKETSON advierte que no existen guías o parámetros para saber qué clase de consideraciones normativas no económicas deberían tenerse en cuenta para interpretar la “explotación normal”, por lo que correspondería a los legisladores nacionales lograr el equilibrio requerido. Sin embargo, para que dichas consideraciones normativas dieran cumplimiento a lo previsto en el primer paso (“determinados casos especiales”), ellas deberían estar claramente definidas y ser conformes con el objetivo principal del Convenio de Berna, esto es, la protección de los autores. Lo anterior significaría que esas justificaciones deberían estar enraizadas en razones de interés público claramente definidas y no en los intereses particulares de los usuarios, es decir, que deberían ser de importancia similar a aquellos intereses ya reconocidos en otras disposiciones del Convenio⁶³.

posible encontrar varias disposiciones en el Convenio Berna en las que los derechos exclusivos se encuentran sujetos a excepciones que están justificadas por otras consideraciones de política pública no económicas (por ejemplo, las contenidas en los artículos 2(4), 2 bis(1), 10(1), 10(2), 10bis(1), 10bis(2)). RICKETSON considera que cada una de estas excepciones está sujeta a diferentes condiciones aunque parecerían estar principalmente sustentadas en consideraciones no económicas (educación, crítica, etc). La única diferencia de estas excepciones con lo dispuesto en el “*three-step test*” del Convenio sería que aquellas son el resultado del proceso de ponderación que se ha llevado a cabo en las distintas versiones del Convenio, mientras que el artículo 9(2) sería una disposición “paraguas” (“*umbrella*” u “*omnibus*”) que sería aplicable —tanto retrospectivamente como hacia a futuro— a todas las excepciones aplicables al derecho de reproducción. Desde esta perspectiva mucho más amplia, el profesor de la Universidad de Melbourne afirma que sería lógico concluir que el segundo paso debe incluir una indagación también de consideraciones no económicas de carácter normativo, esto es, si ese uso en particular *debería* estar bajo el control del titular *ibid.* 34-35.

⁶³ A ello se debe adicionar que, si un enfoque complementario económico se adoptara para estudiar el segundo paso, quedaría muy poco margen (si alguno) para analizar el tercer paso, que ya se refiere a los perjuicios injustificados a los legítimos intereses del autor. Sin embargo, traer consideraciones de carácter no

GEIGER está de acuerdo en introducir elementos normativos a la interpretación de la segunda condición del “*three-step test*”, pero su propuesta va más allá de lo planteado por RICKETSON y GINSBURG. Para él, la interpretación del Panel entraña una serie de peligros ya que, por un lado, puede imponer un *status quo* que impida extender la determinación de excepciones a situaciones nuevas que no hayan sido previstas por el texto legal pero que se deriven de su espíritu y, por el otro, porque la referencia a formas de explotación futuras puede llegar a paralizar las excepciones cada vez que una evolución técnica permita controlar aquellos usos que antes habían sido incontrolables, creando por lo tanto nuevas posibilidades de explotación⁶⁴. El profesor de la Universidad de Estrasburgo considera que, en todo caso, no existe certeza de que la interpretación dada por el Panel al segundo paso sea la correcta y que tome realmente en cuenta las obligaciones de respetar los derechos fundamentales provenientes del derecho internacional⁶⁵.

económico y otras justificaciones al segundo paso, podría abrir la puerta para que existieran usos que no afectarían la explotación normal de la obra pero que no superarían el tercer paso (por causar un perjuicio injustificado). Entonces, considerar factores normativos no económicos parece lógico para RICKETSON, quien termina explicando el funcionamiento del test afirmando que habría que eliminar las consideraciones normativas del primer paso, con el propósito de definir un criterio en los términos más objetivos posibles; en el segundo paso se comenzaría a hacer un proceso de ponderación y se dejaría el tercer paso para considerar el impacto específico de la excepción sobre el autor (aunque también habría que hacer una especie de ponderación) *ibid.* 36-37.

⁶⁴ Cfr. C. GEIGER, “Implementing an International Instrument for Interpreting Copyright Limitations and Exceptions”, 634. El autor agrega que, teniendo en cuenta las mayores posibilidades de control que tienen los titulares, es posible que en el futuro desaparezcan las excepciones en el entorno digital.

⁶⁵ *Ibid.* 635. Para GEIGER, de hecho la interpretación del Panel sigue una lógica predominantemente económica.

De acuerdo con GEIGER, la dimensión socio-cultural del derecho de autor (que se puede evidenciar en los distintos tratados de derechos humanos) debería conducir a un enfoque más normativo, que tuviera en cuenta los objetivos y políticas culturales de los estados miembros, además de los objetivos previstos en el artículo 7 del ADPIC⁶⁶. En caso contrario, no habría suficiente margen para los legisladores nacionales para la implementación de nuevas limitaciones en el futuro, especialmente para adaptarse a los cambios técnicos y sociales. En cualquier caso, sería recomendable ir un poco más allá y adoptar, en adición a la perspectiva normativa, un enfoque extremadamente restrictivo de lo que puede entenderse por “explotación normal” para evitar que los legisladores y jueces pierdan su poder al respecto⁶⁷.

⁶⁶ *Ibid.* 635. Sobre este punto cita además a GROSSE RUSE KHAN, quien ubica el criterio de “explotación normal” dentro los conceptos abiertos que deben ser interpretados de acuerdo con tales objetivos. Sobre este punto, ver el comentario citado de manera más extensa en: H. GROSSE RUSE KAHN, “Proportionality and Balancing within the objectives for Intellectual Property Protection” en P. L. C. TORREMANS (ed.), *Intellectual Property and Human Rights*, Kluwer Law, La Haya, 2008, 161-93, 173-191.

⁶⁷ C. GEIGER, “Implementing an International Instrument for Interpreting Copyright Limitations and Exceptions”, 635-636. Para GEIGER, este enfoque normativo ya había sido aceptado en algún momento en caso ventilado en la OMC al interpretar el alcance de la versión del test en el artículo 30 del ADPIC aplicable a patentes, donde se afirmó que la explotación es normal cuando es esencial para alcanzar los objetivos de la política de patentes. Aunque para el autor esa formulación es demasiado vaga, parecería abrir la posibilidad de que legislador tome en cuenta elementos normativos y no limite su análisis a una enfoque meramente económico. Reconoce que, sin duda, la interpretación del segundo paso del artículo 30 es un poco diferente de aquella que aparece en el artículo 13 del ADPIC, seguramente porque en la primera norma se dice que las excepciones no deben afectar “injustificadamente” la explotación normal de la patente. Algo parecido sucede con el art. 26 (2) respecto de los diseños industriales. Esa referencia a la razonabilidad supone que se deben tener en cuenta otros intereses distintos de aquellos del titular. Entonces parecería que existe mayor flexibilidad para aplicar el test respecto de las patentes y los

Sin embargo, el enfoque propuesto por GEIGER —que además coincide con el propuesto en la Declaración del Max Planck que él lideró⁶⁸— ha sido criticado por otro sector de la doctrina que considera que no es acorde con la interpretación tradicional del derecho de autor que le otorga un lugar preponderante al aspecto económico. Para sustentar su crítica, LUCAS y CÁMARA recuerdan aquella propuesta inicial del grupo preparatorio de la Conferencia de Estocolmo según la cual se debía buscar que la excepción no entrara en competencia económica con las obras protegidas. Para ellos, esa fue también la interpretación de los primeros comentaristas del test sin que se abriera la posibilidad de hacer una ponderación de intereses al respecto, examen que debería hacerse en el tercer paso⁶⁹. Adicionalmente, critican el hecho de que GEIGER y otros comentaristas hayan utilizado el elemento adicional que aparece en los test aplicables a patentes y diseños industriales —que exige que la afectación de la explotación normal no se produzca “de manera injustificada”— para alegar una interpretación distinta en derecho de autor. Para los autores, esas diferencias en las versiones del test mostrarían que es distinta la propiedad industrial del derecho de autor, aunque no llegan a explicar tales diferencias⁷⁰.

diseños industriales, pero GEIGER no ve una razón objetiva para que las excepciones del derecho de autor se deban tratar de manera diferente.

⁶⁸ Ver la “Declaración por una interpretación equilibrada de la regla de los tres pasos en el derecho de autor”, especialmente las consideraciones y manifestaciones relacionadas con el segundo paso.

⁶⁹ Cfr. A. LUCAS y P. CÁMARA, “Por una interpretación razonable de la regla de los tres pasos”, 28.

⁷⁰ En este sentido, los autores consideran que la tesis según la cual se debe favorecer el interés general en la interpretación del “*three-step test*” no es convincente porque, aunque se permitió a los legisladores nacionales establecer nuevas excepciones y

5. LAS INCIERTAS INTERPRETACIONES JUDICIALES

En el ámbito jurisprudencial, además de lo que se puede encontrar en el ya mencionado caso *Música en pequeños establecimientos en EE.UU.*, es posible observar otras decisiones en las que se habría optado por el enfoque normativo-económico que caracterizó la decisión del Panel. El caso más relevante sobre este particular es el *Mulholland Drive* en el que la Corte de Casación francesa determinó que la copia privada de un DVD —que para el alto tribunal no podía considerarse un derecho si no una excepción— atentaba contra la normal explotación de la obra si se tenía en cuenta su incidencia económica y los riesgos que suponía su reproducción en el entorno digital, considerando la importancia comercial de la explotación en formato DVD para recuperar la inversión hecha por los titulares. Sin embargo, para arribar a esta conclusión —que la copia privada de un DVD afecta la normal explotación de la obra— la Corte no realizó un análisis económico exhaustivo o, por lo menos, no lo hizo público en el fallo. Así, en el texto simplemente se afirmó que la explotación económica de la obra se vería afectada, declaración que estaría soportada en una conclusión derivada de la lógica del juzgador⁷¹.

mantener otras, ello sólo demuestra que el test fue una solución de compromiso, que evitó que se llegara a una derogación de excepciones con una lista limitativa. Agregan, además, que si se sopesaran en este paso las consideraciones de interés general, perdería relevancia el tercer paso, *ibid.* 29-30.

⁷¹ Cfr. Caso *Mulholland Drive*.

En el caso *Copiepresse*⁷², el Tribunal de Apelación de Bruselas consideró que la captura en caché y correspondiente puesta a disposición de los artículos gestionados la sociedad demandante en el servicio Google News afectaba la explotación normal de las obras protegidas en la medida que los usuarios del servicio solamente consultarían dicha versión y dejarían de ingresar a los sitios originales de los diarios de los que provenían tales artículos. Para el Tribunal, los editores de los periódicos sufrirían pérdidas en sus ingresos derivados de la publicidad porque en sus páginas se reduciría el tráfico de usuarios. Este análisis, que sin embargo no contó con el respaldo de dictámenes expertos económicos, supuso que la decisión final del Tribunal resultara en una confirmación del fallo de primera instancia, desestimando las excepciones propuestas por Google y ordenando la exclusión de los artículos y demás contenidos gestionados de la demandante del servicio Google News⁷³.

La afectación de la normal explotación de la obra también fue tenida en cuenta por el Tribunal de Roma (Italia) para tomar la decisión en el caso *SIAE v. Tiscali*, en el que se determinó que este último había infringido los derechos patrimoniales de los asociados de SIAE (Sociedad Italiana de Autores y Editores) por la reproducción y puesta a disposición en su página web de obras de arte de reconocidos artistas. En este caso, el Tribunal desestimó

⁷² Caso *Copiepresse* (Bélgica), Cour d'appel de Bruxelles, 2011/2099 (5 de mayo de 2011).

⁷³ Curiosamente, tiempo después de este fallo, las partes llegaron a un acuerdo porque, al parecer, los diarios perdieron tráfico al dejar de aparecer en las bases de Google. Este sería un indicio de que el análisis "económico" planteado por el Tribunal no tuvo el respaldo de opiniones expertas en esta materia y, por lo tanto, que la afectación de la explotación normal de la obra no era evidente: <http://arstechnica.com/tech-policy/2011/07/google-versus-belgium-who-is-winning-nobody/>

la defensa propuesta por la demandada —sustentada en el derecho a la libertad de prensa y la excepción relativa a información sobre acontecimientos de actualidad— porque no cumplía con los criterios del “*three-step test*”, particularmente con el segundo paso. En opinión del Tribunal, la excepción alegada por la demandada sólo podía prosperar si —en línea con lo dispuesto en el segundo paso del test— se hubiese comprobado la ausencia de una finalidad económica directa por parte de Tiscali así como la no interferencia con la explotación económica de las obras de titulares de derecho de autor representados por la demandante. La falta de comprobación de estos supuestos —nuevamente sin el respaldo de dictámenes económicos expertos— llevaron al Tribunal a denegar la excepción propuesta⁷⁴.

En España, el caso *Vegab v. Barcanova*⁷⁵ fue una de las primeras controversias en las que se utilizó el test como mecanismo de interpretación de las excepciones al derecho de autor. En particular, la Audiencia Provincial de Barcelona, al referirse a la pretensión de la demandante para que la demandada retirara la reproducción de obras plásticas de algunos de los libros de texto publicados por esta, consideró que la actividad de la demandada no afectaba la explotación normal de las obras que gestionaba la primera. Para tomar esta decisión, la Audiencia analizó la función que cumplían las ilustraciones de obras plásticas dentro de los libros de texto y concluyó que ellas no habían sido incluidas con un propósito de lucro, aunque la actividad de la demandada si tuviera fines comerciales. En concepto del tribunal, desde una perspectiva más claramente

⁷⁴ Caso *SIAE v Tiscali Spa* (Italia), Tribunal de Roma, 65167 (22 de abril de 2008).

⁷⁵ Caso *Vegab v. Editorial Barcanova* (España), Audiencia Provincial de Barcelona, 774/1.999 (31 de octubre de 2011).

normativa, siempre que se vaya a analizar la pertinencia de una determinada excepción es importante determinar la causa y el propósito del uso, lo que permitirá constatar si es acorde con alguna finalidad protegida por la ley, como era la educativa en este caso. En suma, para la Audiencia no es suficiente la comprobación de un beneficio económico en cabeza de quien utiliza una determinada obra para desestimar la procedencia de una excepción⁷⁶.

También en el caso *CEDRO v Cámara de Comercio e Industria de Madrid*⁷⁷, el Tribunal Supremo español, al decidir sobre una demanda interpuesta por la sociedad de gestión de derechos reprográficos por las actividades de fotocopiado que, sin su autorización, realizaba la demandada en su biblioteca y centros de documentación, hizo referencia al “*three-step test*” español, aunque con un enfoque más “económico”. Respecto del segundo criterio, el tribunal afirmó que el hecho de que cualquier biblioteca pública o privada pudiera expedir copias de las obras allí depositadas podía afectar la explotación de la obra, aunque

⁷⁶ "Esa función dé (*sic*) las ilustraciones priva a las mismas de significación como instrumentos al servicio dé (*sic*) fines comerciales, pese a que los libros de texto se venden y la demandada actúa con ánimo de lucro. Con otras palabras, obtener un lucro no era, a los efectos de que se trata, la causa concreta de la ilustración, por más que resulte una consecuencia normal- en el mercado de la calidad del producto, resultante a la finalidad educativa. La referida prueba evidencia, también, que la medida de la inclusión de las obras plásticas de que se trata fue adecuada á (*sic*) la función docente que las mismas cumplen en los libros de texto a las que se incorporaron. La inclusión puede causar un perjuicio, pero él mismo no puede considerarse injustificado y por su ámbito no impide una explotación normal de las obras reproducidas. Se dan en el caso las condiciones precisas para que opere la limitación establecida en el artículo 32, en relación con el 40 bis; del Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual y 5.3:a de la Directiva"

⁷⁷ Caso *CEDRO v Cámara de Comercio e Industria de Madrid* (España), Tribunal Supremo - Sala de lo Civil, 629/2007 (8 de junio de 2007).

aclaró que dicho atentado contra los derechos de los titulares podía evitarse mediante un pago o abono, como el recaudado por la demandante. Sin embargo, ni la aseveración sobre la forma como el fotocopiado afectaba la normal explotación de las obras ni la manera como un pago podía solucionar el perjuicio causado fue objeto de un dictamen pericial experto, como tampoco fue analizado el alcance de la expresión “explotación normal”⁷⁸.

Ese mismo año, la Audiencia Provincial de Madrid, en el caso *Periodista Digital*, se basó principalmente en la aplicación del criterio de la no afectación de la explotación normal de la obra — que en la legislación española está ubicado en último lugar— para desestimar la existencia de una excepción que justificara la utilización, sin autorización, de “*press clippings*” originados en el diario El Mundo. En el aparte correspondiente, el tribunal listó una serie de razones por las cuales se consideraba que, con la actuación de la parte demandada, se había afectado la normal explotación de la obra, con los correspondientes perjuicios para sus titulares⁷⁹, por lo que concluyó que “el comportamiento de la

⁷⁸ Cfr. *Ibid.*

⁷⁹ Caso *Unidad Editorial y Mundinteractivos v Periodista Digital* (España), Audiencia Provincial de Madrid, 636/2006 (6 de julio de 2007). “La enumeración de las circunstancias que impedían a las actoras, ante un comportamiento como el de la demandada, explotar su obra con normalidad, es bastante significativa: 1º) en *Periodistadigital.com* se venían reproduciendo, junto a otros (algunos propios y buena parte de ellos también de otros periódicos), un número cuanto menos significativo, por no desdeñable, de artículos que no eran sino la simple reproducción, sin autorización para ello, de significados contenidos del diario El Mundo y su web (sus editoriales, los artículos de opinión de conocidos periodistas y colaboradores del mismo, artículos de sus redactores, fotografías, etc), sin autorización de sus editoras; 2º) la aparición de dichos contenidos en *Periodistadigital.com* se producía, al menos en muchos casos, de modo inmediato a su aparición en el original de la web o del diario El Mundo (desde luego, en muchas ocasiones en la misma fecha en que lo hacía en los formatos digital y papel de dicho periódico, pues internet facilita que pueda producirse esa cuasi simultaneidad); 3º) se facilitaba

demandada no constituía un uso justo de un derecho ajeno, merced a una limitación legal que pudiera justificarse en aras a la función social que cumple el derecho a la información, sino que desbordaba tal frontera, invadiendo y dañando el derecho de propiedad intelectual de las demandantes”. Se trata de uno de los casos en lo que se destina un mayor espacio a la consideración de los elementos que supondrían un atentado contra la explotación de la obra aunque, como se ha verificado en otras decisiones judiciales, no se hayan respaldado las conclusiones económicas en dictámenes expertos⁸⁰.

Sin embargo, el nivel de detalle expuesto en el caso *Periodista Digital* no fue tenido en cuenta en otro caso resuelto también por la Audiencia Provincial de Madrid en 2010. En efecto, en el caso *Copy Red*⁸¹ —en el que se demandó a un centro de reprografía por fotocopiar paquetes de lecturas en el ámbito de una universidad, sin la correspondiente licencia— se utilizó nuevamente el criterio que se viene estudiando, aunque con un mayor énfasis en el beneficio económico recibido por quien pretendía ampararse en la excepción. Así, después de enunciar las condiciones previstas en el

de esa manera el acceso gratuito y universal, pues podría valerse de él cualquiera, no sólo a contenidos libres de cargo sino también a otros de pago del diario El Mundo, a los que solo debería accederse previa la legítima expectativa de su titular de que fuese comprado su periódico o se efectuase la correspondiente alta o suscripción en su página web; y 4º) la finalidad de dicho comportamiento no era ajena a lo lucrativo, pues tal "modus operandi" estaba permitiendo a la demandada introducirse en el mercado de los medios de comunicación y obtener ingresos por publicidad o patrocinio, como lo revela, de modo patente, la inclusión de anuncios en su diario digital”.

⁸⁰ La parte demandada intentó llevar el litigio a casación pero el Tribunal Supremo inadmitió el recurso mediante auto de 9 de junio de 2009.

⁸¹ Caso *CEDRO v. Copy Red* (España), Audiencia Provincial de Madrid, 77/2010 (22 de marzo de 2010).

test de la legislación española⁸², la Audiencia consideró que se presentaba una infracción a la propiedad intelectual “pues no puede valorarse de otro modo el que un tercero obtenga por la explotación de una obra un beneficio económico del que se priva al autor como consecuencia de los límites señalados por la ley a sus derechos de exclusiva.” Como se observa, en el razonamiento del tribunal fue determinante el beneficio económico de quien supuestamente se estaba beneficiando de la excepción, es decir, el centro de copiado.

En el caso “*Se lo que hicisteis*”⁸³, el Tribunal Supremo español ratificó la decisión de la Audiencia Provincial de Barcelona que había fallado a favor de la demandante (Telecinco) por el uso que la demandada (La Sexta) había hecho de fragmentos de un programa de televisión de la primera, material que utilizaba la segunda para burlarse del formato y los contenidos mostrados en dicha emisión televisiva. Aunque, como en otros casos, no se presentó un análisis económico exhaustivo, la Audiencia consideró que la actuación de la demandada no podía superar la condición de no afectar la explotación normal de la obra de la demandante, por cuanto las obras o programas de una y otra competían en el mismo mercado y, finalmente, permitían a aquella obtener una ventaja comercial a costa de los contenidos de la demandante. Es importante anotar que, dentro de los casos estudiados, este es el único que hace referencia a la competencia económica que puede enfrentar una obra como resultado de una excepción, criterio que, de algún modo, había sido propuesto en la

⁸² Es preciso recordar que, como se observó en el capítulo anterior, en el artículo 40 bis de la Ley de Propiedad Intelectual española se prevé una versión del test que invierte el orden de los pasos dos y tres.

⁸³ Caso *Telecinco v. La Sexta* (España), Tribunal Supremo, 426/2013 (2013).

discusión que dio origen al “*three-step test*” en la Conferencia de Estocolmo.

En Países Bajos, el primer caso relevante en el que se tuvo en cuenta el “*three-step test*” fue decidido por el Tribunal del Distrito de La Haya en el caso *Reproducción gubernamental de resúmenes de prensa*⁸⁴ en el que se debatió la posibilidad de que una excepción, tradicionalmente reconocida para medios análogos, pudiese ser igualmente alegada en el entorno digital. En el análisis que se hizo del caso a la luz del segundo paso del test, el Tribunal llamó la atención sobre la forma como estaba ganando importancia la explotación digital de la prensa y la forma como los resúmenes periodísticos podían influir en este mercado. Por lo anterior, el Tribunal consideró que los resúmenes de prensa que distribuía una entidad gubernamental ponía en peligro la explotación normal de las obras protegidas y afectar injustificadamente los intereses de los editores en la comercialización digital de sus contenidos, concluyendo que en este caso no era permitida la excepción⁸⁵.

Por contraste, en un caso más reciente, el de *Pago por renovación en bibliotecas públicas*⁸⁶, la Corte Suprema neerlandesa consideró que la falta de pago de una tarifa adicional por la renovación de los préstamos en bibliotecas públicas no suponía que se estuviera afectando la explotación normal de las obras ni que se causara perjuicio a los legítimos intereses de los titulares. Nuevamente en esta decisión, en la que se entremezclan

⁸⁴ Caso *Reproducción gubernamental de artículos de prensa* (Países bajos), Rechtbank den Haag, 192880 (2 de marzo de 2005).

⁸⁵ Cfr. P. B. HUGENHOLTZ y M. SENFTLEBEN, "Fair use in Europe. In search of flexibilities", 19.

⁸⁶ Caso *Stichting Leenrecht v. Vereniging van Openbare Bibliotheken* (Países Bajos), Hoge Raad der Nederlanden, 11/4472 (23 de noviembre de 2012).

constantemente los pasos dos y tres, se nota la ausencia de un análisis de fondo de lo que puede calificarse como explotación “normal” para arribar a la conclusión antedicha.

Por último, dentro del ámbito europeo es importante mencionar que el Tribunal Supremo de Suiza, en el caso *ProLitteris*, afirmó que la segunda etapa de la prueba requiere una prueba de proporcionalidad en el contexto del derecho de autor. Para dicho tribunal, la definición sobre qué es una explotación normal se determina por la naturaleza del derecho en cuestión y el mercado de referencia en la situación particular. Con base en las anteriores consideraciones, pero sin un análisis de mercado más profundo, el Tribunal concluyó que en este caso no se había logrado probar que la explotación de la obra se pudiera ver afectada por los resúmenes de prensa y su difusión digital⁸⁷.

Como se señaló en el acápite correspondiente al primer criterio del test, los casos resueltos en la Argentina, más que referirse al “*three-step test*”, han optado por acudir a los factores del *fair use* estadounidense para definir la procedencia de determinadas excepciones al derecho de autor. De ahí que en la jurisprudencia de dicho país no sea posible encontrar decisiones en las que se realice un examen profundo del segundo criterio de test, aunque si se le nombre en algunas decisiones como elemento de ponderación del *fair use* que se propone como herramienta de interpretación. Esto es particularmente evidente en aquellos casos en los que se utilizó como fuente la obra de EMERY —“Propiedad Intelectual”— para explicar la naturaleza de las utilidades libres y gratuitas⁸⁸.

⁸⁷ Caso *ProLitteris*.

⁸⁸ Ver, por ejemplo: Caso *Televisión Registrada - Casación*.; Caso *Ilustración de rotura de ligamentos*.; Caso *Diego Guebel*.

En Colombia, el caso *Vélez Murillo* evidenció una aparente utilización del enfoque normativo-económico, aunque para desestimarlo. En efecto, para analizar si el servicio de conversión (y copiado) de LP (Long Play) y casetes a discos compactos que prestaba un tercero suponía la afectación la explotación normal de las obras correspondientes, la Corte Suprema de Justicia colombiana consideró que la conducta no estaba "dirigida" a atentar contra la normal explotación de la obra porque "no multiplicaba en grandes cantidades la música fijada" en soportes obsoletos. Como se puede observar, la Corte introdujo un elemento subjetivo en la aplicación del test cuando examinó si el propósito de la conducta era afectar la explotación de la obra⁸⁹. La respuesta, sin embargo, se fundamentó en la constatación del hecho de que las copias no se producían en "grandes cantidades" por lo que, en opinión de la Corte, no se presentaba una amenaza a la actividad económica de los titulares. Nuevamente, como había ocurrido en el caso *Mulholland Drive*, el "análisis económico" de la Corte no estuvo acompañado de verificaciones profesionales o dictámenes periciales de expertos que lo sustentaran, sino que parecería desprenderse de una afirmación de sentido común.

El caso *Vélez Murillo* influyó en una decisión posterior del mismo alto tribunal colombiano en la que se examinó la conducta

⁸⁹ Se ha criticado también el que la Corte hubiese examinado el ánimo de lucro (o la falta del mismo) en este caso, cuando en la ley colombiana no se contempla este elemento dentro de aquellos que deben ser evaluados para determinar la procedencia de una excepción: A. JARAMILLO MEJÍA, "Desafortunado fallo de la Corte Suprema de Justicia: Una inadecuada interpretación del sistema de limitaciones y excepciones al derecho de autor," *Boletín ODAI Reporta*(2008). Sobre este punto, es importante aclarar que la cuestión decidida por la Corte era de carácter penal, por lo que se explica la importancia que se le atribuyó a la conducta del implicado.

de un vendedor de libros piratas, el caso *Acero Saganome*⁹⁰. En el texto del fallo, la Corte citó el aparte correspondiente del caso *Vélez Murillo* en el que se hizo referencia a los criterios del “*three-step test*” para evaluar la licitud de la conducta que se acusaba de ser violatoria de los derechos patrimoniales de autor. En este caso, la Corte insistió en valorar las consecuencias económicas de las actividades del acusado y presentó una distinción entre el desvalor de la acción —respecto de la cual habría que tener en cuenta el ánimo de lucro y la afectación del patrimonio del autor— y el desvalor de resultado que supondría el examen concreto del riesgo para los derechos del titular en el caso particular⁹¹.

Finalmente, un análisis más detallado del segundo paso puede leerse en el caso *Modificación de proyectos arquitectónicos*⁹² en el que la Corte Constitucional colombiana resolvió una demanda de constitucionalidad contra la excepción al derecho de autor que permite que el propietario de un proyecto arquitectónico pueda incorporar modificaciones al mismo, sin que su autor se lo pueda impedir⁹³. Respecto del punto referente a la eventual afectación de la normal explotación de la obra, la Corte afirmó que, considerando la naturaleza de la obra arquitectónica, lo “corriente” es que su explotación por parte del autor del proyecto

⁹⁰ Caso *Acero Saganome* (Colombia), Corte Suprema de Justicia - Sala Penal, 31362 (13 de mayo de 2009).

⁹¹ *Ibid.* La Corte decidió no casar el fallo impugnado, lo que supuso la absolución del vendedor. Tres de los magistrados que integraban la Sala presentaron salvamento de voto.

⁹² Caso *Modificación de proyectos arquitectónicos*.

⁹³ El texto de la norma demandada es el siguiente: Ley 23 de 1982. **Artículo 43.-** *El autor de un proyecto arquitectónico no podrá impedir que el propietario introduzca modificaciones en él, pero tendrá la facultad de prohibir que su nombre sea asociado a la obra alterada.*”

termine una vez haya sido construido el bien diseñado. Para la Corte, lo normal es que el arquitecto no tenga vocación de propiedad sobre la construcción resultante. De ahí que, para el tribunal, “la explotación normal de la obra arquitectónica se circunscribe por parte del arquitecto al trabajo como creador de una obra bidimensional o tridimensional y por parte del titular a la explotación de los derechos patrimoniales, incluido el de transformación”. Las anteriores consideraciones llevaron a la Corte a concluir que el ejercicio de la excepción demandada no afectaría la normal explotación de la obra, en la medida que las modificaciones que pudiera introducir el propietario del inmueble no serían propias de la expectativa económica que tendría el arquitecto respecto de la creación del proyecto y su posterior construcción⁹⁴.

En suma, como se desprende de los casos revisados, el aparente sustento en consideraciones económicas y de mercado prevalece a la hora de interpretar el criterio de que las excepciones no pueden afectar la explotación normal de la obra. Sin embargo, se califican de “aparentes” estas consideraciones porque, en realidad, cuando se acude a ellas no se realiza un análisis económico de fondo que se refiera al contexto de las utilidades que se alegan exceptuadas ni a los mercados particulares en los que se buscaría hacerlas efectivas. Finalmente, la alusión a elementos normativos no-económicos es prácticamente inexistente —salvo alguna mención en el caso *Vegab v. Barcanova*— por lo que la valoración de estos otros elementos estaría relegada a la evaluación que se haga del tercer paso, como se explicará a continuación.

⁹⁴ Cfr. Caso *Modificación de proyectos arquitectónicos*.

6. UNAS PALABRAS FINALES SOBRE EL ENFOQUE NORMATIVO DEL SEGUNDO PASO

Teniendo en cuenta el análisis precedente, se tiene que, aunque el enfoque normativo ha sido más ampliamente aceptado que el puramente empírico, tampoco ha sido suficiente dicho acuerdo sobre su importancia para lograr consenso sobre el alcance que tiene lo “normativo” en el contexto del “*three-step test*”. En efecto, como quiera que “normativo” hace referencia a la forma como algo debería ser, o como debería ajustarse a un determinado ideal o norma, los principios y valores de quienes han interpretado el test han influido en su entendimiento sobre aquello que debe tenerse en cuenta para considerar una explotación como “normal”. En la práctica, como se pudo observar en la revisión de los precedentes judiciales que han interpretado el test, el sustento en consideraciones económicas y de mercado ha prevalecido a la hora de interpretar este segundo juicio, aunque tal justificación sea más aparente que real porque usualmente no se realiza un análisis económico exhaustivo sobre las utilidades que se alegan exceptuadas ni respecto de los mercados particulares en los que se buscaría hacerlas efectivas. Por su parte, la mención a elementos normativos no-económicos en la misma jurisprudencia es prácticamente inexistente, seguramente porque se considera que el examen de estos otros elementos corresponde hacerla en el tercero de los juicios del test.

Se observa entonces que el segundo juicio del test se ha caracterizado por enfocarse principalmente en el impacto económico y de mercado de las excepciones y limitaciones, lo cual no es incorrecto *per se*. Lo reprochable radica en el hecho de atribuirle un valor absoluto al factor económico, al componente patrimonial de la propiedad intelectual sobre la obra, sin llegar a compatibilizar los elementos del mercado con otros también

importantes para la realización del bien común. Interpretar lo normal exclusivamente desde el punto de vista económico y del derecho de propiedad, sin referencia a otros derechos, supondría extender o expandir irrazonablemente el ámbito del derecho de autor. En otras palabras, lo normal no debe identificarse con lo absoluto o lo ilimitado y lo pleno. En efecto, así como a la propiedad intelectual se le quiso atribuir el carácter absoluto de la propiedad material en sus iniciales definiciones constitucionales y legislativas de los siglos XVIII y XIX, en ese mismo sentido, debería entenderse limitada —como se entiende que está limitada la propiedad física— por intereses superiores dentro del ordenamiento jurídico, tales como el bien común, la función social y el interés público. En suma, el solo hecho de afectarse la normal explotación de la obra no debería ser suficiente para excluir una excepción o limitación al derecho de autor, por cuanto esa circunstancia debería contrastarse con otros intereses de importancia para la sociedad.

En definitiva, el alcance de la expresión “explotación normal” no se puede limitar a un estudio cuantitativo o empírico, sino que debe comprender, además, una perspectiva normativa, es decir, la forma como “debería ser” aprovechada una creación intelectual, tomando en consideración factores económicos y no económicos, incluyendo las finalidades examinadas en el primer juicio del test y las justificaciones presentes en el último paso de la prueba. Desde las perspectivas normativa y de razonabilidad, el segundo juicio del test supone, entonces, definir qué es una “explotación normal” a la luz de la finalidad y contenido esencial de los derechos involucrados.

7. LA TERCERA CONDICIÓN Y LA CONSIDERACIÓN DE “INTERESES LEGÍTIMOS”

Como se pudo observar en el recuento histórico del Capítulo 4, en el borrador inicialmente presentado por el grupo preparatorio de la Conferencia de Estocolmo —conformado por BIRPI y el gobierno sueco— no se incluyó ninguna referencia a la que sería la tercera condición del test, centrándose exclusivamente en la exigencia de que las excepciones no representaran una competencia económica para las obras protegidas. Sin embargo, en la revisión de la disposición correspondiente por parte del Comité Gubernamental de Expertos en 1965 se introdujo un criterio adicional referido a la necesidad de que las excepciones no fueran “contrarias” a los intereses legítimos de los autores, aunque no aparece ningún registro de lo que entendía el Comité por “intereses legítimos”. Ya en la Conferencia de Estocolmo, este tercer criterio fue adicionado en la propuesta que presentara el Reino Unido en donde se cambió la más general condición de que las excepciones no fueran contrarias a los intereses legítimos del autor por la más anglosajona referencia a que no se causara “un perjuicio injustificado” a los mismos intereses⁹⁵.

La nueva redacción del tercer criterio y su ubicación en el contexto del test según lo acordado en Estocolmo se mantuvo en la última de las revisiones del Convenio de Berna que se desarrolló en París en 1971⁹⁶ y posteriormente se trasladó a los

⁹⁵ Cfr. M. SENFTLEBEN, *Copyright, limitations and the three-step test: An Analysis of the Three-step Test in International and EC Copyright Law*, 226. El autor anota además que los dos elementos integrantes de este tercer criterio apuntarían a una misma dirección: equilibrar los intereses del autor y de la sociedad.

⁹⁶ Como ya se ha aclarado, el Acta de Estocolmo tuvo problemas para ser aceptada en su integridad como consecuencia de discrepancias en torno a un Protocolo para países en vía de desarrollo. Formalmente, el test terminó siendo

demás instrumentos internacionales que incorporaron el “*three-step test*” dentro de su texto. Sin embargo, en varias de las versiones posteriores del test se cambió la referencia a los intereses del autor por los del titular y de otros legitimados como los artistas, ejecutantes y productores. De todas maneras, el desdén con el que se refirió el comité en la Conferencia de Estocolmo al tercer criterio se ha visto reflejado en buena parte de las decisiones judiciales que han acudido al test, ya que sólo en pocas se ha tomado en consideración este paso para resolver los casos particulares, como se verá a continuación.

En el informe del caso de la *Música en pequeños establecimientos en EE.UU.*, el Panel de la OMC no entró a considerar la naturaleza jurídica del tercer criterio del test pero sí percibió que dentro del mismo se deberían agotar varias etapas, correspondientes a su compleja composición. Para el Panel, “[e]n primer lugar, es necesario definir en qué consisten los “intereses” de los titulares de los derechos que están en juego y cuáles son las características que los hacen “legítimos”. Luego es preciso interpretar el término “perjuicio” y en qué medida alcanza un nivel que pueda considerarse “injustificado”.⁹⁷ Este ejercicio estaría sustentado en el reconocimiento que hizo el Panel de que toda excepción puede causar perjuicios a sus titulares, por lo que lo importante es determinar en qué medida dichos perjuicios se encuentran justificados o no⁹⁸.

incorporado en el Acta de París de 1971. Cfr. D. LIPSZYC, *Derecho de autor y derechos conexos*, 670, 695-696.

⁹⁷ Caso *Música en pequeños establecimientos en EE.UU.*, 6.222.

⁹⁸ *Ibid.*, 6.220: “[e]n vista de que cualquier excepción a los derechos exclusivos puede resultar técnicamente en cierto grado de perjuicio al titular de los derechos, la cuestión decisiva es saber si el perjuicio es injustificado.”

En relación con el primer elemento a ser definido, esto es, el relacionado con el alcance del término “intereses”, el Panel señaló, basándose en definiciones generales de diccionario, que su sentido corriente podía comprender desde un derecho o título legal sobre un bien o hasta el uso o beneficio respecto de ese mismo un bien, concepto este último que incluiría la propiedad intelectual. Además de este significado, el Panel hizo notar que el término interés también podía referirse a la posibilidad de detrimento o ventaja, y de modo más general a algo que tenga o represente cierta importancia para cualquier persona⁹⁹. Aunque el Panel no lo hizo explícito, algunos comentaristas refiriéndose al alcance del término “intereses” han afirmado que, en el contexto del “*three-step test*”, éste se referiría tanto a intereses económicos como no económicos¹⁰⁰.

La forma como se califican los intereses a los que se refiere el tercer paso, esto es, “legítimos” presenta mayores dificultades en su definición y así lo plantea el mismo Panel en su informe. En efecto, nuevamente a partir de definiciones generales, el grupo de expertos determinó que “legítimo” podía tener dos significados principales: uno referido a la conformidad con leyes o principios, o autorizado por ellos o, lícito, justificable o apropiado; otro alusivo a lo normal, regular o conforme a un estándar normal previamente reconocido¹⁰¹. A partir de estas definiciones, el Panel

⁹⁹ *Ibid.*, 6.223. Estos significados coinciden con varias de las acepciones que trae el Diccionario de la Real Academia Española para el mismo término, como “provecho, utilidad, ganancia”; “valor de algo”; “conveniencia o beneficio en el orden moral o material”.

¹⁰⁰ En este sentido, ver: S. RICKETSON, *The three-step test, deemed quantities, libraries and closed exceptions*, 38.

¹⁰¹ Comparar estos significados con los del Diccionario de la Real Academia Española para interés legítimo: “Interés de una persona reconocido y protegido por el derecho”, “Situación jurídica que se ostenta en relación con la actuación de otra persona y que conlleva la facultad de exigirle, a través de un

concluyó que, desde el punto de vista jurídico, el término “legítimo” bien podía referirse a la nota de licitud desde una “perspectiva jurídica positivista” —es decir, “intereses legales”—, o bien a la característica de legitimidad desde una “perspectiva más normativa”. Las dos aproximaciones planteadas por el Panel estarían sustentadas en la necesidad de proteger los intereses que se desprenden de los propósitos implícitos en la protección de los derechos exclusivos, predicada en los distintos sistemas de propiedad intelectual¹⁰².

Aunque el concepto de “legitimidad” —en el contexto del tercer criterio del “*three-step test*”— no ha sido comentado en profundidad por la doctrina¹⁰³, las pocas referencias al mismo han partido de la distinción que propuso el Panel. Así, por ejemplo, cuando el Panel se refirió a este tema, además de llamar la atención de las distintas perspectivas —legal y normativa— que tendría el término “legítimo”, consideró que en el contexto del “*three-step test*” los intereses legítimos estarían vinculados al valor económico de los derechos exclusivos, aunque reconoce que tales intereses no deberían limitarse necesariamente a ese valor económico¹⁰⁴. De aquí que se haya afirmado por RICKETSON que la frase “intereses legítimos” puede incluir todos los intereses económicos y no económicos que estén protegidos por los derechos exclusivos concedidos por el derecho de autor. Sin

procedimiento administrativo o judicial, un comportamiento ajustado a derecho”.

¹⁰² Cfr. Caso *Música en pequeños establecimientos en EE.UU.*, 6.224.

¹⁰³ Cfr. J. C. GINSBURG, "Toward Supranational Copyright Law? The WTO Panel Decision and the 'Three-Step Test' for Copyright Exceptions", 15.

¹⁰⁴ Caso *Música en pequeños establecimientos en EE.UU.*, 6.227. Para sustentar esta afirmación, el Panel citó el Informe del Panel sobre *Canadá - Protección mediante patente de los productos farmacéuticos*, adoptado el 7 de abril de 2000, WT/DS114/R, párrafo 7.60.

embargo, esta postura —que se identificaría con la que identifica intereses “legítimos” con intereses “legales”— no podría considerarse como absoluta ya que debería haber alguna justificación normativa detrás de dichos intereses. Por ello, para el mismo autor, otra forma de expresar esto sería reconociendo que el adjetivo legítimo implica que existe una esfera “apropiada” para el desarrollo de los intereses del autor y que ésta no debería ser superada o extralimitada sin tener en cuenta otras consideraciones¹⁰⁵.

Por su parte, FICSOR ha manifestado, en lo que respecta a la expresión “legítimos” para calificar los intereses que no pueden verse perjudicados de manera injustificada, que la adición de esta condición adicional no habría hecho sino confirmar el sentido inicial del término legítimo aplicado a los intereses, es decir, “legales”. Este significado estaría confirmado por las palabras del Presidente de la Comisión principal No. 1 que admitía que, como toda excepción al derecho de reproducción causaría inevitablemente perjuicios a los intereses del autor, había que intentar limitar ese perjuicio mediante la introducción del término “injustificado” (*unreasonably*)¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Cfr. S. RICKETSON, *The three-step test, deemed quantities, libraries and closed exceptions*, 39.

¹⁰⁶ FICSOR sostiene que del término “legítimo” se pueden encontrar distintas acepciones en el diccionario y dentro de cada una de esas acepciones, también distintas interpretaciones. De acuerdo con una primera acepción e interpretación, según la cual legítimo significaría “conforme a la ley”, los intereses que no podrían perjudicarse serían aquellos intereses legales del autor, por lo que las excepciones y limitaciones a su derecho de reproducción no serían aceptables sino en el caso de que, no obstante el interés legítimo del autor, fuera posible dejar de lado dicho interés cuando el perjuicio se considere justificado. Por otro lado, si se entendiera que legítimo significa “conforme a principios” (el sentido “normativo”), esa misma expresión haría referencia a intereses legales sino a aquellos que tienen alguna justificación, porque se basan en ciertas normas sociales o determinados objetivos de política pública. Así mismo, a partir de la revisión de los antecedentes de adopción del test en

SENFTLEBEN, por su parte, ha criticado la postura de FICSOR que defiende la perspectiva de los intereses legales y ha llama la atención sobre una eventual tautología entre los dos principales elementos del tercer criterio (justificación y legitimidad) Para el autor holandés, es cuestionable identificar los intereses legítimos con los intereses legales. SENFTLEBEN opina que, si ese hubiese sido el deseo de los redactores del test, se hubiera hecho referencia a los derechos de los autores y no a sus legítimos intereses, por lo que afirma que el enfoque positivista debe ser rechazado y adoptar el normativo, en el sentido que la legitimidad de los intereses depende de que estén soportados en políticas públicas u otras normas sociales¹⁰⁷.

Estocolmo, FICSOR ha afirmado que la condición que inicialmente se propuso al Comité Gubernamental de Expertos (que la excepción no fuera "contraria a los intereses legítimos del autor") estaría más acorde con el significado del término legítimo que le reconoce su alcance normativo no jurídico o no legal (*non-legal*). En todo caso, de acuerdo con esta postura, en la propuesta del Reino Unido parece haberse hecho referencia a la primera de las acepciones mencionadas por el Panel, es decir, a intereses meramente legales, por lo que esa habría sido la causa de que se le añadiera la expresión "*not unreasonably*" ("no injustificado") a los perjuicios que podían causarse a tales intereses: M. FICSOR, "How much of what? The "three-step test" and its application in two recent WTO dispute settlement cases", 141-147.

¹⁰⁷ En este sentido, es evidente que en el derecho de autor se pueden encontrar distintas políticas subyacentes. Para SENFTLEBEN, el principal objetivo del sistema autoralista es la promoción de la diversidad cultural, de la que se desprenden otras justificaciones, como la protección de las obras, los argumentos de derecho natural y el fomento de la libertad de expresión. De acuerdo con lo anterior, la cuestión crucial que habría que analizar entonces en la interpretación del tercer criterio sería determinar si los intereses económicos y no económicos del autor están justificados a la luz de los fundamentos de protección del derecho de autor. Si ello fuera así, sus intereses serían legítimos, si no, serían ilegítimos e irrelevantes para el test de proporcionalidad inmerso en este criterio. Para determinar esto de una manera correcta, SENFTLEBEN considera que se puede invocar un principio comúnmente asociado al juicio de proporcionalidad, esto es, el principio de adecuación que exige que la medida en cuestión sea adecuada para la realización del fin perseguido o del objetivo propuesto M. SENFTLEBEN, *Copyright, limitations and*

GINSBURG, por otro lado, después de llamar la atención sobre el poco análisis que se ha hecho de la cuestión de la legitimidad en el contexto del “*three-step test*”, advierte que las mismas preocupaciones normativas que se han predicado respecto de la explotación normal de la obra, deberían informar igualmente el análisis relativo a la legitimidad de los intereses. En su parecer, los “objetivos generales del derecho de autor” ciertamente incluyen la preocupación por la creatividad de los segundos autores o autores derivados. De aquí se desprendería la ilegitimidad del interés de un autor que pretendiera silenciar la crítica. Para la profesora de la Universidad de Columbia, si el interés del autor no se pudiera calificar como legítimo, entonces tampoco se le debería ningún tipo de compensación, ni siquiera por razón de una licencia obligatoria¹⁰⁸.

En todo caso, las variaciones en la redacción del test en los distintos instrumentos internacionales y en su adopción en el

the three-step test: An Analysis of the Three-step Test in International and EC Copyright Law, 229-231.

¹⁰⁸ Cfr. J. C. GINSBURG, “Toward Supranational Copyright Law? The WTO Panel Decision and the ‘Three-Step Test’ for Copyright Exceptions”, 15-16. Se podría dar el caso del autor que puede tener un interés legítimo en obtener un pago por un determinado uso, pero un interés “menos legítimo” en impedir ese mismo uso. En ese caso, el criterio de legitimidad parecería derrumbarse en el examen de razonabilidad, por lo menos en aquellos casos en los que el interés del autor fuera meramente económico. La autora propone el ejemplo de la copia privada. Según su explicación, los autores tiene intereses legítimos en restringir y controlar la copia privada, especialmente en el ámbito digital, dado su tendencia y facilidad (proclividad) a la multiplicación masiva de copias “privadas”. De hecho, una excepción para copia privada a gran escala o masiva como aquellas del tipo “*sharing*” o de compartir afectarían la normal explotación de la obra (asumiendo que el derecho de autor pudiese ejercerse en este caso). Pero si la copia permaneciera realmente “privada”, en lugar de “compartida”, entonces se presentaría una legitimidad “compensatoria” que habría que considerar (aunque GINSBURG opina que ampliar la conveniencia o comodidad de los usuarios-consumidores no es un objetivo general del derecho de autor).

ámbito comunitario y nacional han sido particularmente evidentes en la última parte de este criterio. Como se ha indicado en distintos lugares de este trabajo, después de la versión original del test en el artículo 9(2) del Convenio de Berna en el que se hace referencia a los "intereses legítimos del autor", otras normativas han cambiado esta última mención al autor por la del "titular"¹⁰⁹. Sobre este particular, la Declaración del Instituto Max Planck ha advertido sobre la necesidad de tener en cuenta tanto los intereses de los titulares originarios (los autores) como de los cesionarios o titulares subsiguientes¹¹⁰, teniendo en cuenta que, aunque la mayoría de las veces pueden ser coincidentes, en otras tantas ocasiones pueden estar en conflicto, por ejemplo cuando determinadas excepciones y limitaciones afectan a los titulares subsiguientes de las obras al tiempo que favorecen a sus creadores¹¹¹. Sin embargo, LUCAS y CÁMARA opinan que, en ciertos casos, como en aquellos en los que se requiera definir una eventual afectación de la explotación normal de la obra, deben prevalecer los intereses de quienes han adquiridos los derechos patrimoniales sobre los de aquellos autores que se los han cedido¹¹².

¹⁰⁹ Ver, por ejemplo, artículo 13 del ADPIC, artículo 5.5 de la Directiva Europea y demás normas que han acogido esta fórmula, según se señaló en el Capítulo Tercero de este trabajo.

¹¹⁰ Ver punto 5 de la Declaración.

¹¹¹ Ver primera consideración de la Declaración.

¹¹² Cfr. A. LUCAS y P. CÁMARA, "Por una interpretación razonable de la regla de los tres pasos", 20, 31.

8. CUÁNDO SE ENCUENTRA (IN)JUSTIFICADO UN PERJUICIO A LOS INTERESES PROTEGIDOS

En lo que respecta a la segunda fase de análisis implícita en la tercera condición, es decir, la referida a “no causar un perjuicio injustificado”, es preciso anotar que, a diferencia de otras expresiones utilizadas en el test, las versiones en los distintos idiomas oficiales difieren sutilmente en cuanto al alcance de este criterio. En efecto, mientras que la versión en inglés —que corresponde a la propuesta original del Reino Unido— prevé como condición que la excepción o limitación “no perjudique irrazonablemente” (*not unreasonably prejudice*) los intereses legítimos del autor, las versiones en francés y castellano utilizan las fórmulas “*ne cause un préjudice injustifié*” y “no cause un perjuicio injustificado”, respectivamente. Como se puede observar, además de una insustancial diferencia de forma (en inglés se usa el verbo “perjudicar” mientras que en los otros dos idiomas se utiliza el sustantivo “perjuicio”), se ha traducido la expresión inglesa “*unreasonably*” por “injustificado” (adverbio en inglés y adjetivo en francés y castellano). Estos términos, aunque tienen alguna relación no significan exactamente lo mismo. Así, “irrazonable” (*unreasonable*) es el opuesto de “razonable” que, a su turno, significa “adecuado, conforme a razón” o “proporcionado o no exagerado”¹¹³, aunque es esta segunda acepción la que parece prevalecer entre los comentaristas del test¹¹⁴. Por su parte,

¹¹³ Diccionario de la Real Academia 23ª edición.

¹¹⁴ Ver, por ejemplo: S. RICKETSON, *The three-step test, deemed quantities, libraries and closed exceptions*, 41; M. SENFTLEBEN, *Copyright, limitations and the three-step test: An Analysis of the Three-step Test in International and EC Copyright Law*, 235; J. C. GINSBURG, “Toward Supranational Copyright Law? The WTO Panel Decision and the ‘Three-Step Test’ for Copyright Exceptions”, 15.

“injustificado” es también el antónimo de “justificado” que, a su vez, significa “conforme a justicia y razón”. De lo anterior se desprende que, a pesar de la cercanía conceptual entre “*unreasonable*” e “injustificado”, el término en inglés es más amplio que su correspondiente en francés y en castellano, en la medida que aquél comprende el significado de estar conforme o adecuado a justicia y razón —común en los tres idiomas—, al tiempo que es indicativo de algo que es desproporcionado o exagerado, acepciones que ordinariamente no son asimilables con “injustificado” o “*injustifié*”.

En su informe, el Panel que resolvió el caso *Música en pequeños establecimientos en EE.UU* acogió la acepción de “proporcionado” respecto de “*reasonable*”, al tiempo que aclaró que “*not unreasonably*” suponía, en todo caso, un umbral un poco más estricto que la palabra en términos positivos¹¹⁵. De todas maneras, para el Panel el hecho de que en la versión en inglés se hubiese utilizado la expresión en sentido negativo, indicaba un reconocimiento de que las excepciones y limitaciones usualmente causan un perjuicio a los titulares de derechos, razón por la cual aquello que habría que determinar sería si ese perjuicio es desproporcionado o no. Al anterior interrogante, el Panel respondió expresando que “el perjuicio de los intereses legítimos de los titulares de derechos llega a un nivel injustificado si una excepción o limitación causa o puede causar una pérdida de ingresos injustificada al titular del derecho de autor”¹¹⁶, circunscribiendo también esta tercera condición a criterios económicos como ya lo había hecho respecto del segundo paso.

¹¹⁵ Cfr. Caso *Música en pequeños establecimientos en EE.UU.*, 6.225.

¹¹⁶ Cfr. *Ibid.* 6.226, 6.229.

El Panel puso de presente la relación entre la segunda y tercera condición al afirmar que, así como se exigía respecto de la explotación normal de la obra, en el tercer paso se debían tener en cuenta no sólo las pérdidas reales sino también las potenciales¹¹⁷. Para el Panel, en todo caso, sería posible mitigar la “irrazonabilidad” o “injustificación” del perjuicio causado por una excepción o limitación si el Estado Miembro correspondiente lo hubiera hecho, no a través de una excepción sin pago, sino mediante el establecimiento de una licencia obligatoria donde se previera una remuneración equitativa¹¹⁸.

En su obra, RICKETSON también le ha otorgado el significado de “desproporcionado” al término “*unreasonable*”, llamando la atención sobre el diverso alcance que puede tener dicha expresión frente al “*injustifié*” francés —que considera más amplio— y sobre la mayor dificultad que implica presentar un perjuicio injustificado o desproporcionado frente a un perjuicio sin calificación¹¹⁹. Opina también el profesor australiano que el requisito de la proporcionalidad supone que puede haber condiciones en el uso que hagan que el perjuicio sea razonable (o no desproporcionado), por ejemplo, cuando aquellos intereses estén protegidos de forma tal que el uso se encuentre sujeto a ciertas condiciones o dentro de ciertos parámetros o cuando se

¹¹⁷ Cfr. *Ibid.* 6.247.

¹¹⁸ Cfr. *Ibid.* 6.89 y nota 205. A esta interpretación del Panel también se refiere GINSBURG en J. C. GINSBURG, "Toward Supranational Copyright Law? The WTO Panel Decision and the 'Three-Step Test' for Copyright Exceptions", 10. Por su parte, KOELMAN considera que la posibilidad de convertir un perjuicio de irrazonable a “razonable” mediante una compensación económica, es una de las características que distingue el tercer criterio del segundo, donde una compensación no bastaría para desestimar una eventual afectación de la explotación normal: K. J. KOELMAN, "Fixing the Three-Step Test", 409.

¹¹⁹ Cfr. S. RICKETSON, *The three-step test, deemed quantities, libraries and closed exceptions*, 39.

exija atribución de autoría o un pago por ese uso. A partir de lo anterior, RICKETSON concluye que la expresión “perjuicio injustificado” (“*do not unreasonably prejudice*”) debe ser interpretado en el sentido que el perjuicio a los intereses legítimos puede ser sustancial o material, aunque no debe ser irrazonable en el sentido de ser desproporcionado. Lo anterior implicaría que un perjuicio irrazonable podría ser evitado por la imposición de ciertas condiciones al uso exceptuado, incluyendo el pago de una remuneración¹²⁰.

SENFLEBEN también alude a la condición de la “injustificación” o “irrazonabilidad” de los perjuicios, equiparando dichos conceptos con lo “desproporcionado”, lo “excesivo” o “extravagante”, por lo que el perjuicio que podría causar una excepción a la luz del “*three-step test*” debería ser proporcionado, adecuado o apropiado para las circunstancias o propósitos para los que se haya establecido, en el marco del sistema autoralista¹²¹. De aquí que el autor afirme que, aunque la limitación ayude a lograr fines sociales valiosos, el perjuicio a los legítimos intereses del autor no puede ser desproporcionado. En este sentido, el detrimento a los autores debería estar razonablemente relacionado con el beneficio de los usuarios por lo que el margen de maniobra creado por cada legislación nacional a favor de los

¹²⁰ Cfr. *Ibid.*40-41. RICKETSON, así como lo hizo el Panel y otros comentaristas del test, sustentan la posibilidad de otorgar licencias obligatorias para cumplir con el tercer paso en lo anotado en el ejemplo de las fotocopias en los registros de las reuniones del Comité Principal I en la Conferencia de Estocolmo. En su parecer, nada en el artículo 9.2 del Convenio de Berna impediría que se pudieran permitir reproducciones exceptuadas imponiendo un determinado pago o pidiendo el reconocimiento de autoría, máxime si para la época en que se creó el “*three-step test*” muchas legislaciones ya tenían establecidas licencias obligatorias por lo que no parecía lógico que se buscara que esas licencias fueran excluidas de la disposición.

¹²¹ Cfr. M. SENFLEBEN, *Copyright, limitations and the three-step test: An Analysis of the Three-step Test in International and EC Copyright Law*, 235.

usuarios debería mantenerse dentro de los límites razonables¹²². Finalmente, sobre la posibilidad de que el tercer paso abra la puerta para establecer licencias obligatorias, SENFTLEBEN se muestra de acuerdo pero aclara que no siempre se debe definir el pago de una remuneración equitativa cuando se establezca una limitación ya que también podrían existir limitaciones sin pago, tal como se explicó en el seno del Comité Principal I en la Conferencia de Estocolmo cuando se presentó la última versión del test¹²³.

¹²² Para resolver lo anterior, SENFTLEBEN acude nuevamente al principio de adecuación para concluir que establecer una carga a los autores con una limitación inútil, que no sirviera para alcanzar los fines propuestos, se constituiría en un claro ejemplo de un perjuicio irrazonable (e injustificado). Para complementar su razonamiento, el autor holandés también se ha valido del test de necesidad para expresar que la limitación debe causar el menor perjuicio posible en comparación con el que causarían otros medios disponibles para alcanzar los objetivos propuestos. En consecuencia, se presentaría un perjuicio irrazonable si la alternativa que causara menos daño no fuera escogida, aun cuando existieran otras alternativas similares *ibid.* 236.

¹²³ *Ibid.* 237. Sobre este tema opina el autor que se debe determinar qué significa exactamente remuneración equitativa y, después, en qué casos se requiere pagar dicha remuneración y en cuáles no. Sobre el concepto de remuneración equitativa (mencionada por el art. 13 (1) del Convenio de Berna) no existe mucha claridad. Cita la explicación de RICKETSON, quien afirma que esa remuneración significa la remuneración equivalente que el autor hubiera recibido si él hubiera sido libre de autorizar el uso. Sin embargo, SENFTLEBEN lo critica, porque considera que es una posición idealista y quizás deseable, pero menciona que en realidad la idea de la compensación provenía de la legislación alemana que había sido adoptada poco antes de la conferencia de Estocolmo y parecía referirse más a una suma global o a un tanto alzado, más que a lo que el autor hubiese podido cobrar. De aquí que no sea clara la línea divisoria entre aquellos usos que requiere remuneración equitativa y aquellos que no. En el contexto del test, la remuneración equitativa se utilizaría para que el perjuicio no llegara a niveles desproporcionados: ver páginas 238-240. Por contraste, la explicación de RICKETSON sobre lo que es "remuneración equitativa" en el contexto del Convenio de Berna y del "three-step test" fue usada por un tribunal australiano para definir esta expresión, llegando a la conclusión que "*equitable remuneration*" is concerned with what is fair, reasonable and just": Caso *University of Newcastle v Audio-Visual Copyright Society* (Australia), Copyright Tribunal ACopyT 2 (12 de marzo de 1999).

Por su parte, GINSBURG también considera que el tercer paso abre la puerta para que un determinado perjuicio pueda convertirse en “razonable” o “justificado” si el autor es compensado equitativamente, incluso mediante un mecanismo de licencias obligatorias. En todo caso, aclara que ello no significa que toda excepción conlleve necesariamente una licencia obligatoria. Por ejemplo, algunas excepciones causarían un perjuicio tan reducido que no sería necesario exigir una licencia obligatoria. Para la autora, entonces, la razonabilidad (“*reasonableness*”) o justificación aparecería en el tercer paso como un criterio económico¹²⁴.

Por otro lado, la Declaración del Instituto Max Planck, aunque no se refiere directamente a la forma como debería interpretarse la expresión “perjuicio injustificado” si propone una serie de lineamientos que deberían tenerse en cuenta al momento de considerar los intereses relevantes en la aplicación del “*three-step test*”, elementos cuya defensa darían la pauta para definir cuándo se entendería que ha sido justificado un perjuicio causado a los intereses legítimos del autor o titular. En particular, la Declaración propone que en la interpretación del test se tengan en cuenta los intereses derivados de los derechos y libertades fundamentales, los relacionados con la protección de la competencia y los referentes a otros intereses públicos, como el progreso científico y el desarrollo cultural, social y económico¹²⁵.

La propuesta de la Declaración es criticada por LUCAS y CÁMARA quienes opinan que, aunque habría lugar a considerar derechos y libertades fundamentales, ello debería hacerse de manera que no utilicen tales argumentos de manera irrazonable.

¹²⁴ J. C. GINSBURG, "Toward Supranational Copyright Law? The WTO Panel Decision and the 'Three-Step Test' for Copyright Exceptions", 15.

¹²⁵ Declaración del Instituto Max Planck, punto 6.

Sobre la protección de la competencia, consideran en cambio que no tiene lugar en la aplicación del test en la medida que aquella obedece a su propia lógica. Finalmente, manifiestan su preocupación por la vaguedad de los objetivos relacionados con el progreso científico y el desarrollo cultural, social y económico que temen que pudiera ser malinterpretados¹²⁶.

Para finalizar, es importante anotar que el tercer paso del test que se viene analizando ha recibido poca atención por parte de los jueces, seguramente como consecuencia del último lugar que le correspondió en el contexto de la prueba y de la incertidumbre respecto de su significado. Se observa, por ejemplo, que en muchas de las decisiones examinadas, los tribunales han guardado silencio sobre este tercer criterio al tiempo que en otras solamente se le ha mencionado someramente en conjunto con los otros pasos, particularmente con el segundo. Sólo en unos pocos casos se encuentra una utilización jurisprudencial un poco más amplia. Así, por ejemplo, en uno de los primeros casos en los que se hizo uso del test, el de *Copia y envío de artículos por bibliotecas*, el Tribunal Supremo alemán determinó, al examinar el problema en cuestión, que el pago de una compensación por ciertas utilidades libres podían ayudar a mitigar los perjuicios que pudieran causarse¹²⁷. Esa misma posibilidad fue planteada por el Tribunal Supremo de Suiza en el caso *ProLitteris*¹²⁸.

También es posible encontrar interpretaciones particulares del tercer paso, especialmente respecto de los perjuicios que puede causar una determinada excepción, en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Así, por ejemplo, en los

¹²⁶ Cfr. A. LUCAS y P. CÁMARA, "Por una interpretación razonable de la regla de los tres pasos", 31.

¹²⁷ Cfr. Caso *Copia y envío de artículos por bibliotecas*.

¹²⁸ Cfr. Caso *ProLitteris*.

casos *Padawan*¹²⁹ y *Stichting v Opus Supplies*¹³⁰ en los que el Tribunal afirmó que para cumplir con el tercer paso del test y mitigar los perjuicios causados, era preciso regular el pago de una “compensación equitativa” en favor de los titulares de derechos, cuando se fuera a establecer o ejercer una excepción de copia privada en la ámbito nacional.

Por otro lado, en el caso *Vegab v. Barcanova* se reconoció que la inclusión de ilustraciones de obras plásticas representadas por la demandante en libros de texto editados por la demandada podía causarle un perjuicio pero, de la misma manera, afirmó que el mismo no podía calificarse como injustificado por cuanto estaba soportado en finalidades educativas y docentes¹³¹.

Quizás una de las decisiones judiciales donde se ha precisado más el alcance de este tercer criterio de test es el caso *Modificación de proyectos arquitectónicos*, resuelto por la Corte Constitucional colombiana en respuesta a una demanda de inconstitucionalidad contra la excepción correspondiente prevista en la legislación de derecho de autor. En palabras de la Corte:

“[c]on la limitación se pretende evitar un perjuicio injustificado a los legítimos derechos e intereses del titular, es decir, que si bien se reconoce el perjuicio que puede ocasionar al autor la limitación establecida lo cierto es que este debe estar justificado. Entonces, cuando el artículo 43 de la Ley 23 de 1982 reconoce la posibilidad de ocasionar un perjuicio al honor o

¹²⁹ Caso *Padawan v Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE)* (España), Tribunal de Justicia de la Unión Europea - Sala Tercera, C-467/08 (21 de octubre de 2010).

¹³⁰ Caso *Stichting de Thuis kopie v Opus Supplies Deutschland GmbH* (Unión Europea), Tribunal de Justicia de la Unión Europea, C-462/09 (16 de junio de 2011). En un sentido similar, pero refiriéndose al test aplicable a las excepciones sobre derecho conexos previsto en la Directiva 2006/115/CE se pronunció el Tribunal en: Caso *Phonographic Performance v Irlanda* (Irlanda), Tribunal de Justicia de la Unión Europea, C-162/10 (15 de marzo de 2012).

¹³¹ Cfr. Caso *Vegab v. Editorial Barcanova*.

reputación del autor con la modificación de la obra arquitectónica, aquel no puede ser injustificado. En este caso la justificación para la Corte se encuentra, como se esbozó en el numeral anterior, en la protección del derecho de propiedad (...), así como en la garantía del derecho a la vivienda (...), al respeto del interés general (...), entre otros"¹³².

Como se observa, aun cuando en la parte inicial del fragmento transcrito no existe claridad sobre cuáles son los intereses legítimos que deben ser protegidos (los del titular o los del autor), la Corte aclaró que ellos podrían sufrir perjuicio siempre que estuviera justificado, en este caso, por otros derechos e intereses generales. En todo caso, uno de los aspectos más relevantes de este fallo es que abrió la posibilidad para que pudieran limitarse (y en ese sentido, "perjudicarse") intereses distintos de los meramente patrimoniales, como en este caso el derecho moral de integridad. Sin embargo, la Corte advirtió que en este caso la norma demandada conciliaba los intereses patrimoniales del titular y los morales del autor, al abrir la posibilidad de que no vincular al autor del proyecto arquitectónico con su obra, cuando ésta hubiese sufrido alguna modificación¹³³.

Se observa entonces que, no obstante el cambio de ubicación de este criterio en la versión final de la norma en el Acta de Estocolmo, que supuso que pasara a último lugar, un sector de la doctrina reconoce su importancia dentro del test y lo califica como un juicio de proporcionalidad que permite sopesar los distintos derechos e intereses en juego, cuando quiera que se vaya a establecer o interpretar una determinada excepción o

¹³² Cfr. Caso *Modificación de proyectos arquitectónicos*.

¹³³ Sobre el particular, ver el comentario de RÍOS sobre este fallo: W. R. RÍOS RUIZ, "Análisis de la sentencia de la Corte Constitucional (C-871-10) sobre los derechos de autor de la obra de arquitectura construida, los proyectos arquitectónicos y los planos", *dearq*, no. 8 (2011) 146-52, *passim*.

limitación¹³⁴. En este sentido, el tercer criterio supondría un ejercicio de razonabilidad, dentro del más amplio juicio de estas características constituido por la totalidad del “*three-step test*”¹³⁵, como se afirmó en el anterior capítulo. De ahí que, aunque algunos

¹³⁴ Ver, por ejemplo, J. C. GINSBURG, "Toward Supranational Copyright Law? The WTO Panel Decision and the 'Three-Step Test' for Copyright Exceptions", 16; M. SENFTLEBEN, *Copyright, limitations and the three-step test: An Analysis of the Three-step Test in International and EC Copyright Law*, 226-227; S. DUSOLLIER, "L'encadrement des exceptions au droit d'auteur par le test des trois étapes", 221; D. GERVAIS, "Towards a new core international copyright norm: The reverse three-step test", 18-19; C. GEIGER, "Implementing an International Instrument for Interpreting Copyright Limitations and Exceptions", 636.

¹³⁵ Así, por ejemplo, SENFTLEBEN considera que en el tercer paso se presenta un verdadero test de proporcionalidad que comprende dos elementos. Primero, la determinación del círculo de los intereses relevantes del autor, restringido a aquellos que puedan ser calificados como legítimos. Segundo, la definición del carácter del perjuicio que se cause a tales intereses, en la medida que el mismo está prohibido si alcanza un nivel irrazonable o injustificado. Los dos elementos actúan sucesivamente y apuntan a una dirección: equilibrar intereses de autor y público. El tercer paso sería, entonces, un test de los dos pasos interno (donde primero se identifican cuáles intereses son legítimos, para luego ver si estos intereses son injustificadamente perjudicados con la excepción o limitación): M. SENFTLEBEN, *Copyright, limitations and the three-step test: An Analysis of the Three-step Test in International and EC Copyright Law*, 226-227. Por su parte, GINSBURG sugiere que el tercer paso puede ser reducido a un test en que se pondere la legitimidad de los intereses de los titulares y la de los beneficiarios de la excepción. Así, cuando los intereses de los titulares pesen mucho más que los de los beneficiarios, la excepción debería ser prohibida. Cuando los intereses aparecen más o menos equilibrados, debería permitirse el uso bajo una licencia obligatoria. Finalmente, cuando los intereses de los beneficiarios pesen mucho más que aquellos de los titulares, debería establecerse una excepción total. A partir de lo anterior, la autora estadounidense concluye que la razonabilidad y la legitimidad previstas en el tercer paso requieren de suyo alguna clase de ponderación de intereses en conflicto: si el perjuicio es o no justificado, razonable o legítimo debe ser examinado con referencia a otros valores: J. C. GINSBURG, "Toward Supranational Copyright Law? The WTO Panel Decision and the 'Three-Step Test' for Copyright Exceptions", 16.

adviertan de los peligros que puedan derivarse de la incertidumbre propia de esta clase de juicios —característicos del *common law* pero no de sistemas como el latino germánico¹³⁶— lo cierto es que el tercer paso del test es fundamental para establecer un uso razonable del derecho de autor y de sus excepciones y limitaciones¹³⁷, por ejemplo, reconociendo la posibilidad de usar la obra sin autorización del titular ni pago de compensación o, en otros casos en los se perciba la afectación de un derecho económico, mitigando los eventuales perjuicios patrimoniales mediante la determinación y pago de una remuneración equitativa.

En todo caso, de acuerdo con lo que se analizó en el capítulo anterior, la expresión “legítimos intereses” debe entenderse sinónima de “derechos” o intereses protegidos, en la medida que ellos se circunscriban a su ámbito formal y no al material. De aquí

¹³⁶ Para GINSBURG, los juicios de proporcionalidad (*balancing tests*) suelen ser imprecisos y suelen ser un mecanismo decisorio en un sistema de *common law* más que en los de Derecho Civil. De ahí que, para la autora, no sea un modo de análisis aceptable en un ámbito supranacional o multinacional: J. C. GINSBURG, "Toward Supranational Copyright Law? The WTO Panel Decision and the 'Three-Step Test' for Copyright Exceptions", 16.

¹³⁷ Para GEIGER, por ejemplo, sólo una lectura restrictiva del segundo paso permitiría tener en cuenta el tercero que, de lejos, sería el más importante dado que es el que permite examinar las justificaciones que están detrás de las limitaciones. De hecho, a la luz de este paso, las limitaciones no pueden causar un perjuicio “injustificado” (*unreasonable*) al titular y tampoco el titular puede ejercer control sobre todos los usos sobre sus obras, en la medida que algunos perjuicios pueden estar justificados a la luz de valores que pueden ser considerados como superiores a los intereses de los titulares. La formulación del tercer paso permitiría llevar a cabo un juicio de proporcionalidad similar al usado para dirimir conflictos entre derechos fundamentales. Para él, entonces, cuando los legisladores y jueces apliquen el test deben tener en cuenta la justificación detrás de la limitación y realizar un análisis diferenciado teniendo en cuenta los distintos intereses y derechos fundamentales en juego: C. GEIGER, "Implementing an International Instrument for Interpreting Copyright Limitations and Exceptions", 636-637.

que la función de esta expresión en el tercer paso consista en determinar cuál es el contenido esencial del derecho de autor o titular y, en cada caso concreto, establecer si ese derecho realmente existe o si, por el contrario, se trata de una simple apariencia de derecho. En otras palabras, si simplemente existe materialmente pero no formalmente porque excede su contenido esencial, siendo en ese caso un no-derecho.

Por supuesto, el ejercicio antedicho habría que desarrollarlo también respecto de las “excepciones y limitaciones” que pudieran permitirse en un determinado contexto, atendiendo a los otros intereses que se encuentren en juego. Si dichos intereses cumplen con determinadas condiciones —según se indicó en la parte conclusiva de los Capítulos 3 y 6— serán verdaderos derechos —*iura in opere aliena*— y su contenido esencial deberá ser respetado en el caso concreto, armonizado con el derecho del autor o titular. En cualquiera de los dos casos —el de los intereses del autor o titular y el de los intereses de los usuarios—, si no se cumplen las condiciones que ayuden a “especificar” el derecho, se tratará simplemente de un interés sin protección, una mera pretensión, abuso del derecho, un no-derecho. En definitiva, el tercer paso y el test en general permitirán que en los casos particulares que se sometan a la prueba, se actúe justa y razonablemente, dando a cada uno —autor, titular, usuario— lo que le corresponde.

CONCLUSIONES

A continuación se presenta una síntesis de las principales conclusiones a las que se ha arribado a lo largo de este trabajo:

1. El bien común, en el contexto del derecho de autor, exige la ordenación de los distintos bienes individuales hacia fines que beneficien a los distintos interesados, como pueden ser el reconocimiento de la autoría de una obra y la correspondiente retribución al autor, pero también la posibilidad de acceder a la obra y usarla bajo determinadas condiciones. El bien común se constituye en un elemento armonizador en los distintos sistemas de derecho de autor, por lo que debe comprender y buscar la efectividad de bienes que usualmente se presentan como opuestos, como es el caso de la cultura y la propiedad, la libertad de expresión y el derecho de autor.

2. El derecho del autor sobre su creación intelectual tiene fundamento natural, pero su título y su medida son mixtas, por las siguientes razones:

2.1. En el sustrato de toda creación, se encuentra la inclinación natural del hombre a buscar y a hacer efectivos unos bienes básicos que le son propios: conocimiento, comunicación, trabajo, juego y experiencia estética, entre otros. Estos bienes y valores

son al mismo tiempo reflejo de la propia naturaleza humana — fundamento último de todo derecho— y fines hacia cuya realización plena tiende toda persona y, particularmente en este caso, el creador. Se puede afirmar, por tanto, que los derechos del autor tienen su fundamento en el proceso creativo, propio de la naturaleza humana y de sus condiciones existenciales.

2.2. Por contraste, el título del derecho de autor es mixto porque, aunque el reconocimiento de la autoría y demás facultades morales está determinado por naturaleza, se requiere de una definición política o colectiva que atribuya las correspondientes facultades patrimoniales, teniendo en cuenta las particulares circunstancias de la sociedad en la que se pretenda estatuir un determinado sistema de salvaguarda del autor y de los productos de su intelecto.

2.3. La medida del derecho de autor es mixta porque, además de depender de la naturaleza de las obras protegidas, debe ser definida mediante decisiones colectivas, referidas al bien común, considerando las distintas circunstancias fácticas que rodeen su reconocimiento en un contexto histórico, social y económico en particular.

3. El autor ejerce una especie de propiedad sobre su obra, con sus consecuentes características de exclusividad y transmisibilidad. Sin embargo, en la medida que esta propiedad ha sido favorecida por el *acervo común* preexistente, tiene una índole similar a la fiduciaria, que supone de parte del creador el deber de contribuir con el beneficio común, particularmente en el ámbito de este bien, es decir, en la consecución de ese valor básico que es el conocimiento

4. En el tránsito del autor al titular derivado se produce una transformación o mutación jurídica. En efecto, el título del derecho o derechos de los titulares derivados es siempre positivo

en la medida que éste es señalado bien por la ley, bien por la convención o bien por la combinación de las anteriores. Por su parte, la medida de ese derecho o derechos es mixta en cuanto, aunque atiende la naturaleza de obras protegidas, se encuentra determinada por la ley, por la convención o por su conjunción.

5. Los conceptos de interés y *privilege* o libertad —utilizados en los sistemas latino germánico y de copyright, respectivamente— son insuficientes para describir la naturaleza de las excepciones y limitaciones (incluido el *fair use* estadounidense) cuando ellas son expresión de principios (razones *prima facie*) que recogen bienes básicos y que, al ajustarse a la medida que les impone la ley y la propia naturaleza —mediante criterios de razonabilidad como el *three-step test*—, se transforman en unos derechos concretos, equiparables a los *iura in re aliena* en cuanto recaen sobre cosas (obras) ajenas, por lo que pueden ser calificados como auténticos *iura in opere aliena*.

6. El sistema jurídico general y de derecho de autor en particular (*droit d'auteur*, germánico, *copyright*) ha condicionado la forma como el “*three-step test*” ha sido adoptado en jurisdicciones de los cinco continentes (particularmente en Europa), así:

6.1. En los países europeos con tradición de *droit d'auteur* se pudo verificar la adopción expresa del test dentro de sus sistemas de propiedad intelectual, en los que cumple la función de condicionar el ejercicio de las excepciones y limitaciones que se han definido en las mismas legislaciones. Además, en casi todas estas jurisdicciones se ha obviado el primer juicio o paso porque, siguiendo el ejemplo de la Directiva europea de 2001, se se han establecido listas cerradas o taxativas de excepciones y limitaciones, es decir, de aquellos “casos especiales” en los que sería permitido el uso excepcional. La interacción entre la lista cerrada de excepciones y limitaciones y el “*three-step test*” tiene

como resultado final crear una limitación o restricción adicional al ejercicio de las excepciones.

6.2. En aquellos países con tradición germánica en materia de derecho de autor el test se encuentra ausente de sus normativas como elemento interpretativo —y restrictivo— general de todas las excepciones, aunque si se encuentra presente en disposiciones referentes al ejercicio de limitaciones respecto bases de datos y programas de computador. En estos países, sin embargo, el test pudo haber influido en la forma precisa como han sido definidas sus excepciones y limitaciones que, además, deben cumplir con unos requisitos detallados para su ejercicio y, en muchos casos, se encuentran sujetos al pago de una remuneración equitativa que supondría el cumplimiento de los pasos dos y tres del test.

6.3. La presencia e influencia del “*three-step test*” es menos evidente en los países europeos pertenecientes al sistema de *copyright*, ya que en sus normativas únicamente se incluye una referencia expresa respecto del uso de bases de datos. Sin embargo, como se señaló en su momento, es importante tener en cuenta la manera como la normativa irlandesa utilizó elementos del “*three-step test*” para definir un concepto tradicional como el del “*fair dealing*”, situación que de manera similar se presenta en otras jurisdicciones de “*common law*” como Australia, Nueva Zelandia y Hong Kong en las que, si bien no se utilizan los criterios del “*three step test*” para definir el “*fair dealing*”, si se utilizan los factores del “*fair use*” estadounidense para precisar el alcance de esta institución proveniente del derecho inglés, al tiempo que acuden al “*three-step test*” —al menos, en Australia y Hong Kong— para delimitar el contenido de determinadas excepciones y limitaciones.

6.4. El test también ha sido utilizado para definir un concepto como el de “usos honrados” —que guarda alguna similitud con el de “*fair use*”— en la normativa de la Comunidad Andina y la de Costa Rica. Sin embargo, en la misma normativa andina y en la de

otras jurisdicciones latinoamericanas se evidencian errores y disparidades de redacción en sus propias versiones del test cuando consagran sus criterios como optativos y no acumulativos, o cuando utilizan traducciones alternativas a las previstas en los instrumentos internacionales donde se adoptó la prueba inicialmente. Sin embargo, en otras jurisdicciones latinoamericanas, especialmente en aquellas pertenecientes al Mercosur, la influencia y presencia del “*three step test*” ha sido mínima, lo que puede explicarse por la falta de una normativa uniforme sobre derecho de autor y al hecho de que hasta ahora se estén negociando los tratados de libre comercio en los que es usual incluir una versión del test, como es el caso de aquellos de los que hace parte la Unión Europea.

7. La fórmula del “*three-step test*” es el resultado de una fertilización cruzada o *cross-fertilization* en la que convergen elementos típicos del sistema latino germánico del derecho de autor —como la excepcionalidad de las limitaciones y la especial protección de los intereses del autor— con otros factores que corresponden más a la tradición del *copyright* y el *common law*, como la razonabilidad y las consideraciones económicas. De ahí que en el análisis del test se deban tener en cuenta los elementos en común de las dos tradiciones jurídicas y no remitirse exclusivamente a una u otra.

8. “*three-step test*” es un sistema de principios que, aplicado a situaciones concretas, permite definir cuándo el determinado uso de una obra es razonable y, por lo tanto, legítimo. En consecuencia:

8.1. El “*three-step test*” no es una regla —en el sentido de la distinción de principios y reglas— aunque el resultado de su aplicación si da lugar al nacimiento de reglas.

8.2. Los principios que componen las distintas condiciones del “*three-step test*” no son otros que los del derecho del autor y sus limitaciones y excepciones, según se explicó arriba. .

8.3. El test es un instrumento idóneo para definir el ámbito formal o ejercicio legítimo de los derechos exclusivos del autor (o titular) así como el de los otros derechos que se pretendan ejercer sobre la obra —*iura in re aliena*— que, en el sistema autoralista, reciben el nombre de excepciones y limitaciones.

8.4. El test no debe ser considerado ni aplicado exclusivamente como “limitación a las limitaciones”, dado que debe ayudar a definir los límites internos tanto de las excepciones y limitaciones como de los derechos del autor y titular que se pretenden exceptuar o limitar.

9. Con la condición de que las excepciones se establezcan en “determinados casos especiales” no se está requiriendo que las excepciones y limitaciones se refieran únicamente a casos específicos y precisados sino, más bien, que se diferencien de la generalidad, porque son adecuadas y propias para lograr un objetivo (v.g. de política pública) o porque están destinadas para un determinado fin. Por lo tanto:

9.1. El primer juicio o paso del test no excluye la posibilidad de adoptar excepciones de carácter abierto, como el *fair use*, siempre y cuando sus términos respeten todas las condiciones del “*three-step test*”.

9.2. Al momento de considerar la finalidad exigida en este primer juicio, habrá de examinarse si los fines mediatos e inmediatos de la correspondiente excepción o limitación —con vocación de *ius in re aliena*— ayudan a concretar los fines últimos de todo derecho, esto es, la realización del bien común y la justicia.

10. En el contexto de la condición que exige que la excepción o limitación “no afecte la explotación normal de la obra”, lo “normal”

no debe identificarse con lo absoluto o lo ilimitado y lo pleno. El alcance de la expresión “explotación normal” no se puede limitar a un estudio cuantitativo o empírico, sino que debe comprender, además, una perspectiva normativa, es decir, la forma como “debería ser” aprovechada una creación intelectual, tomando en consideración factores económicos y no económicos, incluyendo las finalidades examinadas en el primer juicio del test y las justificaciones presentes en el último paso de la prueba. Desde las perspectivas normativa y de razonabilidad, el segundo juicio del test supone, entonces, definir qué es una “explotación normal” a la luz de la finalidad y contenido esencial de los derechos involucrados.

11. El tercer paso que requiere que la excepción o limitación no “cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos” del autor o titular supone un ejercicio de razonabilidad, dentro del más amplio juicio de estas características constituido por la totalidad del “*three-step test*”. Por lo tanto:

11.1. La expresión “intereses legítimos” debe entenderse sinónima de “derechos” o intereses protegidos, en la medida que ellos se circunscriban a su ámbito formal y no al material. De aquí que la función de esta expresión en el tercer paso consista en determinar cuál es el contenido esencial del derecho de autor o titular y, en cada caso concreto, establecer si ese derecho realmente existe o si, por el contrario, se trata de una simple apariencia de derecho.

11.2. El ejercicio antedicho debe hacerse también respecto de las “excepciones y limitaciones” que pudieran permitirse en un determinado contexto, atendiendo a los otros intereses que se encuentren en juego. Si dichos intereses cumplen con determinadas condiciones, serán verdaderos derechos —“*iura in opere aliena*”— y su contenido esencial deberá ser respetado en el caso concreto, armonizado con el derecho del autor o titular. En

caso contrario, no existirá derecho y, por lo tanto, habrá lugar a la excepción o limitación.

11.3. El tercer paso ayuda a establecer cuándo existe un uso razonable del derecho de autor y de sus excepciones y limitaciones, por ejemplo, reconociendo la posibilidad de usar la obra sin autorización del titular ni pago de compensación o, en otros casos en los se perciba la afectación de un derecho económico, mitigando los eventuales perjuicios patrimoniales mediante la determinación y pago de una remuneración equitativa.

BIBLIOGRAFÍA

- AFORI, O. F., "Human Rights and Copyright: The Introduction of Natural Law Considerations Into American Copyright Law", *Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal* 14 (2004) 497-565.
- ALEXY, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*, (Traducido por Ernesto Garzón Valdés), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2003.
- ANTEQUERA PARILLI, R., *Estudios de Derecho de Autor y Derechos Afines*, Madrid, Reus, 2007.
- , "Los Límites del Derecho Subjetivo y del Derecho de Autor" en Carlos Rogel Vide (ed.), *Los límites del derecho de autor*, Reus, Madrid, 2006, 7-82.
- AQUINO, T. D., *Suma Teológica*, (Traducido por Teófilo Urdanoz), Ed. Católica, Madrid, 1956.
- ARISTÓTELES, *Política*, (Traducido por Carlos García Gual and Aurelio Pérez Jiménez), Tecnos, Madrid, 2004.
- AULL, L. A., "The Cost of Privilege: Defining Price in the Market for Educational Copyright Use", *Minnesota Journal of Law, Science & Technology* 9 (2008) 573.
- BAYLOS CORROZA, H., *Tratado de Derecho Industrial*, 2da. ed., Civitas, Madrid, 1993.
- BÉCOURT, D., "La Revolución Francesa y el derecho de autor: por un nuevo universalismo", *Boletín de derecho de autor - Unesco* XXIV, no. 4 (1990) 4-13.
- BÉNABOU, V.-L., "Les dangers de l'application judiciaire du triple test à la copie privée: A propos de la vénéneuse décision de la Cour de Cassation dans l'affaire « Mulholland Drive »", *Légipresse*, no. 231 (2006) 71.

- BERCOVITZ CANO, R., "Google y la regla de los tres pasos", *Aranzadi Civil*, no. 1 (2009) 2122-25.
- BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.
- BLACKSTONE, W., *Commentaries on the Laws of England*, Libro II, Cap. 26, Oxford, 1766.
- BREAKEY, H., "User's Rights and the Public Domain", *Intellectual Property Quarterly* 3 (2010) 312-23.
- BRENNAN, D. J., "The Three-Step Frenzy – Why the TRIPS Panel Decision might be considered Per Incuriam", *Intellectual Property Quarterly*, no. 2 (2002) 212-25.
- BUGALLO, B., *Propiedad Intelectual*, Fondo de Cultura Universitaria, Montevideo, 2006.
- CÁMARA, P., *El derecho moral del autor*, Comares, Granada, 1998.
- CASAS VALLÉS, R., "Comentario al Artículo 40 bis" en Rodrigo Bercovitz Cano (ed.), *Comentarios a la ley de propiedad intelectual*, Tecnos, Madrid, 2007, 669-707.
- , "Copia privada y medidas tecnológicas: el caso *Mulholland Drive*", *Revista Iberoamericana de Derecho de Autor*, no. 1 (2007) 204-33.
- , "Los límites al derecho de autor", *Revista Iberoamericana de Derecho de Autor* 1 (2008).
- CASTÁN TOBEÑAS, J., "Los derechos de la personalidad", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (1952).
- CAVALLI, J., *Génesis del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas del 9 de septiembre de 1886*, (Traducido por Juan David Castro-García), Dirección Nacional de Derecho de Autor, Bogotá, 2006.
- CIANCIARDO, J., *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Eunsa, Pamplona, 2000.
- , *El principio de razonabilidad*, Ábaco, Buenos Aires, 2009.
- COHEN JEHOAM, H., "Restrictions on Copyright and their Abuse", *European Intellectual Property Law Review* (2005) 359-64.
- COLOMBET, C., *Propriété Littéraire et artistique et droit voisins*, 8a. ed., Dalloz, París, 1997.
- CÓRDOBA MARENTES, J. F., "El fin no justifica la excepción: Propiedad intelectual, educación y el fair use estadounidense", *Boletín Mexicano de Derecho de Autor*, no. 134 (2012) 437-66.

- CORREA, C., *Acuerdo TRIPs*, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996.
- COTTA, S., *El Derecho en la existencia humana*, (Traducido por Ignacio Peidró Pastor), EUNSA, Pamplona, 1987.
- CREWS, K., *Copyright Law for Librarians and Educators*, 2da. ed., American Library Association, Chicago, 2006.
- CRUZ PRADOS, A., *Ethos y Polis: Bases para una reconstrucción de la filosofía política*, 2da. ed., Eunsa, Pamplona, 2006.
- CUMMISKEY, D., "Desert and Entitlement: A Rawlsian Consequentialist Account", *Analysis* 47, no. 1 (1987) 15-19.
- CHESTERTON, G. K., *Pequeña Historia de Inglaterra*, (Traducido por Alfonso Reyes), Ed. Saturnino Calleja, Madrid, 1920.
- CHEVALLIER, J. J., *Los Grandes Textos Políticos*, 7ª ed., Aguilar, Madrid, 1977.
- CHINNI, C., "The Droit d'auteur versus the economics of Copyright: implications for American law for accession to the Berne Convention", *Western New England Law Review* 14, no. 2 (1992) 145-74.
- DABIN, J., *El derecho subjetivo*, (Traducido por Francisco Javier Osset), Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.
- DAVIDSON, B., "Lost in Translation: Distinguishing between French and Anglo-American Natural Rights in Literary Property, and How *Dastar* Proves that the Difference Still Matters", *Cornell Intellectual Property Law Journal* 38 (2005) 583-623.
- DAVIES, G., *Copyright and the Public Interest*, Thomson Sweet & Maxwell, Londres, 2002.
- DE OLIVEIRA ASCENSÃO, J., "Os limites dos limites. A teoria dos três passos. A tensão entre os limites do direito e as medidas tecnológicas e outras relativas à informação e a gestão dos direitos" en Carlos Rogel Vide (ed.), *Los límites del derecho de autor*, Reus, Madrid, 2006, 83-108.
- DE SANCTIS, V., "Le developpement et la consecration internationale du droit d'auteur", *Revue Internationale du Droit d'Auteur [RIDA]* 79 (1974) 207.
- DEAZLEY, R., *On the origin of the right to copy : charting the movement of copyright law in eighteenth-century Britain (1695 - 1775)*, Hart, Oxford, 2004.
- DELGADO PORRAS, A., *Derecho de Autor y derechos afines al de autor*, 2 vols, Vol. 2, Instituto de Derecho de Autor, Madrid, 2007.

- DERCLAYE, E., "Intellectual Property and Human Rights: Coinciding and Coperating" en Paul L.C. Torremans (ed.), *Intellectual Property and Human Rights*, Kluwer Law, La Haya, 2008, 133-60.
- DESBOIS, H., "L'evolution du droit d'auteur depuis la Conference de Bruxelles (1948)", *Revue Internationale du Droit d'Auteur [RIDA]* 79 (1974) 292-405.
- , *Le Droit d'Auteur en France*, 3ra. ed., Dalloz, París, 1978.
- DESSEMONTET, F., "Copyright and Human Rights" en Jan J.C. Kabel and Gerard J.H.M. Mom (ed.), *Intellectual Property and Information Law: Essays in Honour of Herman Cohen Jehoram*, Kluwer Law, La Haya, 1998, 113-20.
- DIETZ, A., "A Concept of 'Domaine Public Payant' in the Field of the Neighbouring Right of Performers" en Jan J.C. Kabel and Gerard J.H.M. Mom (ed.), *Intellectual Property and Information Law: Essays in Honour of Herman Cohen Jehoram*, Kluwer Law, La Haya, 1998, 121-27.
- , "The Moral Right of the Author: Moral Rights and the Civil Law Countries", *Columbia-VLA Journal of Law & the Arts* 19 (1995) 199-227.
- DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, 3 vols, Vol. III, Thomson-Civitas, Madrid, 2008.
- DOCK, M. C., "Genèse et évolution de la notion de propriété littéraire", *Revue Internationale du Droit d'Auteur [RIDA]* 79 (1974) 127.
- DONALD, M., *Origins of the Modern Mind*, Harvard University Press, Cambridge, 1991.
- DUSOLLIER, S., "L'encadrement des exceptions au droit d'auteur par le test des trois étapes", *I.R.D.I.*, no. 2 (2005) 213-23.
- DWORKIN, G., "The Moral Right of the Author: Moral Right and the Common Law Countries", *Columbia-VLA Journal of Law & Arts* 19 (1995) 229-67.
- EMERY, M. A., *Propiedad Intelectual*, Astrea, Buenos Aires, 2005.
- ESPÍN CANOVAS, D., *Las facultades del derecho moral de los autores y artistas*, Civitas, Madrid, 1991.
- FEENSTRA, R., "Dominium and ius in re aliena: the origins of a civil law distinction" en Peter Birks (ed.), *New perspectives in the roman law of property : essays for Barry Nicholas*, Clarendon Press, Oxford, 1989, 111-22.

- FERRAJOLI, L., *Derechos y Garantías: la ley del más débil*, Ed. Trotta, Madrid, 1999.
- FICSOR, M., "How much of what? The "three-step test" and its application in two recent WTO dispute settlement cases", *Revue Internationale du Droit d'Auteur [RIDA]*, no. 192 (2002) 111-251.
- , "La protección del derecho de autor y los derechos conexos en el entorno digital ", *IV Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos - Panamá* (15 al 17 de octubre de 2002).
- , *The Law of Copyright and the Internet - The 1996 WIPO Treaties, their Interpretation and Implementation*, Oxford University Press, Oxford, 2002.
- , *Limitaciones y excepciones al derecho de autor en el entorno digital*, CERLALC - Dirección Nacional de Derecho de Autor, Bogotá D.C, 2008.
- FINNIS, J., *Aquinas: Moral, Political and Legal Theory*, Oxford University Press, New York, 1998.
- , *Ley Natural y Derechos Naturales*, (Traducido por Cristóbal Orrego), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000.
- , *Natural Law and Natural Rights*, 2da. ed., Oxford University Press, New York, 2011.
- , "Some professorial fallacies about rights", *Adelaide Law Review* 4 (1972) 377-88.
- GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, 2da. ed., Comares, Granada, 2010.
- GAUBIAC, Y., "Exceptions and limitations to copyright within the meaning of article 13 of TRIPS", *e.Boletín de derecho de autor UNESCO* Jul-Sep (2003) 1-14.
- , "Medidas tecnológicas e interoperabilidad en el derecho de autor y los derechos vecinos", *e.Boletín de derecho de autor UNESCO* Abr-Jun (2007) 1-9.
- GEIGER, C., "The Constitutional Dimension of Intellectual Property" en Paul L.C. Torremans (ed.), *Intellectual Property and Human Rights*, Kluwer Law, La Haya, 2008, 101-31.
- , *Droit d'auteur et droit du public à l'information*, Litec, Paris, 2004.
- , "El papel del test de las tres etapas en la adaptación del derecho de autor a la sociedad de la información", *e.Boletín de derecho de autor UNESCO* Ene-Mar (2007) 1-25.

- , "Exploring the Flexibilities of the TRIPS Agreement's Provision on Limitations and Exceptions" en Annette Kur and Vytautas Mizaras (ed.), *The Structure of Intellectual Property Law: Can One Size Fit All?*, Edward Elgar, Cheltenham - Northampton, 2011, 287-307.
- , "From Berne to National Law, via the Copyright Directive: The Dangerous Mutations of the Three-step Test", *European Intellectual Property Law Review* (2007) 486-91.
- , "Implementing an International Instrument for Interpreting Copyright Limitations and Exceptions", *IIC* 40, no. 6 (2009) 627-42.
- GENDREAU, Y., "Intellectual Property Colloquium Series: Canada and the Three-Step Test: A Step in Which Direction?", *Marquette Intellectual Property Law Review* 15 (2011) 309-23.
- GERVAIS, D., "Intellectual Property and Human Rights: Learning to Live Together" en Paul L.C. Torremans, Kluwer Law, La Haya, 2007, 3-23.
- , "Towards a new core international copyright norm: The reverse three-step test", *Marquette Intellectual Property Law Review* 9, no. 1 (2005) 1-35.
- GINSBURG, J. C., "Author and Users in Copyright", *Copyright Society of U.S.A.* 45 (1997) 1-20.
- , "Copyright and intermediate user's rights", *Columbia VLA Journal of Law & Arts* 23 (1999) 67.
- , "How Copyright Got a Bad Name For Itself", *Columbia Journal of Law & the Arts* 26 (2002) 61.
- , "A Tale of Two Copyrights: Literary Property in Revolutionary France and America", *Tulane Law Review* 64, no. 5 (1990) 991-1031.
- , "Toward Supranational Copyright Law? The WTO Panel Decision and the 'Three-Step Test' for Copyright Exceptions", *Working Paper, Columbia University School of Law*, no. 181 (2001) 1-16.
- GOLDSTEIN, P., "Fair use in context", *Columbia Journal of Law & the Arts*, no. 31 (2008) 433.
- , *International Copyright: Principles, Law, and Practice*, Oxford University Press, New York, 2001.

- GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J. J., *La copia privada: Sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*, Comares, Granada, 2008.
- GONZÁLEZ LÓPEZ, M., *El derecho moral del autor en la ley española de propiedad intelectual*, Marcial Pons, Madrid, 1993.
- GORDON, W. J., "A property right in self-expression: equality and individualism in the natural law of intellectual property", *Yale Law Journal*, 102, no. 7 (1993) 1533.
- GRIFFITHS, J., "Rhetoric & the "Three-Step Test": Copyright Reform in the United Kingdom", *European Intellectual Property Law Review* 32, no. 7 (2010) 309-12.
- , "The "three-step test" in European Copyright Law - Problems and solutions", *Queen Mary University of London, School of Law Legal Studies Research Paper No. 31/2009* (2009) 1-23.
- GROSSE RUSE KAHN, H., "Proportionality and Balancing within the objectives for Intellectual Property Protection" en Paul L.C. Torremans (ed.), *Intellectual Property and Human Rights*, Kluwer Law, La Haya, 2008, 161-93.
- GUIBAULT, L. M., *Copyright Limitations and Contracts - An Analysis of the Contractually Overridability of Limitations on Copyright*, Kluwer, The Hague/London/Boston, 2002.
- GUIBAULT, L. M., "Naturaleza y alcance de las limitaciones y excepciones al derecho de autor y los derechos conexos en relación con las misiones de interés general de la transmisión del conocimiento: sus perspectivas de adaptación al entorno digital ", *e.Boletín de derecho de autor UNESCO* Oct-Nov (2003).
- HEGEL, G. W. F., *Filosofía del Derecho*, 5ta. ed., Editorial Claridad, Buenos Aires, 1968.
- HELPER, L. R., "Human Rights and Intellectual Property: Conflict or Coexistence?", *Minnesota Intellectual Property Review* 5, no. 1 (2003) 47-61.
- HERVADA, J., "El Derecho como orden humano", *Ius Canonicum* V, no. 10 (1965) 401-54.
- , *Introducción Crítica al Derecho Natural*, 10a. ed., Eunsa, Pamplona, 2001.
- HERVADA, J., *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, 3ra. ed., Eunsa, Pamplona, 2000.
- HERVADA, J., *¿Qué es el derecho?*, Eunsa, Pamplona, 2002.

- HETTINGER, E. C., "Justifying Intellectual Property", *Philosophy and Public Affairs* 18, no. 1 (1989) 31-52.
- HILTY, R. M., "Declaration on the "Three-Step Test": Where do we go from here? ", *Jipitec*, no. 1 (2010) 83-86.
- HILTY, R. M., GEIGER, C. y GRIFFITHS, J., "Towards a balanced interpretation of the "Three-Step Test" in Copyright Law", *European Intellectual Property Review* (2008) 489-96.
- HIRSCH BALLIN, E., "Author's rights compared with those of the community", *Revue Internationale du Droit d'Auteur [RIDA]* 10 (1956).
- HOHFELD, W. N., "Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning", *Yale Law Journal* 23 (1913) 16-59.
- HUGENHOLTZ, P. B. y OKEDIJI, R. L. "Conceiving an International Instrument on Limitations and Exceptions to Copyright - Final Report." 55: Institute for Information Law - University of Amsterdam, University of Minnesota - School of Law, 2008.
- HUGENHOLTZ, P. B. y SENFTLEBEN, M., "Fair use in Europe. In search of flexibilities", *Institute for Information Law - University of Amsterdam* (2011).
- HUGHES, J., "Locke's 1694 Memorandum (and More Incomplete Copyright Historiographies)", *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal* 27, no. 3 (2010) 555.
- , "The Philosophy of Intellectual Property", *Georgia Law Journal* 77 (1988) 287.
- IGLESIAS, M. J., "Excepciones educativas a los derechos de autor en la enseñanza en línea: la teach act americana y el Panorama Europeo", *IPR Helpdesk* 17 (2004) 4-5.
- IHERING, R. v., *El Espíritu del Derecho Romano*, Oxford University Press, México, 2001.
- ILARDI, A. y BLAKENEY, M., *International Encyclopaedia of Intellectual Property Treaties*, Oxford University Press, New York, 2004.
- JARAMILLO MEJÍA, A. "Desafortunado fallo de la Corte Suprema de Justicia: Una inadecuada interpretación del sistema de limitaciones y excepciones al derecho de autor." In, *Boletín ODAI Reporta* (2008): Agosto de 2008.
- JOHNSTONE, D. R., "Debunking Fair Use Rights and Copyduty under U.S. Copyright Law", *Copyright Society of U.S.A.* 52 (2005) 345.

- KALINOWSKI, G., *Concepto, fundamento y concreción del derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982.
- KANT, I., *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*, UNAM, México, 1968.
- KEREVER, A., "Révolution Française et droit d'auteur", *Revue Internationale du Droit d'Auteur [RIDA]* 141 (1989).
- KING, L. P., *The Life of John Locke*, H. Colburn & R. Bentley, Londres, 1830.
- KOELMAN, K. J., "Fixing the Three-Step Test", *European Intellectual Property Review*, no. 8 (2006) 407-12.
- KOMMERS, D. P., *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 2da. ed., Duke University Press, Durham, 1997.
- KUR, A., "Of Oceans, Islands, and Inland Water –How Much Room for Exceptions and Limitations under the Three Step-Test?", *Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition & Tax Law Research Paper Series*, no. 08-04 (2009).
- LALIGANT, O., "La Révolution Française et le droit d'auteur ou perennité de l'object de la protection", *Revue Internationale du Droit d'Auteur [RIDA]* 147 (1991).
- LANDES, W. M. y POSNER, R. A., *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge - Londres, 2003.
- LESSIG, L., "The Creative Commons", *Montana Law Review* 65 (2004) 1.
- , *Free Culture*, Penguin, New York, 2004.
- LIPSZYC, D., *Derecho de autor y derechos conexos*, Unesco - Cerlalc - Zavalía, París - Bogotá - Buenos Aires, 1993.
- , *Nuevos temas de derecho de autor y derechos conexos*, Unesco - Cerlalc - Zavalía, París - Bogotá - Buenos Aires, 2004.
- LITMAN, J., "Lawful Personal Use", *Texas Law Review* 85 (2007) 1871.
- , "The Public Domain", *Emory Law Journal* 39 (1990) 965.
- LOCKE, J., *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, (Traducido por Carlos Mellizo), Tecnos, Madrid, 2010.
- , *Two Treatises of Government*, Cambridge University Press, Cambridge, 1994.

- LOREDO HILL, A., "Naturaleza Jurídica del Derecho de Autor" en Manuel Becerra Rampirez (ed.), *Estudios de Derecho Intelectual en homenaje a David Rangel Medina*, UNAM, III, México, 1998.
- LUCAS, A., "Le test en trois étapes et sa signification dans la Directive de 2001 sur la société de l'information", *Pe.i. revista de propiedad intelectual*, no. 1 Extra (2011) 47-56.
- LUCAS, A. y CÁMARA, P., "Por una interpretación razonable de la regla de los tres pasos", *Pe.i. revista de propiedad intelectual* 33 (2009) 13-37.
- LUCAS, A. L. y LUCAS, H.-J., *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, 3ra. ed., LexisNexis, París, 2006.
- MARCO MOLINA, J., "Bases históricas y filosóficas del derecho de autor", *Anuario de Derecho Civil* (1994) 121-208.
- MASSINI, C. I., *Filosofía del derecho*, Tomo I, 2da. ed., Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2005.
- MATTHEWS, D., *Globalising intellectual property rights : the TRIPs Agreement*, Routledge, New York, 2002.
- MAY, C., *The Global Political Economy of Intellectual Property Rights*, Routledge, New York, 2008.
- MERGES, R. P., MENELL, P. S. y LEMLEY, M. A., *Intellectual property in the new technological age*, Aspen Publishers/Wolters Kluwer Law & Business, New York, 2007.
- MILLER, A. R. y DAVIS, M. H., *Intellectual Property*, 4a ed., Thomson-West, St. Paul, Minnesota, 2007.
- MINERO ALEJANDRE, G., "Google cache is legal in Spain - Spanish Supreme Court, 3 April 2012, The Megakini.com v Google Spain case (N. 172/2012)", *Queen Mary Journal of Intellectual Property* 3, no. 1 (2013) 81-89.
- MOORE, A. D., "A Lockean Theory of Intellectual Property", *Hamline Law Review* 21 (1997) 65.
- MOSQUERA, I. J., "Legal transplants and comparative law", *International Law*, no. 2 (2003) 261-76.
- NOVAK, M., *El fuego de la inventiva y la energía del interés: sobre la propiedad intelectual*, Fundación República para una Nueva Generación, Buenos Aires, 1997.
- NOZICK, R., *Anarchy, State, and Utopia*, Oxford - Basic Books, New York, 1974.

- OLIVER, J., "Copyright in the WTO: The Panel Decision on the Three-Step Test", *Columbia Journal of Law & the Arts* 25 (2002) 119-79.
- PABÓN, J. A., "Aproximación a la historia del derecho de autor", *La Propiedad Inmaterial* 13 (2009) 59-104.
- PATRY, W. F., *The fair use privilege in copyright law*, 2da. ed., Bureau of National Affairs, Washington D.C., 1995.
- PATTERSON, L. R., *Copyright in historical perspective*, Vanderbilt University Press, Nashville, 1968.
- PATTERSON, L. R., "Free Speech, Copyright, and Fair Use", *Vanderbilt Law Review* 40, no. 1 (1987) 1-66.
- PATTERSON, L. R. y LINDBERG, S. W., *The nature of copyright: a law of users' rights*, University of Georgia Press, 1991.
- PAUWELYN, J., "The Dog That Barked But Didn't Bite: 15 Years of Intellectual Property Disputes at the WTO", *Journal of International Dispute Settlement* 1, no. 2 (2010) 389-429.
- PEGUERA, M., "Internet Service Providers' Liability in Spain: Recent Case Law and Future Perspectives", *Jipitec*, no. 1 (2010) 151-71.
- PÉREZ GOMÉZ TÉTREL, A. M., "El análisis económico del derecho de autor y del copyright, un estudio del equilibrio entre los intereses público y privado", *La Propiedad Inmaterial* 10-11 (2006-2007) 3-22.
- PLATA, L. C., *Responsabilidad civil por infracciones al derecho de autor*, Ediciones Uninorte - Gustavo Ibañez, Barranquilla, 2010.
- QUINDIMIL, J. A., *Instituciones y Derecho de la Comunidad Andina*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- RADIN, M. J., "Property and Personhood", *Stan. L. Rev.* 34 (1981) 957.
- RAWLS, J., *Consideraciones sobre el significado del pecado y la fe - Sobre mi religión*, (Traducido por Ferran Meler-Ortí), Paidós, Madrid, 2010.
- , *La justicia como equidad: una reformulación*, (Traducido por Andrés de Francisco), Paidós, Barcelona, 2002.
- , *Teoría de la Justicia*, (Traducido por María Dolores González), Fondo de Cultura Económica, México, 1978.
- , *A Theory of Justice*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 1972.

- REESE, R. A., "The Story of Folsom v. Marsh: Distinguishing Between Infringing and Legitimate Uses" en Jane C. Ginsburg and Rochelle Cooper Dreyfuss (ed.), *Intellectual Property Stories*, Foundation Press, New York, 2006, 259-97.
- RENGIFO, E., "¿Es el plagio una conducta reprimida por el derecho penal?", *La Propiedad Inmaterial*, no. 14 (2010) 303-18.
- , *Propiedad Intelectual: el Moderno Derecho de Autor*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997.
- , "Un nuevo reto del Derecho en la edad de la información", *La Propiedad Inmaterial*, no. 12 (2008) 105-19.
- REUTER, P., *Introducción al derecho de los Tratados*, UNAM - Fondo de Cultura Económica, México, 1999.
- RICKETSON, S., *Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*, Kluwer, Londres, 1987.
- , *The three-step test, deemed quantities, libraries and closed exceptions*, Centre for Copyright Studies, Sydney, 2002.
- . "WIPO Study on Limitations and Exceptions of Copyright and Related Rights in the Digital Environment." Ginebra: WIPO, 2003.
- RICKETSON, S. y GINSBURG, J. C., *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond*, 2da. ed., 2 vols, Vol. I, Oxford University Press, New York, 2006.
- RÍOS RUIZ, W. R., "Análisis de la sentencia de la Corte Constitucional (C-871-10) sobre los derechos de autor de la obra de arquitectura construida, los proyectos arquitectónicos y los planos", *dearq*, no. 8 (2011) 146-52.
- RODRÍGUEZ ITURBE, J. B., *Historia de las Ideas y del Pensamiento Político*, Tomo 2, Universidad de La Sabana - Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2007.
- RODRÍGUEZ MORENO, S., *La era digital y las excepciones y limitaciones al derecho de autor*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.
- RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. y BONDÍA ROMÁN, F., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 1997.
- ROSE, M., *Authors and Owners. The Invention of Copyright*, Harvard University Press, 1993.

- SÁNCHEZ HERRERO, A., *El contenido patrimonial del derecho de obtentor*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2007.
- SANDEL, M., *El liberalismo y los límites de la justicia*, Gedisa, Barcelona, 2000.
- SANTIAGO, A., *Bien común y derecho constitucional*, Ábaco, Buenos Aires, 2002.
- SAPAG, M., "El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: un estudio comparado", *Díkaión* 22, no. 17 (2008) 157-98.
- SAUNDERS, K. W., "A Formal Analysis of Holfedian Relations", *Akron Law Review* 23 (1990) 465.
- SCHECHTER, R. E. y THOMAS, J. R., *Intellectual property : the law of copyrights, patents, and trademarks*, Thomson/West, St. Paul, Minnesota, 2003.
- SCHWABE, J., *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, Konrad Adenauer Stiftung, México, 2009.
- SELTZER, L. E., *Exemptions and Fair Use in Copyright: the Exclusive Rights Tension in the 1976 Copyright Act*, Harvard Press, Cambridge, 1978.
- SENFLEBEN, M., *Copyright, limitations and the three-step test: An Analysis of the Three-step Test in International and EC Copyright Law*, Kluwer Law International, La Haya, 2004.
- , "The International Three-Step Test: A Model Provision for EC Fair Use Legislation", *Jipitec*, no. 1 (2010) 67-82.
- , "Towards a Horizontal Standard for Limiting Intellectual Property Rights? WTO Panel Reports Shed Light on the Three-Step Test in Copyright Law and Related Tests in Patent and Trademark Law", *IIC* 37, no. 4 (2006) 407-38.
- SERNA, P. y TOLLER, F., *La Interpretación Constitucional de los Derechos Fundamentales: Una Alternativa a los Conflictos de Derechos*, La Ley, Buenos Aires, 2000.
- SINJELA, M., "Introduction" en Mpsasi Sinjela (ed.), *Human Rights and Intellectual Property Rights: Tensions and Convergences*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2007.
- SIRINELLI, P., *Excepciones y limitaciones al derecho de autor y los derechos conexos*, (Estudio), OMPI, Ginebra, 1999.
- SOL MUNTAÑOLA, M., MARÍN LÓPEZ, J. J., ERDOZAÍN, J. C. y GONZÁLEZ, A., "El test de las tres etapas y la comunicación pública (mesa

- redonda)", *IDP Revista de Internet, Derecho y Política*, no. 1 (2005) 21-34.
- STALLMAN, R., "Reevaluating Copyright: The Public Must Prevail", *Oregon Law Review* 75 (1996) 291-97.
- STENGEL, D., "La Propiedad intelectual en la filosofía", *La Propiedad Inmaterial* 8 (2004) 71-106.
- STRÖMHOLM, S., *Le droit moral de l'auteur en droit Allemand, Français et Scandinave*, Tomo I, P.A. Norstedt & Söners förlag, Estocolmo, 1967.
- STROWEL, A., *Droit d'auteur et copyright: Divergences et convergences*, Bruylant - LGDJ, Bruselas -París, 1993.
- SUN, H., "Overcoming the Achilles Heel of Copyright Law", *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property* 5, no. 2 (2007) 265-331.
- TOLLER, F., "La resolución de los conflictos entre derechos fundamentales: una metodología de interpretación constitucional alternativa a la jerarquización y el *balancing test*" en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (ed.), *Interpretación Constitucional*, Porrúa, México, 2005, 1199-284.
- TORREMANS, P. L. C., "Copyright (and Other Intellectual Property Rights) as a Human Right" en Paul L.C. Torremans (ed.), *Intellectual Property and Human Rights*, Kluwer Law, La Haya, 2008, 195-215.
- TUSSEY, D., "From fan sites to filesharing: Personal use in cyberspace", *Georgia Law Review* 35 (2001) 1129-93.
- VÁZQUEZ, V., "Perspectivas de futuro en torno a los límites del derecho de autor. Las tendencias internacionales y la posición de la OMPI" en Carlos Rogel Vide (ed.), *Los límites del derecho de autor*, Reus, Madrid, 2006.
- VEATCH, H., *Rational Man*, Indiana University Press, Bloomington, 1962.
- VIGO, R. L., *Las causas del derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983.
- VISSER, D. J. G., "De beperkingen in de Auteursrechtlijn", *Auteurs, Media & Inform AMI* (2001) 9-15.
- VIVANT, M., "Le Droit d'Auteur, un Droit de l'Homme?", *Revue Internationale du Droit d'Auteur [RIDA]* 174 (1997) 60.
- VUYST, B. D., FAIRCHILD, A. M. y MEYER, G., "Exceptions to Intellectual Property Rights: Lessons from WTO-Trips Panels",

- Murdoch University Electronic Journal of Law*, no. 31 (2003).
- WALTERSCHEID, E. C., *The Nature of the Intellectual Property Clause: A Study in Historical Perspective*, William S. Hein & Co., Buffalo, NY, 2002.
- WOODMANSEE, M., "The Genius and the Copyright: Economic and Legal Conditions of the Emergence of the 'Author'", *Eighteenth-Century Studies, Special Issue: The Printed Word in the Eighteenth Century* (1984).
- WRIGHT, R., "The "Three-Step Test" and the Wider Public Interest: Towards a More Inclusive Interpretation", *Journal of World Intellectual Property* 12, no. 6 (2009) 600-21.
- XALABARDER, R., "Spanish Supreme Court Rules in Favour of Google Search Engine...and a Flexible Reading of Copyright Statutes?", *Jipitec*, no. 2 (2012) 162-66.
- YEN, A., "Restoring the Natural Law: Copyright as Labor and Possession", *Ohio State Law Journal* 51 (1990) 517-59.
- YU, P. K., "Reconceptualizing Intellectual Property Interests in a Human Rights Framework", *University of California, Davis* 40 (2007) 1039.
- ZAMBRANO, P., *La inevitable creatividad en la interpretación jurídica: una aproximación iusfilosófica a la tesis de la discrecionalidad*, UNAM, México, 2009.
- ZIMMERMAN, D., "Copyright in Cyberspace: Don't Throw Out the Public Interest with the Bath Water", *Annual Survey of American Law* (1994) 403-14.
- ZWEIGERT, K. y KÖTZ, H., *Introducción al Derecho Comparado*, (Traducido por Tony Weir), Oxford, México, 1998.
-
- Caso *Acero Saganome* (Colombia), Corte Suprema de Justicia - Sala Penal, 31362 (13 de mayo de 2009).
- Caso *CEDRO v Cámara de Comercio e Industria de Madrid* (España), Tribunal Supremo - Sala de lo Civil, 629/2007 (8 de junio de 2007).
- Caso *CEDRO v. Copy Red* (España), Audiencia Provincial de Madrid, 77/2010 (22 de marzo de 2010).
- Caso *Copia y envío de artículos por bibliotecas* (Alemania), BGH [Tribunal Supremo], I ZR 118/96 (25 de febrero de 1999).

- Caso *Copiepresse* (Bélgica), Cour d'appel de Bruxelles, 2011/2099 (5 de mayo de 2011).
- Caso *Derrochas Vip* (Argentina), Cámara Nacional de Casación Penal, DJ 2002-3, 237 (22 de abril de 2002).
- Caso *Diego Guebel* (Argentina), Cámara Nacional Civil y Correccional de la Capital Federal - Penal, 21235 (30 de abril de 2003).
- Caso *Google Caché* (España), Tribunal Supremo - Sala de lo Civil, 172/2012 (3 de abril de 2012).
- Caso *Ilustración de rotura de ligamentos* (Argentina), Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala C (22 de mayo de 2008).
- Caso *Iturralde* (Ecuador), Dirección Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos, Resolución administrativa 646-2010 (15 de noviembre de 2011).
- Caso *Luz Mary Giraldo* (Colombia), Corte Suprema de Justicia - Sala Penal, 31403 (28 de mayo de 2010).
- Caso *Modificación de proyectos arquitectónicos* (Colombia), Corte Constitucional, C-871/10 (4 de noviembre de 2010).
- Caso *Mulholland Drive* (Francia), Corte de Casación Civil, 37 I.I.C. 760 (28 de febrero de 2006).
- Caso *Música en pequeños establecimientos en EE.UU.* (OMC), Informe del Grupo Especial, WT/DS160/R (15 de junio de 2000).
- Caso *Padawan v Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE)* (España), Tribunal de Justicia de la Unión Europea - Sala Tercera, C-467/08 (21 de octubre de 2010).
- Caso *Patente sobre productos farmacéuticos en Canadá* (OMC), Informe del Grupo Especial, WT/DS114/R (17 de marzo de 2000).
- Caso *Phonographic Performance v Irlanda* (Irlanda), Tribunal de Justicia de la Unión Europea, C-162/10 (15 de marzo de 2012).
- Caso *ProLitteris* (Suiza), Tribunal Supremo - Primera Sala Civil, 133 III 473 (26 de junio de 2007).
- Caso *Reproducción gubernamental de artículos de prensa* (Países bajos), Rechtbank den Haag, 192880 (2 de marzo de 2005).
- Caso *Saif v Google* (Francia), Tribunal de Grande Instance de París - Tercera sala (20 de mayo de 2008).

- Caso *SIAE v Tiscali Spa* (Italia), Tribunal de Roma, 65167 (22 de abril de 2008).
- Caso *Stichting de ThuisKopie v Opus Supplies Deutschland GmbH* (Unión Europea), Tribunal de Justicia de la Unión Europea, C-462/09 (16 de junio de 2011).
- Caso *Stichting Leenrecht v. Vereniging van Openbare Bibliotheken* (Países Bajos), Hoge Raad der Nederlanden, 11/4472 (23 de noviembre de 2012).
- Caso *Telecinco v. La Sexta* (España), Tribunal Supremo, 426/2013 (2013).
- Caso *Televisión Registrada - Apelación* (Argentina), Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, 26723 (1 de junio de 2005).
- Caso *Televisión Registrada - Casación* (Argentina), Cámara Nacional de Casación Penal 5637 (5 de marzo de 2007).
- Caso *Unidad Editorial y Mundinteractivos v Periodista Digital* (España), Audiencia Provincial de Madrid, 636/2006 (6 de julio de 2007).
- Caso *University of Newcastle v Audio-Visual Copyright Society* (Australia), Copyright Tribunal ACopyT 2 (12 de marzo de 1999).
- Caso *Vegab v. Editorial Barcanova* (España), Audiencia Provincial de Barcelona, 774/1.999 (31 de octubre de 2011).
- Caso *Vélez Murillo* (Colombia), Corte Suprema de Justicia - Sala Penal, 29188 (30 de abril de 2008).