



Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante

El límite de la ilustración con fines  
educativos y de investigación científica  
a la propiedad intelectual

Nuria Martínez Martínez



Tesis **Doctorales**

UNIVERSIDAD de ALICANTE

Unitat de Digitalització UA

Unidad de Digitalización UA



Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante

**DEPARTAMENTO DE DERECHO CIVIL**

FACULTAD DE DERECHO

**EL LÍMITE DE LA ILUSTRACIÓN CON FINES  
EDUCATIVOS Y DE INVESTIGACIÓN  
CIENTÍFICA A LA PROPIEDAD  
INTELECTUAL**

**NURIA MARTÍNEZ MARTÍNEZ**

Tesis presentada para aspirar al grado de

**DOCTOR/A POR LA UNIVERSIDAD DE ALICANTE**

**MENCIÓN DE DOCTOR/A INTERNACIONAL**

**PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO**

Dirigida por:

**JUAN ANTONIO MORENO MARTÍNEZ**

Catedrático de Derecho civil



# ÍNDICE

ABREVIATURAS .....	VII
INTRODUCCIÓN .....	XI
<b>CAPÍTULO I. LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO DE AUTOR, EL DERECHO A LA EDUCACIÓN Y LA PROMOCIÓN DE LA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA</b>	
1. La conceptualización del derecho de autor.....	3
1.1 Los orígenes del <i>copyright</i> , derecho de autor o propiedad intelectual.....	3
1.2 La preocupación legal por la faceta económica del derecho de autor y la consecuente aparición de las excepciones.....	6
1.2.1 Las primeras leyes que reconocieron el derecho de autor y su limitación en favor de la enseñanza y la investigación.....	7
1.2.1.1 Reino Unido.....	7
1.2.1.2 Alemania.....	10
1.2.1.3 Italia.....	12
1.2.1.4 La primera manifestación de la excepción de la ilustración: la creación de antologías .....	15
1.2.2 La consagración legal de la propiedad intelectual en Francia y España y el olvido de las necesidades de la enseñanza y la investigación .....	17
1.2.2.1 Francia .....	17
1.2.2.2 España.....	20
1.2.2.3 La consideración de la enseñanza y el estudio en las relaciones bilaterales.....	24
2. La incorporación de la propiedad intelectual, el derecho a la educación y la promoción de la investigación científica en los textos fundamentales.....	25
2.1 La dimensión internacional: la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales .....	26
2.2 La dimensión regional: El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea .....	30
2.3 La plasmación de estos derechos en las Constituciones nacionales.....	34
3. La convergencia de los elementos anteriores: el derecho de autor y las excepciones al mismo en favor de la educación y la investigación científica.....	36
3.1 Los fundamentos de las excepciones al derecho de autor y su clasificación. Especial referencia al límite de la ilustración con fines educativos y de investigación científica.....	37
3.2 Su naturaleza jurídica y la cuestión terminológica: ¿excepción, limitación o derecho? .....	39

## CAPÍTULO II. REGULACIÓN INTERNACIONAL DEL LÍMITE DE LA ILUSTRACIÓN CON FINES EDUCATIVOS Y DE INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA, CON ESPECIAL ATENCIÓN AL DERECHO COMPARADO

1. Planteamiento del capítulo .....	43
2. Panorámica de la regulación del límite de la ilustración con fines educativos en determinados Estados miembros .....	44
2.1 Alemania .....	44
2.2 Francia.....	47
2.3 Italia.....	51
2.4 Reino Unido .....	52
3. La incorporación del límite de la ilustración en el Convenio de Berna y en la Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo de 2001 (DDASI) y su interpretación por parte de determinados Estados miembros .....	57
3.1 El límite de la ilustración en el CB y la DDASI y sus métodos de interpretación.....	60
3.1.1 En el Convenio de Berna.....	60
3.1.2 En la DDASI.....	63
3.2 Elementos comunes del límite en el Convenio de Berna y en la DDASI .....	70
3.2.1 El carácter facultativo de la excepción .....	71
3.2.2 La finalidad de la limitación: la «ilustración de la enseñanza».....	76
3.2.2.1 El concepto de «enseñanza» o «fin educativo» .....	83
3.2.2.2 El lugar en el que se desarrolla la enseñanza.....	89
3.2.3 Aplicación del límite a todos los derechos reconocidos en cada instrumento normativo.....	94
3.2.3.1 Los derechos de reproducción y de distribución. Especial referencia a la creación de antologías para uso escolar y la realización de exámenes .....	101
3.2.3.2 El derecho de comunicación al público presente: las representaciones escolares y la visualización o escucha de obras en clase.....	108
3.2.3.3 La comunicación al público y la puesta a disposición: la educación a distancia y el <i>e-learning</i> .....	116
3.2.3.4 El derecho de transformación: los resúmenes y las traducciones.....	125
3.2.4 Limitación de la extensión de obra que puede ser utilizada.....	128
3.2.4.1 La regla general de la limitación de obra a explotar: la «ilustración»	130
3.2.4.2 Las excepciones a la regla general: las obras de escasa extensión y las obras de artes figurativas y fotográficas .....	139
3.2.4.3 Ejemplos nacionales .....	142
a. Los conceptos jurídicos indeterminados de «extracto» o «fragmento» y la necesidad del examen del caso concreto. Bondades y críticas a su utilización.....	142
b. La determinación precisa de la extensión de obra a utilizar.....	144
3.2.5 Indicación de la fuente y el nombre del autor .....	147

3.2.5.1	El fundamento de la exigencia de la indicación de la fuente. Especial referencia al DOI y al enlace .....	149
3.2.5.2	La indicación del nombre del autor como manifestación del derecho moral de paternidad .....	152
3.2.6	La aplicación de la denominada «regla de los tres pasos» .....	156
3.2.6.1	El destinatario de la norma .....	156
3.2.6.2	La interpretación de las fases.....	158
a.	¿Sucesiva o comprensiva? .....	161
b.	¿Elemento adicional de legitimación de la excepción o cláusula de flexibilización? .....	162
3.2.6.3	Los sistemas seguidos por algunos Estados miembros .....	163
a.	La inclusión de la «regla de los tres pasos» como norma interpretativa de los límites. El caso de Francia y la especialidad de Italia .....	163
b.	Requisitos en la excepción de la ilustración en los que subyace la inclusión de alguna de las etapas del test .....	165
3.2.7	Elementos no determinados .....	168
3.2.7.1	Los sujetos amparados por el límite .....	168
a.	El profesorado: la referencia genérica al centro educativo como modelo mayoritario .....	171
b.	El alumnado .....	173
c.	Otro personal vinculado a las actividades del centro educativo: psicólogos, logopedas y personal de administración y servicios.....	175
d.	Sujetos ajenos al centro educativo con influencia en dicho proceso. En especial, la industria editorial.....	178
3.2.7.2	Tipos de obra susceptibles de utilización. El régimen especial de la obra musical impresa: la partitura .....	181
3.2.7.3	El silencio en cuanto a la remuneración o compensación en favor de los titulares de derechos.....	184
a.	El sistema del «blanket licence» inglés .....	185
b.	La autorregulación derivada de los acuerdos de desarrollo del art. 122.5 3º e) CPI.....	192
c.	Los criterios de determinación de la remuneración en función del acto de explotación: el sistema alemán.....	194
d.	Italia y la determinación legal de la remuneración en las antologías.....	197
4.	El elemento diferenciador entre el CB y la DDASI: «los fines de investigación científica» .....	199
5.	Las excepciones nacionales específicas en favor de la investigación .....	203
5.1.1.1	Alemania.....	204
5.1.1.2	Reino Unido.....	207
5.2	Un nuevo procedimiento de investigación: la técnica de la TDM .....	213

### CAPÍTULO III. UNA INTERPRETACIÓN PARTICULAR DE LA ENSEÑANZA Y LA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA EN EL SISTEMA DE DERECHOS DE AUTOR: LA CONFIGURACIÓN DEL LÍMITE DE LA ILUSTRACIÓN CON FINES EDUCATIVOS Y DE INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA EN EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL DE 1996

1. El origen de la excepción de la ilustración en España: su tradicional vinculación con la cita y su necesaria regulación independiente .....	223
2. El límite de «la ilustración con fines educativos o de investigación científica»: la configuración legal de las dos modalidades reconocidas por la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el TRLPI .....	233
2.1 Elementos comunes de ambas modalidades.....	238
2.1.1 Derechos afectados .....	238
2.1.1.1 Los derechos de reproducción y distribución del autor .....	239
2.1.1.2 La conflictiva consideración de los usos autorizados por el límite como actos de comunicación al público .....	246
2.1.1.3 La no inclusión del derecho de transformación.....	253
2.1.1.4 El art. 132 TRLPI y la posible aplicación de la excepción de la ilustración a los derechos conexos.....	259
2.1.2 Las finalidades previstas.....	262
2.1.2.1 Las diferencias de redacción en las modalidades del límite y significado de los fines legitimadores de la excepción.....	264
a. Los fines educativos .....	265
b. La investigación científica.....	269
2.1.2.2 Su carácter exclusivo y excluyente y la innecesaria inclusión del requisito de la «no concurrencia de finalidad comercial» .....	275
2.1.3 Tipos de obras excluidas .....	278
2.1.3.1 Las exclusiones explícitas del art. 32. 5 TRLPI .....	278
a. Las partituras musicales .....	279
b. Las obras de un solo uso .....	281
c. Las «creación» de compilaciones o agrupaciones de fragmentos de obras, o de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo.....	284
2.1.3.2 Las exclusiones derivadas del principio de <i>lex specialis</i> : las bases de datos.....	287
2.1.3.3 Consideraciones críticas .....	290
2.1.4 El reflejo de los derechos morales del autor en los requisitos del límite.....	292
.....	292
2.1.4.1 Obras ya divulgadas .....	294
2.1.4.2 Mención del nombre del autor y de la fuente .....	298
2.1.5 La interpretación del límite conforme al art. 40 bis TRLPI: «la regla de los dos pasos» .....	300

<b>2.2 La modalidad no remunerada: el art. 32.3 TRLPI como reforma del anterior</b>	
32.2 TRLPI.....	304
2.2.1 Sujetos amparados en función de la finalidad perseguida.....	307
2.2.1.1 «El profesorado de la educación reglada impartida en centros integrados en el sistema educativo español», tanto en la enseñanza presencial como en la enseñanza a distancia.....	307
a. Alcance de la «educación reglada impartida en centros integrados en el sistema educativo español».....	312
b. De «en las aulas» a la inclusión de la educación a distancia.....	317
2.2.1.2 La incorporación de la investigación científica llevada a cabo por el «personal de Universidades y Organismos Públicos de investigación».....	319
2.2.2 La extensión de obra susceptible de utilización.....	324
2.2.2.1 El «pequeño fragmento» y su nueva (e insuficiente) definición legal.....	325
2.2.2.2 El mantenimiento de la expresión «en la medida justificada por la finalidad no comercial perseguida».....	329
2.2.2.3 La utilización de obras completas aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo.....	331
2.2.3 Los libros de texto, manuales universitarios o «publicaciones asimiladas» y los requisitos específicos para su utilización.....	335
2.2.3.1 Definición legal.....	337
2.2.3.2 Exigencias en el ámbito educativo.....	343
2.2.3.3 Requisitos en la investigación científica.....	346
2.2.3.4 Consideraciones críticas.....	347
<b>2.3 El art. 32.4 TRLPI: la novedosa incorporación de la modalidad remunerada del límite de la ilustración.....</b>	<b>350</b>
2.3.1 Sujetos amparados: el «personal» de universidades y centros públicos de investigación.....	350
2.3.1.1 Diferencias con la modalidad no remunerada.....	353
a. La limitación de los sujetos amparados en el ámbito educativo al personal de la Universidad y la no exclusión de la educación no reglada.....	353
b. Los «centros públicos de investigación» y los «Organismos Públicos de investigación»: relación género-especie.....	355
c. Consideraciones críticas.....	357
2.3.1.2 La realización de los actos autorizados por el personal «en las Universidades o centros públicos de investigación» y «con sus medios e instrumentos propios».....	358
2.3.2 Tipos de obra y limitación de la extensión de obra susceptible de utilización.....	361



2.3.2.1	Las obras o publicaciones impresas o susceptibles de serlo.....	361
2.3.2.2	La reproducción «parcial» y los criterios para su delimitación.....	366
a.	El capítulo de libro, artículo de revista o extensión equivalente respecto de una publicación asimilada.....	367
b.	El 10% del total de la obra .....	369
c.	La interpretación conjunta de los criterios como extensión máxima de la reproducción parcial .....	372
d.	La relación de la versión no remunerada del límite con la remunerada.....	374
2.3.3	La distribución y/o comunicación pública de la reproducción parcial .....	376
2.3.3.1	Límites .....	379
2.3.3.2	Exigencias para la realización de la comunicación pública .....	382
a.	Las redes internas y cerradas .....	383
b.	Los programas de educación a distancia.....	388
2.3.4	La remuneración .....	389
2.3.4.1	Características .....	395
a.	Derecho irrenunciable del autor y editor.....	396
b.	Derecho de gestión colectiva obligatoria .....	399
c.	El carácter equitativo de la remuneración .....	401
2.3.4.2	Excepciones a la remuneración .....	405
a.	El acuerdo previo específico .....	406
b.	La titularidad de la obra por parte de la Universidad o el organismo de investigación.....	408
2.3.4.3	Consideraciones críticas .....	412
	<b>CONCLUSIONES</b> .....	<b>417</b>
	<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	<b>439</b>

## ABREVIATURAS

AC	Actualidad civil
ADC	Anuario de Derecho Civil
ADI	Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor
ADPIC	Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio
AG	Abogado General
ALAI	Asociación Literaria y Artística Internacional
ALCS	Authors' Licensing and Collecting Society
AP	Audiencia Provincial
App.	Corte di Appello
Ava	Société des arts visuels associés
BDA	Boletín de derecho de autor
BGH	Bundesgerichtshof
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOE	Boletín Oficial del Estado
BOEN	Bulletin Officiel de l'Éducation Nationale
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
CA	Cour d'Appellation
C. Appeal	Court of Appeal
CB	Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas
CC	Código Civil
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
CDFUE	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CDPA	Copyright, Designs and Patents Act
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CEDRO	Centro Español de Derechos Reprográficos
CFC	Centre Français d'exploitation du droit de Copie
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CGU	Contenidos generados por usuarios
CLA	Copyright Licensing Agency
CNC	Comisión Nacional de la Competencia
Com. Com. Electr.	Communication Commerce Électronique
CORSA	Coefficiente de Reproducción Sin Autorización
CPI	Code de la Propriété Intellectuelle
CPU	Conférence des Présidents d'Université
CRUE	Conferencia de Rectores de las Universidades Españolas
DACS	Design and Artists Copyright Society

DDASI	Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información
Dir. Aut.	Il Diritto di Autore
DOI	Digital Object Identifier
DRAE	Diccionario de la Real Academia Española
DS	Diario de Sesiones
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
ECS	European Copyright Society
EEES	Espacio Europeo de Educación Superior
EIPR	European Intellectual Property Review
ERA	Educational Recording Agency
EVA	Entornos Virtuales de Aprendizaje
FD	Fundamento de Derecho
FEDIT	Federación Española de Centros Tecnológicos
FESABID	Federación Española de Sociedades de Archivística, Biblioteconomía, Documentación y Museística
GEMA	Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte
Giur. It.	Giurisprudenza Italiana
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
IDP	Revista de Internet, Derecho y Política
IIC	International Review of Industrial Property and Copyright Law
JIPITEC	Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law
JPI	Juzgado de Primera Instancia
LCTI	Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación
LDA	Legge sul diritto d'autore
LES	Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible
LG	Landgericht
LOE	Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación
LOU	Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades
LSSI	Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico
MECD	Ministerio de Educación, Cultura y Deporte
MINECO	Ministerio de Economía, Industria y Competitividad
MOOC	Massive Online Open Courses
MUD	Mercado único digital
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NLCC	Le Nuove Leggi Civili Commentate
OJLS	Oxford Journal of Legal Studies
OLG	Oberlandesgericht
OM	Orden Ministerial

OMC	Organización Mundial del Comercio
OMPI	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual
ONU	Organización de las Naciones Unidas
OPIs	Organismos Públicos de Investigación
pe. i	Pe.i. revista de propiedad intelectual
PICSEL	Picture Industry Collecting Society for Effective Licensing
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
PLS	Publishers' Licensing Services
Pret.	Pretura
PROCIREP	Société des producteurs de cinéma et de télévision
RdP	Revista de Derecho Patrimonial
RDP	Revista de Derecho Privado
REA	Recursos Educativos Abiertos
REBIUN	Red de Bibliotecas Universitarias españolas
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RIDA	Revue Internationale de Droit d'Auteur
Riv. Dir. Civ.	Rivista di Diritto Civile
RLDI	Revue Lamy Droit de l'Immatériel
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SEAM	Société des Éditeurs et des Auteurs de Musique
SIAE	Società Italiana degli Autori ed Editori
SPOC	Small Private Online Course
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TDM	Text and Data Mining o Minería de textos y datos
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFM	Trabajo Fin de Máster
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TGI	Tribunal de Grande Instance
TIC	Tecnologías de la información y la comunicación
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TODA	Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor de 20 de diciembre de 1996
TOIEF	Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas de 20 de diciembre de 1996
Trib.	Tribunale
TUE	Tratado de la Unión Europea
TRLPI	Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual
UE	Unión Europea
UrhG	Urheberrechtsgesetz
UrhWissG	Urheberrechts-Wissensgesellschafts-Gesetz
VEGAP	Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos
VoD	Video on Demand



## INTRODUCCIÓN

El desarrollo de internet y el uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (en adelante, TIC) ha modificado el modo que tenemos de entender la vida y se ha incorporado a todos los ámbitos de la misma, incluido el de la enseñanza y la investigación. Efectivamente, el investigador que hace apenas 20 años necesitaba desplazarse a distintos centros para poder acceder a la bibliografía relevante u obtener los datos necesarios para la realización de su trabajo, en la actualidad puede conseguirlo simplemente con un ordenador que tenga acceso a internet gracias a la digitalización de obras, así como enviárselo a sus compañeros cuando desarrolla su estudio en grupo. Ello contribuye a que el investigador pueda obtener información relevante más completa y procedente de todo el mundo e incluso respecto de obras que ya hayan sido descatalogadas, lo que supone que el fruto de su trabajo podrá tener una mayor calidad científica y, por ende, servir en mayor medida al progreso de las sociedades. De igual forma, la utilización de las TIC en la enseñanza permite la utilización de obras de todo tipo para ilustrar con fines educativos, así como la creación de Recursos Educativos Abiertos (los denominados REA), esto es, materiales de acceso libre y gratuito específicamente diseñados para la docencia, y la impartición de cursos completos a distancia u *online* en los que puede matricularse alumnado de todo el mundo (como es el caso de los *Massive Online Open Courses* o MOOC).

Aunque todo ello es posible desde una perspectiva técnica, no siempre lo es desde un punto de vista legal, y más concretamente, desde la perspectiva de la propiedad intelectual. En efecto, no todos los nuevos usos que las TIC e internet permiten en estos ámbitos pueden quedar subsumidos en las excepciones y limitaciones a la propiedad intelectual previstos en las distintas Directivas europeas existentes, y aún menos claro es que puedan llevarse a cabo con carácter transfronterizo. Además, la falta de seguridad jurídica en esta materia se ve acentuada porque dichas excepciones y limitaciones previstas en las Directivas europeas son, en su mayoría, opcionales para los legisladores nacionales, de modo que los actos de explotación autorizados en un Estado miembro no tienen por qué estarlo en otro. Esta circunstancia se ha visto especialmente reflejada en las divergencias existentes en la regulación de la excepción de la ilustración con fines educativos y de investigación científica en los distintos Estados miembros de la Unión Europea<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Así deriva, entre otros estudios, de AA.VV., *Assessment of the impact of the European copyright framework on digitally supported education and training practices*, R. Duméius (dir.), R. Xalabarder (team leader), Luxemburgo, 2016. Disponible en: <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/1ba3488e-1d01-4055-b49c-fdb35f3babc8/language-en>.

Así, el desarrollo de las nuevas tecnologías ha desestabilizado la balanza de los intereses en juego en el sistema de propiedad intelectual, lo que requiere una revisión de las excepciones y limitaciones que favorecen el uso de obras en la enseñanza y la investigación para reajustarlas y lograr el necesario equilibrio que debe existir entre los legítimos derechos de los autores y otros titulares de derechos y el interés general de la sociedad por el acceso a las obras en el ámbito de la educación y la investigación<sup>2</sup>.

En este contexto, el propósito de la presente investigación es realizar un análisis exhaustivo de la excepción de la ilustración con fines educativos y de investigación científica a la propiedad intelectual, así como realizar proposiciones de *lege ferenda* que permitan delimitar los contornos de la limitación de forma que se compensen adecuadamente los intereses en juego. Son varias las razones que justifican la elección de este tema, así como su interés y actualidad.

La limitación en cuestión fue incorporada al Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual<sup>3</sup> en el año 2006 por medio de la Ley 23/2006, de 7 de julio. Así, el art. 32.2 TRLPI contemplaba por primera vez en la legislación española de la materia una limitación que permitía al profesorado de la educación reglada el uso de pequeños fragmentos de obras ajenas en sus actividades educativas en las aulas. La doctrina fue unánime al considerar excesivamente restrictiva la letra de la limitación, siendo esta última ajena a las nuevas metodologías docentes y al uso de las TIC en la educación, así como desconocedora de las necesidades de uso de obras ajenas en la investigación científica<sup>4</sup>. Ante tal situación y dados los litigios que enfrentaron a Centro Español de Derechos Reprográficos (CEDRO) con distintas universidades españolas, la excepción objeto de estudio sería modificada por la Ley

---

<sup>2</sup> En cuanto a ello, la Comisión ya puso de manifiesto en 2007 que «es necesario realizar más esfuerzos para promover la libre circulación del conocimiento y la innovación como “quinta libertad” en el mercado único. El mercado único puede ser una plataforma para estimular la innovación en Europa. Fomenta la difusión de nuevas tecnologías en toda la UE. Facilita el intercambio de conocimiento a través de la movilidad de trabajadores, investigadores y estudiantes». Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Un mercado único para la Europa del siglo XXI*, de 20 de noviembre de 2007, COM(2007) 724 final.

<sup>3</sup> Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia.

<sup>4</sup> Un estudio detallado de esta primera manifestación de la excepción de la ilustración en la legislación española de la propiedad intelectual se encuentra en IGLESIAS, M. J., *Limitaciones docentes a la propiedad intelectual. Derecho internacional, español y comparado y opciones de política legislativa*, Tesis doctoral, Palma de Mallorca, 2007. Disponible en: <http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/386326/tmjip1de1.pdf?sequence=1>.

21/2014, de 4 de noviembre, cuya redacción se encuentra en vigor desde el 5 de noviembre de 2015.

Aunque han sido varios los autores que han estudiado esta reforma de la excepción, lo han hecho en la mayoría de los casos desde una perspectiva nacional<sup>5</sup>. Por ello, resulta necesario un estudio de la misma que tenga en cuenta tanto los textos internacionales de los que deriva, en especial el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas del 9 de septiembre de 1886 (en adelante, CB) y la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (en adelante, DDASI), como la forma en que los legisladores nacionales de nuestro entorno jurídico han configurado los elementos de la excepción. Solo de este modo será posible dilucidar cómo ha de ser regulada la limitación de la ilustración con fines educativos y de investigación científica para favorecer estos intereses generales, sin perjudicar los correspondientes a los autores y otros titulares de derechos.

En relación con ello, cabe destacar que varias legislaciones de propiedad intelectual de países europeos se han visto modificadas recientemente para intentar solventar la cantidad de problemas que suscita en la práctica el uso de obras ajenas en la enseñanza y la investigación. Así, Francia reformó la limitación en cuestión en el año 2013; Reino Unido, en 2014, al igual que en el caso español, y Alemania, en 2017, entrando en vigor esta última ley el 1 de marzo de 2018.

Pero, además, el interés por la materia se ha visto incrementado porque el legislador europeo ha identificado la excepción de la ilustración con fines educativos y de investigación como una materia que requiere una adecuada y uniformizada regulación para conseguir un mercado único digital y favorecer el desarrollo económico de la propia Unión Europea. Consecuencia de ello, en 2016 fue publicada una Propuesta de Directiva en la que se contemplan, por un lado, una excepción favorecedora de la investigación por medio de la técnica concreta de la Minería de Textos y Datos (art. 3) y, por otro, otra por la que se autoriza la utilización de obras y otras prestaciones en actividades pedagógicas digitales y

---

<sup>5</sup> Ello a excepción de CAVANILLAS MÚGICA, S., quien ha realizado un estudio comparado de las reformas española e inglesa en la materia. «El uso educativo de obras en universidades: análisis de dos recientes reformas legislativas en el Reino Unido y en España», en *Estudios sobre la Ley de Propiedad Intelectual. Últimas reformas y materiales pendientes*, J. J. Marín López y R. Sánchez Arísti (coords.), Madrid, 2016, pp. 155 y ss.



transfronterizas (art. 4)<sup>6</sup>. A diferencia de lo sucedido con la DDASI, las excepciones contenidas en esta Propuesta se establecen con carácter obligatorio, de modo que su aprobación daría lugar a que, al menos en el ámbito de la enseñanza transfronteriza y en la investigación basada en la citada técnica, todos los Estados miembros tuvieran que incorporar esta limitación de forma uniforme.

Por otro lado, cabe destacar que son pocos los pronunciamientos judiciales en los que ha sido aplicada la excepción en cuestión, y han sido dictados, fundamentalmente, en el ámbito alemán. De hecho, los tribunales españoles, los franceses y los ingleses no han aplicado esta limitación, así como tampoco el TJUE ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de su interpretación. En consecuencia, pese a la atención prestada por los legisladores a la regulación de la excepción objeto de estudio, son pocas las guías existentes en cuanto a su exégesis.

Todo ello constituye buena muestra de la importancia que se ha otorgado a esta excepción tanto en el ámbito nacional como en el europeo, de la actualidad del tema escogido y de la necesidad de un estudio pormenorizado de los elementos configuradores de la excepción de la ilustración con fines educativos y de investigación científica.

En este contexto, el análisis realizado abarca desde los orígenes de la limitación, pasando por su regulación internacional y comunitaria a la luz de ciertos ordenamientos jurídicos extranjeros, hasta la interpretación de cada uno de los numerosos y complejos requisitos que configuran la regulación actual de la excepción en el ámbito español.

Desde la consagración legal del derecho de propiedad intelectual, tanto el legislador internacional como muchos legisladores nacionales reconocieron la necesidad de limitarlo en favor del interés general, como el de la enseñanza y la investigación, motores de crecimiento y progreso de las sociedades. Por ello, en primer lugar, se han indagado los antecedentes históricos de la excepción. Ahora bien, cabe destacar que no todos los Derechos nacionales estudiados la reconocieron al tiempo que el derecho conferido a los autores, como es el caso de Francia y España, de modo que, en estos casos, el estudio se ha visto limitado a la consideración de las escasas sentencias en las que podía intuirse el origen de la excepción que sería finalmente reconocida en ambos Estados en 2006.

---

<sup>6</sup> Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los derechos de autor en el mercado único digital, de 14 de septiembre de 2016, COM(2016) 593 final.

A continuación, nos ocupamos de la naturaleza jurídica, desde una perspectiva *iuspublicista*, de los tres intereses que confluyen en la limitación objeto de estudio: el derecho de propiedad intelectual, el derecho a la educación y la promoción y desarrollo de la investigación científica. Solo así será posible definir los contornos de cada uno de ellos cuando se enfrentan con el resto.

Delimitada la relación jurídica existente entre la propiedad intelectual, la educación y la investigación, de la que deriva que converjan en la limitación en cuestión, analizamos las normas internacional y comunitaria básicas que la contemplan, esto es, el CB y la DDASI, y sobre las que se configura la excepción en las legislaciones nacionales que han sido objeto de estudio en la presente investigación. Para ello, y teniendo en cuenta los términos amplios en que fue configurada la norma limitativa en el CB y la DDASI, su interpretación se ha realizado en atención a sus orígenes legislativos y al modo en que han sido incorporados por los legisladores nacionales de ciertos Estados miembros.

Para finalizar, y sobre la base del estudio anterior, se lleva a cabo un análisis pormenorizado de la excepción de la ilustración con fines educativos y de investigación científica prevista en el art. 32.3 y 4 TRLPI, subrayando las influencias de legislaciones extranjeras que podrían haber servido al legislador español en su novedosa regulación, así como señalando las redacciones que a nuestro parecer habrían sido más acertadas en atención a los intereses en juego.

Tanto en relación con la excepción en el ámbito internacional y comunitario, como con las que han sido previstas en las legislaciones nacionales, el estudio se ha desarrollado en atención a los elementos clásicos que configuran las limitaciones: los sujetos amparados por la misma; los actos de explotación excepcionados; el alcance de la finalidad que la justifica; el tipo de obras y la cantidad de las mismas que se autoriza a explotar y la necesidad o no de que tales actos sean remunerados o compensados al autor o titular de derechos correspondiente.

En síntesis, se ha tratado de realizar un análisis completo de la regulación actual del límite de la ilustración con fines educativos y de investigación científica, centrando nuestra atención en las necesidades reales de la educación, basada en la actualidad en el uso de las TIC y el rol activo del estudiante en el proceso de aprendizaje, y de la investigación, desarrollada a través de nuevas técnicas facilitadas por las nuevas tecnologías por parte de grupos cada vez más internacionalizados e interdisciplinares.

## INTRODUCTION

Internet's development and the use of Information and Communication Technologies (hereinafter, ICT) have changed the way we live, as well as they have been incorporated into all the areas of our lives, including teaching and scientific research. Indeed, only 20 years ago, a researcher had to move to different research institutions to access bibliography or to obtain relevant data. Contrary, nowadays a researcher can achieve this with a computer connected to the internet thanks to the digitalization of works. He can also send these works to their colleagues when he develops his research in group. This situation contributes the research activity because it is possible to obtain more complete and relevant information from around the world and even regarding works that have already been discontinued. Consequently, the fruit of researching activities may have a higher scientific quality and, therefore, serve to a greater extent to the progress of societies. Similarly, the use of ICT in education allows the use of all kind of works for educational purposes, as well as the creation of Open Educational Resources (the so-called ERA), that is, free access materials specifically designed for teaching, and the creation of complete distance or online courses to which students from all over the world can apply to (as is the case of the Massive Online Open Courses or MOOC).

Although this kind of uses can be made from a technical perspective, not all new uses that ICT and the Internet allow in education and research can be subsumed under the exceptions and limitations to copyright existing in European Directives, and even less clear is that they can be carried out on a cross-border basis. In addition, lack of legal certainty in this area is accentuated because such exceptions and limitations are, mostly, optional for national legislators, so that acts of exploitation authorized in a Member State may not be allowed in another. This situation has been especially reflected in the existing divergences in the exception for the purpose of illustration for teaching or scientific research in different Member States of the European Union<sup>7</sup>.

Thus, the new developments of technologies has unbalanced the scales of interests at stake in the copyright system, which requires a review of the exceptions and limitations which benefit the use of works in teaching and research in order to readjust them and achieve the necessary balance that must exist between the legitimate rights of authors and other rights

---

<sup>7</sup> This is the result, among other studies, of VV.AA., *Assessment of the impact of the European copyright framework on digitally supported education and training practices*, R. Dumčius (dir.), R. Xalabarder (team leader), Luxemburgo, 2016. Available at: <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/1ba3488e-1d01-4055-b49c-fdb35f3babc8/language-en>.

holders and the general interest of society for access to works in the field of education and research<sup>8</sup>.

In this context, the purpose of the present research is to carry out an extensive analysis of the exception to copyright for the purpose of illustration for teaching or scientific research, in order to carry out proposals of *lege ferenda* which allow to delimit the contours of the limitation so that the interests at stake are adequately compensated. There are several reasons that justify the choice of this topic, as well as its interest and relevance.

The limitation in question was incorporated into the Revised Text of Copyright Law (RTCL)<sup>9</sup> in 2006 through Act 23/2006, 7<sup>th</sup> July. Thus, and for the first time in the Spanish legislation of copyright, art. 32.2 RTCL established a limitation that allowed teachers of formal education to use small extracts of works in their educational activities in classrooms. Doctrine was unanimous in considering too restrictive the wording of the limitation, being this exception alien to the new teaching methodologies and the use of ICT in education, as well as unaware of the needs of use of works in scientific research<sup>10</sup>. Faced with this situation and given the litigation that faced CEDRO<sup>11</sup> with different Spanish universities, the exception under study was modified by Act 21/2014, 4<sup>th</sup> November, which entered into force on 5<sup>th</sup> November 2015.

Although several authors have studied this reform of the exception, their research has been carried out in most cases from a national perspective<sup>12</sup>. Therefore, this exception must be analysed taking into account both the international texts from which it derives, especially the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, 9<sup>th</sup> September 1886

---

<sup>8</sup> With regard to this, the Commission already revealed in 2007 that «more efforts are needed to promote the free circulation of knowledge and innovation as the "fifth freedom" in the single market. The single market can be a platform to stimulate innovation in Europe. It promotes the diffusion of new technologies throughout the EU. Facilitates the exchange of knowledge through the mobility of workers, researchers and students». Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, «A single market for 21st century Europe», 20<sup>th</sup> November 2007, COM(2007) 724 final.

<sup>9</sup> Royal Legislative Decree 1/1996, 12<sup>th</sup> April, approving the Revised Text of the Copyright Law, regulating, clarifying and harmonizing the current legal provisions on the subject.

<sup>10</sup> A detailed study of this first manifestation of the exception for the purpose of illustration in the Spanish legislation on copyright is found in IGLESIAS, M. J., *Limitaciones docentes a la propiedad intelectual. Derecho internacional, español y comparado y opciones de política legislativa*, Doctoral Thesis, Palma de Mallorca, 2007. Disponible en: <http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/386326/tmjip1de1.pdf?sequence=1>.

<sup>11</sup> CEDRO is the Spanish collective management entity which represents the rights of authors and other rights holders related to printed works.

<sup>12</sup> Apart from CAVANILLAS MÚGICA, S., who has carried out a comparative study of the Spanish and English reforms on the subject. «El uso educativo de obras en universidades: análisis de dos recientes reformas legislativas en el Reino Unido y en España», en *Estudios sobre la Ley de Propiedad Intelectual. Últimas reformas y materiales pendientes*, J. J. Marín López y R. Sánchez Arísti (coords.), Madrid, 2016, pp. 155 y ss.

(hereinafter, BC) and Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22<sup>nd</sup> May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society (in here and forward, InfoSoc Directive), as the way in which national legislators of our legal environment have configured the elements of the exception. This is the only way to elucidate how the limitation for the purpose of illustration for educational and scientific research purposes must be regulated to favour these general interests, without harming those corresponding to the authors and other rights holders.

In this regard, it should be noted that several copyright laws of European countries have recently been modified to try to solve the number of problems that arise in relation to the use of works in teaching and research: France amended the limitation in question in 2013; the United Kingdom, in 2014, as in the case of Spain, and Germany, in 2017, entering this latter into force on 1<sup>st</sup> March 2018.

In addition, the interest on the topic has increased because the European legislator has identified the exception for illustration for educational and research purposes as a subject that requires adequate and standardized regulation in order to achieve a digital single market and promote development of the European Union itself. As a result, a Proposal for a Directive was published in 2016, which contemplates, on the one hand, an exception favouring research through the specific technique of Text and Data Mining (Article 3) and, on the other hand, another that authorizes the use of works and other subject-matter in digital and cross-border teaching activities (Article 4)<sup>13</sup>. Unlike what happened in the InfoSoc Directive, the exceptions contained in this Proposal are established on a mandatory basis, so that its approval would result in all Member States incorporating this limitation uniformly, at least in the field of cross-border education and research based on the aforementioned technique.

On the other hand, it is worth mentioning that there are few judgements in which the exception in question has been applied, and they have been dictated, fundamentally, in Germany. In fact, the Spanish, French and English courts have not applied this limitation, nor has the CJEU had the opportunity to rule on its interpretation. Consequently, despite the attention given by the legislators to the regulation of the exception under analysis, there are few existing guidelines regarding its exegesis.

---

<sup>13</sup> Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market, 14<sup>th</sup> September 2016, COM(2016) 593 final.

All these circumstances are a good example of the importance that has been given to this exception, both nationally and in Europe, of the current topic chosen and the need for a detailed study of the elements that shape the exception for the purpose of illustration for teaching and scientific research purposes.

In this context, the analysis carried out ranges from the origins of the limitation, through its international and community regulation in the light of certain foreign legal systems, to the interpretation of each one of the innumerable and complex requirements that make up the current regulation of the exception in the Spanish legislation.

The origin of the recognition of copyright is in the need to remunerate the author of a work for his creative work, motivating him, in this way, to continue carrying it out in order to increase the cultural heritage for the benefit of society. However, since the legal consecration of this right, the international and national legislator of different States recognized the need to limit it in favour of the general interest, such as teaching and research, engines of growth and progress of societies. Therefore, in the first place, the historical background of the exception has been investigated. In any case, it should be noted that not all the studied national legislations recognized this exception at the same time as the right conferred on the authors, as is the case of France and Spain, so that, in these cases, the study has been limited to consideration of the few judgements in which it can be recognized the origin of the exception that would be finally established in both States in 2006.

Next, we deal with the legal nature, from a public law perspective, of the three interests that converge in the limitation object of study: the copyright, the right to education and the promotion and development of scientific research. Only then it will be possible to define the contours of each of them when they face with the rest.

Delimited the legal relationship between copyright, education and research, from which converge in the limitation in question, we analyse the basic international and community regulations that contemplate it, that is, the BC and the InfoSoc Directive. The exception studied in the national legislations that have been the object of this research are based on these two legal instruments. To do this and taking into account the broad terms in which the limiting rule was established in the BC and the InfoSoc Directive, its interpretation has been made in response to its legislative origins and the way in which they have been incorporated by the national legislators of certain Member States.

To conclude, and based on previous studies, a detailed analysis of the exception for the purpose of illustration for teaching and scientific research purposes provided in art. 32.3 and 4 RTCL is carried out, underlining the influences of foreign legislation that could have served the Spanish legislator in its new regulation, as well as pointing out the wording that in our opinion would have been more accurate to respond to the interests at stake.

Both in relation to the exception in the international and community level, as with those that have been foreseen in the national legislations, the study has been developed in attention to the classic elements that configure the limitations: subjects covered by it; acts of exploitation excepted; scope of the purpose that justifies it; type of works and quantity thereof that is authorized to be exploited and the need or not for such acts to be remunerated or compensated to the corresponding author or rights holder.

In short, we have tried to carry out a complete analysis of the current regulation of the limit for the purpose of illustration for teaching and scientific research, focusing our attention on the real needs of education, based on the current use of ICT and the active role of the student in the learning process, and of the research, developed through new techniques facilitated by new technologies by increasingly internationalized and interdisciplinary groups.

Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante

## CAPÍTULO I. LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO DE AUTOR, EL DERECHO A LA EDUCACIÓN Y LA PROMOCIÓN DE LA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA

La regulación jurídica del límite<sup>14</sup> de la ilustración con fines educativos y de investigación científica en el régimen de los derechos de autor o de propiedad intelectual<sup>15</sup> pone de manifiesto el vínculo existente entre tres elementos que tanto los Estados como numerosos organismos e instituciones de carácter internacional han considerado dignos de protección y de indispensable promoción: los intereses de los autores y de otros titulares de derechos que favorecen la difusión de las obras de aquellos; la educación, enseñanza o instrucción de la ciudadanía y el desarrollo de la investigación científica y técnica como fundamento del progreso económico y cultural de la sociedad. En este contexto, resulta preciso delimitar conceptualmente cada una de estas nociones, pues solo de este modo será posible llevar a cabo una interpretación jurídica de la limitación objeto de estudio acorde con la naturaleza jurídica y el alcance de los intereses en juego.

Así, el presente capítulo pretende dar cobertura a un doble propósito. El primero de ellos consiste en realizar un análisis individual de los derechos de autor, el de la educación y la promoción de la investigación científica, ahondando en sus orígenes<sup>16</sup>, su configuración legal y el fundamento de su protección. Dicho estudio se llevará a cabo desde una perspectiva más constitucionalista que civilista, pues se abordará desde un enfoque de derechos humanos o fundamentales<sup>17</sup> y ello en atención a tres razones que justifican dicho planteamiento. En

---

<sup>14</sup> La doctrina ha distinguido los términos «límites», «limitaciones» y «excepciones», tal y como será analizado en el subepígrafe 3.2 del presente Capítulo (*vid. infra*). No obstante, los mismos serán empleados en la presente investigación de forma indistinta con el objeto de evitar constantes reiteraciones y, de este modo, dotar de mayor fluidez a la lectura.

<sup>15</sup> Aunque la utilización indistinta de una u otra denominación será justificada en el apartado 1. 1, cabe precisar desde este primer momento que el empleo de la terminología «propiedad intelectual» en el presente estudio se llevará a cabo desde un punto de vista estricto. Así entendida, la «propiedad intelectual» viene referida en exclusiva al denominado «derecho de autor», dejando al margen de dicho concepto tanto a lo que nuestra legislación califica de «otros derechos de propiedad intelectual y de protección “sui generis” de las bases de datos», según el título del Libro II del TRLPI, a los que nos referiremos como derechos afines, conexos o vecinos, como a los derechos de «propiedad industrial», derechos estos últimos que exceden del estudio llevado a cabo en la presente investigación.

<sup>16</sup> Pues como señala SIRINELLI, P., «Pour répondre à la question métaphysique, “où allons nous?”, il est nécessaire d’avoir une idée de nos origines. “D’où venons-nous?” est une interrogation incontournable». «Discours d’ouverture», en *Regards sur les sources du droit d’auteur. Congreso ALAI 18-21 de septiembre de 2005 en París*, Mercuès, 2007, pp. 19 y 20.

<sup>17</sup> Ciertamente, la categoría de «derechos humanos» no se corresponde necesariamente con la de «derechos fundamentales». A ese respecto, son dos principalmente los criterios de distinción que se han empleado para diferenciar los citados conceptos. Por un lado, se ha considerado que los derechos humanos se corresponden con aquellas facultades o valores esenciales inherentes a la propia persona, ejercitables sin necesidad de un reconocimiento legal expreso, es decir, preexisten al ordenamiento jurídico y serían equiparables a la categoría de derechos naturales. En cambio, los derechos fundamentales requerirían una previsión legal expresa para su



primer lugar, porque la propiedad intelectual (bien directa, bien indirectamente), la educación y la investigación son objeto de regulación, aunque con alcances diversos, tanto a nivel internacional en convenios y declaraciones de derechos humanos, como a nivel nacional en la Constitución de un gran número de Estados. En segundo lugar, porque los intereses sociales que han justificado la limitación del derecho de propiedad intelectual en nuestro estudio, esto es, la educación y la investigación científica, no han sido reglamentados desde el ámbito del Derecho civil, de modo que su análisis únicamente puede realizarse en atención a los textos fundamentales previamente señalados. Y en tercer y último lugar, porque el tratamiento *iuspublicista* del sistema de propiedad intelectual resulta cada vez más común y extendido en la doctrina<sup>18</sup>. Tanto es así que incluso se ha llegado a reivindicar la necesidad de «constitucionalizar» los regímenes de propiedad intelectual, de modo que los derechos reconocidos en los mismos sean interpretados a la luz de los derechos humanos y, por lo tanto, puedan ser limitados en atención a las exigencias derivadas de la protección de estos últimos, así como de las que proceden del fundamento de su propia regulación. Consecuencia de la realización de este tipo de exégesis sería, según esta doctrina, la adaptación de la normativa reguladora de la propiedad intelectual a los incesantes cambios derivados del desarrollo tecnológico, manteniendo de este modo un «justo equilibrio» entre los intereses en juego. Asimismo, se mejoraría la percepción que la sociedad en general muestra en relación con la misma, aumentando así el nivel de legitimidad y de aceptación del sistema<sup>19</sup>.

Universitat d'Alacant

---

existencia y ejercicio, pudiendo prever o no derechos de los que de acuerdo con esta distinción se han calificado de humanos. Por otro, se ha entendido que tanto unos como otros son facultades básicas del ser humano, pero su distinción radica en el texto legal que los reconoce: la expresión de derechos humanos quedaría reservada a los derechos previstos en las declaraciones y convenciones internacionales (por ser esta la denominación clásicamente utilizada por los mismos), mientras que los fundamentales serían los reconocidos constitucionalmente por los distintos Estados en sus Cartas Magnas. En cuanto a estos razonamientos, en especial *vid.* ROGEL VIDE, C., *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*, Bolonia, 1985, pp. 124-127. En nuestra investigación, utilizaremos los conceptos señalados de acuerdo con este segundo criterio de diferenciación.

<sup>18</sup> De hecho, ya la propia OMPI había vislumbrado la necesidad de incorporar el prisma de los derechos humanos en la interpretación de los regímenes de propiedad intelectual e industrial en el año 1998 cuando, en colaboración con la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la ONU, organizó una conferencia conmemorativa del 50 aniversario de la proclamación de la DUDH titulada «Intellectual Property and Human Rights». Las conclusiones vertidas en la misma se recogieron en una publicación del mismo nombre editada por la OMPI en 1999 y disponible en: [http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/intproperty/762/wipo\\_pub\\_762.pdf](http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/intproperty/762/wipo_pub_762.pdf).

<sup>19</sup> Subraya estos efectos positivos de la «constitucionalización» de los regímenes de propiedad intelectual especialmente GEIGER, C., «Fundamental Rights, a Safeguard for the Coherence of Intellectual Property Law?», *IIC*, n° 35, 2004, pp. 278 y ss. y «“Constitutionalising” Intellectual Property Law? The Influence of Fundamental Rights on Intellectual Property in the European Union», *IIC*, n° 37, 2006, pp. 385 y ss. Este autor incluso llega a aportar redacciones alternativas a las previstas en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE) en relación con los artículos 17 (sobre el derecho de propiedad), 13 (sobre la libertad de las artes y las ciencias) y 11 (en cuanto a la libertad de expresión), incorporando a los mismos la necesaria protección de los derechos de propiedad intelectual y sometiendo al cumplimiento del fin por el que, en su opinión, se reconocen: «the progress of science, creativity, learning and culture». «Implementing intellectual property

El segundo objetivo del presente Capítulo, una vez determinado el marco conceptual de los derechos de autor, el derecho a la educación y la promoción de la investigación, es examinar su confluencia en el régimen de propiedad intelectual, la cual ha cristalizado en el establecimiento de una excepción específica a los derechos derivados de tal propiedad especial: la de la ilustración con fines educativos y de investigación científica. Se impone pues el análisis de la naturaleza jurídica y el fundamento que justifica el establecimiento de excepciones y limitaciones en general en el régimen de propiedad intelectual y de la específica sobre la ilustración con fines educativos y de investigación científica en particular.

## 1. La conceptualización del derecho de autor

### 1.1. Los orígenes del *copyright*, derecho de autor o propiedad intelectual

El vínculo existente entre el autor y su obra constituye una compleja realidad fáctica que es, en palabras de LÓPEZ QUIROGA, «sentido» por los autores desde la antigüedad<sup>20</sup>. Nadie ignora que el creador en el proceso de desarrollo y producción de su obra precisa de una importante inversión de esfuerzo, tiempo y dinero<sup>21</sup>, así como que sus experiencias y conocimientos y su estilo o sensibilidad impregnan el resultado de dicho proceso creativo. De forma muy básica, dichos elementos, el de la inversión y el emocional o espiritual, pueden generar en el autor una doble expectativa legítima: la de obtener, al menos, un retorno de carácter económico como compensación o remuneración por la labor realizada y por su contribución al desarrollo del conocimiento humano y la cultura y la de ser reconocido como “padre” o autor del resultado de su trabajo intelectual<sup>22</sup>. Se trata, pues, de dos perspectivas

---

provisions in human rights instruments: Towards a new social contract for the protection of intangibles», en *Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property*, C. Geiger (ed.), Cheltenham, Northampton, 2015, pp. 686-688.

<sup>20</sup> LÓPEZ QUIROGA, J., *Propiedad intelectual en España. Estudio teórico y práctico de la Ley y Reglamento vigentes*, Madrid, 1918, p. 3. De forma similar afirma BAYLOS CORROZA, H. que en la antigüedad clásica se «posee la convicción de que, desde un punto de vista personal y espiritual, la obra pertenece al autor». *Tratado de Derecho Industrial. Propiedad Industrial. Propiedad Intelectual. Derecho de la competencia económica. Disciplina de la competencia desleal*, Madrid, 3ª ed., 2009, p. 182. De hecho, algunos etnógrafos, de acuerdo con DOCK, M. C., ya encontraron cierta inclinación creativa en una etapa anterior, en los pueblos del paleolítico superior. En concreto, los denominados bosquimanos, grupos antropológicos del África austral, ya «sentían» como de su propiedad las pinturas rupestres, pues nadie podía tocarlas mientras fueran conocidos su autor y su familia. «Genèse et évolution de la notion de propriété littéraire», *RIDA*, nº 79, 1974, p. 129.

<sup>21</sup> Aunque no siempre se realice una inversión económica directa, la dedicación temporal a la creación de obras normalmente supone una pérdida de ingresos, puesto que dicho tiempo deja de emplearse en otras labores que pueden generar dinero efectivo.

<sup>22</sup> Como ya señalara LÓPEZ QUIROGA, J., «aun cuando el autor, al publicar su obra, le guíe el afán de gloria, también se propone, ya que no el deseo de lucro, por lo menos el de satisfacer sus necesidades con el producto de su trabajo, como pudiera hacerlo dedicándose á la confección de cualquier otra cosa». *Op. cit.*, p. 9. No obstante, es cierto que el autor no siempre busca ese doble propósito cuando concibe una obra, aunque, al margen de su intención, la ley los proteja. Así, puede decidir que la obra sea objeto de ciertos actos de explotación por parte de terceros de forma gratuita, simplemente porque quiere que su obra pueda llegar a ser conocida por el mayor número de personas posible, en pos del desarrollo científico y cultural de la sociedad. Precisamente en

con tintes distintos: mientras la primera tiene un marcado carácter patrimonial, la segunda tiene una destacada naturaleza moral. No obstante, las mismas no fueron reconocidas legalmente al mismo tiempo.

La doctrina que ha estudiado los orígenes históricos de la propiedad intelectual, en relación con ambas facetas, ha iniciado sus análisis, fundamentalmente, en época romana<sup>23</sup>, pasando por la Edad Media y por el sistema de privilegios configurado tras la invención de la imprenta a mediados del s. XV<sup>24</sup>. Aunque es cierto que se dio un cierto reconocimiento a la

---

esta filosofía se enmarca el conocido movimiento del «acceso abierto» u «*Open Access*» promovido por parte de la comunidad científica. Consiste, de acuerdo con la Declaración de Budapest o *Budapest Open Access Initiative* de 2002 en que la literatura científica y académica revisada por pares esté disponible de forma gratuita en internet, de forma que pueda ser utilizada por los usuarios de dicho medio sin más restricciones que las derivadas del propio acceso a la red y de la necesidad de reconocer la autoría y respetar la integridad de las obras a las que se ha accedido de este modo. En relación con ello, *vid.* la Declaración de Budapest o *Budapest Open Access Initiative* de 2002, la Declaración de Bethesda o *Bethesda Statement on Open Access Publishing* y la Declaración de Berlín o *Berlin Declaration on Open Access to Knowledge in the Sciences and Humanities*, ambas de 2003. Disponibles en: <http://www.budapestopenaccessinitiative.org/translations/spanish-translation>; <http://legacy.earlham.edu/~peters/fos/bethesda.htm> y <https://openaccess.mpg.de/Berlin-Declaration>, respectivamente. No es infrecuente que se haya visto en este movimiento un cierto elemento altruista o que se haya calificado como un acto de generosidad intelectual, pues en este caso el autor que permite el acceso abierto a sus obras científicas y académicas abandona su expectativa de retorno económico como compensación por la inversión realizada y el trabajo desarrollado. No obstante, no se debe dejar de reconocer que el mayor acceso a la publicación comportará necesariamente un aumento del número de citas del autor, lo que, sin duda, le beneficiará como investigador al aportarle mayores méritos que pueden traducirse en un aumento de su retribución salarial y de su reputación como tal.

Del mismo modo que el autor puede renunciar a la posibilidad de obtener un rédito de carácter patrimonial derivado de la explotación por terceros de su obra, también es posible que decida divulgarla bajo pseudónimo o signo o incluso prefiera que la misma quede en el anonimato (art. 6. 2 TRLPI). En tal caso, el autor, sin renunciar a la paternidad de la obra lo que no es posible dada la irrenunciabilidad con que es configurado dicho derecho (art. 14 TRLPI), deja de lado en cierto modo la legítima pretensión de reconocimiento de su autoría al no unir su nombre al de su obra.

<sup>23</sup> Así, en el ámbito internacional, *vid.*, entre otros, RENOARD, A.-CH., *Traité des droits d'auteurs, dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, París, 1838, t. I, pp. 8-17 y POUILLET, E., *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, t. I, París, 3ª ed., 1908, pp. 1-4; y en el nacional, por todos, DÁNvila Y COLLADO, M., *La propiedad intelectual. Legislación española y extranjera comentada, concordada y explicada según la Historia, la Filosofía, la Jurisprudencia y los Tratados*, Madrid, 2ª ed., 1882, pp. 12 y 13. El inicio del estudio histórico de la propiedad intelectual en dicha época se debe, fundamentalmente, a la dudosa fiabilidad de las fuentes bibliográficas referidas a la propiedad intelectual en períodos anteriores al señalado tal y como apunta DOCK, M. C., *op. cit.*, p. 127. Coincide en dicha observación CABEDO SERNA, LL., quien entiende acertadamente que iniciar el estudio de los precedentes histórico-legales del derecho de autor en el Derecho romano se justifica además en el caso español por la aplicación de una de las instituciones jurídicas clave del ordenamiento romano a los derechos derivados de la creación: la propiedad. *El derecho de remuneración del autor*, Madrid, 2011, p. 39, nota 4.

<sup>24</sup> La invención de la imprenta hizo posible la multiplicación rápida y a bajo coste de las obras. Ello devaluaba cada una de las copias conseguidas a través de este mecanismo, adquiriendo de este modo auténtico valor la obra como bien intelectual, lo que contrasta con épocas anteriores en las que el importe elevado de las copias derivaba de la laboriosa tarea de reproducción manual y por ello eran estas y no la obra las que tenían un valor comercial. Así, por todos, PIOLA CASELLI, E., *Trattato del Diritto di Autore e del contratto di edizione nel Diritto interno Italiano comparato col Diritto straniero*, Nápoles-Torino, 2ª ed., 1927, p. 3. Las obras con las ideas en ellas contenidas, a través de la proliferación de sus copias, podían llegar a capas más amplias de población, lo que pronto atraería la atención del poder público y las convertiría en un auténtico bien de comercio, constituyendo una innegable fuente de ingresos. En este sentido, y según DÁNvila Y COLLADO, M., la invención de la imprenta permitió que «las obras en vez de ser un título de gloria, constituyan una fuente de riqueza, una propiedad fácil y una explotación pingüe», cambiando de este modo su condición «profunda y esencialmente». *Op. cit.*, p. 74.

faceta moral en el período romano<sup>25</sup>, y a la económica en el sistema de privilegios, en ninguna de ellas fue reconocido legalmente el derecho de autor, pues en el primer caso el reproche a la falta de reconocimiento del autor o la publicación de la obra sin su autorización era simplemente moral, y en el segundo, el régimen de los privilegios tenía por finalidad el control de la obra como objeto de comercio y como bien difusor de nuevas ideas, pero no su protección como bien intelectual<sup>26</sup>. De ahí que la regulación en este último período fuera atendida por

---

En este contexto, el editor, que realizaba importantes inversiones para adquirir la técnica y los materiales necesarios para la impresión de obras, tomó conciencia de la necesidad de obtener un monopolio de explotación para la impresión de la obra en cuestión. Así, lo señala RENOARD, A. CH., *op. cit.*, t. I, p. 29. De ahí surgió la figura del privilegio, título de concesión graciosa cuya función consistía en conceder al editor, en un primer momento, y al autor, después, el monopolio de explotación de las obras impresas, permitiéndoles consecuentemente reprimir la impresión de dichas obras por parte de terceros.

Cabe destacar que este sistema fue seguido, antes o después, en todos los países que serán objeto de estudio en la presente investigación. Así, y en cuanto a los primeros privilegios concedidos en Italia, *vid.* PIOLA CASELLI, E., *op. cit.*, p. 4; en Francia, POUILLET, E., *op. cit.*, pp. 5 y 6; en Alemania, KAWOHL, F., «Commentary on Imperial privileges for Conrad Celtis (1501/02)», en *Primary Sources on Copyright (1450-1900)*, L. Bently y M. Kretschmer (eds.), 2008, disponible en: [http://www.copyrighthistory.org/cam/tools/request/showRecord?id=commentary\\_d\\_1501](http://www.copyrighthistory.org/cam/tools/request/showRecord?id=commentary_d_1501); en Reino Unido, BOWKER, R. R., *Copyright. Its History and Law Being a Summary of the Principles and Practice of with Special Reference to the American Code of 1909 the British Act of 1911*, Boston, Nueva York, 1912, p. 13 y en España, BAYLOS CORROZA, H., *op. cit.*, p. 195 e YZQUIERDO TOLSADA, M., «Evolución histórica del Derecho de Propiedad Intelectual», *RGLJ*, nº 4, abril, 1988, p. 52.

Para un estudio detallado del sistema de privilegios en España, *vid.* FUCHS MATEO, L. C., *La propiedad intelectual como propiedad especial a lo largo de la historia*, Tesis doctoral, Madrid, 2017, pp. 50-1135. Disponible en: <http://eprints.ucm.es/40955/1/T38312.pdf>.

<sup>25</sup> De hecho, autores latinos como Virgilio, Marcial o Quintiliano dedicaron parte de sus obras a condenar el plagio. En cuanto a ello, entre otros, *vid.* DÁNVILA y COLLADO, M., *op. cit.*, p. 41; DE FONSCOLOMBE, H., *Essai sur la propriété littéraire*, Aix, París, 1880, p. 13. DOCK, M. C. ofrece un claro ejemplo de este tipo de escritos al referirse a uno de los epigramas de Marcial, en el que este autor criticó y tildó de *plagiarius* o «ladrón» a Fidentinus. *Op. cit.*, p. 149. En efecto, el término *plagiarius* con el que Marcial se refirió a Fidentinus se prevé en la legislación justiniana, en concreto, en el Digesto, Libro XLVIII, Título XV, para designar al culpable del delito de *plagium*, consistente en la venta de un esclavo ajeno como propio o de un hombre libre como esclavo. Este *plagium* poco o nada tiene que ver con la apropiación de obras intelectuales, pero el concepto sirvió de paralelismo a Marcial para mostrar lo reprochable de dicha conducta. En este sentido, entre otros, RENOARD, A. CH., *op. cit.*, t. I, pp. 15-16 y BOYTHA, G., «The justification of the protection of authors' rights as reflected in their historical development», *RIDA*, nº 151, enero, 1992, p. 55.

Por otro lado, algunos autores han entendido que los intereses morales del autor sobre su obra, aunque no reconocidos legalmente como derechos en el período romano, sí que fueron objeto de protección jurídica mediante el ejercicio de la *actio iniuriarum*, cuyo objeto era la condena de los actos de menosprecio a la personalidad de otro, y de la *actio furti*, para los supuestos de robo. Así, COLOMBET, C., *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, París, 9ª ed., 1999, p. 1 e YZQUIERDO TOLSADA, M., *op. cit.*, p. 519.

<sup>26</sup> Aunque se haya visto en el sistema de los privilegios un antecedente del derecho de autor, la doctrina ha coincidido en que en dicho período no existía aún un reconocimiento o protección jurídica de la propiedad intelectual. Así lo concluyen, por todos, POUILLET, E., *op. cit.*, p. 7 y STRÖMHOLM, S., *Le droit moral de l'auteur en Droit allemand, français et scandinave avec un aperçu de l'évolution internationale. Étude de Droit comparé*, vol. I, primera parte, Estocolmo, 1966, p. 99. Ello es así porque los derechos del autor sobre su obra, las relaciones de este con su editor o los posibles conflictos dimanantes de la utilización de dicha obra por parte del público, que generalmente se resuelven mediante el establecimiento de límites, todavía no habían llamado la atención del legislador y no habían sido atendidos por el Derecho privado.

Al contrario, el régimen de licencias y privilegios de impresión tenía por objeto fundamental el control público del mercado editorial, abarcando tanto el plano económico del mismo, mediante la concesión graciosa al impresor del monopolio de edición de la obra de forma temporal, como los efectos ideológicos derivados de su desarrollo, al permitir la impresión únicamente de aquellas creaciones intelectuales que no pusieran en peligro el régimen establecido mediante el ejercicio de la censura. De ahí que LABOULAYE, É. y GUIFFREY, G. señalaran

reglamentaciones de carácter público y no privado, sector este último del ordenamiento jurídico en el que debe incardinarse la ordenación de la propiedad intelectual.

En tales etapas, por tanto, no cabe plantearse la existencia de una excepción que permita el uso de obras para la enseñanza o la investigación científica, fundamentalmente por dos razones. Por un lado, porque no es posible establecer una excepción a un derecho que no existe y, en consecuencia, el uso de las obras, una vez adquiridas, era totalmente libre. Por otro, porque las sociedades en su gran mayoría analfabetas en dichos períodos, no eran capaces de apreciar las obras escritas, accediendo fundamentalmente a ellas mediante su representación teatral, a las que acudían no tanto con fin cultural o educativo, como de divertimento<sup>27</sup>.

## 1.2. La preocupación legal por la faceta económica del derecho de autor y la consecuente aparición de las excepciones

De ahí que el estudio histórico de los orígenes del derecho de autor en la presente investigación encuentre auténtica justificación en el momento en que fue reconocido legalmente el derecho de propiedad intelectual, pues junto al mismo, los legisladores nacionales, con carácter general, repararon en la necesidad de permitir determinados usos de la obra sin la autorización del autor con el objeto de atender a ciertos intereses generales. Así, la consagración legal de los derechos de carácter económico del autor, que fueron los primeros en serle reconocidos, vino acompañada del consecuente establecimiento de excepciones a los mismos<sup>28</sup>.

En este ámbito, mientras algunos Estados incluyeron la limitación de la ilustración con fines educativos y de investigación científica en sus primeras legislaciones sobre derechos de autor (subepígrafe 1.2.1), porque entendían el sistema no solo como protector del autor, sino también como necesario para el desarrollo cultural de la sociedad en su conjunto, otros, sobre la base de una concepción estrictamente personalista de la propiedad intelectual, no

---

que «ce privilège était une mesure politique, et rien de plus. (...) c'était un passe-port qui permettait au livre de circuler; ce n'était rien de plus». *La propriété littéraire et artistique au XVIIIe siècle. Recueil de pièces et de documents*, París, 1859, p. IX. En el mismo sentido en el ámbito español, *vid.*, por todos, MARCO MOLINA, J., «Bases históricas y filosóficas del derecho de autor», *ADC*, vol. 47, nº1, 1994, p. 125.

<sup>27</sup> Aunque es cierto que la propagación de la imprenta por Europa traería consigo el desarrollo de la edición de obras entre los años 1455 y 1500, pues fueron impresas alrededor de 27.000 ediciones compuestas por 12 millones de ejemplares en el continente, de los 100 millones de personas que lo habitaban tan sólo 2 ó 3 de ellos sabían leer, de acuerdo con la información vertida por POLLAUD-DULAIN, F., *Le droit d'auteur*, París, 2ª ed., 2014, pp. 19-20.

<sup>28</sup> De ahí que COHEN JEHOAM, H., señale que «“Exceptions ad limitations to the rights in opyright (...) are as old as the rights of copyright themselves». «Restrictions on Copyright and their Abuse», *EIPR*, vol. 27, nº 10, 2005, p. 359.

acompañaron los derechos exclusivos de los autores de excepciones que favorecieran la enseñanza y el desarrollo de la ciencia (subepígrafe 1.2.2)<sup>29</sup>.

### 1.2.1. Las primeras leyes que reconocieron el derecho de autor y su limitación en favor de la enseñanza y la investigación

#### 1.2.1.1. Reino Unido

La primera ley del mundo que efectivamente se refirió al derecho de los autores sobre sus obras fue promulgada en Reino Unido, donde tuvo lugar la consagración legislativa del *copyright* por medio de la *Statute of Anne* o Estatuto de la Reina Ana de 1710<sup>30</sup>, con base en el Derecho consuetudinario inglés. Dicho reconocimiento trajo causa del conflicto entre impresores agremiados y no agremiados a las *Stationer's Company*.

La *Stationer's Company* de Londres recibió en 1557 una cédula real<sup>31</sup> por medio de la cual ejerció un auténtico monopolio sobre los privilegios de impresión desde el s. XVI hasta principios del XVIII. A ella correspondía la concesión de los privilegios, que únicamente otorgaba a los impresores agremiados y con carácter perpetuo. Ello fue objeto de considerables críticas, especialmente por parte de los impresores no agremiados y la Cámara de los Comunes, quienes consideraron que la titularidad sobre la obra de forma perpetua transferida por los autores a la *Stationer's Company* constituía un monopolio abusivo<sup>32</sup>. Por su parte, los impresores agremiados abogaron por la perpetuidad de los privilegios que controlaba la citada Compañía en base a la existencia de un derecho de propiedad del autor

---

<sup>29</sup> En cuanto a las razones que han justificado el estudio de las legislaciones nacionales seleccionadas, *vid. infra* epígrafe 2 del Capítulo II.

<sup>30</sup> De acuerdo con ROSE, M., «under the old regime of licensing, the printing of a book was still in theory a kind of privilege that could be extended or not as the state decided. The statute, however, redefines copyright as a matter of right rather than privilege, an automatic grant to the author by virtue of his literary endeavour». «The Public Sphere and the Emergence of Copyright: Areopagitica, the Stationers' Company, and the Statute of Anne», en *Privilege and Property. Essays on the History of Copyright*, Deazley; M. Kretschmer; L. Bently (eds.), Cambridge, 2010, p. 83. BOYTHA, G. puntualiza que, con la atribución del derecho por primera vez al autor, no sólo se pretendía su protección, sino especialmente «promover la difusión de la literatura sustrayéndola al control selectivo ejercido por la Compañía de impresores». «The justification...», *cit.*, p. 68.

No es infrecuente encontrar referencias a dicho Estatuto con fecha de 1709, debido a que su tramitación parlamentaria tuvo lugar en dicho año. No obstante, fue efectivamente promulgada el 10 de abril de 1710.

<sup>31</sup> *Stationers' Royal Charter 1557*.

<sup>32</sup> Asimismo, John Locke, a quien se considera pieza fundamental para el desarrollo filosófico-jurídico de la noción de propiedad en general y por aplicación de la misma a las obras del ingenio, de la de propiedad intelectual en particular, llevó a cabo un comentario sobre la *Licensing Act* de 1662 en el que se refiere a los miembros de la *Stationer's Company* como «dull wretches» (terribles miserables) por abusar del proceso de registro de obras en su favor. De acuerdo con dicho autor, el monopolio que ejercían sobre la impresión de obras de autores clásicos había generado la producción de libros «scandalously ill printed both for letter paper and correctness», por los que exigían precios excesivos. Parte de dicho comentario aparece reproducido en DEAZLEY, R., «Commentary on Locke's Second Treatise on Government (1690)», en *Primary Sources on Copyright (1450-1900)*, L. Bently y M. Kretschmer (eds.), 2008, disponible en: [http://www.copyrighthistory.org/cam/tools/request/showRecord?id=commentary\\_uk\\_1690](http://www.copyrighthistory.org/cam/tools/request/showRecord?id=commentary_uk_1690).

sobre la obra, derecho que era cedido al impresor y, por tanto, entendían debía corresponderles por el mismo período de tiempo que al autor, es decir, de forma perpetua<sup>33</sup>.

La solución en este caso supuso el reconocimiento legal del derecho del autor, en concreto, del «right to copy» o derecho de reproducción sobre la obra, es decir, de un derecho de carácter patrimonial. Dicho derecho de copia correspondía a los autores por un período de 21 años cuando la obra ya había sido publicada y de 14 años desde su publicación si la misma era inédita, pudiendo renovarse dicho derecho durante 14 años más si al finalizar el primer período el autor todavía vivía<sup>34</sup>. Así, el Parlamento inglés, consciente de la necesidad de recompensar, aunque fuera de forma limitada en el tiempo, al autor por sus obras presentes para incentivarlo a la creación de las futuras, fue el primero en otorgar un derecho exclusivo o un monopolio de explotación al autor sobre su obra. De este modo, la recompensa del autor se convertía no en el fin en sí mismo pretendido por dicha regulación, sino en el medio adecuado para garantizar el desarrollo de la sociedad a través de sus obras, pues como señalaba su propio intitulado, era una «Ley para el estímulo del saber»<sup>35</sup>.

Llama la atención que, pese a este entendimiento utilitarista de la materia, el Estatuto no previera ninguna excepción a los derechos de los autores que satisficiera el interés general. No hemos encontrado razón alguna para esta ausencia más que, en el momento en cuestión, el legislador tenía en mente resolver el conflicto que se había generado en torno a la *Statiner's Company* y es probable que la consideración del interés general se viera suficientemente atendida por el hecho de que el derecho de exclusiva se confería por un limitado período de tiempo. No obstante, la protección efectiva de dicho interés se vería rápidamente cubierta por la intervención de los jueces, quienes comenzaron a concluir que la reproducción de partes de

---

<sup>33</sup> Su argumento lo expresa con claridad GOLDSTEIN, P.: «El Derecho consuetudinario de Inglaterra concedió a los granjeros los derechos perpetuos sobre su propiedad real basándose en la teoría de que habían mezclado sus esfuerzos con la tierra. (...) ¿Por qué no podía el Derecho consuetudinario otorgar también un derecho perpetuo a los autores, cuyos esfuerzos se encuentran eternamente mezclados en los textos en los que se plasman sus ideas? *El copyright en la sociedad de la información*, Alicante, 1999, traducción por M<sup>a</sup> L. Llobregat Hurtado, p. 77.

<sup>34</sup> Vid. DEAZLEY, R., «Commentary on the Statute of Anne 1710», en *Primary Sources on Copyright (1450-1900)*, L. Bently y M. Kretschmer (eds.), 2008, disponible en: [http://www.copyrighthistory.org/cam/commentary/uk\\_1710/uk\\_1710\\_com\\_272007105424.html#\\_ednref15](http://www.copyrighthistory.org/cam/commentary/uk_1710/uk_1710_com_272007105424.html#_ednref15).

<sup>35</sup> De acuerdo con el Preámbulo del propio Estatuto de la Reina Ana, el reconocimiento de derechos a los autores tenía como objetivo primordial el del «Encouragement of Learned Men to Compose and Write useful Books». Seguiría su estela, especialmente en cuanto a la concepción utilitarista del *copyright* y la subordinación de su protección al interés general, EEUU, lo que se observa tanto en su *Copyright Act* de 1790, como en su Constitución de 1787, primera Carta Magna en hacer referencia a los derechos de autor. Así, el apartado 8 de su artículo 8 atribuye al Congreso la potestad de conferir derechos exclusivos de carácter temporal a autores e inventores respecto de sus obras e invenciones «to promote the Progress of Science and useful Arts».

obras ajenas sin el consentimiento del autor podría estar justificada en ciertas circunstancias desde 1740, cuando se resolvió el asunto *Gyles v. Wilcox*<sup>36</sup>.

Posteriormente, el *copyright* inglés sería codificado y reconocido a nivel estatutario derogando el *common law* existente hasta el momento mediante la *Copyright Act* de 1911<sup>37</sup>, primera norma en reconocer el «fair dealing» como excepción a los derechos previstos en la misma<sup>38</sup>. Precisamente una de las finalidades que podía dar lugar a la apreciación del *fair dealing* o uso honesto era la investigación, de acuerdo con su art. 2(1) (i). Asimismo, el apartado (iv) del mismo precepto vino a recoger la denominada excepción para la elaboración de antologías con finalidad educativa. Su apreciación, no sometida al examen de los criterios del *fair dealing*, se hacía depender del cumplimiento de un conjunto de estrictas condiciones, que se mantienen en la regulación actual de la excepción<sup>39</sup>: la colección debía estar compuesta fundamentalmente por obras no protegidas por *copyright*; la elaboración de la colección debía destinarse, *bona fide*, al uso en escuelas, señalándose dicha finalidad tanto en el título de la misma como en la publicidad que de ella hiciera el editor; sólo podían utilizarse pequeños fragmentos de obras literarias ya publicadas que no estuvieran destinadas a su uso en la enseñanza, siempre que un editor no utilizara más de dos de dichos pasajes del mismo autor en un período de 5 años; y todo ello, bajo condición de que la fuente de los fragmentos utilizados fuera debidamente “reconocida”. Aunque esta norma no reconocía derecho moral alguno a los autores, la necesidad de que fuera citada la fuente de los fragmentos utilizados trae como fundamento la necesidad de atribuir a la persona de su autor su creación.

---

<sup>36</sup> En el caso en concreto, Wilcox había llevado a cabo un resumen parcialmente traducido de una obra cuyos derechos habían sido conferidos a Gyles, editor que entendió que ello suponía una infracción de su derecho de copia. Finalmente, el Canciller Lord Hardwicke declaró que un «real and fair abridgement» no infringía los derechos conferidos por el Estatuto. El texto completo de la sentencia se encuentra disponible en: [http://www.copyrighthistory.org/cam/tools/request/showRepresentation?id=representation\\_uk\\_1741](http://www.copyrighthistory.org/cam/tools/request/showRepresentation?id=representation_uk_1741). La comentan, entre otros, BURREL, R.; COLEMAN, A., *Copyright Exceptions: The Digital Impact*, Cambridge, 2005, p. 254.

<sup>37</sup> *Copyright Act* 1911, c. 46, de 16 de diciembre. Sobre su contenido en general, *vid.* BENTLY, L.; SHERMAN, B., *Intellectual Property Law*, Oxford, 4ª ed., 2014, p. 33.

<sup>38</sup> Este reconocimiento no supuso, no obstante, un cambio respecto a la situación anterior, ya que únicamente se codificó la práctica jurisprudencial en cuanto al posible uso de obras ajenas sin autorización del autor. En cuanto a ello, *vid.* BURREL, R.; COLEMAN, A., *op. cit.*, pp. 256-259 y SUTHERSANEN, U., «Copyright and Educational Policies: A Stakeholder Analysis», *OJLS*, vol. 23, nº 4, 2003, p. 589.

<sup>39</sup> *Vid. infra* apartado 3.2.3.1 del Capítulo II.



Las mismas excepciones serían previstas en términos similares en la *Copyright Act* de 1956<sup>40</sup>, pero en sus arts. 6(1) y 6(6) respectivamente, vigentes hasta que tuvo lugar la aprobación de la actual *Copyright, Designs and Patents Act* 1988 (en adelante, CDPA)<sup>41</sup>.

#### 1.2.1.2. Alemania

La primera ley moderna de derechos de autor conocida en territorio alemán antes de la unificación fue la *Gesetz zum Schutze des Eigentums an Werken der Wissenschaft und der Kunst gegen Nachdruck und Nachbildung* de 11 de junio de 1837, también conocida como Ley de Derechos de Autor de Prusia<sup>42</sup>. Esta norma fue seguida por la legislación de la materia en la mayor parte de los restantes *Länder*, como las Leyes bávara de 1840 y la sajona de 1844, por ser considerada, tal y como señala RENOARD, la más completa y moderna del momento<sup>43</sup>. En la misma se reconocía por primera vez el derecho sobre la obra de los propios autores, y no de los editores, refiriéndose no únicamente al de reproducción (principalmente *vid.* arts. 1-3), sino también al de traducción (art. 4.3<sup>a</sup> a. y b.) y al de representación y ejecución de obras dramáticas y musicales (art. 32)<sup>44</sup>. En relación con dicha ley, cabe destacar que su §4.2º establecía que la copia de artículos aislados o poemas en colecciones u obras destinadas a su uso en la enseñanza escolar no constituía infracción del derecho de reproducción del autor, lo que muestra la preocupación del legislador por aunar el interés particular del autor con el interés general de la sociedad en relación con la educación. Este fue el primer reconocimiento legal de la excepción de la ilustración con fines educativos y, en concreto, permitía la realización de las denominadas antologías para la enseñanza.

---

<sup>40</sup> *Copyright Act* 1956, c. 74, de 5 de noviembre. Sobre la misma, *vid.* BENTLY, L.; SHERMAN, B., *op. cit.*, p. 34.

<sup>41</sup> *Copyright, Designs and Patents Act* 1988, c. 48, de 15 de noviembre, cuya última modificación tuvo lugar en 2017 a través de la *Digital Economy Act*, 2017 c. 30. No obstante, la reforma de mayor calado en el concreto ámbito de la excepción de la ilustración con fines educativos y de investigación se llevó a cabo por medio de *The Copyright and Rights in Performances (Research, Education, Libraries and Archives) Regulations*, 2014, No. 1372.

<sup>42</sup> Pese a que es conocida como Ley de «derechos de autor», cabe destacar que el título de la misma se refiere a la «propiedad» o «Eigentum» de las obras.

<sup>43</sup> *Op. cit.*, p. 268. Así lo entienden también STRÖMHOLM, S., *op. cit.*, p. 219 y BOUCHET-LE MAPPIAN, E., *Propriété intellectuelle et droit de propriété en droits anglais, allemand et français*, Tesis doctoral, Nantes, 2009, p. 63.  
[https://www.peacepalacelibrary.nl/ebooks/files/Bouchet\\_ProprieteIntellectuelleanglaisallemandfrancais.pdf](https://www.peacepalacelibrary.nl/ebooks/files/Bouchet_ProprieteIntellectuelleanglaisallemandfrancais.pdf).

<sup>44</sup> El texto de dicha norma aparece reproducido en francés en RENOARD, A. CH., *op. cit.*, pp. 269-275 y en su versión original y en inglés en «Prussian Copyright Act, Berlin (1837)», en *Primary Sources on Copyright (1450-1900)*, L. Bently y M. Kretschmer (eds.), 2008, disponible en: [http://www.copyrighthistory.org/cam/tools/request/showRepresentation.php?id=representation\\_d\\_1837a&page\\_number=1\\_3&imagesize=small#TranslationDisplay](http://www.copyrighthistory.org/cam/tools/request/showRepresentation.php?id=representation_d_1837a&page_number=1_3&imagesize=small#TranslationDisplay).

La unificación del Estado alemán traería consigo la adopción de la primera Ley de derechos de autor<sup>45</sup> sobre obras de literatura, ilustraciones, composiciones musicales y obras dramáticas aplicable a todo el Imperio alemán o *Gesetz, betreffend das Urheberrecht an Schriftwerken, Abbildungen, musikalischen Kompositionen und dramatischen Werkende* de 11 de junio de 1870<sup>46</sup>. Esta norma incorporó también la excepción al derecho de reproducción, en el que quedaba incluido el de traducción, para la realización de obras destinadas a la enseñanza, así como otra limitación para el uso de obras ajenas en trabajos de investigación en sus §§7.a), en relación con las obras de carácter literario y 47, en cuanto a las obras musicales<sup>47</sup>. En concreto, y según la primera, no se cometía infracción del derecho de autor cuando se reproducían pasajes o pequeños fragmentos de obras ya publicadas, ni cuando se insertaban obras de escasa extensión en otra de mayor envergadura, siempre que esta constituyera una obra científica independiente o una compilación compuesta por obras de varios escritores para su uso en la Iglesia o para la instrucción en las escuelas, o para un propósito literario concreto<sup>48</sup>. En cuanto a las obras musicales, se permitía la inclusión de composiciones cortas ya publicadas en nuevas obras científicas constitutivas de un trabajo independiente, así como en compilaciones de obras de varios compositores para su uso en escuelas, excepto que estas últimas estuvieran dedicadas a la enseñanza de música. En ambos casos, y para no incurrir en infracción, era necesario que el autor o la fuente de las obras así utilizadas fueran debidamente indicados<sup>49</sup>.

Universitat d'Alacant

---

<sup>45</sup> Es en esta Ley en la que se produce el cambio de terminología, de modo que se sustituye la «propiedad» o «Eigentums» sobre las obras por la expresión «derecho de autor» o «Urheberrecht». Esta denominación sería posteriormente la seguida por la mayoría de los legisladores europeos, como el belga con «droit d'auteur», el portugués con «direito de autor» o el italiano con «diritto d'autore», entre otros.

<sup>46</sup> Dicha ley se encuentra en versión original y traducida al inglés en «Copyright Act for the German Empire, Berlin (1870)», en *Primary Sources on Copyright (1450-1900)*, L. Bently y M. Kretschmer (eds.), 2008, disponible en: [http://www.copyrighthistory.org/cam/tools/request/showRepresentation.php?id=representation\\_d\\_1870&pageNumber=1\\_1&imagesize=small](http://www.copyrighthistory.org/cam/tools/request/showRepresentation.php?id=representation_d_1870&pageNumber=1_1&imagesize=small), y al español en DÁNVILA Y COLLADO, M., *op. cit.*, pp. 746-757.

<sup>47</sup> KAWOHL, F. señala que, aunque la citada norma alemana contemplara excepciones a los derechos del autor, no se invocaba en ningún momento que ello estuviera justificado por un interés público. «Commentary on the German Imperial Copyright Act (1870)», en *Primary Sources on Copyright (1450-1900)*, L. Bently y M. Kretschmer (eds.), 2008, disponible en: [http://www.copyrighthistory.org/cam/tools/request/showRecord?id=commentary\\_d\\_1870](http://www.copyrighthistory.org/cam/tools/request/showRecord?id=commentary_d_1870). No obstante, si no fuera aquella la razón, ¿qué podía llevar al legislador alemán a limitar el derecho del autor?

<sup>48</sup> Manifiestamente en contra de esta excepción se manifestó ROSMINI, H., quien consideraba que el §7 de la ley alemana de 1870 autorizaba la realización de auténticos «plagios» de las obras explotadas para la creación de la antología. «Emprunts littéraires et chrestomathies», *Le Droit d'Auteur*, nº 10, 1894, pp. 135 y 136.

<sup>49</sup> Se refiere especialmente a este requisito STRÖMHOLM, S. por su importancia como manifestación de un derecho moral de paternidad todavía no reconocido de forma expresa en la legislación alemana. *Op. cit.*, p. 229. Dicha consagración legal del derecho moral en Alemania no tendría lugar hasta el año 1965. En cualquier caso, llama la atención la utilización de la conjunción disyuntiva «o» en el requisito en cuestión, pues ello permitiría citar la fuente sin que se hiciera mención al nombre del autor.

Se observa ya en este tipo de disposiciones el nacimiento de un conjunto de elementos que pueden considerarse esenciales para la regulación alemana de esta excepción, pues se han mantenido en la actualidad. Así, son requisitos comunes para la aplicación de la excepción para las antologías de uso didáctico prevista en las Leyes de 11 de junio 1870 y la vigente de 9 de septiembre de 1965<sup>50</sup>, las siguientes: la necesidad de que la obra haya sido previamente divulgada; la limitación de la cantidad de obra que puede ser utilizada; la posible reproducción de obras completas cuando las mismas son de escasa extensión y el requisito de que se utilicen obras de varios autores en la antología con finalidad exclusiva de instrucción. En cambio, no existía este tipo de excepción en relación con el derecho de representación reconocido en el §50 de la misma ley, lo que, por otro lado, se justifica por la imposibilidad de llevar a cabo una antología, por definición en aquel momento escrita, por un medio distinto del de la reproducción.

Posteriormente, se aprobarían las Leyes de 9 y 10 de enero de 1876, que vendrían a trasladar lo previsto en la de 1870 a las obras de arte figurativas y las fotográficas respectivamente, completando así el abanico de obras susceptibles de protección<sup>51</sup>.

### 1.2.1.3. Italia

En Italia, y de forma similar a lo sucedido en Alemania, la legislación sobre propiedad intelectual se caracterizaba por la dispersión, consecuencia de la falta de unificación de los distintos reinos hasta 1861. Podemos señalar entre las normas anteriores a la unificación italiana como la primera que reconoció derechos exclusivos de explotación al autor sobre su

---

<sup>50</sup> *Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte*, abreviadamente *Urheberrechtsgesetz* (en adelante, *UrhG*), de 9 de septiembre de 1965, de acuerdo con su última modificación llevada a cabo por el art. 1 de la Ley de 1 de septiembre de 2017 (BGBl. I S. 3346), que precisamente modifica las excepciones en favor de la enseñanza y la investigación. En este caso, en concreto, el §46, hasta ahora regulador de la excepción para la elaboración de colecciones con finalidad escolar o de instrucción, así como religiosa, quedará limitado a este último fin, incorporando la posibilidad de utilizar obras ajenas para la confección de antologías de carácter educativo en un nuevo §60b. *Vid. infra* subepígrafe 3.2.3.1 del Capítulo II.

<sup>51</sup> El texto original de estas normas y su traducción al inglés se encuentran en «Copyright Acts for the German Empire regarding works of art, photography, and designs, Berlin (1876)», en *Primary Sources on Copyright (1450-1900)*, L. Bently y M. Kretschmer (eds.), 2008, disponible en: [http://www.copyrighthistory.org/cam/tools/request/showRepresentation?id=representation\\_d\\_1876](http://www.copyrighthistory.org/cam/tools/request/showRepresentation?id=representation_d_1876); y en español, *vid.* DÁNVILA Y COLLADO, M., *ibid.*, pp. 757-763.

Cabe destacar a este respecto que ninguna de estas dos leyes vino a prever una excepción específica para la utilización de ese tipo de obras en antologías didácticas u obras científicas. No obstante, en relación con las obras de arte figurativas, la Ley de 9 de enero de 1876 previó en su §6.4º, referido a la cita de obras de este tipo, una excepción que podría colmar dicho vacío legal al establecer que no constituía infracción del derecho de reproducción del autor la inclusión de obras individuales de carácter plástico en una obra literaria, siempre que la parte escrita constituyera el contenido esencial y las ilustraciones sirvieran a los meros efectos de explicación del texto, a condición de que el autor o la fuente de la obra así reproducida fueran debidamente indicados.

obra la Ley de la República Cisalpina de 1801<sup>52</sup>, que confería al autor el derecho de vender, hacer vender y distribuir sus obras, pudiendo ceder su derecho de propiedad sobre la misma en todo o en parte, derecho que, a partir de un Decreto posterior de 30 de noviembre de 1810, podría ser heredado por la viuda y los hijos del autor por una duración de 20 años<sup>53</sup>.

Posteriormente, la unificación italiana de 1861 daría lugar a la promulgación de la Ley de derechos correspondientes a los autores sobre las obras de su ingenio de 25 de junio de 1865, la primera aplicable a todo el Estado italiano<sup>54</sup>. Posteriormente, la reforma de la Ley de 1865 a través de las Leyes de 10 de agosto de 1875<sup>55</sup> y de 18 de mayo de 1882<sup>56</sup>, haría necesaria la refundición de dichas normas por medio de Real Decreto de 19 de septiembre de 1882<sup>57</sup>. El art. 40 de dicho Real Decreto establecía que no era constitutiva de infracción la reproducción de uno o varios fragmentos de una obra siempre y cuando ello no fuera llevado a cabo con ánimo de lucro. Se trata, pues, de una excepción al derecho de reproducción similar a la cita, si bien PIOLA CASELLI se refiere a dicha limitación exigiendo que la reproducción parcial sea necesaria para satisfacer los intereses específicos de la cultura y especialmente de la

---

<sup>52</sup> *Legge 19 fiorile anno IX repubblicano, che determina accordato il diritto esclusivo di vendere le loro opere agli Autori, Compositori, Pittori e Disegnatori nella Repubblica Cisalpina*, disponible en UBERTAZZI, L. C. (coord.), *Codice del diritto d'autore*: [http://www.ubertazzi.it/wp-content/uploads/codice\\_diritto\\_autore\\_doc423.pdf](http://www.ubertazzi.it/wp-content/uploads/codice_diritto_autore_doc423.pdf), quien la data de 7 de octubre de 1801. En cuanto a las normas de derecho de autor de este período en los distintos Reinos de Italia, *vid.* «Capítulo VI: Il diritto italiano anteriore al 1941», en *Codice del diritto d'autore*, L. C. Ubertazzi (coord.), disponible en: <http://www.ubertazzi.it/pubblicazioni/codice-del-diritto-dautore/> y, por todos, PIOLA CASELLI, E., *op. cit.*, pp. 13-19 y RENOARD, A. CH., *op. cit.*, pp. 290-297.

<sup>53</sup> *Decreto 30 novembre 1810, n. 273 relativo alle stamperie e librerie*, disponible en UBERTAZZI, L. C. (coord.), *Codice del diritto d'autore*: [http://www.ubertazzi.it/wp-content/uploads/codice\\_diritto\\_autore\\_doc424.pdf](http://www.ubertazzi.it/wp-content/uploads/codice_diritto_autore_doc424.pdf).

<sup>54</sup> *Legge 25 giugno, 1865 n. 2337, sui diritti spettanti agli autori delle opere dell'ingegno*. Encontramos su versión original en UBERTAZZI, L. C. (coord.), *Codice del diritto d'autore*, disponible en: <http://www.ubertazzi.it/pubblicazioni/codice-del-diritto-dautore/> y una traducción al español en DÁNVILA Y COLLADO, M., *op. cit.*, pp. 818-826. Cabe puntualizar que algunos autores consideran que la fecha de la primera Ley es de 2 de abril de 1865, siendo la de 25 de junio del mismo año complementaria de la anterior. Así lo afirman PÉREZ CUESTA, E., «Una perspectiva histórico-jurídica sobre el derecho de autor», *RDP*, enero-diciembre, 1981, p. 339 e YZQUIERDO TOLSADA, M., *op. cit.*, p. 528. Respecto a ello, puntualiza con acierto PIOLA CASELLI, E. que la ley de 2 de abril de 1865 tenía por objeto la unificación legislativa del Reino de Italia (*Legge 2 aprile 1865 n. 2215, per l'unificazione legislativa del Regno d'Italia*), incluida la de propiedad intelectual según su art. 1.10. Así, dicha norma no reguló propiamente los derechos correspondientes a los autores, siendo la de 25 de junio del mismo año la primera en reconocer los mismos de forma específica y sistemática en dicho Reino. *Op. cit.*, p. 22.

<sup>55</sup> *Legge 10 agosto 1875 n. 2652 sui diritti spettanti agli autori delle opere dell'ingegno*, disponible en UBERTAZZI, L. C. (coord.), *Codice del diritto d'autore*: [http://www.ubertazzi.it/wp-content/uploads/codice\\_diritto\\_autore\\_doc460.pdf](http://www.ubertazzi.it/wp-content/uploads/codice_diritto_autore_doc460.pdf) y en español, en DÁNVILA Y COLLADO, M., *op. cit.*, pp. 826-827.

<sup>56</sup> *Legge 18 maggio 1882, n. 756 che modifica la legge 10 agosto 1875 sui diritti di autore*, disponible en UBERTAZZI, L. C. (coord.), *Codice del diritto d'autore*: [http://www.ubertazzi.it/wp-content/uploads/codice\\_diritto\\_autore\\_doc465.pdf](http://www.ubertazzi.it/wp-content/uploads/codice_diritto_autore_doc465.pdf).

<sup>57</sup> *Regio decreto 19 settembre 1882, n. 1012. Testo unico delle leggi 25 giugno 1865, n. 2337, 10 agosto 1875, n. 2652 e 18 maggio 1882, n. 756*, disponible en UBERTAZZI, L. C. (coord.), *Codice del diritto d'autore*: [http://www.ubertazzi.it/wp-content/uploads/codice\\_diritto\\_autore\\_doc466.pdf](http://www.ubertazzi.it/wp-content/uploads/codice_diritto_autore_doc466.pdf).

didáctica<sup>58</sup>. Así, se observa ya en las primeras leyes del derecho de autor en el ámbito de la legislación italiana la especial relación entre los límites de la cita y la ilustración con fines educativos<sup>59</sup>. Finalmente, y antes de que fuera aprobada la vigente Ley sobre el derecho de autor, la Ley de 22 de abril de 1941<sup>60</sup>, se dictaría el Real Decreto Ley de 7 de noviembre de 1925<sup>61</sup> que, frente a la referencia en plural a «los derechos de los autores» prevista en la Ley de 18 de mayo de 1882, aludiría al «derecho de autor», siguiendo así al legislador alemán.

Del citado Real Decreto, cabe destacar la previsión de una excepción que autorizaba la elaboración de antologías con finalidad didáctica en su art. 22, siguiendo en cuanto a ello al legislador alemán<sup>62</sup> y como derivación del art. 40 del Real Decreto de 1882<sup>63</sup>. De acuerdo con el mismo, era lícito reproducir fragmentos de obras literarias de autores vivos o ya fallecidos, a condición de que dichos extractos no excedieran un total de tres páginas de la obra así reproducida con el límite máximo de que no se superara la extensión equivalente a la mitad de la obra según su última edición, lo que difícilmente haría posible el uso de obras de escasa extensión, como poemas, con esta finalidad<sup>64</sup>. Asimismo, la licitud de este tipo de copias

---

<sup>58</sup> *Op. cit.*, p. 27.

<sup>59</sup> Esa vinculación entre ambas limitaciones se reflejaría después en la regulación conjunta de las mismas en el texto vigente de la ley, así como en el ámbito de la legislación española (*vid. infra* epígrafe 1 del Capítulo III).

<sup>60</sup> *Legge, 22 aprile 1941, n. 633, sulla Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio* (en adelante, LDA), con las modificaciones posteriores derivadas, fundamentalmente, del proceso de armonización europeo sobre la materia.

<sup>61</sup> *Regio decreto legge 7 novembre 1925 n. 1950. Disposizioni sul diritto di autore*, disponible en UBERTAZZI, L. C. (coord.), *Codice del diritto d'autore*: [http://www.ubertazzi.it/wp-content/uploads/codice\\_diritto\\_autore\\_doc504.pdf](http://www.ubertazzi.it/wp-content/uploads/codice_diritto_autore_doc504.pdf). Dicho Real Decreto fue posteriormente transformado en Ley por medio de la *Legge 18 marzo 1926 n. 562. Conversione in legge, con approvazione complessiva, di decreti Luogotenenziali e Regi aventi per oggetti argomenti diversi*, disponible en UBERTAZZI, L. C. (coord.), *Codice del diritto d'autore*: [http://www.ubertazzi.it/wp-content/uploads/codice\\_diritto\\_autore\\_doc506.pdf](http://www.ubertazzi.it/wp-content/uploads/codice_diritto_autore_doc506.pdf).

<sup>62</sup> Así se desprende de las palabras de PIOLA CASELLI, E. cuando señala que, aunque la regla general debe ser la de la obtención de la autorización del autor para la reproducción de su obra, «se ha aceptado generalmente en las leyes extranjeras, y en especial en las alemanas, que los intereses de la enseñanza y la cultura deben prevalecer cuando se trata de crear antologías, crestomatías y, en general, libros para la enseñanza» (la traducción es nuestra). *Op. cit.*, pp. 507 y 508.

<sup>63</sup> Como se desprende del fragmento de las declaraciones de la Comisión que explicó los motivos de la adopción de esta excepción, transcrito por PIOLA CASELLI, E., el anterior art. 40 del Real Decreto de 1882 era demasiado amplio, de modo que debían delimitarse de forma más estricta, entre otros, dos aspectos fundamentales de la limitación: la cantidad máxima de obra que podía ser explotada a su amparo y la obligación de indicar la obra de la que procedía el fragmento reproducido. *Op. cit.*, p. 510.

<sup>64</sup> Aunque PIOLA CASELLI, E. admitía la necesidad de autorizar este tipo de usos de la obra ajena, calificó de «incompleta» la excepción en cuestión porque solo admitía la creación de antologías, pero no de otras obras para la enseñanza como los manuales, así como porque únicamente admitía el uso de obras literarias, pero no de las musicales ni las de carácter figurativo. Igualmente crítico se mostraba en relación con la determinación exacta de la cantidad de obra a explotar. *Op. cit.*, p. 509.

También GIANNINI, A. hace mención a esta excepción, si bien para criticar que esta fuera reconocida en el Real Decreto en cuestión y, en cambio, el legislador no recogiera el límite de cita. «Citazioni e riproduzioni libere», *Riv. Dir. Civ.*, 1955, p. 924.

Italia mantiene la necesidad de delimitar de forma estricta la cantidad de obra que puede ser reproducida en antologías con finalidad didáctica, si bien ya no en función de las páginas, sino de las palabras, según se desprende del art. 22 del *Reggio decreto 18 maggio 1941, n. 1369* por el que se aprueba el Reglamento de

quedaría supeditada a dos requisitos adicionales: la indicación del título de la obra, el nombre del autor y el del editor y el pago de una compensación que, en caso de desacuerdo entre las partes, sería establecida por el Director de la Oficina de Propiedad Intelectual<sup>65</sup>. El requisito del reconocimiento de la autoría deriva de la consagración del derecho moral de paternidad en el mismo Real Decreto, siendo esta una de las primeras normas en reconocer expresamente los derechos morales de retirada (art. 15) y de paternidad e integridad de la obra (art. 16).

Igualmente, merece especial mención que el art. 10 del Real Decreto en cuestión no considerara como actos de comunicación pública las representaciones, ejecuciones y recitaciones que tuvieran lugar en el ámbito escolar, entre otros contextos como el de la familia. Por lo tanto, la representación de una obra de teatro, la celebración de un concierto de música o la recitación de poemas que tuvieran lugar en centros educativos eran libres por superar el contorno del derecho de comunicación pública del autor. La consideración del entorno educativo como un ámbito privado y no público ha sido mantenida en el art. 15 LDA, cuyos contornos han sido delimitados por la jurisprudencia<sup>66</sup>.

#### 1.2.1.4. La primera manifestación de la excepción de la ilustración: la creación de antologías

Como se ha tenido ocasión de comprobar, la primera forma de ilustrar la enseñanza con obras ajenas que se permitió en las legislaciones inglesa, alemana e italiana de derechos de autor fue la que autorizaba la creación de antologías, es decir, la confección de una colección de fragmentos de obras selectas, en aquel momento, fundamentalmente de obras de carácter literario. De tales excepciones es posible extraer dos requisitos mínimos que se consideraron necesarios para limitar el derecho de exclusiva del autor sobre su obra cuando se trataba de explotarla para crear una antología didáctica: el uso de la obra ajena debía ser parcial<sup>67</sup> y era necesario mencionar el nombre del autor de la obra de la que se extraía el fragmento seleccionado. Su importancia ha sido tal para equilibrar los intereses del autor y los de la

---

ejecución de la LDA y al que se remite el art. 70.2 de dicha ley al tratar la excepción en cuestión. *Vid. infra*, letra b) del subepígrafe 3.2.4.3 del Capítulo II.

<sup>65</sup> En cuanto a la compensación, PIOLA CASELLI, E. criticó que la norma no determinara si la misma debía ser satisfecha al autor o al editor, así como que fuera efectivamente establecida cuando las legislaciones extranjeras preveían esta excepción con carácter gratuito. *Op. cit.*, p. 509.

<sup>66</sup> *Vid. infra* subepígrafe 3.2.3.2 del Capítulo II.

<sup>67</sup> No obstante, y con acierto, el legislador alemán reparó en que en el caso de las obras de escasa extensión era necesario autorizar su uso completo.

sociedad que se han mantenido en las excepciones nacionales vigentes que admiten la creación de materiales educativos<sup>68</sup>.

Aunque pudiera parecer restrictiva la excepción de la ilustración en ese momento por permitir únicamente la creación de colecciones de textos para la enseñanza, debe tenerse en cuenta que, durante los siglos XVIII y XIX, la enseñanza se fundamentaba en la lección magistral y en el seguimiento de obras escritas<sup>69</sup>. En consecuencia, el material docente que exigía la instrucción se basaba en lecturas que contenían los escritos más relevantes de una corriente filosófica, literaria, etc. Si no se admitía que el docente o el editor pudiera crear este tipo de obras sin autorización de los autores, se perjudicaba gravemente al propio sistema educativo por varias razones. En primer lugar, por las dificultades para conseguir la autorización de los distintos autores para elaborar la antología. En segundo lugar, porque ello generaría un aumento de los costes de tales obras. Y en tercer y último lugar, de no excepcionarse el derecho de autor en este sentido, el estudiante no podría llegar a comprender adecuadamente una materia dado que no podría adquirir todas las obras necesarias para su aprendizaje.

La importancia de esta manifestación de la excepción de la ilustración, en la modalidad de creación de antologías, se vería confirmada en el ámbito internacional por su incorporación en el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas de 9 de septiembre de 1886 (en adelante, CB), cuya inclusión se produjo, precisamente, a propuesta de la Delegación alemana<sup>70</sup>.

En definitiva, el temprano reconocimiento de esta limitación en Reino Unido, Alemania e Italia probablemente tuviera su origen en la conceptualización que los mismos tenían del propio régimen de derecho de autor, pues el reconocimiento del derecho de exclusiva sobre la obra derivaba de la necesidad de remunerarlo por su labor creativa con el objetivo de motivarlo para que, de este modo, continuara llevándola a cabo e incrementara el acervo cultural en beneficio de la sociedad en su conjunto.

---

<sup>68</sup> Vid. *infra* subepígrafe 3.2.3.1 del Capítulo II.

<sup>69</sup> Como señala GENDREAU, Y., en aquel momento la realidad educativa únicamente requería el establecimiento de una excepción que permitiera el uso de extractos para crear obras destinadas a la enseñanza. «Exceptions for Education and Research», en *New Developments in EU and International Copyright Law*, I. Stamatoudi (ed.), Países Bajos, 2016, pp. 67 y 68.

<sup>70</sup> Sobre la excepción en el CB, *vid. infra* epígrafe 3 del Capítulo II.

## 1.2.2. La consagración legal de la propiedad intelectual en Francia y España y el olvido de las necesidades de la enseñanza y la investigación

### 1.2.2.1. Francia

Tras una serie de conflictos entre impresores que dieron lugar a que el autor fuera puesto en el centro del sistema, aún, de privilegios<sup>71</sup>, llegó la Revolución Francesa de 1789, cuyos ideales se vieron reflejados en los denominados Decretos revolucionarios de 13-19 de enero de 1791, relativo a los espectáculos<sup>72</sup>, y de 19-24 de julio de 1793, en cuanto a los derechos de propiedad de los autores de obras literarias, musicales y de artes plásticas<sup>73</sup>.

En este caso, Francia sería la pionera en el reconocimiento del derecho de representación de obras teatrales por medio del Decreto de 1791<sup>74</sup>, desconocido hasta el momento incluso en el sistema de privilegios, pues los mismos otorgaban el monopolio para la impresión y, por tanto, únicamente para la reproducción de las obras. En concreto, dicho Decreto establecía la necesidad de contar con el consentimiento de los autores de obras teatrales para su

---

<sup>71</sup> Los impresores y editores de París habían conseguido concentrar los privilegios de impresión de la mayor parte de las obras gracias al Reglamento sobre la librería y la impresión aprobado por Decreto del *Conseil d'État du Roi* el 27 de febrero de 1723, lo que perjudicó en su industria a los de provincias, quienes quedaban al margen de la impresión de las obras de mayor relieve por la concentración de dichos títulos de monopolio en manos de los impresores y editores de la capital. Dicho Reglamento aparece reproducido y comentado en LABOULAYE, É.; GUIFFREY, G., *op. cit.*, pp. 3-11. Ante tal situación, la única opción con la que contaban los editores de provincias era abogar por la consideración de que, una vez expirado el privilegio sobre la obra en cuestión, el derecho de imprimirla debía corresponder a todos los impresores de Francia. No obstante, los de París vieron rápidamente en la renovación de los privilegios la solución al problema. Fue precisamente por considerar los editores de provincias que la misma era abusiva, que la cuestión llegó hasta en seis ocasiones al *Conseil du Roi*, órgano que resolvió dichos conflictos a través de seis decretos reglamentarios que datan del 30 de agosto de 1777. Puede encontrarse el texto de los seis decretos en versión original en LABOULAYE, É.; GUIFFREY, G., *ibid.*, pp. 127-150.

Entre ellos interesa especialmente el quinto, titulado *Arrêt du Conseil d'État du Roi, portant Règlement sur la durée des privilèges en librairie*, en cuyo preámbulo se establece que la concesión del privilegio, en tanto gracia real, encuentra su fundamento cuando es otorgado al autor en la compensación de su trabajo, mientras que, si es al editor o impresor, tiene por objeto reembolsar los costes de la impresión. En consecuencia, y de acuerdo con sus artículos 4 y 5 respectivamente, el privilegio acordado al editor únicamente podría abarcar la vida del autor, si este sobrevivía al término que hubiera previsto el propio privilegio, mientras que el que obtuviera el autor tendría carácter perpetuo.

<sup>72</sup> El texto completo de dicho Decreto se encuentra reproducido en RENOARD, A. CH., *op. cit.*, t. I, pp. 315-316.

<sup>73</sup> Esta norma también fue conocida como la «Déclaration des Droits du Génie», denominación que le fue otorgada por Lakanal, ponente de dicho Decreto ante la Convención dedicada a su discusión y aprobación, con el objeto de mostrar la relación que debía existir entre la misma y la recién aprobada Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 26 de agosto de 1789. A ello se refiere, entre otros, OLAGNIER, P., *Le droit d'auteur*, París, 1934 t. 2, p. 92. Este Decreto constituyó para parte de la doctrina «el acta de nacimiento» del derecho de propiedad intelectual. Así lo califica DE FONSCOLOMBE, H., *Essai sur la propriété littéraire*, Aix, París, 1880, p. 30.

<sup>74</sup> En contra, LABOULAYE, É. considera que, aunque deje de emplearse el término «privilegio», el ideal subyacente en dicho Decreto sigue siendo el mismo que el de épocas anteriores: una concesión benévola al autor, aunque en este caso otorgada por la sociedad. Por ello, considera que siguen sin reconocerse jurídicamente derechos a los autores. *Études sur la propriété littéraire en France et en Angleterre*, París, p. 11.



representación (art. 3), derecho este que ostentarían sus herederos o cesionarios durante cinco años tras su fallecimiento (art. 5)<sup>75</sup>.

En cuanto al Decreto de 1793, su primer precepto reconocía a los autores el derecho de carácter exclusivo de vender, hacer vender, distribuir y ceder total o parcialmente la propiedad de sus obras, siendo este susceptible de transmisión *mortis causa* por un período de 10 años (art. 2)<sup>76</sup>. En relación con este segundo Decreto, cabe destacar que, pese a que el mismo emplea la figura jurídica de la «propiedad» para referirse al derecho que ostenta el autor sobre su obra, dicha «propiedad» en realidad se correspondía únicamente con lo que en aquel momento podía denominarse como «derecho de edición», contenido en el actual derecho de reproducción<sup>77</sup>. Y ello es así fundamentalmente por dos razones. En primer lugar, porque el derecho de representación se había recogido previamente en el Decreto de 1791, de modo que no quedaba incluido en la regulación prevista en el de 1793. Y, en segundo lugar, porque los artículos tercero y sexto del Decreto de 1793, referidos a la confiscación de las obras editadas o reproducidas por medio de la técnica del grabado sin el consentimiento del autor, en el primer caso, y al requisito formal del depósito para la publicación de una obra y como presupuesto de la acción de infracción, en el segundo, parecen efectivamente venir referidos a la edición y multiplicación impresa de obras.

De nuevo, los primeros derechos reconocidos a los creadores fueron aquellos referidos a las consecuencias económicas derivadas de la explotación de la obra, calificados como «propriété littéraire et artistique»<sup>78</sup>. La consagración de los mismos en favor del autor fue el medio empleado para perpetuar el florecimiento de los ideales revolucionarios, entre los que

---

<sup>75</sup> Reproducen dichos artículos en su versión lingüística original COLOMBET, C., *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, París, 9ª ed., 1999, p. 5 y en su traducción al español DÁNVILA Y COLLADO, M., *op. cit.*, p. 800.

<sup>76</sup> El texto original del Decreto de 1793 puede encontrarse en OLAGNIER, P., *op. cit.*, t. 2, pp. 92 y 93; tanto en francés como en inglés en «French Literary and Artistic Property Act, Paris (1793)», en *Primary Sources on Copyright (1450-1900)*, L. Bently y M. Kretschmer (eds.), 2008, disponible en: [http://www.copyrighthistory.org/cam/tools/request/showRepresentation?id=representation\\_f\\_1793](http://www.copyrighthistory.org/cam/tools/request/showRepresentation?id=representation_f_1793) y en español, en DÁNVILA Y COLLADO, M., *op. cit.*, p. 801.

<sup>77</sup> En este sentido, OLAGNIER, P. titula el apartado de su obra dedicado al estudio del Decreto de 1793 precisamente como «Le droit d'édition. La loi du 19 juillet 1793». *Op. cit.*, t. 2, p. 91. Además, dicho autor entiende que, en contraposición a lo conseguido por el Decreto del *Conseil du Roi* de 1777 relativo a la duración de los privilegios, «la loi de 1793 donnait au contraire à l'auteur un droit *abstrait* qu'il puisait dans le seul fait de la création. Cette loi avait donc un mérite incontestable: elle créait le *droit d'édition* (...)» (las cursivas son del propio autor). *Ibid.*, p. 94.

<sup>78</sup> Esta denominación se mantiene en la actualidad en la legislación francesa y ha sido acogida parcialmente por la española, que se refiere a la «propiedad intelectual». Así, ambas normativas han mantenido la referencia al derecho de «propiedad» como instituto jurídico definidor de la relación entre el autor y la obra, si bien en Francia la denominación de «propriété intellectuelle» aglutina la propiedad industrial y la «propriété littéraire et artistique», mientras que la «propiedad intelectual» en España queda restringida a esta última rama de los derechos intelectuales.

se encontraban los de la libertad de expresión y la difusión de las ideas. No obstante, ello no se vio complementado con en el establecimiento de un sistema de excepciones a los derechos conferidos al autor, no previéndose limitación alguna a los mismos que permitiera el uso de sus obras sin su autorización. A pesar de esta circunstancia, la brevedad de los Decretos revolucionarios franceses permitió que los mismos contaran con una prolongada vigencia, lo que se vio favorecido también por una incesante tarea de interpretación constructiva por parte de la jurisprudencia<sup>79</sup>.

En el ejercicio de dicha labor, cabe señalar que en el s. XIX los tribunales franceses reconocieron el derecho a los directores de escuela de copiar y distribuir entre sus alumnos extractos de obras relativas a las materias enseñadas, incluso a cambio de un precio. Así, RENOARD cita una sentencia del Tribunal Civil de Siena, de 30 de agosto de 1827, en la que se estableció que «attendu que l'usage admis dans les écoles de donner aux élèves des extraits ou résumés des ouvrages relatifs à la matière qui fait l'objet de l'enseignement ne porte aucun préjudice aux auteurs, et ne nuit point aux ventes desdits ouvrages»<sup>80</sup>. También cita el mismo autor otra sentencia del Tribunal Correccional de Angers, de 15 de enero de 1836, en la que se consideró que el director de una escuela podía pedir a sus alumnos que imitaran una obra de arte que él mismo hubiera adquirido, sin que todavía se encontrara en el dominio público, siempre que con tal imitación únicamente se pretendiera conseguir una finalidad de estudio<sup>81</sup>. En estos casos, no obstante, se consideraba que el fundamento de esta libertad de uso se encontraba en el uso privado y no tanto en las necesidades derivadas de la enseñanza<sup>82</sup>. En cambio, algunos autores encuentran en dichas sentencias el germen de la excepción pedagógica francesa<sup>83</sup>.

---

<sup>79</sup> La brevedad de dichos Decretos fue acogida favorablemente por la doctrina, la cual vio en la misma la bondad de dejar a los jurisconsultos una mayor posibilidad de adaptación de la normativa a los incesantes cambios que la afectaban, especialmente a nivel técnico. Así, POUILLET, E. señaló al respecto que «La Loi de 1793, incomplète sans doute sur certains points, renferme du moins un principe general, parfaitement clair, aujourd'hui bien fixé par la jurisprudence. Cela ne vaut-il pas mieux qu'une loi qui, sous prétexte de prévoir toutes les hypothèses, se perdrait dans les détails?». *Op. cit.*, p. 15. En el mismo sentido, DOCK, M. C., *op. cit.*, p. 201 y POLLAUD-DULAIN, F., *op. cit.*, p. 32.

<sup>80</sup> *Op. cit.*, t. II, p. 45. Esta interpretación fue asimismo acogida por la *Cour Royale* de París, en sentencia de 22 de marzo de 1828. *Ibid.*, p. 46.

<sup>81</sup> *Op. cit.*, p. 47.

<sup>82</sup> Así deriva de la siguiente afirmación de RENOARD, A. CH.: «sans doute on peut considérer l'intérieur d'une école comme l'enceinte d'une maison particulière». En cualquier caso, el autor critica el resultado de tales pronunciamientos, especialmente en relación con el uso libre por parte de los profesores de obras específicamente destinadas a la enseñanza. *Ibid.*, p. 46.

<sup>83</sup> PIATEK, D., *La crise des exceptions en droit d'auteur: étude paradigmatique*, Tesis doctoral, Orleans, 2016, p. 51. Disponible en: <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01529767/document>.

Dicho esto, cabe destacar que los Decretos revolucionarios constituyeron el cuerpo legislativo básico sobre la materia, si bien complementados por modificaciones posteriores<sup>84</sup>, hasta la aprobación de la *Loi n°57-298 du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique*, de la que deriva la Ley de 1 de julio de 1992 por la que se produjo la codificación de la materia en Francia<sup>85</sup>. El reconocimiento legal de la excepción de la ilustración no tendría lugar hasta el año 2006<sup>86</sup>.

#### 1.2.2.2. España

El reconocimiento legal del derecho de autor en España vendría marcado por los vaivenes políticos del siglo XIX. Así, la “fragmentación” con que tuvo lugar el proceso de transformación del Estado absoluto hacia el Estado de Derecho tuvo también su reflejo en el discurrir legal de la propiedad intelectual<sup>87</sup>. Como consecuencia del rechazo de la población española a José I Bonaparte como su rey y en plena Guerra de la Independencia española, se constituyen las Cortes de Cádiz, asamblea constituyente que, tras la aprobación de la primera Constitución española de 19 de marzo de 1812, reconoció por primera vez en España el derecho de autor en el Decreto CCLXV, de 10 de junio de 1813, regulador de las «Reglas para conservar a los escritores la propiedad de sus obras»<sup>88</sup>. No obstante, Fernando VII anuló toda la obra legislativa de dichas Cortes en 1814, retomando el régimen instaurado por Carlos III. Durante el segundo período constitucional español, también conocido como trienio liberal (1820-1823), se dicta la Ley de Cortes de 5 de agosto de 1823, ya no de «propiedad sobre las

---

<sup>84</sup> Una relación de las normas que completaron la obra legislativa revolucionaria sobre propiedad intelectual se encuentra en COLOMBET, C., *op. cit.*, pp. 5 y 6 y POLLAUD-DULAIN, F., *op. cit.*, pp. 35-42.

<sup>85</sup> Se trata de la *Loi n° 92-597 du 1 juillet 1992 relative au Code de la Propriété Intellectuelle*, (en adelante, CPI), modificada en diversas ocasiones con ocasión de la transposición de las Directivas europeas sobre propiedad intelectual. La última reforma sobre la materia tuvo lugar por medio de la *LOI n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique*, modificada posteriormente el 22 de diciembre de 2017.

<sup>86</sup> Sobre ello, *vid. infra* epígrafe 2.2 del Capítulo II.

<sup>87</sup> Así lo señala MARCO MOLINA, J., «Bases históricas...», *cit.*, p. 137.

<sup>88</sup> El texto completo extraído de la *Colección de los decretos y órdenes que han expedido las Cortes Generales y Extraordinarias*, vol. 4, 1813, pp. 105 y 106, se encuentra disponible en español y traducido al inglés en «Rules to preserve the property of authors over their Works, Madrid (1813)», en *Primary Sources on Copyright (1450-1900)*, L. Bently y M. Kretschmer (eds.), 2008: [http://www.copyrighthistory.org/cam/tools/request/showRepresentation.php?id=representation\\_s\\_1813&pageNumber=1\\_1&imagesize=small#TranslationDisplay](http://www.copyrighthistory.org/cam/tools/request/showRepresentation.php?id=representation_s_1813&pageNumber=1_1&imagesize=small#TranslationDisplay). Respecto a dicho Decreto, señala DÁNVILA Y COLLADO, M. que las Cortes decidieron proteger la propiedad intelectual «deseando que estos (los escritos) no quedasen algún día sepultados en el olvido, *en perjuicio de la ilustración y de la literatura nacional*» (la cursiva es nuestra). *Op. cit.*, p. 60. Se observa en dicha consideración la importancia no solo de la protección del autor en cuanto a tal, sino también del interés general a través de él.

Por su parte, FUCHS MATEO, L. C. critica la consideración de esta norma como la primera reguladora de la propiedad intelectual al entender, tras un estudio pormenorizado de la materia, que en el ámbito privado ya había sido reconocido dicho derecho, no mediante una regulación expresa, sino mediante su reglamentación por medio de la autonomía de la voluntad reflejada en el contrato de impresión. *Op. cit.*, p. 209.

obras», sino de «propiedad literaria»<sup>89</sup>, con una vigencia aún más reducida que el Decreto anterior, pues fue anulada por orden de Fernando VII el 1 de octubre del mismo año<sup>90</sup>. Se trata de las primeras normas de carácter civil reguladoras de la materia en España que reconocieron «derechos de propiedad» y no «privilegios» a los autores, diferenciándose únicamente entre ellas en el plazo de protección: mientras el Decreto de 1813 limitaba el derecho de impresión de los herederos a 10 años tras el fallecimiento del autor siguiendo el modelo francés, la Ley de 1823 asimilaba completamente la propiedad literaria a la común, confiriéndole en consecuencia carácter perpetuo<sup>91</sup>.

Bajo la regencia de María Cristina se volvería a prestar atención a la materia mediante la adopción de un Real Decreto de 4 de enero de 1834, por el que se aprobó el Reglamento de imprentas, en cuyo Título IV («De la propiedad y privilegios de los autores y traductores») se recuperaba la limitación temporal del derecho de propiedad intelectual previsto en el Decreto de 1813<sup>92</sup>. No obstante, el Real Decreto de 1834 no incluyó las obras dramáticas, razón por la cual hubo de publicarse la Real Orden de 5 de mayo de 1837<sup>93</sup>, en la que se exigía el consentimiento de los autores de las mismas para su representación<sup>94</sup> y se avanzaba la futura

---

<sup>89</sup> Pese a que dicha Ley no fue incorporada en la Colección legislativa de la época, aparece reproducida en DÁNVILO Y COLLADO, M., *Op. cit.*, pp. 62-65. En el comentario a la misma dicho autor vuelve a dejar constancia de la importancia de la protección de la propiedad del autor sobre las obras para la sociedad en su conjunto cuando señala que deben establecerse disposiciones que concilien «el derecho de los autores con el del *Estado, obligado á difundir todos los beneficios de la ciencia y de las letras*» (la cursiva es nuestra). *Ibid.*, p. 62. Se pretende, en definitiva, buscar el denominado «equilibrio» entre dichos intereses.

<sup>90</sup> A pesar de su escasa vigencia, dicha Ley es valorada especialmente por FUCHS MATEO, L. C. por considerar que es la primera en hacer un tratamiento completo de la materia. *Op. cit.*, pp. 265 y 274.

<sup>91</sup> Sobre dichas normas, *vid.*, por todos, DE ANSORENA, L., *Tratado de la propiedad intelectual en España*, Madrid, 1894, pp. 23-27; CHICO Y ORTIZ, J. M<sup>a</sup>, «Presente y futuro de la propiedad intelectual», *Boletín de ANABAD*, n<sup>o</sup> 1, t. XXIX, 1979, p. 12 y MARCO MOLINA, J., «Bases históricas...», *cit.*, pp. 137-139.

<sup>92</sup> De tales Decretos llama la atención MARCO MOLINA, J. sobre la referencia conjunta al derecho de propiedad y los privilegios, lo que ha provocado que dicho Reglamento haya sido calificado de «ambiguo» por parte de la doctrina. «Bases históricas...», *cit.*, pp. 139 y 140.

<sup>93</sup> El texto de la misma aparece reproducido en DÁNVILO Y COLLADO, M., *op. cit.*, pp. 66-67 y tanto en español como en inglés en «Royal Order on Dramatic Copyright, Madrid (1837)», en *Primary Sources on Copyright (1450-1900)*, L. Bently y M. Kretschmer (eds.), 2008, disponible en: [http://www.copyrighthistory.org/cam/tools/request/showRepresentation?id=representation\\_s\\_1837a](http://www.copyrighthistory.org/cam/tools/request/showRepresentation?id=representation_s_1837a). Cabe señalar que PÉREZ CUESTA, E. data dicha Real Orden con fecha de 3 de mayo de 1837. *Op. cit.*, p. 343. No obstante, el texto transcrito de la norma recogido en el enlace anterior corrobora la fecha de 5 de mayo manejada por la mayor parte de la doctrina.

<sup>94</sup> Merece ser destacado, como acertadamente señala CABEDO SERNA, LL., que la Real Orden de 1837 no reconoció los derechos de carácter económico de los autores dramáticos, sino que únicamente estableció la exigencia del consentimiento de los mismos para la representación de sus obras en los teatros. *Op. cit.*, p. 74. No obstante, la misma facilitó el desarrollo del posterior reconocimiento de los derechos del autor dramático como derechos subjetivos, tal y como señalan BELLIDO, J.; XALABARDER PLANTADA, R.; CASAS VALLÉS, R., «Commentary on the Royal Order on the Representation of Dramatic Works (1837)», en *Primary Sources on Copyright (1450-1900)*, L. Bently y M. Kretschmer (eds.), 2008, disponible en: [http://www.copyrighthistory.org/cam/tools/request/showRecord?id=commentary\\_s\\_1837a](http://www.copyrighthistory.org/cam/tools/request/showRecord?id=commentary_s_1837a).

aprobación de una ley general sobre los derechos relativos a la propiedad literaria: la Ley de Propiedad Literaria de 10 de junio de 1847<sup>95</sup>.

La Ley de Propiedad Literaria de 10 de junio de 1847, considerada como la primera en reglamentar de forma sistemática el moderno derecho de autor en España<sup>96</sup>, vino a incardinar definitivamente la regulación de la materia en el ámbito del Derecho privado y, en concreto, en el Derecho civil<sup>97</sup>. Cabe destacar respecto a la misma la denominación dada a este nuevo instituto jurídico, «propiedad literaria» (art. 1), que más que una calificación fundada en su naturaleza jurídica deriva de la influencia de los Decretos revolucionarios franceses de 1791 y 1793 y de la intención política por visibilizar el abandono de la figura del privilegio<sup>98</sup>. La Ley de 1847 reconoció a los autores de escritos originales el derecho exclusivo de reproducción durante toda su vida y a sus herederos durante 50 años tras su muerte (arts. 1 y 2), y a los de obras dramáticas y musicales se les reconoció por primera vez en la legislación española de propiedad intelectual el derecho de representación durante toda su vida, pero a sus herederos solo durante 25 años tras su fallecimiento (arts. 17 y 18), además del derecho de reproducción conforme al Título Primero. No obstante, el reconocimiento de estos derechos no vino acompañado de excepciones que reflejaran el interés general<sup>99</sup>.

---

<sup>95</sup> El texto completo de la misma se encuentra reproducido en DÁNVILA Y COLLADO, M., *op. cit.*, pp. 97-104 y tanto en español como en inglés en «Literary Property Act, Madrid (1847)», en *Primary Sources on Copyright (1450-1900)*, L. Bently y M. Kretschmer (eds.), 2008, disponible en: [http://www.copyrighthistory.org/cam/tools/request/showRepresentation?id=representation\\_s\\_1847](http://www.copyrighthistory.org/cam/tools/request/showRepresentation?id=representation_s_1847).

<sup>96</sup> Así, por todos, CÁMARA ÁGUILA, P., «La Ley por la que se declara el derecho de propiedad de los autores y a los traductores de obras literarias, y establece las reglas oportunas para su protección, de 10 de junio de 1847», *pe. i*, n° 2, 1999, p. 167.

<sup>97</sup> En el mismo sentido, *vid.* MARCO MOLINA, J., «Bases históricas...», *cit.*, pp. 140 y 142. Puntualiza con acierto RIBERA BLANES, B. que en rigor las primeras leyes civiles reguladoras de la propiedad intelectual en España fueron las normas de los períodos constitucionales de 1813 y 1823, pero su escasa vigencia justifica que la Ley de 1847 haya sido considerada como la primera que consagró definitivamente el derecho de autor como un derecho de carácter privado. *El derecho de reproducción en la propiedad intelectual*, Madrid, 2002, p. 47, nota 87.

Además, la Ley nació en pleno proceso codificador español, en el cual se confirmó dicha incardinación de la materia en el Derecho civil, pues el Proyecto de Código Civil de 1851 estableció en su art. 393 recogido en el Libro II («De la división de los bienes y de la propiedad») que «Las producciones del talento o del ingenio son una propiedad de su autor, y se regirán por leyes especiales», refiriéndose precisamente con este último inciso a la Ley de 10 de junio de 1847, tal y como señala GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, t. I, Madrid, 1852, p. 353.

<sup>98</sup> Refleja claramente dicha idea MARCO MOLINA, J. cuando señala que «se había recurrido al concepto -o mejor, la imagen- de propiedad con fines polémicos y políticos: se pretendió reconocer al creador de una obra intelectual un derecho de señorío sobre ésta, distanciándose de la idea de privilegio; la noción de “propiedad del autor” estuvo entonces desprovista de todo rigor y significado técnico». «Bases históricas...», *cit.*, p. 146.

<sup>99</sup> Aunque el art. 11 previó la posibilidad de llevar a cabo un «extracto o compendio» de una obra ajena sin el consentimiento del autor siempre y cuando el mismo «fuese de tal importancia, que constituyese una obra nueva», no podemos hablar en rigor de la existencia de una excepción al derecho de reproducción del autor sino más bien de una especie de “proceso de expropiación”, por cuanto se exigía autorización del gobierno, previa audiencia del interesado y tres peritos, y una indemnización al autor. En el mismo sentido, *vid.* BELLIDO, J.; XALABARDER PLANTADA, R.; CASAS VALLÉS, R., «Commentary on Spanish Literary Property Act (1847)», en

La temporalidad con la que se habían reconocido los derechos de reproducción y representación a los autores en la Ley de 1847 fue muy criticada por buena parte de los intelectuales y políticos del momento, quienes abogaban por la perpetuidad de los mismos en base a su equiparación total con el derecho de propiedad<sup>100</sup>. Aunque dicho objetivo no fue conseguido, los debates sobre la temporalidad del derecho de autor dieron lugar a la discusión y aprobación de una nueva ley sobre la materia, la Ley de Propiedad Intelectual de 10 de enero de 1879<sup>101</sup>, que, influenciada por los mismos, recogería el plazo de protección más amplio entre los previstos en las legislaciones europeas: 80 años *post mortem auctoris* (art. 6)<sup>102</sup>. Además, la Ley de 1879 fue aplaudida, entre otros aspectos, por su moderna definición del concepto de obra susceptible de protección por la «propiedad intelectual»<sup>103</sup>, a cuyos titulares se les reconocían los derechos de reproducción (arts. 7 y 10) y representación (art. 19); por la completa distinción entre *corpus mysticum* y *corpus mechanicum*<sup>104</sup> y por su apertura a la protección de autores extranjeros con la introducción del principio de reciprocidad (arts. 15 y 50), sin necesidad de concluir un tratado al respecto<sup>105</sup>. Probablemente dichos avances fueron

---

*Primary Sources on Copyright (1450-1900)*, L. Bently y M. Kretschmer (eds.), 2008, disponible en: [http://www.copyrighthistory.org/cam/tools/request/showRecord?id=commentary\\_s\\_1847](http://www.copyrighthistory.org/cam/tools/request/showRecord?id=commentary_s_1847).

Por otro lado, el art. 12 de la Ley también venía a permitir la cita de leyes, decretos, reales órdenes y otros documentos publicados por el Gobierno, aunque para su impresión en colección era necesaria la autorización expresa del mismo. En este precepto ve FUCHS MATEO, L. C. el origen del límite de cita. *Op. cit.*, pp. 478-481.

<sup>100</sup> Entre los partidarios de la perpetuidad de la propiedad intelectual en aquel momento destacan Manuel Dánvila y Collado, Vocal de la Comisión General de Codificación; Gaspar Núñez de Arce, poeta y Presidente de la «Asociación de Escritores y Artistas Españoles» y Emilio Castelar, formando parte estos dos últimos del Comité de Honor de la «Asociación Literaria y Artística Internacional» (ALAI). En contra, y, por tanto, a favor de la limitación temporal de dicho derecho, Florencio García Goyena, como Senador y Presidente de la Sección del Código Civil de la Comisión General de Códigos, entre los diversos cargos ostentados por el mismo, defendió durante la discusión de la Ley de Propiedad Literaria de 10 de junio de 1847 en el Senado el necesario «equilibrio» que debía existir entre la protección del autor y la sociedad en general. Así lo señala CÁMARA ÁGUILA, P., «La Ley por la que se declara...», *cit.*, p. 180.

<sup>101</sup> Los textos completos del *iter* legislativo que dio lugar a la aprobación de la Ley de 10 de enero de 1879 aparecen reproducidos en DÁNVILA Y COLLADO, M., *op. cit.*, pp. 188-280. La Ley puede encontrarse tanto en español como en inglés en «Copyright Act, Madrid (1879)», en *Primary Sources on Copyright (1450-1900)*, L. Bently y M. Kretschmer (eds.), 2008, disponible en: [http://www.copyrighthistory.org/cam/tools/request/showRepresentation?id=representation\\_s\\_1879](http://www.copyrighthistory.org/cam/tools/request/showRepresentation?id=representation_s_1879).

<sup>102</sup> De este modo se contentó a los defensores a ultranza de la perpetuidad de la propiedad intelectual, entre los que destaca DÁNVILA Y COLLADO, M. *Op. cit.*, p. 93. Es por ello por lo que la doctrina ha concluido que dicha Ley supuso una «solución intermedia o de consenso» a dicho conflicto. *Vid.*, por todos, RODRÍGUEZ TAPIA, J. M., «Centenario de la Unión de Berna: 1886-1986. Precedentes históricos», *ADC*, 1986, p. 910.

<sup>103</sup> Abandonada la expresión fuertemente criticada de «propiedad literaria» por inducir a la limitación de la propiedad a las obras del lenguaje, aparece la denominación de «propiedad intelectual» que, de acuerdo con el art. 1 de la Ley, «comprende, (...), las obras científicas, literarias ó artísticas que pueden darse a luz por cualquier medio».

<sup>104</sup> Ello se deriva del art. 9 de la Ley, en el que se estableció que «La enagenación de una obra de arte, salvo pacto en contrario, no lleva consigo la enagenación del derecho de reproducción, ni del de exposición pública de la misma obra, los cuales permanecen reservados al autor ó á su derechohabiente».

<sup>105</sup> Tal hecho constituye un gran avance para RODRÍGUEZ PARDO, J., pues el principio de la reciprocidad sería posteriormente previsto como un elemento esencial en el ámbito del Convenio de Berna. «A Historical Approach to the Current Copyright Law in Spain», *EIPR*, vol. 8, n° 7, 2006, p. 391.

los que permitieron la vigencia de dicha Ley durante más de 100 años, hasta la aprobación de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual, cuyo Texto Refundido se encuentra en vigor en la actualidad<sup>106</sup>. No obstante, dicha norma no contuvo límites a los derechos conferidos al autor en la Ley de 10 de enero de 1879, a excepción de lo que podríamos considerar como límite de cita del art. 7<sup>107</sup>. Lo mismo sucedía en relación con los decretos revolucionarios franceses, que tampoco contemplaban excepción alguna a los derechos de los autores. No obstante, la diferencia entre el caso francés y el español es que, en el primero, la jurisprudencia reparó en la necesidad de admitir ciertos usos en favor de la enseñanza, y en el segundo, no tenemos constancia de que los tribunales españoles realizaran una labor en ese sentido.

Habrá que esperar hasta 2006, como en Francia, para encontrar expresamente previsto en la legislación española de propiedad intelectual el límite de la ilustración<sup>108</sup>.

#### 1.2.2.3. La consideración de la enseñanza y el estudio en las relaciones bilaterales

Aunque los primeros legisladores francés y español de propiedad intelectual no limitaron el derecho reconocido al autor sobre su obra para favorecer su uso en la enseñanza, sí que admitieron la reproducción y traducción de fragmentos de obras para la elaboración de creaciones de carácter educativo en otros países a través de convenios bilaterales. Así, entre otros ejemplos, precisamente Francia y España concluyeron el Convenio de Propiedad literaria, científica y artística el 16 de junio de 1880, en el que se establecía en su art. 4, tercer párrafo, que «Sin embargo, será recíprocamente lícita la publicación en cada uno de los países de extractos ó de trozos enteros de obras de un autor del país, en la lengua original ó traducidos, con tal de que estas publicaciones sean especialmente apropiadas y adaptadas á la

---

<sup>106</sup> Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia (en adelante, TRLPI), modificado posteriormente a través de sucesivas leyes.

<sup>107</sup> De acuerdo con dicho precepto, «cualquiera podrá publicar como de su exclusiva propiedad comentarios, críticas y notas referentes á las mismas incluyendo solo la parte del texto necesaria al objeto». Sobre el mismo, señalaba DÁNVILA Y COLLADO, M. que «las citas de pasajes de una obra, ha preocupado bastante á los escritores, pero verdaderamente es difícil dar una regla fija sobre esta materia. Lo mismo el que comenta que el que critica una obra, necesita copiar en determinadas circunstancias trozos enteros de ella, bien para apoyarlos, bien para contradecirlos, y á esta libre facultad propende el perfeccionamiento de las ciencias. Para resolver si hay defraudación será necesario examinar todos los hechos y circunstancias que han tenido lugar, y solo cuando resulte claramente la idea del plagio, podrá estimarse probada la defraudación». *Op. cit.*, p. 438. Asimismo, estudia los requisitos de este precedente histórico del límite de cita en la legislación española RIBERA BLANES, B., *El derecho de reproducción...*, *cit.*, pp. 252 y 253.

<sup>108</sup> Sobre ello, *vid. infra* epígrafe 1 del Capítulo III.

enseñanza ó al estudio, y vayan acompañadas de notas aclaratorias en otra lengua distinta de aquella en que se hubiese publicado la obra original»<sup>109</sup>.

En este caso, no obstante, y a diferencia de las excepciones nacionales inglesa, alemana e italiana, no se exige que se mencione el nombre del autor. Asimismo, cabe destacar que el precepto reproducido establecía como requisito que la obra ajena reproducida o traducida se acompañara de notas aclaratorias, es decir, que debían venir acompañadas de un análisis o juicio crítico, requisito este no previsto en las legislaciones nacionales de Reino Unido, Italia y Alemania. Ello nos inclina a considerar que, aunque la obra en la que debiera incorporarse el extracto o el trozo entero de la obra del autor del otro país tuviera que ser apropiada para la enseñanza, en realidad se estaban regulando los requisitos del límite de la cita y no los de la ilustración con fines educativos y de investigación científica. De hecho, y como será analizado en un momento posterior, la cita prevista en el vigente art. 32.1 TRLPI presenta unos caracteres muy similares a los previstos en tal disposición del Convenio<sup>110</sup>.

## 2. La incorporación de la propiedad intelectual, el derecho a la educación y la promoción de la investigación científica en los textos fundamentales

Los diferentes textos fundamentales que han regulado los derechos humanos en los ámbitos internacional y europeo y las Cartas constitucionales de distintos Estados miembros han reconocido, ya fuera de forma directa o indirecta, la propiedad intelectual y la educación como derechos de los ciudadanos, así como han declarado la libertad de las ciencias y su necesaria promoción como política pública esencial para el desarrollo de la sociedad. La importancia, pues, de estos tres elementos se ha visto plasmada en los documentos que han servido de base para la construcción de los Estados, si bien la propiedad intelectual, la educación y la investigación han sido regulados por los mismos de forma autónoma y sin tener en cuenta la confluencia entre ellos<sup>111</sup>. Su convergencia se verá expresamente reflejada en el

---

<sup>109</sup> Dicho Convenio aparece recopilado en la edición oficial de *Legislación de Propiedad Intelectual*, Madrid, 1881, pp.79-89 y la excepción en cuestión, en p. 84.

<sup>110</sup> *Vid. infra* epígrafe 1 del Capítulo III.

<sup>111</sup> En este sentido, CHAPMAN, A. R. señala que el debate sobre la incorporación del derecho de propiedad intelectual en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales «no aportó una base conceptual para la interpretación de este derecho. Para decirlo de otro modo, los redactores no esbozaron el alcance y los límites de los derechos de autor». «La propiedad intelectual como derecho humano: obligaciones dimanantes del apartado c) del párrafo 1 del Artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales», *BDA*, vol. XXXV, nº 3, 2001, p. 14.



límite de la ilustración con fines educativos y de investigación científica previsto en el propio régimen de propiedad intelectual<sup>112</sup>.

## 2.1. La dimensión internacional: la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Ya en el año 1948, la Organización de las Naciones Unidas (en adelante, la ONU) reconoció en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante, DUDH)<sup>113</sup> y posteriormente en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, PIDESC)<sup>114</sup>, el derecho a la protección de las de los intereses morales y materiales que correspondan al autor de una obra científica, literaria o artística (arts. 27.2 DUDH y 15.1 c) PIDESC) y el derecho a la educación (arts. 26 DUDH y 13 PIDESC).

Estos derechos se enmarcan en lo que la doctrina ha denominado como derechos sociales, económicos y culturales en contraposición a los derechos civiles y políticos. Aunque se haya podido considerar que los textos de derechos humanos únicamente deberían abarcar los derechos civiles y políticos por ser estos el pilar fundamental para frenar el poder del Estado sobre el individuo, la ONU fue consciente en la elaboración de los textos citados de que el vínculo entre estos y los sociales, económicos y culturales o de “tercera generación” era muy estrecho. Tanto, que la inadecuada atención a los segundos podía perjudicar el pleno desarrollo de los primeros<sup>115</sup>. Así, el reconocimiento de tales derechos en la DUDH y en el PIDESC resulta significativo y revelador de la indivisibilidad e interdependencia de las dos tipologías de derechos humanos<sup>116</sup>. Ello se manifiesta, especialmente, en relación con los derechos cuyo estudio nos ocupa, como se tendrá ocasión de comprobar.

---

<sup>112</sup> Vid. *infra* epígrafe 3 del presente Capítulo.

<sup>113</sup> La Declaración fue proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948 en su Resolución 217 A (III).

<sup>114</sup> El Pacto fue adoptado por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

<sup>115</sup> En este sentido, la *Global Citizenship Commission* puso de manifiesto que «social and economic rights are conceptually linked to civil and political rights because respect for human dignity requires that both be upheld. There is also a causal connection in that civil and political rights can be used to secure social and economic rights, and social and economic rights make possible the meaningful exercise of civil and political rights. Indeed, the failure of social and economic rights makes individuals more vulnerable to other human rights abuses, such as forced labor». «Social and Economic Rights», en *The Universal Declaration of Human Rights in the 21st Century. A Living Document in a Changing World*, B. Gordon (ed.), 2016, p. 64. DOI: 10.2307/j.ctt1bpmb7v.12.

En cuanto al ámbito concreto de la propiedad intelectual, CHAPMAN, A. R. advierte que la voluntad general en las discusiones de dichos textos era contraria al reconocimiento del derecho de autor como un derecho humano. De hecho, la inclusión de este derecho se respaldó fundamentalmente en «su carácter accesorio para la realización de otros derechos que se consideraba se apoyaban en una base moral más fuerte». *Op. cit.*, p. 14.

<sup>116</sup> Del mismo parecer se manifiestan ORAÁ ORAÁ, J.; GÓMEZ ISA, F., *La Declaración Universal de los Derechos Humanos. Un breve comentario en su 50 Aniversario*, 1997, Bilbao, p. 67.

A tenor de los arts. 27.2 DUDH y 15.1 c) PIDESC «toda 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»<sup>117</sup>. Resulta importante destacar que en este ámbito no se determina la naturaleza jurídica que ha de adoptar dicha protección, esto es, si debe ser un derecho de propiedad, un derecho *sui generis* o un derecho de la personalidad, por ejemplo<sup>118</sup>. Lo determinante es que, sea la tipología jurídica escogida por el legislador nacional que sea, se han de proteger los intereses morales y económicos del autor en relación con su obra como un derecho humano<sup>119</sup>, pues con ello se pretende «fomentar la contribución activa de los creadores a las artes y las ciencias y al progreso de la sociedad en su conjunto»<sup>120</sup>. Este enfoque de la propiedad intelectual como derecho humano trae consigo la necesidad de que, en su sistema de protección y en la interpretación de su régimen jurídico, se tengan especialmente presentes el resto de derechos humanos internacionalmente reconocidos<sup>121</sup>, entre los que destacan, el derecho a la educación y el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico.

---

<sup>117</sup> En cuanto a los orígenes y discusiones que dieron lugar a dicha redacción, *vid.* HELFER, L. R.; AUSTIN, G. W., *Human Rights and Intellectual Property. Mapping the Global Interface*, Nueva York, 2011, pp. 176-179 y CHAPMAN, A. R., *op. cit.*, pp. 11-14.

Por otro lado, cabe apuntar que han sido intensos los debates en relación con las concepciones monista y dualista del derecho de autor, es decir, entre aquellos autores que entendían, con GIERKE, que el derecho de autor era único y del mismo derivaban facultades morales y patrimoniales, en el primer caso, y los que consideraban, siguiendo a KOHLER, que el derecho de autor se compone de dos derechos o «Doppelrecht», los morales y los patrimoniales, que, aunque relacionados, son independientes, en el segundo caso. Sobre esta discusión, *vid.* por todos, en el ámbito internacional STROWEL, A., *Droit d'auteur et copyright. Divergences et convergences. Étude de droit comparé*, Bruselas, París, 1993, pp. 100 y 101 y en el español, LACRUZ BERDEJO, J. L., «Comentario al art. 2», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Madrid, 3ª ed., 2007, pp. 27 y 28.

En nuestra opinión, y sobre la base de la letra del artículo reproducido, entendemos que la propiedad intelectual es un derecho subjetivo conformado por distintas facultades que, en el caso del derecho de autor, se corresponden con las de carácter moral y las que tienen una función económica. Así lo ha concluido también la mayor parte de la doctrina española como, entre otros, PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M., «Comentario a los arts. 428 y 429 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. V, vol. 2, Madrid, 1985, p. 717; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Art. 1», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Madrid, 4ª ed., 2017, p. 23 y VATTIER FUENZALIDA, C., «La Propiedad Intelectual (estudio sistemático de la Ley 22/1987)», *ADC*, vol. 46, nº 3, 1993, pp. 1048 y 1049.

<sup>118</sup> Ello es valorado positivamente por GEIGER, C., «Copyright's Fundamental Dimension at EU Level», en *Research Handbook on the Future of EU Copyright*, E. Derclaye (ed.), 2009, pp. 31 y 32.

<sup>119</sup> En el mismo sentido, FOSTER, S. E., «The Conflict between the Human Right to Education and Copyright», en *Intellectual Property Law and Human Rights*, P. Torremans (ed.), Alphen aan den Rijn, 3ª ed., 2015, p. 347 y TORREMANS, P., «Art. 17(2) – Right to Property», en *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, A. Peers; T. Hervey; J. Kenner; A. Ward (eds.), Oxford, Portland, Oregon, 2014, p. 496.

Por su parte, VIVANT, M. duda que pueda afirmarse con rotundidad que el derecho de autor es un derecho humano, si bien considera que debería serlo. «Le droit d'auteur, un droit de l'homme?», *RIDA*, nº 174, octubre, 1997, p. 107.

<sup>120</sup> De este modo utilitarista se redacta la Observación General nº 17 al PIDESC.

<sup>121</sup> Así lo señala CHAPMAN, A. R., *op. cit.*, pp. 15 y 16.

Por su parte, los arts. 26 DUDH y 13 PIDESC reconocen el derecho a la educación. De acuerdo con los mismos, la educación no es solo un interés general o público, sino un auténtico derecho que, según la ONU, resulta fundamental para un adecuado respeto del resto de derechos y libertades, de modo que mediante la educación los sujetos individualmente considerados pueden alcanzar un pleno desarrollo de su personalidad y la sociedad en su conjunto, la consecución de la paz<sup>122</sup>. Además, la enseñanza se encuentra íntimamente relacionada con el derecho a la libertad de opinión y de expresión del art. 19 DUDH, que incluye, entre otros aspectos, el derecho de «investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión»<sup>123</sup>. De este modo el derecho a la educación se configura como el instrumento propicio para que el individuo «reciba» información y opiniones mediante su «difusión» en los centros educativos, gracias a la previa «investigación» llevada a cabo por parte de los docentes. Solo una persona informada es capaz de forjar su propia opinión y, por tanto, de ser plenamente libre<sup>124</sup>. Además, cabe destacar que los preceptos en cuestión pretenden que la educación sea gratuita, al menos, en el nivel básico y obligatorio, cuestión que genera conflictos en relación con el precio de adquisición de los libros de texto u otros materiales docentes<sup>125</sup>.

---

<sup>122</sup> De acuerdo con el tenor del art. 26.2 DUDH, «la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz».

<sup>123</sup> Asimismo, el art. 19.2 DUDH reconoce «la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole». En palabras de GUIBAULT, L., «la libertad de expresión también supone la de reunir y facilitar información como un requisito previo esencial para que alguien pueda forjarse sus propias opiniones y creencias». «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*, octubre-diciembre, 2003, p. 6.

<sup>124</sup> La esencialidad de este derecho para el desarrollo de la sociedad se manifiesta en la Observación General nº13 al PIDESC, según la cual «la educación es un derecho humano intrínseco y un medio indispensable de realizar otros derechos humanos. Como derecho del ámbito de la autonomía de la persona, la educación es el principal medio que permite a adultos y menores marginados económica y socialmente salir de la pobreza y participar plenamente en sus comunidades. La educación desempeña un papel decisivo en la emancipación de la mujer, la protección de los niños contra la explotación laboral, el trabajo peligroso y la explotación sexual, la promoción de los derechos humanos y la democracia, la protección del medio ambiente y el control del crecimiento demográfico. Está cada vez más aceptada la idea de que la educación es una de las mejores inversiones financieras que los Estados pueden hacer, pero su importancia no es únicamente práctica pues dispone de una mente instruida, inteligente y activa, con libertad y amplitud de pensamiento, es uno de los placeres y recompensas de la existencia humana».

Así, y como señalan HELFER, L. R.; AUSTIN, G. W., el fundamento del reconocimiento del derecho a la educación se encuentra en su carácter inherente a la dignidad humana, derecho este último necesario para el desarrollo del resto de los derechos humanos. *Op. cit.*, p. 320.

<sup>125</sup> En relación con ello, HELFER, L. R. y AUSTIN, G. W. señalan que el conflicto surge del hecho de que los materiales educativos, respecto de los cuales los autores tienen intereses económicos, son esenciales para la realización del derecho a la educación. *Ibid.*, p. 336.

En cuanto a la investigación, los arts. 27.1 DUDH y 15.1 b) PIDESC reconocen el derecho de las personas a participar en el progreso científico y en los beneficios derivados del mismo. Solo de este modo es posible que la investigación pueda cumplir una de sus funciones principales: la mejora de la calidad de vida de los ciudadanos.

Dicho esto, conviene poner de relieve que los derechos a la educación y a participar en el progreso científico se contemplan sistemáticamente en ambos textos internacionales con anterioridad al derecho del autor a la protección de sus intereses morales y patrimoniales sobre su obra. Es cierto que ello podría servir de argumento para otorgar un mayor peso en la balanza a los primeros respecto al segundo. No obstante, entendemos que en el ámbito de los derechos humanos la colisión entre ellos debe resolverse de acuerdo con un criterio de proporcionalidad y ello especialmente en relación con los derechos de autor, el derecho a la educación y el desarrollo de la investigación científica, pues solo un adecuado equilibrio entre los mismos podrá hacerlos efectivos de forma independiente<sup>126</sup>. Por todo ello, como señala CHAPMAN, «los derechos de autores y creadores deben facilitar en lugar de limitar la participación cultural, por una parte, y el progreso científico y el acceso a la ciencia, por otra»<sup>127</sup>. Ahora bien, ello es así sin dejar de reconocer que el reconocimiento del derecho de protección de los intereses morales y patrimoniales de los autores sobre sus obras es una condición necesaria para la creación de las nuevas obras que sirven de base para conseguir tal desarrollo. De ahí que, en relación con el conflicto de los materiales docentes, la solución venga dada por el establecimiento de excepciones al derecho del autor que permitan reducir los costes de su creación, como lo son las primeras limitaciones que autorizaban la creación de antologías<sup>128</sup>.

---

<sup>126</sup> Así lo pone de manifiesto la Observación General nº17 al PIDESC, a cuyo tenor, «el derecho a la protección de los intereses morales y materiales que corresponden por razón de las propias producciones científicas, literarias o artísticas está sujeto a limitaciones y debe equilibrarse con los demás derechos reconocidos en el Pacto. (...) En consecuencia, las limitaciones deben ser proporcionadas, lo que significa que se debe adoptar la medida menos restrictiva cuando haya varios tipos de limitaciones que puedan imponerse. (...) La imposición de limitaciones puede por tanto, en determinadas circunstancias, requerir medidas compensatorias, como el pago de una indemnización adecuada». En cuanto a ello, FOSTER, S. E. entiende que la colisión entre los derechos señalados debe resolverse de modo que el Estado establezca en su régimen de derechos de autor menos protección temporal o más excepciones a la propiedad intelectual para la protección de la finalidad de la educación, con el objeto de conseguir un adecuado equilibrio que refleje las prioridades económicas y sociales del Estado. *Op. cit.*, p. 359.

<sup>127</sup> *Op. cit.*, p. 14. En el mismo sentido, TORREMANS, P., «Art. 17(2)...», *cit.*, p. 500.

<sup>128</sup> Sobre las mismas, *vid. supra* subepígrafe 1.2.1 del presente Capítulo.

## 2.2. La dimensión regional: El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

Las dos normas de carácter supranacional que específicamente recogen los derechos humanos en el ámbito europeo son el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH) adoptado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950 y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE) proclamada en Niza en diciembre de 2000 por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, si bien, no adquirió carácter vinculante hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, en diciembre de 2009. Pues bien, ambas normas contemplan los derechos de propiedad intelectual, aunque sea indirectamente, y de educación y la necesaria promoción de la investigación científica.

El CEDH reconoce en su Protocolo Adicional los derechos de propiedad (art. 1) y de educación (art. 2). En este caso, el art. 1 en cuestión reconoce el derecho de toda persona al respeto de sus bienes, esto es, el derecho de propiedad, pero en ningún momento hace mención al derecho del autor sobre su obra o a la propiedad intelectual, a diferencia de lo previsto en la DUDH y el PIDESC en el seno de la ONU. No obstante, tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como la doctrina han entendido que dicho precepto abarca el derecho de propiedad intelectual<sup>129</sup>. Así, el derecho de autor se configura como un derecho real, en concreto, como un derecho de propiedad<sup>130</sup>. En consecuencia, y como deriva del propio precepto, su reconocimiento podrá verse limitado por el interés público, de manera que se consiga un equilibrio justo entre el interés general y el interés particular patrimonial<sup>131</sup>. Pues bien, precisamente en el art. 2 del mismo Protocolo, se reconoce el derecho a la educación que podría servir a los efectos de limitar la propiedad intelectual<sup>132</sup>.

A diferencia del CEDH, la CDFUE sí contempla específicamente la propiedad intelectual en su art. 17(2). Ahora bien, tal precepto se limita a establecer que la propiedad intelectual «se

---

<sup>129</sup> Así deriva de las sentencias del TEDH que resolvieron los casos *Aral, Tekin y Aral v. Turquía*, nº 24563/94, de 14 de enero de 1998, y *Melnitchouk v. Ucrania*, nº 28743/03, de 5 de julio de 2005. En cuanto a la doctrina, *vid.* TORREMANS, P., «Art. 17(2)...», *cit.*, p. 501 y HELFER, L. R., «The New Innovation Frontier? Intellectual Property and the European Court of Human Rights», *Harvard International Law Journal*, vol. 49, nº1, 2008, pp. 13-18.

<sup>130</sup> En este caso, GEIGER, C., considera que el derecho moral viene protegido por el art. 8, que reconoce el derecho a la intimidad, o el art. 10.1, referido a la libertad de expresión. «Copyright's Fundamental...», *cit.*, p. 32.

<sup>131</sup> En este sentido, AGUILERA VAQUÉS, M., «El reconocimiento del derecho a la propiedad privada», en *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, J. García Roca; P. Santolaya (coords.), Madrid, 2005, p. 781.

<sup>132</sup> Cabe destacar que, en este caso, el derecho en cuestión se configura en sentido negativo, pues se establece que «a nadie se le puede negar el derecho a la educación».

protege». En este caso, de nuevo, se opta por la configuración del derecho como un derecho real de propiedad, en el que se incluye el denominado derecho de autor<sup>133</sup>. De hecho, su reconocimiento se produce sistemáticamente después de la consagración del derecho de propiedad, previsto en el primer apartado del mismo precepto. De ahí que la protección de los derechos de autor deba llevarse a cabo siguiendo el modelo propietario<sup>134</sup>, que, como hemos visto, es susceptible de limitación en aquellos casos en los que ello esté justificado por servir a la consecución de otro derecho humano.

Con carácter previo al establecimiento de la obligación de proteger la propiedad intelectual, el art. 13 CDFUE establece que la investigación científica es libre<sup>135</sup>. Aunque en dicho texto no se define el concepto de investigación, el art. 2 de la Directiva relativa a los requisitos de entrada y residencia de los nacionales de países terceros con fines de investigación, lo identifica con «un trabajo de creación realizado de manera sistemática con el fin de aumentar el conjunto de los conocimientos, incluido el conocimiento del hombre, de la cultura y de la sociedad, así como la utilización de dicho conjunto de conocimientos para nuevas aplicaciones»<sup>136</sup>. De este modo, la investigación científica debe abarcar tanto la que tenga lugar en el ámbito público, como en el privado y la investigación básica y la aplicada<sup>137</sup>. La importancia de la investigación en la UE se ha visto reflejada igualmente en el art. 179(1) TFUE, en virtud del cual «la Unión tendrá por objetivo fortalecer sus bases científicas y tecnológicas, mediante la realización de un espacio europeo de investigación en el que los investigadores, los conocimientos científicos y las tecnologías circulen libremente, y favorecer el desarrollo de su competitividad, incluida la de su industria, así como fomentar las

---

<sup>133</sup> Recuérdense en cuanto a ello que en el ámbito europeo la expresión «propiedad intelectual» abarca todos los tipos de propiedades intelectuales, esto es, la propiedad industrial y la propiedad intelectual de acuerdo con la terminología empleada en la doctrina española.

<sup>134</sup> En este sentido, TORREMANS, P., «Art. 17(2)...», *cit.*, p. 502. Por su parte, GEIGER, C. considera que lo importante no es la determinación de la naturaleza jurídica de este derecho, sino por qué ha de protegerse y cuáles son los intereses subyacentes a su reconocimiento. «“Constitutionalising”...», *cit.*, p. 377.

<sup>135</sup> Sobre este precepto, *vid.*, en especial, SAYERS, D., «Art. 13», en *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, A. Peers; T. Hervey; J. Kenner; A. Ward (eds.), Oxford, Portland, Oregon, 2014, pp. 393 y 394.

<sup>136</sup> Directiva (UE) 2016/801 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativa a los requisitos de entrada y residencia de los nacionales de países terceros con fines de investigación, estudios, prácticas, voluntariado, programas de intercambio de alumnos o proyectos educativos y colocación *au pair*.

<sup>137</sup> En el mismo sentido, MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «Art. 13», en *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, A. Mangas Martín (dir.), Bilbao, 2008, p. 303.

acciones de investigación que se consideren necesarias»<sup>138</sup>. Ello ha dado lugar a que se hable de la «quinta libertad» que se correspondería con la «libre circulación del conocimiento»<sup>139</sup>.

Posteriormente, el art. 14 CDFUE reconoce el derecho a la educación que, al igual que en la DUDH y el PIDESC, es gratuito en la enseñanza obligatoria<sup>140</sup>. Además, la enseñanza debe abarcar la formación profesional y permanente del individuo, lo que incluye «toda forma de enseñanza que prepare para adquirir una capacitación para una profesión, oficio o empleo específicos, o confiera la aptitud necesaria para ejercer dicha profesión, oficio o empleo, (...), aunque el programa de estudios incluya una parte de formación general»<sup>141</sup>, independientemente de la edad y del nivel de formación de los estudiantes.

Así, la interrelación entre estos derechos resulta evidente, pues sin el reconocimiento al autor de un derecho que le permita remunerar su labor creativa no es posible acrecentar el acervo cultural y fomentar el desarrollo del conocimiento, pero si el uso del resultado de dicha tarea, esto es, de la obra, no se facilita en el ámbito de la educación y la investigación, se puede afectar negativamente a estos derechos humanos y al progreso de la sociedad en su conjunto. La solución viene dada, de nuevo, por la búsqueda del «equilibrio» de intereses, la aplicación de un test de «proporcionalidad» que, por tanto, debe entenderse como elemento esencial del

Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante

---

<sup>138</sup> El segundo apartado del mismo precepto establece que «la Unión estimulará en todo su territorio a las empresas, incluidas las pequeñas y medianas, a los centros de investigación y a las universidades en sus esfuerzos de investigación y de desarrollo tecnológico de alta calidad; apoyará sus esfuerzos de cooperación con el fin, especialmente, de permitir que los investigadores cooperen libremente por encima de las fronteras y que las empresas aprovechen las posibilidades del mercado interior, en particular por medio de la apertura de la contratación pública nacional, la definición de normas comunes y la supresión de los obstáculos jurídicos y fiscales que se opongan a dicha cooperación». Ello corrobora que la investigación que se pretende promover desde la UE abarca también la que se desarrolla en el ámbito privado.

<sup>139</sup> A la misma se refiere expresamente, entre otros documentos, la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, «Mejores carreras y más movilidad: una asociación europea para los investigadores», de 23 de mayo de 2008, COM(2008)317 final.

<sup>140</sup> Lo comenta, GORI, G., «Art. 14», en *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, A. Peers; T. Hervey; J. Kenner; A. Ward (eds.), Oxford, Portland, Oregon, 2014, p. 401 y ss. y en el ámbito español, MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «Art. 14», en *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, A. Mangas Martín (dir.), Bilbao, 2008, pp. 309 y ss.

<sup>141</sup> Así fue definida la formación profesional por el TJCE en la sentencia que resolvió el caso *Gravier v. Municipio de Lieja*, de 13 de febrero de 1985, asunto 293/83.

propio sistema de propiedad intelectual<sup>142</sup>. Así, en la colisión de los derechos mencionados, no debe realizarse una interpretación jerárquica de los derechos, sino en plano de igualdad<sup>143</sup>.

En cuanto a ello, cabe destacar que la necesaria interpretación de las excepciones al derecho de autor de acuerdo con su efecto útil y la proporcionalidad de los intereses en juego también parece desprenderse de las últimas sentencias del TJUE, cambio de paradigma que ha sido valorado positivamente por parte de la doctrina<sup>144</sup>. Así, el TJUE señaló en el caso Deckmyn que la interpretación del límite de la parodia «debe, en cualquier caso, permitir salvaguardar el efecto útil de la excepción establecida y respetar su finalidad»<sup>145</sup>. Del mismo modo, en el conocido caso Eva-Maria Painer, el TJUE finalmente resuelve el conflicto entre el derecho de autor y el derecho a la libertad de expresión o de prensa de acuerdo con lo que señala es un principio general del Derecho de la Unión, el principio de proporcionalidad<sup>146</sup>. Según el mismo, ante el amplio margen de apreciación dejado a los Estados miembros en relación con las excepciones al derecho de autor previstas en la DDASI, los mismos deben interpretarlas de modo que se permita «alcanzar el objetivo propuesto»<sup>147</sup>. Precisamente en esa misma línea también el AG señala en el *caso Córdoba* que «aunque su jurisprudencia (la del TJUE) requiere interpretar de manera restrictiva el alcance de las excepciones y limitaciones, en cuanto pudieran afectar al derecho de propiedad sobre las creaciones intelectuales, no ha de olvidarse que también el derecho a la educación está consagrado en el

Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante

---

<sup>142</sup> En cuanto a ello, señala TORREMANS, P. que el equilibrio de intereses «has been internalised by copyright and it is part of its fundamental nature». «Art. 17(2)...», *cit.*, p. 504.

Ello se ha visto reflejado también en la propia jurisprudencia del TJUE que en varias ocasiones ha recalado la necesidad de encontrar un justo equilibrio entre los derechos fundamentales reconocidos en el ordenamiento jurídico comunitario. Así, entre otras, STJUE del caso *Productores de Música de España (Promusicae) v. Telefónica de España, S.A.U.*, de 29 de enero de 2008, asunto C-275/06, apartados 66-70.

<sup>143</sup> Esa es una de las consecuencias de la constitucionalización de la propiedad intelectual, según GEIGER, C., «“Constitutionalising”...», *cit.*, p. 386.

<sup>144</sup> Así, GEIGER, C., «The Role of the Court of Justice of the European Union: Harmonizing, Creating and sometimes Disrupting Copyright Law in the European Union», en *New Developments in EU and International Copyright Law*, I. Stamatoudi (ed.), Países Bajos, 2016, p. 443 y XALABARDER PLANTADA, R., «The Role of the CJEU in Harmonizing EU Copyright Law», *IIC*, vol. 47, nº 6, 2016, p. 638.

<sup>145</sup> STJUE de 3 de septiembre de 2014, Asunto C-201/13, Johan Deckmyn y Vrijheidsfonds VZW y otros, apartado 23.

<sup>146</sup> STJUE, de 1 de diciembre de 2011, Asunto C-145/10, Eva-Maria Painer/Standard VerlagsGmbH, Axel Springer AG, Süddeutsche Zeitung GmbH, Spiegel-Verlag Rudolf Augstein GmbH & Co KG, Verlag M. DuMont Schauberg Expedition der Kölnischen Zeitung GmbH & Co KG, apartado 105. No obstante, en un primer momento el Tribunal menciona expresamente la necesaria interpretación restrictiva de las excepciones en el apartado 109 de la sentencia.

<sup>147</sup> *Ibid.*, apartado 106.



artículo 14, apartado 1, de la Carta. En consecuencia, la interpretación deberá respetar el equilibrio razonable entre ambos derechos»<sup>148</sup>.

Tal ha sido el cambio en la interpretación de las limitaciones por parte del TJUE que ha llegado a calificar de «derechos» lo que según la Directiva son «excepciones». Ejemplo de ello lo encontramos en el caso Technische Universität Darmstadt, en cuyo asunto el TJUE señaló que las bibliotecas accesibles al público «tienen derecho de digitalizar las obras que figuren en sus colecciones»<sup>149</sup>. De hecho, tampoco es infrecuente en la doctrina que se trate de «derecho» o de «libertad» a algunas limitaciones, como la de cita<sup>150</sup>.

### 2.3. La plasmación de estos derechos en las Constituciones nacionales

Todas las Cartas Magnas sobre las que se sustenta el ordenamiento jurídico de los Estados europeos han contemplado de una manera u otra el derecho del autor, el derecho a la educación y la promoción de la investigación científica. Así, el §5(3) de la Ley Fundamental alemana<sup>151</sup> reconoce la libertad de las artes, las ciencias, la investigación y la enseñanza y los §§2 y 14, los derechos al pleno desarrollo de la personalidad y el derecho de propiedad, respectivamente; el art. 21 de la Constitución italiana<sup>152</sup>, referido a la libertad de expresión, justifica la protección del interés moral del autor, el art. 35, determina el derecho del autor a recibir una remuneración por su trabajo creativo y el art. 33 recoge la libertad de la ciencia y la educación<sup>153</sup>; el art. 17 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano<sup>154</sup> contempla el derecho de propiedad, en el que se enmarca la propiedad literaria y artística francesa<sup>155</sup> y el art. 13 del Preámbulo de la Constitución<sup>156</sup> establece que el Estado garantiza a los ciudadanos la instrucción, la formación profesional y el acceso a la cultura.

---

<sup>148</sup> Conclusiones AG, Land Nordrhein-Westfalen v. Dirk Renckhoff, de 25 de abril de 2018, Asunto C-161/17, párrafo 113. En cuanto a los hechos de este caso, *vid. infra* subepígrafe 3.1.2 del Capítulo II.

<sup>149</sup> STJUE de 11 de septiembre de 2014, Asunto C-117/13, Technische Universität Darmstadt/Eugen Ulmer KG, apartado 49 y Declaración 2.

<sup>150</sup> Así, por ejemplo, DIETZ, A. se refiere a la «libertad de cita». *El derecho de autor en España y Portugal*, Madrid, 1992, p. 139. *Vid.*, igualmente, entre otros, GAUBIAC, Y., «La libertad de citar una obra del ingenio», *RIDA*, n° 171, 1997, pp. 2 y ss.

<sup>151</sup> *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* de 23 de mayo de 1949 (BGBl. S. 1).

<sup>152</sup> *Costituzione della Repubblica Italiana* de 22 de diciembre de 1947.

<sup>153</sup> A estos preceptos se refiere ROVATI, A. M., «Introduzione a la l.a.», *Commentario breve alle Leggi su Proprietà Intellettuale e Concorrenza*, L. C. Ubetazzi (coord.), Vicenza, 6ª ed., 2016, pp. 1456 y 1457.

<sup>154</sup> *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 26 de agosto de 1789.

<sup>155</sup> En este sentido, es célebre la declaración de Le Chapelier en su defensa del Decreto revolucionario de 1791 en virtud de la cual «la plus sacrée, la plus inattaquable et la plus personnelle de toutes les propriétés, est l'ouvrage fruit de la pensée d'un écrivain». En cuanto a la naturaleza jurídica de la propiedad intelectual en Francia, *vid.* LUCAS, A.; LUCAS, H.-J.; LUCAS-SCHOLOETTER, A., *Traité de la propriété littéraire et artistique*, París, 4ª ed., 2012, pp. 26-39.

<sup>156</sup> *Préambule de la Constitution* de 27 de octubre 1946.

Centrándonos en el caso español, el art. 27.1 de la Constitución española (en adelante, CE)<sup>157</sup> reconoce el derecho a la educación y, siguiendo los textos internacionales, la vincula en su apartado segundo al pleno desarrollo de la personalidad humana, además de establecer el carácter gratuito de la enseñanza básica obligatoria. Su función, por tanto, es la de transmitir un conjunto de conocimientos, habilidades y valores que permita a la persona desarrollarse individualmente y distinguirse de las demás<sup>158</sup>. La ubicación de este precepto en la Sección Primera del Capítulo Segundo de la CE refleja la importancia otorgada por el legislador constitucional al mismo, elevándolo a la consideración de derecho fundamental lo que, entre otros aspectos, implica que el desarrollo de su regulación tenga que llevarse a cabo necesariamente por medio de ley orgánica. Así queda reflejado en la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (en adelante, LOE) y la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades (en adelante, LOU)<sup>159</sup>.

En cambio, el art. 44 CE, que establece la obligación de poderes públicos de promover el acceso a la cultura (apartado 1) y la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general (apartado 2), se recoge como un principio rector de la política social y económica del Estado.

En cuanto a la propiedad intelectual, cabe destacar que, como tal, la CE solo se refiere de forma específica a ella en el art. 149.1.9º, atribuyendo de este modo la competencia exclusiva para su regulación al Estado. La falta de un reconocimiento expreso de este derecho ha llevado a la doctrina española a discutir en qué derecho de los reconocidos en la CE debe incardinarse el de propiedad intelectual: el derecho a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica del art. 20.1 b) o el derecho de propiedad del art. 33<sup>160</sup>. La cuestión no es baladí si se tiene en cuenta la ubicación sistemática en la que se encuentran uno y otro, pues mientras el primero se reconoce en el seno de los derechos fundamentales y, por tanto, cuenta con una protección especial, el segundo se contempla en el conjunto de derechos de los ciudadanos no protegidos especialmente. Siguiendo a la doctrina mayoritaria, entendemos que la propiedad intelectual es un derecho real, en concreto, una propiedad especial incardinable en el art. 33

---

<sup>157</sup> Constitución española de 6 de diciembre de 1978.

<sup>158</sup> En este sentido, CÁRAMA VILLAR, G., «El derecho a la educación», en *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, J. L. Monereo Pérez; C. Molina Navarrete; M<sup>a</sup> N. Moreno Vida (dirs.), Granada, 2002, pp. 979 y 980.

<sup>159</sup> La regulación independiente de la enseñanza universitaria deriva de la autonomía de las Universidades reconocida en el art. 27.5 CE.

<sup>160</sup> Sobre las distintas posturas al respecto, *vid.* DE ROMÁN PÉREZ, R., «La naturaleza jurídica del derecho de autor», en *Propiedad intelectual, derechos fundamentales y propiedad industrial*, C. Iglesias Rebollo (dir.), Madrid, 2005, pp. 33-36.

CE por varias razones<sup>161</sup>. En primer lugar, porque el art. 20.1 CE reconoce la libertad de expresión en sus diferentes manifestaciones, pero no la protección del resultado de lo expresado. En segundo lugar, si la propiedad intelectual hubiera sido considerada protegida al amparo del art. 20.1 b) CE, tendría que haber sido regulada por medio de ley orgánica y, en cambio, se regula en el TRLPI, ley especial a la que remite el art. 429 del Código civil español. Asimismo, y, en tercer y último lugar, los arts. 428 y 429 CC se regulan en el Título IV del Libro II del CC, título en el que se contienen las denominadas «propiedades especiales». Dicho esto, y volviendo al derecho de propiedad reconocido en el art. 33 CE, cabe destacar que el apartado segundo de dicho precepto lo configura como un derecho limitado por su propia función social. La misma, en el caso concreto de la propiedad intelectual, se corresponderá, entre otros fines como la remuneración del propio autor, con determinados aspectos del derecho a la educación, el acceso a la cultura y la promoción de la investigación científica.

En definitiva, la justificación última de la propiedad intelectual se corresponde con la de las excepciones a la misma, y en especial, con la de la ilustración con fines educativos y de investigación científica, pues el objetivo de aquel derecho y de esta limitación es fundamentalmente el mismo: el desarrollo social por medio del conocimiento y la cultura<sup>162</sup>.

### 3. La convergencia de los elementos anteriores: el derecho de autor y las excepciones al mismo en favor de la educación y la investigación científica

Como se ha podido comprobar a lo largo del epígrafe anterior, los tres elementos que componen el objeto de nuestro estudio han sido considerados elementales por los legisladores

---

<sup>161</sup> En este sentido, entre otros, *vid.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Art. 1», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Madrid, 3ª ed., 2007, pp. 19 y 20; VATIER FUENZALIDA, C., «La Propiedad Intelectual (estudio sistemático de la Ley 22/1987)», *ADC*, vol. 46, nº 3, 1993, p. 1046 y RAMS ALBESA, J., «La génesis de los derechos morales de los creadores», en *En torno a los derechos morales de los creadores*, C. Rogel Vide (coord.), Madrid, 2003, p. 40.

Muestra dudas al respecto ÁLVAREZ ROMERO, C. J., quien entiende que, de lo que no cabe duda, es de que la propiedad intelectual cabe perfectamente dentro de la CE. «La Constitución española y el derecho de propiedad intelectual», *Boletín de ANABAD*, nº 1, t. XXIX, 1979, p. 78.

Por su parte, DESANTES GUANTER, J. Mª considera que la propiedad intelectual se reconoce en el art. 20.1 b) CE. «El derecho de autor en la Constitución española de 1978», *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 3, 1993

<sup>162</sup> Como señalan RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. y BONDÍA ROMÁN, F., «en líneas generales, puede afirmarse que el reconocimiento y justificación del derecho de autor, o de propiedad intelectual en sentido estricto, descansa en el interés público por el progreso cultural y económico de la sociedad, que persigue estimular todos los tipos de creatividad en las artes y las ciencias». *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, 1997, p. 149. En el mismo sentido, IGLESIAS, M. J., *Limitaciones docentes a la propiedad intelectual. Derecho internacional, español y comparado y opciones de política legislativa*, Tesis doctoral, Palma de Mallorca, 2007, p. 78. Disponible en: <http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/386326/tmjip1de1.pdf?sequence=1>.

internacional, comunitario y nacional en el ámbito de los derechos humanos y fundamentales. No obstante, su convergencia no se ha visto plasmada en los textos fundamentales, sino en el seno del régimen de propiedad intelectual mediante el establecimiento de una excepción a tal derecho.

### 3.1. Los fundamentos de las excepciones al derecho de autor y su clasificación.

Especial referencia al límite de la ilustración con fines educativos y de investigación científica

La incorporación de límites o excepciones a los derechos del autor se produce desde el mismo momento en que empiezan a reconocerse legalmente las facultades que ostenta el autor sobre su obra<sup>163</sup>. Y ello no es más que una consecuencia lógica del carácter limitado de todos los derechos pues, como se observa incluso en el ámbito de los derechos más esenciales, como son los fundamentales, no hay derecho absoluto. Así, la justificación de los límites que se pueden establecer a los derechos se encuentra en la colisión de estos con otros, o con otro tipo de intereses que se consideran dignos de protección.

En el caso de los derechos de autor, el fundamento de su limitación se encuentra en la necesidad de mantener un adecuado equilibrio entre el debido respeto a los derechos del autor sobre su obra y el interés general de la sociedad y las libertades y derechos fundamentales de los usuarios, pues en la consecución de dicha armonía entre los intereses enfrentados se encuentra el logro del objetivo último de la regulación de los derechos de autor: la difusión de la cultura y con ella, el desarrollo de las sociedades<sup>164</sup>.

Siendo ello así, la clasificación tradicional de los límites elaborada por el profesor HUGENHOLTZ se basa en la distinción de los mismos en función de los fundamentos que justifican su establecimiento: la protección de derechos fundamentales, la garantía de un interés público y la existencia de un fallo de mercado o por razones prácticas<sup>165</sup>. Así, el autor incorpora el límite de la ilustración entre aquellos que encuentran su origen en consideraciones

---

<sup>163</sup> Vid. *supra* subepígrafe 1.2 del presente Capítulo.

<sup>164</sup> Así, entre otros, DUSOLLIER, S.; POULLET, Y.; BYUDENS, M., «Derecho de autor y acceso a la información en el contexto numérico», *BDA*, Vol. XXXIV, nº 4, 2000, p. 5; GEIGER, C., *Droit d'auteur et droit du public à l'information*, París, 2004, p. 7 y FORNS, J., «Derecho de propiedad intelectual en sus relaciones con el interés público y la cultura», *ADC*, vol. IV, nº 3, 1951, p. 991.

<sup>165</sup> «Adapting Copyright to the Information Superhighway», en *The Future of Copyright in a Digital Environment*, B. Hugenholtz (ed.), La Haya, Kluwer, 1996, p. 94.

de interés público, en concreto, en la educación, y no tanto en la salvaguarda de los derechos fundamentales del usuario de la obra.

GEIGER, por su parte, atendiendo a la realidad de que las excepciones normalmente tienen su origen en más de un fundamento, aunque uno pueda ser el predominante, prefiere clasificar las limitaciones según si su justificación se encuentra en el derecho del público a la información de forma principal o accesoria<sup>166</sup>. No obstante, considera que la excepción objeto de estudio no se justifica a título principal por un derecho fundamental, sino que lo hace a título accesorio<sup>167</sup>.

Llama la atención a este respecto que ambos autores consideren que el límite de cita deriva del derecho a la libertad de expresión y, por ello, debe ser incorporado en el grupo de limitaciones de mayor peso sobre la propiedad intelectual y, en cambio, no concluyan lo mismo en relación con el derecho a la educación. Ciertamente, la investigación se corresponde con una política pública cuya mayor o menor promoción depende del Estado y su protección en los textos internacionales ha sido, por ello, más laxa. En cambio, el derecho a la educación se ha vinculado directamente con el pleno desarrollo de la personalidad del individuo, derecho este último sobre el que se erigen todos los demás, incluido el de la libertad de expresión que justifica la cita. Asimismo, debe tenerse en cuenta que existe una especial vinculación entre los límites de cita y de la ilustración a la enseñanza, lo que llevó a algunos legisladores a confundirlos<sup>168</sup>.

Por nuestra parte, entendemos que la clasificación de las excepciones debería llevarse a cabo en atención a la existencia de un derecho fundamental subyacente o no al reconocimiento de la excepción en cuestión. Así, por ejemplo, la excepción que admite el uso de obras musicales en actos públicos no puede entenderse comprendida entre las limitaciones justificadas por un derecho fundamental. En cambio, consideramos que la excepción de la ilustración con fines educativos y de investigación científica sí que hunde sus raíces en un derecho fundamental que, además, en el caso español, se encuentra especialmente protegido, a diferencia del de propiedad intelectual. La consecuencia primordial de dicha conclusión es que en la interpretación que se haga de la excepción de la ilustración no debe primar la regla

---

<sup>166</sup> GEIGER, C., *Droit d'auteur...*, cit., p. 243.

<sup>167</sup> GEIGER, C., SCHÖNHERR, F., «Articles 5 and 6 (4)», in *EU Copyright Law. A Commentary*, I. Stamatoudi; P. Torremans (eds.), Cheltenham, Northampton, 2014, p. 442.

<sup>168</sup> Ejemplo de ello lo constituye el legislador español, tal y como se tendrá ocasión de analizar en el epígrafe 1 del Capítulo III (*vid. infra*).

general de exégesis restrictiva de las normas limitativas, sino que ha de tenerse presente el derecho que justifica su establecimiento en plano de igualdad con el derecho que restringe. En definitiva, y como es propio del ámbito de los derechos humanos, los conflictos entre derechos deben ser resueltos en atención a criterios de proporcionalidad y equilibrio de intereses.

### 3.2. Su naturaleza jurídica y la cuestión terminológica: ¿excepción, limitación o derecho?

Las normas que limitan los derechos de autores en las distintas legislaciones nacionales han adoptado diferentes denominaciones. Así, en Alemania y España se utiliza el término de «límites»; en Reino Unido se utiliza la expresión «actos autorizados»; en Francia, se establece que «el autor no puede prohibir» determinados actos y en Italia se emplea indistintamente «excepciones y limitaciones». Al igual que Italia, la UE también utiliza en sus Directivas los términos «excepciones y limitaciones», pareciendo que los mismos fueran sinónimos. Pero ¿se refieren todos estos vocablos a una misma realidad?

Como ya se señaló al inicio de esta investigación, a lo largo de la misma serán utilizados indistintamente las palabras límites, limitaciones y excepciones con la única finalidad de evitar constantes reiteraciones. No obstante, la doctrina de los distintos países no considera que sean equivalentes y ello, en ocasiones, deriva de la propia naturaleza jurídica que se ha venido a dar a las excepciones.

En el ámbito internacional se ha considerado con frecuencia que el término «excepción» se refiere a actos de explotación incardinados en el derecho del autor y que el legislador autoriza a realizar sustrayendo de este modo parte de la exclusiva del autor en favor del interés general que corresponda. En cambio, la «limitación» es la norma que delimita los contornos del derecho de propiedad intelectual. Siguiendo la imagen de GEIGER al respecto, la excepción es un islote de libertad en un mar de exclusividad, mientras que la limitación es un islote de derecho exclusivo en un mar de libertad<sup>169</sup>. La preferencia por una u otra denominación en el ámbito de la doctrina depende, fundamentalmente, de la posición que se adopte: si se opta por la consideración de que debe darse una máxima protección al autor, se utilizará la primera expresión y si se opta por favorecer el uso de obras y fomentar el acceso a las mismas, se preferirá la segunda<sup>170</sup>. Ello es así porque este entendimiento de los conceptos

---

<sup>169</sup> *Droit d'auteur...*, cit., p. 195.

<sup>170</sup> En este sentido, BURRELL, R. y COLEMAN, A. señalan que uno de los problemas con los que se enfrenta el investigador que estudia el régimen de excepciones es que no existe un lenguaje neutral para describir la materia objeto de análisis. *Copyright Exceptions: The Digital Impact*, Cambridge, 2005, p. 10.

implica que, en el caso de la excepción, la norma en que ella consista habrá de ser interpretada necesariamente de forma restrictiva, y, en cambio, en el caso de la limitación, ello no será así. En el primer caso, la norma limitativa se considera únicamente como un medio de defensa del sujeto autorizado por la misma, mientras que, en el supuesto de la limitación, se ha llegado a considerar que la norma atribuye un derecho al sujeto amparado para realizar el acto en cuestión. En este último supuesto, no obstante, no se trataría de un derecho subjetivo en sentido técnico, sino como señala DUSOLLIER, sino de una libertad o una ausencia de prohibición<sup>171</sup>.

Por su parte, RICKETSON considera que las limitaciones son las normas que excluyen determinados tipos de obras de la protección autoral y las excepciones, aquellas que autorizan usos de la obra sin el consentimiento del creador<sup>172</sup>.

En la doctrina española la distinción entre uno y otro concepto deriva de la gratuidad o no del uso autorizado por la norma limitativa. Así, si el límite autoriza un uso gratuito de la obra, se utilizará el término excepción y si, en cambio, lleva aparejado una remuneración o compensación en favor del autor, se empleará el de limitación<sup>173</sup>. En consecuencia, y de acuerdo con la excepción vigente de la ilustración en el TRLPI, el art. 32.3 contempla una excepción y el art. 32.4 una limitación o, como también se ha defendida en la doctrina, una licencia legal<sup>174</sup>.

En el contexto de las Directivas europeas sobre derechos de autor, lo cierto es que, hasta el momento, parecía que los términos «limitaciones y excepciones» se utilizaban indistintamente. En este sentido, DREIER entiende que los términos «excepciones y limitaciones» empleados en el art. 5 DDASI deben ser interpretados de forma equivalente y no como derogaciones a los derechos exclusivos (límites extrínsecos), sino como elementos que definen los contornos del conjunto de facultades concedido a los autores (límites intrínsecos)<sup>175</sup>. Siendo ello así, no cabe aplicar criterio alguno de interpretación restrictiva de

---

<sup>171</sup> *Droit d'auteur et protection des oeuvres dans l'univers numérique. Droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des oeuvres*, 2007, Bruselas, p. 483.

<sup>172</sup> *Estudio sobre las limitaciones y excepciones relativas al derecho de autor y a los derechos conexos en el entorno digital*, Ginebra, 2003, pp. 3 y 4. Disponible en: [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/scrr\\_9/scrr\\_9\\_7.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/scrr_9/scrr_9_7.pdf).

<sup>173</sup> Así, por todos, DELGADO PORRAS, A., «La incorporación de la Directiva 2001/29 al derecho español de propiedad intelectual (derecho de autor y derechos afines al de autor)», *RIDA*, nº 210, p. 31.

<sup>174</sup> A ellas se refiere BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «Límites al derecho de autor», en VV.AA, *Protección y límites del derecho de autor de los creadores visuales. Seminario Diego Rivera e Ignacio Zuloaga de Derechos de Autor de los creadores visuales*, Madrid, 2006, p. 93.

<sup>175</sup> En palabras del autor, «limitations are not “exceptions”, but, rather, as genuine “limitations” constitute an essential instrument to define the scope of protection». «Thoughts on revising the limitations on copyright under

las limitaciones. No obstante, el TJUE ha intentado diferenciar los conceptos de forma algo confusa, señalando que el «derecho exclusivo puede ser, según las circunstancias, o totalmente eliminado, como excepción, o sólo limitado. No se descarta que tal limitación pueda suponer, parcialmente, en función de las distintas situaciones particulares que regula, una exclusión, una restricción, o incluso el mantenimiento de dicho derecho»<sup>176</sup>. Podría entenderse que el legislador comunitario se está refiriendo a la distinción llevada a cabo por la doctrina española. En cualquier caso, lo cierto es que ya no es posible sostener la equivalencia de ambos términos en el ámbito europeo tras la publicación de la Propuesta de Directiva sobre los derechos de autor en el mercado único digital<sup>177</sup>. En su seno, se establecen un conjunto de «excepciones» como obligatorias, como la de minería de textos y datos (art. 3) y la conservación del patrimonio cultural (art. 5). En cambio, en el caso del art. 4, relativo precisamente a la utilización de obras y otras prestaciones en actividades pedagógicas digitales y transfronterizas, el legislador europeo dispone que los Estados miembros establecerán una «excepción o limitación» y a las dos opciones se refiere en los distintos considerandos referidos a este precepto. No obstante, no se distingue en ningún momento el contenido de ambos conceptos. La única diferencia que encontramos entre las «excepciones» de los arts. 3 y 5 y la «excepción o limitación» del art. 4 es que en esta última se prevé la posibilidad de que se establezca una indemnización justa en favor del autor, lo que no se contempla en las anteriores. De ahí que podamos concluir que el legislador comunitario, de forma similar a como distingue la doctrina española ambos conceptos, se refiere a los límites gratuitos de los arts. 3 y 5 como excepciones, porque son gratuitos, y al art. 4 como excepción o limitación en función de si el legislador nacional decide incorporar o no una compensación al autor por el uso.

Sea cual fuere la denominación y conceptualización empleada, optamos por considerar que el límite de la ilustración con fines educativos o de investigación científica debería es una norma delimitadora de los contornos del derecho de propiedad intelectual cuando colisiona con el derecho a la educación y la libertad del desarrollo de la ciencia. En consecuencia, los

---

Directive 2001/29», *JIPL&P*, nº2, 2015, pp. 139 y 140. En el mismo sentido, BENABOU, V.-L., «La transposition des directives en droit interne: l'exemple du droit d'auteur», *Legicom*, nº 30, 2004, p. 25.

<sup>176</sup> STJUE, *Verwertungsgesellschaft Wort (VG Wort) y Kyocera*, anteriormente *Kyocera Mita Deutschland GmbH, Epson Deutschland GmbH, Xerox GmbH (C-457/11), Canon Deutschland GmbH (C-458/11)*, y entre *Fujitsu Technology Solutions GmbH (C-459/11), Hewlett-Packard GmbH (C-460/11)* y *Verwertungsgesellschaft Wort (VG Wort)*, de 27 de junio de 2013, asuntos acumulados C-457/11 a C-460/11, apartado 33.

<sup>177</sup> Propuesta de Directiva sobre los derechos de autor en el mercado único digital, de 14 de septiembre de 2016, 2016/0280 (COD), en adelante, Propuesta de Directiva MUD.



términos de la excepción o limitación en favor de la enseñanza y la investigación deben interpretarse de un modo que, sin perjudicar los intereses del autor, permitan contribuir a la consecución de dichos fines. En definitiva, en la exégesis de la limitación en cuestión debe regir la máxima del equilibrio de los intereses en juego<sup>178</sup>.



Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante

---

<sup>178</sup> GEIGER, C. considera que la aplicación de este criterio en el ámbito de las excepciones y las limitaciones aporta al régimen de la propiedad intelectual una necesaria «dimensión ética». «The Role of the Court of Justice of the European Union: Harmonizing, Creating and sometimes Disrupting Copyright Law in the European Union», en *New Developments in EU and International Copyright Law*, I. Stamatoudi (ed.), Países Bajos, 2016, pp. 442-443.

## **CAPÍTULO II. REGULACIÓN INTERNACIONAL DEL LÍMITE DE LA ILUSTRACIÓN CON FINES EDUCATIVOS Y DE INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA, CON ESPECIAL ATENCIÓN AL DERECHO COMPARADO**

### 1. Planteamiento del capítulo

El método comparado resulta esencial en la ciencia jurídica, pues permite, a través de la confrontación de las distintas regulaciones de una materia, identificar los elementos de cada una de ellas que se consideran más adecuados para su correcta reglamentación. Pero, además, dicho método adquiere especial relevancia en el ámbito de la propiedad intelectual, puesto que el desarrollo de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (en adelante, TIC) e internet han traído consigo la expansión de la explotación de obras a nivel transnacional. Este hecho unido al desarrollo del mercado único digital en el ámbito de la UE exige que se conozca el Derecho nacional de los países, al menos, de nuestro entorno, para no sólo mejorar la aplicación del propio Derecho nacional, sino también contribuir al proceso de armonización de la excepción de la ilustración con fines educativos o de investigación científica mediante la proposición de medidas tendentes a alcanzar los objetivos pretendidos por la UE en esta materia<sup>179</sup>.

De ahí que el presente capítulo tenga por objeto determinar el alcance de la excepción de la ilustración con fines educativos y de investigación científica prevista en los principales textos internacionales que la regulan: el CB y la DDASI. Para ello, y dada la amplitud de los términos empleados por dichos instrumentos legales, será necesario hacer referencia al modo en que los elementos de la excepción han sido incorporados por algunos Estados miembros, en concreto, por Alemania, Francia, Italia y Reino Unido.

Asimismo, dicha regulación internacional se verá complementada por las novedades que en materia de excepciones en favor de la enseñanza y la investigación se están desarrollando en el seno de la Unión Europea.

Todo ello, permitirá dilucidar en el Capítulo III en qué medida la excepción de la ilustración con fines educativos prevista en el TRLPI se ajusta a las posibilidades ofrecidas por el CB y la DDASI.

---

<sup>179</sup> Vid. LEISTNER, M., «El derecho comparado en la propiedad intelectual: importancia técnica y relevancia práctica», *RDP*, nº 4, 2007, p. 67.

## 2. Panorámica de la regulación del límite de la ilustración con fines educativos en determinados Estados miembros

Aunque la limitación objeto de estudio ha sido prevista en diferentes instrumentos jurídicos internacionales y comunitarios, siendo incorporada, en consecuencia, a la totalidad de las leyes sobre propiedad intelectual de los Estados miembros de la UE, su redacción difiere considerablemente de unas a otras, haciendo especialmente complejo su análisis. Por ello, el objeto de la presente investigación ha tenido que ser reducido al estudio de la limitación de la ilustración prevista en la normativa de determinados Estados miembros<sup>180</sup>, si bien el análisis de otras legislaciones de nuestro entorno jurídico recientemente reformadas o especialmente desarrolladas en dicho aspecto, como la de Bélgica, por ejemplo, podrán servir para continuar dicha línea investigadora. Así, han sido cuatro los Estados miembros escogidos para realizar un estudio comparado de la excepción a examen, Alemania, Francia, Italia y Reino Unido, por las razones que se expondrán a continuación.

### 2.1 Alemania

Toda investigación que tenga por objeto el estudio de excepciones y limitaciones a los derechos de autor a nivel de Derecho comparado europeo debe tener especialmente en cuenta la concepción alemana de la materia. Ello es así porque el modelo alemán no prejuzga qué intereses deben prevalecer, si los del autor o los de la sociedad, sino que se basa en el necesario «equilibrio» que debe existir entre ellos en función del caso y los derechos afectados, lo que determina que las limitaciones deban ser interpretadas a la luz de la libertad del arte y de los

---

<sup>180</sup> No obstante, existen estudios en el contexto de la OMPI que se refieren a la excepción de la ilustración con fines educativos y de investigación por regiones: FOMETEU, J., *Estudio sobre las limitaciones y excepciones al derecho de autor y derechos conexos en beneficio de la enseñanza en África*, Ginebra, 2009, disponible en: [http://www.wipo.int/meetings/es/doc\\_details.jsp?doc\\_id=130241](http://www.wipo.int/meetings/es/doc_details.jsp?doc_id=130241); MONROY RODRÍGUEZ, J. C., *Estudio sobre las limitaciones o excepciones al derecho de autor y los derechos conexos en beneficio de las actividades educativas y de investigación en América Latina y el Caribe*, Ginebra, 2009, disponible en: [http://www.wipo.int/meetings/es/doc\\_details.jsp?doc\\_id=130303](http://www.wipo.int/meetings/es/doc_details.jsp?doc_id=130303); SENG, D., *Estudio de la OMPI sobre las excepciones al derecho de autor con fines docentes en Asia y Australia*, Ginebra, 2009, disponible en: [http://www.wipo.int/meetings/es/doc\\_details.jsp?doc\\_id=130249](http://www.wipo.int/meetings/es/doc_details.jsp?doc_id=130249); XALABARDER PLANTADA, R., *Estudio sobre las limitaciones y excepciones del derecho de autor para actividades educativas en América del norte, Europa, los países Cáucaso, Asia central e Israel*, Ginebra, 2009, disponible en: [http://www.wipo.int/meetings/es/doc\\_details.jsp?doc\\_id=130393](http://www.wipo.int/meetings/es/doc_details.jsp?doc_id=130393); NABHAN, V., *Estudio sobre las excepciones con fines docentes en los países árabes*, Ginebra, 2009, disponible en: [http://www.wipo.int/meetings/es/doc\\_details.jsp?doc\\_id=130302](http://www.wipo.int/meetings/es/doc_details.jsp?doc_id=130302). Asimismo, recientemente ha sido publicado un nuevo estudio que contempla la excepción relacionada con actividades educativas en la legislación de los 191 Estados pertenecientes a la OMPI a fecha de agosto de 2017: SENG, D., *Updated study and additional analysis of study on copyright limitations and exceptions for educational activities*, Ginebra, 2017, disponible en: [http://www.wipo.int/meetings/en/doc\\_details.jsp?doc\\_id=390249](http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=390249).

derechos constitucionalmente reconocidos<sup>181</sup>. Ello supone una traslación al derecho de autor del principio general alemán del «anclaje social» o «Sozialbindung des Privatrechts» que rige en su Derecho privado, en virtud del cual todos los derechos privados están limitados por los condicionantes sociales. En consecuencia, y según la fórmula equivalente en el ámbito de los derechos de autor denominada «Sozialbindung des Urheberrechts», los derechos del autor están sujetos a limitaciones que delimitan sus contornos en función de las necesidades de la sociedad, debiendo dichas limitaciones permitir que la obra pueda ser conocida por el mayor número de personas posible una vez divulgada<sup>182</sup>. De acuerdo con dicho principio, por tanto, será posible una interpretación amplia o al menos, no en todo caso estricta de las excepciones en función de las circunstancias del caso concreto y los intereses en juego<sup>183</sup>. De ahí que la propia legislación alemana haya preferido el término «Schranken», equivalente a limitaciones, al de «Ausnahmen» o excepciones.

Específicamente en relación con la excepción de la ilustración con fines educativos y de investigación, la UrhG destaca por la importancia que tradicionalmente le ha otorgado al contemplarla en diferentes preceptos en función del uso de la obra amparado por la misma<sup>184</sup>. Así, y hasta la reciente reforma de la ley, el §46 UrhG autorizaba la utilización de obras ajenas para la creación de colecciones para su uso escolar, es decir, recogía la conocida excepción de

---

<sup>181</sup> Así lo declaró el *Bundesverfassungsgericht* o Tribunal Constitucional alemán (en adelante, BVerfG) en el apartado 23 de su sentencia 29 de junio de 2000 (Caso 1 BvR 825/98), en el denominado caso Alemania III en relación con la excepción de la cita. BVerfG 29 juni 2000, *NJW*, 2001, p. 598.

<sup>182</sup> Además, señala GEIGER, C. que este principio se justifica en mayor medida en el derecho de autor que en el resto de los derechos de naturaleza privada, pues la finalidad última del autor con la divulgación de su obra no es otra que la de la difusión más extensa posible de la misma en el seno de la sociedad. *Droit d'auteur...*, cit., pp. 99.

También explica dicho principio STROWEL, A., *op. cit.*, p. 250, citando a ULMER, E.

<sup>183</sup> Tal y como estableció el *Bundesgerichtshof* o Tribunal Supremo alemán (en adelante, BGH) en el apartado 29 de su sentencia de 11 de julio de 2002 (Caso I ZR 255/00, BGH 11 juni 2002, *NJW*, 2002, p. 3393) relativa a la excepción sobre el uso de revistas de prensa electrónicas, «en cualquier caso, además de los intereses del autor, también es necesario atender a los intereses protegidos por las disposiciones relativas a las limitaciones y, de acuerdo con la función que las mismas pretenden cumplir, tener en cuenta dichos intereses en su interpretación» (la traducción es nuestra). De modo que, excepcionalmente, podrá llevarse a cabo una interpretación extensiva de las limitaciones a los derechos del autor, de acuerdo con los apartados 27 y 28 de la misma resolución.

<sup>184</sup> Parecen seguir este sistema de «excepción por uso» en la enseñanza y la investigación otros Estados miembros, como Austria, cuya excepción de la ilustración comprende los arts. 42 (6), 42g, 45 (1), 51 (1), 54 (1) 3., 56 c y 59 c *Bundesgesetz über das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Kunst und über verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz)*, Nr. 99/2015 o Bélgica, que la prevé en los arts. XI. 189. § 2; XI.190. 4º, 6º, 7º y 8º; XI.191. §1. 2º, 3º y 4º y XI. 217. 4º, 5º, 6º y 10º del *Code de Droit Économique*, de 28 de febrero de 2013, tras la inclusión de las disposiciones relativas a la «propriété littéraire et artistique» en dicho Código por medio de las Leyes de 10 y 19 de abril de 2014, cuya entrada en vigor tuvo lugar el 1 de enero de 2017.

las antologías<sup>185</sup>; el §47 se refería a la grabación de emisiones destinadas a la enseñanza<sup>186</sup>; el §52 permitía la realización de representaciones escolares<sup>187</sup>; el §52a autorizaba la puesta a disposición del público de obras en la instrucción y la investigación<sup>188</sup> y el §53 contemplaba la reproducción reprográfica de obras para la investigación en el apartado (2) 1. y para la enseñanza en el apartado (3)<sup>189</sup>.

No obstante, este sistema de «excepción por uso» ha sido abandonado tras la última reforma de la UrhG operada por el art. 1 de la *Urheberrechts-Wissensgesellschafts-Gesetz* (en adelante, UrhWissG), cuya entrada en vigor tuvo lugar el 1 de marzo de 2018<sup>190</sup>. Dicho precepto ha venido a modificar completamente el panorama de las excepciones alemanas en favor de la enseñanza y la investigación. En concreto, la UrhWissG ha incorporado un nuevo Subcapítulo IV («Gesetzlich erlaubte Nutzungen für Unterricht, Wissenschaft und Institutionen») o «Usos legalmente permitidos en educación, investigación e instituciones») al Capítulo VI de la UrhG, regulador de las limitaciones a los derechos del autor. De este modo, el legislador alemán ha recogido en un único Subcapítulo de la ley todas las limitaciones concernientes a las actividades educativas y de investigación, anteriormente dispersas en el conjunto general de las limitaciones previstas en el Subcapítulo I, con el objeto de simplificar la regulación de la materia<sup>191</sup>. Con esta reforma, las excepciones relativas a la enseñanza quedan reducidas a los §§47, en relación con la grabación de emisiones destinadas a la

---

<sup>185</sup> En cuanto a dicho precepto, *vid.* BENABOU, V.-L., *L'exception au droit d'auteur pour l'enseignement et la recherche ou la recherche d'une conciliation entre l'accès à la connaissance et le droit d'auteur*, 2003, pp. 92-96, disponible en: [https://edutice.archives-ouvertes.fr/file/index/docid/1570/.../Juri5\\_Benabou\\_V2.doc](https://edutice.archives-ouvertes.fr/file/index/docid/1570/.../Juri5_Benabou_V2.doc); GEIGER, C., *Droit d'auteur...*, *cit.*, p. 244 y VON LEWINSKI, S., «Les limitations à des fins d'enseignement et de recherche en droit allemand», en *Les exceptions au droit d'auteur. État des lieux et perspectives dans l'Union européenne*, A. Lucas; P. Sirinelli; A. Bensamoun (dirs.), París, 2012, p. 150. Sobre sus orígenes, *vid. supra* Capítulo I.

<sup>186</sup> Cabe destacar que este precepto sigue en vigor actualmente, si bien se planteó su supresión con la última reforma de la UrhG. Se trata, por tanto, de la única limitación relativa a la enseñanza que no ha sido suprimida ni modificada tras la reforma operada por la UrhWissG.

<sup>187</sup> *Vid.* BENABOU, V.-L., *L'exception au droit...*, *cit.*, pp. 87-91 y VON LEWINSKI, S., «Les limitations...», *op. cit.*, p. 151.

<sup>188</sup> *Vid.* HOEREN, T., «Les limitations au droit d'auteur en droit allemand», en *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe. Rencontres franco-allemandes*, R. M. Hilty y C. Geiger (dirs.), 2007, Múnich, París, pp. 306 y 307; GEIGER, C., *Droit d'auteur...*, *cit.*, p. 374-376 y VON LEWINSKI, S., «Les limitations...», *op. cit.*, pp. 152 y 153.

<sup>189</sup> Sobre el mismo, *vid.* VON LEWINSKI, S., «Les limitations...», *op. cit.*, p. 151 y GEIGER, C., *Droit d'auteur...*, *cit.*, pp. 243 y 244.

<sup>190</sup> *Gesetz zur Angleichung des Urheberrechts an die aktuellen Erfordernisse der Wissensgesellschaft*, vom 1. September 2017. Sobre el contexto en el que tuvo lugar la reforma, *vid.* BERGER, C., «Urheberrecht in der Wissensgesellschaft», *GRUR*, nº 10, 2017, pp. 953 y 954.

<sup>191</sup> Conviene señalar que, junto a las limitaciones específicas en favor de la docencia y la investigación, el nuevo Subcapítulo IV incorporado por la UrhWissG también contiene otras excepciones que podríamos considerar coadyuvantes a aquellas: las establecidas en favor de bibliotecas (art. §60e) y archivos, museos y establecimientos educativos (art. §60f).

enseñanza; §60a, en cuanto a la reproducción, distribución y comunicación pública de obras en la enseñanza, y §60b UrhG, en favor de la creación de materiales docentes. Por su parte, se regulan de forma independiente las limitaciones con finalidad de investigación en los §60c UrhG, con carácter general, y §60d sobre la denominada técnica de la minería de textos y datos (en adelante, TDM).

Asimismo, con la reforma se han establecido una serie de disposiciones comunes que resultan de aplicación a estas nuevas limitaciones de la enseñanza previstas en los §60a y §60b UrhG y a la investigación, en los §60c y §60d. En primer lugar, el novedoso §60g (1) UrhG establece que el titular de derechos no podrá hacer valer aquellos acuerdos o licencias que restrinjan o prohíban la realización de los actos permitidos de acuerdo con las limitaciones de la enseñanza y la investigación señaladas, pues dichas restricciones o prohibiciones irían en detrimento de las personas amparadas por las mismas. Se acaba así con la primacía del acuerdo de las partes sobre la limitación legalmente establecida que había declarado el propio BGH en el caso *Meilensteine der Psychologie*<sup>192</sup>. En segundo lugar, el §60h UrhG establece un principio general de remuneración equitativa de gestión colectiva obligatoria por los actos de explotación permitidos en el Subcapítulo IV, sobre los usos legalmente permitidos en la enseñanza, la investigación y otras instituciones previstos en el nuevo Capítulo VI UrhG<sup>193</sup>, determinando en sus diferentes apartados los criterios para el cálculo de dicha remuneración en función del acto de explotación de la obra de que se trate.

Por último, cabe destacar que la UrhG prevé dos preceptos de aplicación general destinados al respeto a los derechos de integridad de la obra (§62) y de paternidad del autor (§63 UrhG) cuando se hagan usos de obras ajenas al amparo de las limitaciones contenidas en dicha ley.

## 2.2 Francia

A diferencia del modelo alemán, la concepción francesa de la regulación de la propiedad intelectual parte de la protección, en primer lugar, de los intereses del autor, es decir, es un

---

<sup>192</sup> Se trata del asunto I ZR 76/12, *Meilensteine der Psychologie* resuelto en sentencia del BGH 18 november 2013, *GRUR*, nº 6, 2014, p. 549, párrafos 65 y 66. En el supuesto en cuestión se discutía si la puesta a disposición de 91 páginas de una obra de 500 páginas por parte de la universidad de educación a distancia de Hagen en favor de los 4000 estudiantes inscritos en psicología podía quedar amparada por la limitación del anterior §52a UrhG, referido a la puesta a disposición de obras en el ámbito educativo.

<sup>193</sup> Conviene destacar a este respecto que, por lo tanto, esta remuneración no se aplica en el caso de las reproducciones de emisiones para la enseñanza previstas en el §47 UrhG, limitación no contenida en el Capítulo VI UrhG.

sistema autor-centrista<sup>194</sup>, de modo que las limitaciones a sus derechos constituyen una excepción a la regla general que debe ser interpretada en todo caso de forma restrictiva<sup>195</sup>. Así, el estudio de cualquier excepción en los sistemas francés y alemán de derecho de autor resulta de especial interés, por cuanto ofrece dos visiones distintas, pero podría considerarse, complementarias de dicha limitación: desde la perspectiva de la afectación al autor, en el caso del CPI francés<sup>196</sup>, y desde la óptica de los intereses generales, en la UrhG alemana.

En cuanto a la excepción con fines educativos o de investigación, conocida en el ámbito francés como «*exception pédagogique*», su incorporación en el CPI se puede considerar

---

<sup>194</sup> Reflejo de la máxima expresión de esta concepción se encuentra en la definición del derecho de autor de PARES, P., al calificarlo de un «*droit absolu*», de manera que «*aucune considération de quelque sorte qu'elle soit ne prévaut en France contre la volonté de l'auteur*». «*La conception française du droit d'auteur*», *RIDA*, nº 2, 1954, p. 9.

<sup>195</sup> En este sentido, SIRINELLI, P. considera que las excepciones establecidas por los legisladores a la propiedad intelectual atienden adecuada y suficientemente a los intereses de la sociedad, de modo que la utilización de criterios ajenos a los establecidos en las mismas para ampliar sus contornos en favor del interés público, como el derecho a la información, traería consigo un «efecto demoleador», pues «¿De qué sirve construir un sistema que sopesa tanto los intereses de unos como las aspiraciones de otros si es para verlo destruido por otras teorías?». *Excepciones y limitaciones al derecho de autor y los derechos conexos*, Ginebra, 1999, pp. 23 y 42, disponible en: [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/wct\\_wppt\\_imp/wct\\_wppt\\_imp\\_1.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/wct_wppt_imp/wct_wppt_imp_1.pdf). Del mismo modo lo entienden POLLAUD-DULAIN, F., *op. cit.*, pp.72-79; GAUTIER, P.-Y., *Propriété littéraire et artistique*, París, 9ª ed., 2015, p. 346 y ALLEAUME, C., «*Les exceptions à des fins d'enseignement et de recherche en droit français*», en *Les exceptions au droit d'auteur. État des lieux et perspectives dans l'Union européenne*, A. Lucas; P. Sirinelli; A. Bensamoun (dirs.), París, 2012, p. 137; y considera igualmente que existe un principio de interpretación *in favorem auctoris* en el sistema de propiedad literaria configurado por la Ley francesa de 1957 e incluso por la DDASI, GALOPIN, B., *Les exceptions à usage public en droit d'auteur*, París, 2012, pp. 88, 89, 290 y 291. De hecho y sobre la preeminencia de la figura del autor en el sistema de propiedad intelectual en Francia, el propio *Conseil Constitutionnel* o Tribunal Constitucional francés en su Decisión nº 2006-540 DC de 27 de julio de 2006, en cuanto a la constitucionalidad de ciertos preceptos de la *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, Ley nº 2006-961 de 1 de agosto de 2006, señaló en el considerando nº 29 «(...) qu'afin de sauvegarder l'économie de la création et d'assurer l'harmonisation des échanges de biens et services culturels dans l'Union européenne, les États membres doivent faire prévaloir les droits des auteurs et des titulaires de droits voisins».

<sup>196</sup> No obstante, se está produciendo un movimiento en la doctrina francesa favorable a una mayor flexibilidad del sistema de derechos de autor y, en especial, en cuanto al modo de interpretación de las excepciones y limitaciones. Así, y como exponente de dicha tendencia, GEIGER, C. opta por la sustitución de la regla general de interpretación en el ámbito de la propiedad intelectual de *in dubio pro auctore*, por el test de proporcionalidad que se aplica en los supuestos de conflicto entre derechos humanos. *Droit d'auteur et droit du public à l'information*, París, 2004, pp. 51, 52 y 100. Además, y en favor de una interpretación flexible de las excepciones al derecho de autor, el mismo autor señala que «the prime beneficiaries of the exceptions are often the authors themselves». «*Creating Copyright Limitations Without Legal Basis: The "Buren" Decision, a Liberation?*», *IIC*, vol. 36, nº 7, 2005, p. 848. En el mismo sentido, *vid.* VIVANT, M., «*Analyse critique et prospective. Un point de vue français*», en *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe. Rencontres franco-allemandes*, R. M Hilty y C. Geiger (dirs.), Múnich, París, 2007, pp. 96 y 97 y del mismo modo se expresa el autor en VIVANT, M.; BRUGUIÈRE, J.-M., *Droit d'auteur et droits voisins*, París, 3ª ed., 2015, p. 538 y BERTRAND, A., *Le Droit d'Auteur et les Droits Voisins*, París, 2ª ed., 1999, pp. 79 y 80.

Incluso en la jurisprudencia, ya existen algunas sentencias en las que incluso se llega a aplicar una excepción no prevista en el texto legal. Es el caso de la Sentencia de la *Cour de Cassation, Chambre civile 1*, de 15 de marzo de 2005, 03-14.820, en la que el Tribunal, sin existir en la legislación francesa la denominada excepción de panorama, consideró que no había infracción del derecho de los autores del diseño de la *Place des Terreaux* en Lion en un supuesto de reproducción y venta de postales en las que aparecía fotografiada dicha plaza. *Vid.* GEIGER, C., «*Creating Copyright Limitations...*», *cit.*, pp. 843-846.

relativamente reciente, pues tuvo lugar con ocasión de la transposición de la DDASI por medio del art. 1 de la *Loi n° 2006-961 du 1 août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, si bien no entró en vigor hasta el 1 de enero de 2009, de acuerdo con el mismo precepto<sup>197</sup>. Hasta dicho momento, las necesidades de la enseñanza y la investigación se consideraban cubiertas por la aplicación de otras limitaciones<sup>198</sup>, como la de copia privada (art. L122-5 2ª CPI) o la de cita (art. L122-5 3º a) CPI). No obstante, dichas limitaciones no eran capaces de abarcar los distintos usos que en ocasiones requiere la utilización de obras ajenas en el ámbito educativo<sup>199</sup>.

En la actualidad, Francia únicamente prevé la excepción de la ilustración para la enseñanza y la investigación en tres preceptos: uno para el supuesto de los derechos de autor en general (art. L122-5.3ºe) CPI); otro, como límite aplicable a los derechos conexos (art. L211-3.3º, cuarto párrafo CPI) y el último, en relación con los derechos del productor de bases de datos no originales en particular (L342-3.4º CPI), reproduciendo estos dos últimos preceptos el contenido de la excepción general<sup>200</sup>. Pero con base en los mismos se ha

---

<sup>197</sup> Sobre los intensos debates que dieron lugar a la aprobación de esta excepción, *vid.*, DESURMONT, T., «La transposition en France de la Directive 2001/29/CE sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information», *RIDA*, n° 210, 2006, pp. 125-127; LEBOIS, A., «Les exceptions a des fins de recherche et d'enseignement, la consécration?», *RLDI*, n° 25, marzo, 2007, p. 19 y LUCAS-SCHLOETTER, A., «La loi française du 1er août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information», *pe. i*, n° 25, 2007, p. 25.

De hecho, algunos autores consideran innecesaria esta excepción, como es el caso de POLLAUD-DULAIN, F., para quien hubiera sido preferible que los usos de obras en la enseñanza y en la investigación se hubieran regido por la negociación entre entidades de gestión colectiva y los organismos interesados en tales usos, como los centros de enseñanza y de investigación. *Op. cit.*, p. 882. Asimismo, GRANCHET, A. considera que la relación entre las necesidades de la enseñanza y las exigencias del derecho de autor no requiere el establecimiento de una excepción en favor de las primeras, sino una mayor sensibilización con las segundas por parte del sector educativo. «Enseignement et droit d'auteur», *Com. Com. Électr.*, n° 12, 2005, p. 21.

<sup>198</sup> En este sentido, SALCZER-SÁNCHEZ, M., «Le droit d'auteur et les nécessités de l'enseignement», *RIDA*, n° 110, octubre 1981, pp. 147, en cuanto a la cita, y pp. 149-152, sobre la aplicación de la copia privada en el ámbito de la enseñanza; GALOPIN, B., *op. cit.*, p. 163; DUPUIS, M., «Le droit de citation des oeuvres et le régime de l'exception pédagogique», *RLDI*, n° 40, julio, 2008, p. 61; LEBOIS, A., *op. cit.*, p. 18 y BENABOU, V.-L., *L'exception au droit...*, *cit.*, pp. 24 y 25, disponible en: [https://edutice.archives-ouvertes.fr/file/index/docid/1570/.../Juri5\\_Benabou\\_V2.doc](https://edutice.archives-ouvertes.fr/file/index/docid/1570/.../Juri5_Benabou_V2.doc).

<sup>199</sup> Así, por ejemplo, el TGI de Toulouse consideró que la reproducción de fragmentos de partituras por parte del profesorado de conservatorios de música para su utilización didáctica no podía quedar amparada ni por el límite de copia privada, pues la utilización es colectiva, ni por el de cita, ya que este requiere que la reproducción de la obra ajena se incorpore a una obra propia. *TGI Toulouse*, 11 mai 2000, *RIDA*, n° 188, 2001, p. 379.

En el mismo sentido, ALLEAUME, C. señala que durante el período anterior a la inclusión de la excepción específica en favor de la enseñanza y de la investigación también se llevaban a cabo numerosos actos de explotación de obras en dichos ámbitos que no quedaban abarcados por la cita o la copia privada. No obstante, ello era permitido por los autores fundamentalmente porque tales usos no les causaban un perjuicio considerable, situación que cambiaría con el inicio del s. XXI y la expansión de las fotocopiadoras, escáneres e internet. En este nuevo contexto, el legislador se vio forzado a prever una excepción específica que reglamentara la materia. «Les exceptions à des fins...», *cit.*, pp. 138-140.

<sup>200</sup> Con una extensa y farragosa redacción, el art. L122-5 3º e) CPI establece que «Lorsque l'oeuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire: 3º Sous réserve que soient indiqués clairement le nom de l'auteur et la source: e) La représentation ou la reproduction d'extraits d'oeuvres, sous réserve des oeuvres conçues à des fins



desarrollado un sistema de acuerdos sectoriales entre los Ministerios de Educación Nacional y de Enseñanza Superior, Investigación e Innovación, la Conferencia de Presidentes de las Universidades (en adelante, CPU) y las diferentes entidades de gestión con un doble objeto<sup>201</sup>. Por un lado, se han especificado los requisitos previstos en el CPI para hacer efectiva la excepción objeto de estudio en función de las distintas modalidades de uso de los diversos tipos de obras protegidas. Por otro lado, los acuerdos han establecido las condiciones en que puede hacerse uso de obras en la enseñanza y la investigación cuando dichas utilidades exceden los contornos de la excepción prevista en el CPI. En definitiva, los acuerdos sobre la

---

pédagogiques et des partitions de musique, à des fins exclusives d'illustration dans le cadre de l'enseignement et de la recherche, y compris pour l'élaboration et la diffusion de sujets d'examens ou de concours organisés dans la prolongation des enseignements à l'exclusion de toute activité ludique ou récréative, dès lors que cette représentation ou cette reproduction est destinée, notamment au moyen d'un espace numérique de travail, à un public composé majoritairement d'élèves, d'étudiants, d'enseignants ou de chercheurs directement concernés par l'acte d'enseignement, de formation ou l'activité de recherche nécessitant cette représentation ou cette reproduction, qu'elle ne fait l'objet d'aucune publication ou diffusion à un tiers au public ainsi constitué, que l'utilisation de cette représentation ou cette reproduction ne donne lieu à aucune exploitation commerciale et qu'elle est compensée par une rémunération négociée sur une base forfaitaire sans préjudice de la cession du droit de reproduction par reprographie mentionnée à l'article L. 122-10». Esta es la redacción vigente derivada de las modificaciones de la excepción llevadas a cabo por el art. 77 *LOI n° 2013-595 du 8 juillet 2013 d'orientation et de programmation pour la refondation de l'école de la République*, sobre la base de algunas de las recomendaciones al respecto contenidas en LESCURE, P., *Mission «Acte II de l'exception culturelle». Contribution aux politiques culturelles à l'ère numérique*, t. I, 2013, p. 433-440. Disponible en: <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/134000278.pdf>.

<sup>201</sup> El *Centre Français d'exploitation du droit de Copie* (en adelante, CFC), la *Société des éditeurs et des auteurs de musique* (en adelante, SEAM), la *Société des Arts visuels associés* (en adelante, Ava), y la *Société des producteurs de cinéma et de télévision* (en adelante, PROCIREP), por un lado, y los representantes de los intereses de la enseñanza y la investigación, en concreto, los Ministerios de la enseñanza superior y la investigación y el de la educación nacional y la CPU, por otro lado, han concluido tres acuerdos que desarrollan la excepción de la ilustración con fines educativos y de investigación científica: *Accord sur l'utilisation des œuvres cinématographiques et audiovisuelles à des fins d'illustration des activités d'enseignement et de recherche* y *Accord sur l'interprétation vivante d'œuvres musicales, l'utilisation d'enregistrements sonores d'œuvres musicales et l'utilisation de vidéo-musiques à des fins d'illustration des activités d'enseignement et de recherche*, ambos publicados en el Boletín Oficial de la Educación Nacional (en adelante, BOEN) n° 5 de 4 de febrero de 2010 y el *Protocole d'accord sur l'utilisation et la reproduction des livres, des œuvres musicales éditées, des publications périodiques et des œuvres des arts visuels à des fins d'illustration des activités d'enseignement et de recherche*, publicado en el n° 35 del mismo Boletín el 29 de septiembre de 2016. Los dos primeros se aplican fundamentalmente a los supuestos de comunicación pública de obras musicales y cinematográficas, mientras que el tercero viene referido a la reproducción de obras susceptibles de impresión, entre las que también se encuentran, por ejemplo, las obras musicales, pero en su forma escrita, en partitura. Sobre los primeros acuerdos que fueron adoptados al respecto, *vid.* DUPUIS, M., *op. cit.*, pp. 63 y 64.

En cuanto a las fotocopias de obras protegidas realizadas para uso colectivo, su remuneración viene determinada por otros acuerdos relacionados con la reproducción mediante reprografía celebrados con el CFC y la SEAM. En la enseñanza primaria impartida en establecimientos públicos o privados con contrato con el Estado, dichos usos se regirán por el contrato de 22 de diciembre de 2016, publicado en el BOEN n° 13 de 30 de marzo de 2017, cuya entrada en vigor tuvo lugar el 1 de enero de 2017 por un período de 12 meses, renovable automáticamente hasta un máximo de 48, salvo en caso de denuncia por cualquiera de las partes. En los establecimientos de enseñanza públicos de educación secundaria, así como en los privados con contrato será de aplicación el memorando de entendimiento de 17 de marzo de 2004 (Circular n° 2004-055 del 25 de marzo de 2004 publicado en el BOEN n° 15 del 8 de abril de 2004). En relación con las universidades, habrá de atender al protocolo acordado entre la CPU, el CFC y la SEAM. Para las instituciones públicas de carácter científico, cultural y profesional, los usos en cuestión se regirán por el Memorandum de acuerdo de 30 de junio de 2005 concluido para el período 2005-2010 y renovado por enmienda.

excepción de la ilustración contemplan tanto la licencia establecida por el legislador como una licencia convencional para los usos no previstos en la limitación<sup>202</sup>. En consecuencia, este singular modelo de regulación de la excepción resulta especialmente interesante.

Asimismo, el CPI ha incorporado recientemente los apartados 10º al art. L122-5, sobre los derechos de autor, y 5º al art. L342-3 CPI, sobre las bases de datos no originales, que contienen una excepción específica en favor de la investigación que se lleva a cabo por medio de las técnicas de TDM, lo que se ha llevado a cabo por medio del art. 38 de la *Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique*.

### 2.3 Italia

La LDA de 1941 excepciona algunos de los derechos por ella reconocidos con el objeto de favorecer la enseñanza e investigación científica en los siguientes preceptos: en relación con las obras en general, en el art. 70 LDA; en cuanto a las bases de datos, en el art. 64-*sexies* y, por último, en el art. 91 se prevé el modo en que pueden ser reproducidas las meras fotografías en antologías<sup>203</sup>. Como cláusula de cierre del sistema de excepciones, el art. 71-*nonies* LDA recoge el test de las tres etapas, aplicable a las excepciones y limitaciones que autoricen la utilización de una obra mediante su puesta a disposición del público. Asimismo, y aunque ello no suponga una excepción, cabe destacar que la LDA no considera ejecución, representación o recitación de obras, esto es, no considera comunicación al público presencial a aquella que tiene lugar en el círculo ordinario de la escuela, tal y como deriva del segundo párrafo del art. 15<sup>204</sup>.

---

<sup>202</sup> Como señalan VIVANT, M. y, estos acuerdos tienen un doble objetivo: delimitar los usos permitidos por la excepción, lo que critican por considerar que es el juez el que debe interpretar los términos de la misma, y permitir otros no previstos en la misma. *Op. cit.*, p. 591.

<sup>203</sup> Por otro lado, las limitaciones con fines educativos referidas a las obras protegidas por el derecho de autor serán igualmente aplicables a los derechos conexos, tal y como establece el art. 71-*decies* LDA, salvo en aquellos casos en los que exista una excepción especial, como es el caso del art. 91 LDA sobre la reproducción de meras fotografías en antologías. Sobre el mismo, *vid.* ZUDDAS, C., «Art. 71-*decies*», *Commentario breve alle Leggi su Proprietà Intellettuale e Concorrenza*, L. C. Ubertazzi (coord.), Vicenza, 6ª ed., 2016, p. 1760.

<sup>204</sup> Aunque no suponga una excepción, cabe señalar que el art. 17. 4 LDA establece que no se considera ejercitado el derecho de distribución a los efectos del agotamiento del derecho cuando se entregan gratuitamente ejemplares de una obra por parte del titular del derecho o con su consentimiento con fines de docencia o investigación científica. Ello supone la posibilidad del control posterior de los ejemplares así distribuidos por parte del autor, pues se entiende que en estos casos falta uno de los requisitos para que se produzca el agotamiento del derecho: la destinación de la obra al mercado. Sobre ello, *vid.* GALLI, P., «Art. 17», en *Commentario breve alle Leggi su Proprietà Intellettuale e Concorrenza*, L. C. Ubertazzi (coord.), Padova, 5ª ed., 2012, pp. 1421 y 1422.

Asimismo, el art. 73.1 LDA, referido a las utilizaciones secundarias de fonogramas, reconoce el derecho al productor de fonogramas y a los artistas, intérpretes y ejecutantes que hayan fijado su actuación en un fonograma a una compensación por su utilización por parte de terceros con fin de lucro. No obstante, el apartado tercero del

La elección de la legislación italiana deriva, a diferencia de los detallados sistemas alemán e inglés, de la inclusión de una excepción caracterizada por su brevedad, además de por la utilización de términos amplios, términos que aun habiendo sido previstos en el art. 70.1 desde la primera versión de la LDA en el año 1941, vienen a cumplir con las exigencias que incorporaría la DDASI en el año 2001<sup>205</sup>. Se trata, por tanto, de un ejemplo de excepción que no fue resultado de dicha Directiva, sino que la precedió. Además, el art. 70 LDA presenta como particularidad la confusión entre el límite de cita y el de la ilustración de la enseñanza o de investigación científica de forma similar a lo que sucede en el CB<sup>206</sup>, excepciones completamente diferenciadas en cambio en la DDASI y en las legislaciones alemana, francesa e inglesa, como tendremos ocasión de analizar. Por su parte, el apartado segundo de dicho precepto recogería las especialidades que rigen la excepción en cuanto a la elaboración de antologías para uso escolar. Posteriormente y por medio del art. 2 de la Ley de 9 enero de 2008<sup>207</sup>, se incorporaría un apartado 1 bis al art. 70 LDA para establecer los requisitos de la limitación en relación con el uso de imágenes y música en internet con fines educativos o científicos, precepto desconocido en la legislación comparada.

En consecuencia, el análisis de la aplicación de esta excepción en la legislación italiana revelará cómo han sido interpretados sus requisitos y si dicha exégesis se corresponde o no con el objetivo pretendido con el establecimiento del art. 5.3 a) en la DDASI, derivado del art. 10.2) CB.

## 2.4 Reino Unido

Desde la primera versión aprobada de la CDPA en el año 1988, se consideró necesario permitir ciertos usos de obras ajenas con finalidad educativa y de investigación, razón por la cual se estableció un conjunto de excepciones o, en palabras de la propia Ley, «actos que no

---

mismo precepto establece que no se debe tal compensación cuando la utilización se haga con finalidad de enseñanza.

<sup>205</sup> Aunque con matices, siguen el sistema de reproducción de la excepción prevista en la DDASI, los Países Bajos, cuya Ley de derechos de autor de 23 de septiembre de 1912 la contempla en el §6.16, o Luxemburgo, en el art. 10.2 incorporado por la Ley de 18 de abril de 2004 en la *Loi du 18 avril 2001 sur les droits d'auteur, les droits voisins et les bases de données*.

<sup>206</sup> Aunque la redacción de la excepción difiere considerablemente, en España también se produce una clara confusión entre ambos límites (*vid. infra* epígrafe 1 del Capítulo III).

<sup>207</sup> La inclusión de la excepción para el uso de imágenes y música en la red se produjo a través del art. 2 de la *Legge 9 gennaio 2008, n. 2. Disposizioni concernenti la Società italiana degli autori ed editori*. Resulta llamativa la regulación de esta limitación en el marco de una Ley cuyo título especifica que la finalidad de la misma es regular ciertos aspectos de la entidad de gestión colectiva conocida como SIAE. Sobre los intensos debates que dieron lugar a la aprobación de esta disposición, *vid. MAZZIOTTI, G., «Diritto d'autore, libere utilizzazioni e licenze per attività didattiche: l'insostenibile leggerezza della Legge italiana in una prospettiva europea e comparata», Dir. Aut., n° 2, abril-junio, 2011, pp. 226 y 227.*

constituyen infracción del *copyright*», con el que se pretendía alcanzar el adecuado equilibrio de intereses en dicho contexto.

Pese a la incertidumbre generada por el proceso del Brexit<sup>208</sup>, debe recordarse que la actual regulación de la excepción de la ilustración con fines educativos o de investigación científica en la CDPA inglesa no sólo deriva de la DDASI, sino también del CB, Convenio del que no ha dejado de ser Parte Contratante. Además, cabe destacar que la última reforma de las limitaciones que se ocupan de dicha materia, por medio de *The Copyright and Rights in Performances (Research, Education, Libraries and Archives) Regulations*, 2014, No. 1372<sup>209</sup>, tuvo lugar en el contexto de la transposición de ciertas excepciones optativas previstas en la DDASI, tal y como expresamente señalan su Nota y Memoria Explicativas<sup>210</sup>. Dicha norma de modificación fue el resultado de un dilatado proceso legislativo, cuyo inicio tuvo lugar en el año 2011 a raíz del estudio que, sobre la revisión de la regulación de propiedad intelectual en sentido amplio, incluidas patentes y diseños industriales, encargó el Primer Ministro británico al profesor HARGREAVES<sup>211</sup>. De un total de tan solo 10 recomendaciones para la modificación de tan vasta materia, en una de ellas se establecía que las excepciones vigentes hasta el momento, especialmente en el ámbito de la educación y de la investigación, resultaban insuficientes para permitir aprovechar el potencial de las nuevas tecnologías en el mundo universitario, «sector of strategic importance to future growth, both as source of skilled

---

<sup>208</sup> Sobre los efectos de la salida de Reino Unido de la Unión Europea en materia de derechos de autor, *vid.* ARNOLD, R.; BENTLY, L.; DERCLAYE, E.; DINWOODIE, G., «The Legal Consequences of Brexit Through the Lens of IP Law», *Legal Studies Research*, n° 21, abril, 2017, pp. 6-8, disponible en: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2917219](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2917219).

<sup>209</sup> Esta norma reglamentaria fue aprobada en el contexto de una reforma más amplia de las excepciones al *copyright* junto con *The Copyright and Rights in Performances (Quotation and Parody) Regulations*, 2014, No. 2356; *The Copyright and Rights in Performances (Disability) Regulations*, 2014, No. 1384 y *The Copyright and Rights in Performances (Certain Permitted Uses of Orphan Works) Regulations*, 2014, No. 2861.

<sup>210</sup> En concreto, la Nota Explicativa o Exposición de Motivos comienza señalando que «*these Regulations make provision for the implementation of Member State options in relation to exceptions relating to copyright and performers' rights which are permitted by Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society*» (la cursiva es nuestra).

Por su parte, la Memoria Explicativa de *the Copyright and Rights in Performances (Research, Education, Libraries and Archives) Regulations 2014*, *the Copyright and Rights in Performances (Disability) Regulations 2014* y *the Copyright (Public Administration) Regulations 2014*, preparada por la Oficina de Propiedad Intelectual, añade que tales instrumentos normativos pretenden actualizar el régimen de excepciones a los derechos del autor y los de los artistas, intérpretes y ejecutantes, ampliando su ámbito de aplicación en favor de los beneficiarios de las mismas al mismo tiempo que se establecen medidas para mantener un razonable equilibrio entre los intereses en juego. El texto de tal documento se encuentra disponible en: <https://www.legislation.gov.uk/ukxi/2014/1372/memorandum/contents>.

<sup>211</sup> HARGREAVES, I., «Digital Opportunity. A Review of Intellectual Property and Growth», mayo de 2011, disponible en: [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/32563/ipreview-finalreport.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/32563/ipreview-finalreport.pdf).

people and knowledge»<sup>212</sup>. A esta circunstancia, se añadía la complejidad del sistema de limitaciones y excepciones, difícilmente comprensible para estudiantes, profesores e investigadores<sup>213</sup>. De ahí la necesidad de que dichas limitaciones fueran modificadas para reajustar el necesario equilibrio que debe existir entre los intereses de autores y otros titulares de derechos y los de la sociedad en general, permitiendo el desarrollo y el mejor aprovechamiento de las nuevas tecnologías y así, el crecimiento de Reino Unido<sup>214</sup>. Asimismo, y en aras de una mayor seguridad jurídica, la recomendación en cuestión señalaba que dichas excepciones deberían ser imperativas, de modo que no pudieran ser anuladas mediante pacto entre el titular de derechos y el usuario, restringiendo de este modo la capacidad negociadora de las partes<sup>215</sup>.

Hecho público dicho documento, el Gobierno respondió a las recomendaciones del profesor HARGREAVES en agosto de 2011<sup>216</sup>, marcando sus próximas líneas de política legislativa en la materia en diciembre de 2012<sup>217</sup>. Es entonces cuando, además de promover la ampliación de la excepción de la investigación prevista en el art. 29 y la introducción de

---

<sup>212</sup> HARGREAVES, I., *ibid.*, p. 41.

<sup>213</sup> A este respecto, resulta ilustrativa la cita que hace HARGREAVES, I. de una de las respuestas que obtuvo de la *National Education Network*: «during the course of a learning activity children will cross over the multiple boundaries and traverse the vagaries of copyright and licensing. They will trip over ‘orphans’, bump into third party rights, be turned away by pay-for services, use licensed and make their own materials – often without knowing that there are multiple copyright dimensions to what they are doing, because, who can know all about copyright?». *Ibid.*, p. 42.

<sup>214</sup> O como señala HARGREAVES, I. en relación con las excepciones, «so the question is how to build in sufficient flexibility to realise the benefits of new technologies, without losing the core benefits to creators and to the economy that copyright provides». *Ibid.*, p. 47.

<sup>215</sup> El ejemplo puesto por HARGREAVES, I. sobre la posible derogación de una excepción por medio de pacto es ilustrativo de los peligros que la misma conlleva para la seguridad jurídica: «the possibility of contractual override is harmful because it replaces clarity (“I have the right to make a private copy”) with uncertainty (“I must check my licence to confirm that I have the right to make a private copy”)». *Ibid.*, p. 51.

Aunque dicha medida haya sido valorada positivamente, también se ha puesto de manifiesto que, en ocasiones, el temor que pueden sentir los profesores o bibliotecarios al actuar al margen de los términos de una licencia o al infringir una medida tecnológica de protección para hacer valer una excepción puede hacer que en la práctica dicha previsión quede en papel mojado. SECKER, J.; MORRISON, C., *Copyright and e-learning: a guide for practitioners*, Londres, 2ª ed., 2016, p. 18.

<sup>216</sup> «The Government Response to the Hargreaves Review of Intellectual Property», Agosto de 2011, disponible en: <https://www.gov.uk/government/publications/hargreaves-review-of-intellectual-property-and-growth-government-response>. De acuerdo con este documento y del mismo modo que lo sugiere HARGREAVES, I., el Gobierno señala que la mayor expansión posible de las excepciones dentro los límites impuestos por la UE beneficiaría a Reino Unido (p. 7). No obstante, en este momento el Gobierno únicamente se compromete a modificar la excepción de copia privada; introducir el límite de la parodia y expandir, por un lado, el ámbito de aplicación de la excepción para la investigación no comercial, de forma que se incluyeran los actos de TDM y, por el otro lado, la excepción en favor de archivos y bibliotecas, no haciendo mención alguna a las excepciones educativas (p. 8).

<sup>217</sup> «Modernising Copyright: A modern, robust and flexible framework. Government response to consultation on copyright exceptions and clarifying copyright law», diciembre de 2012. Disponible en: <http://copyright-debate.co.uk/wp-content/uploads/Modernising-Copyright-a-modern-robust-and-flexible-framework-Government-response.pdf>

una nueva limitación que permita el uso de técnicas de TDM, el Gobierno se plantea modificar ciertos aspectos de los arts. 32, 35 y 36 CDPA con un doble objetivo: del lado de los sujetos amparados por la excepción, facilitar a los establecimientos educativos el uso de obras ajenas relevantes a través de los nuevos medios tecnológicos para poder alcanzar la finalidad de la enseñanza; y de parte de los titulares de derechos, mantener un sistema de licencias para determinados usos, como la realización de copias de ciertos tipos de obra, que impida que el ámbito de aplicación de la excepción pueda afectar a la explotación normal de la obra, minorando en consecuencia el volumen de ventas de obras destinadas a la educación<sup>218</sup>. De acuerdo con el estudio de impacto sobre la modificación de las excepciones educativas elaborado por la Oficina de Propiedad Intelectual, la mejor forma de conseguir tales propósitos consistía en ampliar la tipología de obras y la cantidad de las mismas que podían ser utilizadas en el ámbito de la enseñanza, así como expandir el ámbito de aplicación de las mismas a la educación a distancia a través de redes cerradas y seguras y la utilización de nuevas tecnologías como la pizarra electrónica<sup>219</sup>.

Esta última y reciente reforma nos lleva a pensar que es poco probable que las excepciones en cuestión puedan ser objeto de una pronta modificación<sup>220</sup> y, por tanto, su estudio sigue estando justificado incluso en el marco de la DDASI. Asimismo, el interés por el estudio de la legislación inglesa del *copyright* deriva de la amplia regulación de la materia. En concreto, la CDPA dedica un apartado completo del Capítulo III del Libro I sobre el *copyright* o derecho de autor a la regulación de los actos permitidos sobre obras protegidas en el ámbito de la educación (arts. 32-36), adoptando así un sistema de «excepción por uso», al que habría que añadir en cuanto a la investigación en general, el art. 29 y en el contexto del TDM, el art. 29A. Por otro lado, la CDPA dedica sus arts. 137-141 a regular el sistema de licencias en el ámbito de la reproducción reprográfica en establecimientos educativos. E, igualmente, la limitación objeto de estudio se establece en relación con los derechos de los artistas, intérpretes y ejecutantes en los arts. 4-6ZA del Anexo 2 CDPA, así como en relación con la investigación y el estudio privado y en cuanto a la técnica del TDM en los arts. 1C y

---

<sup>218</sup> «Modernising Copyright...», *op. cit.*, pp. 40 y 41.

<sup>219</sup> «Impact Assessment (IA): Extending Copyright Exceptions for Educational Use», IA No. BIS0312, Oficina de Propiedad Intelectual, 2012, pp. 1, 6 y 16. Disponible en: [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/308749/ia-exception-education.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/308749/ia-exception-education.pdf).

<sup>220</sup> De hecho, según ARNOLD, R., BENTLY, L., DERCLAYE, E. y DINWOODIE, G. las recientes reformas de la CDPA y las cuestiones más urgentes de política legislativa que surgirán a raíz del Brexit, probablemente harán que el Gobierno posponga posibles reformas de la CDPA, aunque Reino Unido pueda pretender volver a “tomar el control” sobre su sistema de *copyright* al no tener que sujetarse a las exigencias derivadas de la normativa europea. *Op. cit.*, p. 7.

1D respectivamente del mismo Anexo<sup>221</sup>. En definitiva, la legislación del *copyright* en Reino Unido contempla un amplio abanico de excepciones en favor de la ilustración con fines educativos y de investigación, pero además aportando la particularidad de la incorporación de los criterios del «fair dealing» a los arts. 32 CDPA y 4 del Anexo 2 de la misma norma a partir de la reforma de 2014<sup>222</sup>. Se consideró, por tanto, necesario expandir la aplicación de este estándar de «honestidad y justicia» que hasta el momento sólo se preveía para las finalidades de investigación y estudio privado (art. 29) y crítica, cita e informaciones de actualidad (art. 30)<sup>223</sup> al uso de obras en el contexto educativo. Dicha especialidad unida a la detallada regulación de la excepción y a su reciente reforma, justifican su estudio en la presente investigación<sup>224</sup>.

---

<sup>221</sup> A dichos preceptos se remite el art. 189 CDPA cuando establece que «the provisions of Schedule 2 specify acts which may be done notwithstanding the rights conferred by this Chapter (los derechos de artistas, intérpretes o ejecutantes), being acts which correspond broadly to certain of those specified in Chapter III of Part I (acts permitted notwithstanding copyright)».

<sup>222</sup> Aunque en ocasiones se ha hablado del «fair dealing» inglés como el equivalente europeo al «fair use» estadounidense y pese a que esta última legislación excede los límites de la presente investigación, resulta apropiado realizar la siguiente aclaración. El sistema del «fair use» se caracteriza por el análisis del carácter honesto o no del uso de la obra protegida, existiendo en consecuencia una lista abierta de finalidades que podrían justificar el mismo sin el consentimiento de su autor. Se trata, pues, de una cuestión de apreciación caso por caso. En consecuencia, dicho régimen presenta las ventajas de ofrecer una mayor flexibilidad y adaptabilidad a los cambios tecnológicos que constantemente afectan a los modos de explotación de las obras, si bien genera un alto grado de incertidumbre en cuanto al resultado del litigio, lo que puede disuadir al titular de derechos de iniciar un proceso. La fórmula del «fair dealing» inglés, pese a las similitudes lingüísticas con el «fair use», no funciona del mismo modo. Al contrario, de acuerdo con la legislación inglesa, las utilizaciones de las obras protegidas únicamente estarán permitidas si se realizan con las finalidades estrictamente tasadas en la CDPA. Una vez cumplidos los requisitos previstos en el precepto correspondiente en relación con la finalidad específica de que se trate, se habrá de determinar si el uso es honesto o no, en función de una serie de criterios jurisprudencialmente admitidos. En este caso, por tanto, se trata de un régimen cerrado de excepciones cuyos requisitos aparecen detalladamente determinados, a los que habrá que añadir el test de la “honestidad” del uso. Explican detalladamente las diferencias entre ambos sistemas, entre otros, D’AGOSTINO, G., «Healing Fair Dealing? A Comparative Copyright Analysis of Canada's Fair Dealing to U.K. Fair Dealing and U.S. Fair Use», *McGill L. J.*, nº 53, pp. 337-356; BURRELL, R.; COLEMAN, A., *op. cit.*, 2005, pp. 249 y 250 y TORREMANS, P., «The Perspective of the Introduction of a European Fair Use Clause», en *Codification of European Copyright Law. Challenges and Perspectives*, T.-E. Synodinou (ed.), Alphen aan den Rijn, 2012, pp. 332 y 334. Por ello, la legislación inglesa no puede considerarse como un ejemplo de sistema abierto de excepciones en el seno de la UE.

<sup>223</sup> Criterio que también aparecía en las excepciones equivalentes a las previstas en el texto en cuanto a los derechos de artistas intérpretes o ejecutantes de los arts. 1C y 2 del Anexo 2 CDPA, respectivamente.

También se ha previsto el *fair dealing* en la reciente excepción de caricatura, parodia o pastiche del art. 30A en cuanto al *copyright* y el equivalente en el ámbito de los derechos de artistas, intérpretes o ejecutantes del art. 2A del Anexo 2 CDPA, incorporada por *The Copyright and Rights in Performances (Quotation and Parody) Regulations*, 2014, No. 2356.

<sup>224</sup> De forma similar se regula la excepción de la ilustración con fines educativos y de investigación en la *Copyright and Related Rights Act*, nº 28 de 2000, irlandesa, que la prevé en los arts. 53-57, en relación con el derecho de autor; en los arts. 223-225 en cuanto a los derechos de artistas, intérpretes o ejecutantes y en el art. 330, en cuanto al derecho de autor sobre bases de datos.

3. La incorporación del límite de la ilustración en el Convenio de Berna y en la Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo de 2001 (DDASI) y su interpretación por parte de determinados Estados miembros

La gran mayoría de los instrumentos normativos de carácter internacional que han regulado la propiedad intelectual han puesto de manifiesto la especial relación que existe entre los derechos de los autores sobre sus obras y el correcto funcionamiento y desarrollo de la enseñanza y la investigación a través de la utilización de las creaciones protegidas por medio de dicho derecho. Ello se ha llevado a cabo a través de dos mecanismos distintos: o bien se ha previsto una excepción específica en favor de la enseñanza y la investigación, o bien se ha hecho mención a su importancia en el preámbulo del texto convencional.

Ejemplos del primer supuesto los constituyen la Convención de Roma sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión de 26 de octubre de 1961 y el Convenio de Ginebra para la protección de los productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas de 29 de octubre de 1971. De acuerdo con el art. 15.1) e) de la Convención de Roma, los Estados contratantes podrán establecer en sus legislaciones nacionales excepciones a la protección conferida a los artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión «cuando se trate de una utilización con fines exclusivamente docentes o de investigación científica»<sup>225</sup>. La interpretación de este precepto se llevará a cabo, fundamentalmente, de acuerdo con la que guíe la aplicación de la excepción equivalente en relación con los derechos de autor, esto es, de acuerdo con la limitación prevista en el art. 10.2) CB<sup>226</sup>. Por su parte, el Convenio de Ginebra de 1971 prevé un principio general que impide el establecimiento de regímenes generales de licencias obligatorias en su art. 6, a excepción de que la reproducción del fonograma se lleve a cabo para su uso con una finalidad exclusiva de enseñanza o investigación científica, caso en el cual la licencia solo podrá tener validez en el territorio del Estado que la hubiera otorgado y habrá de ser remunerada de forma adecuada atendiendo especialmente al número de copias realizadas. No obstante, debe

---

<sup>225</sup> Cabe destacar que el art. 15.2) de la Convención permite a los Estados contratantes establecer excepciones en cuanto a los derechos por la misma reconocidos equivalentes a las previstas en sus legislaciones internas en relación con los derechos del autor, como pudiera ser la cita. No obstante, en su apartado precedente contiene específicamente la de la ilustración en la enseñanza y la investigación entre las cuatro previstas en dicho precepto, por ser una de las más frecuentes en el ámbito de los derechos de autor. *Guide to the Rome Convention and to the Phonograms Convention*, OMPI, Ginebra, 1981, pp. 58 y 59. Ello constituye buena muestra de la importancia de esta limitación.

<sup>226</sup> *Guide to the Rome...*, *ibid.*, p. 58.



recordarse que el Convenio de Ginebra solo brinda protección contra la fabricación, importación y comercialización «con la finalidad de su distribución al público», de modo que serán pocos los casos en los que pueda ser de aplicación este sistema<sup>227</sup>.

Como muestra del segundo método de referencia a la enseñanza y la investigación, los Tratados de la OMPI sobre Derecho de Autor<sup>228</sup>, sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas<sup>229</sup>, ambos de 1996, y el Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales de 2012<sup>230</sup> declaran en su preámbulo que tales Tratados se concluyen «reconociendo la necesidad de mantener el equilibrio entre los derechos de los autores (en el TODA) o de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas (en el TOIEF y el Tratado de Beijing) y los del público en general, *en particular en la educación, la investigación y el acceso a la información*» (la cursiva es nuestra). Ello también es reiterado en el preámbulo del Tratado de Marrakech de 27 de junio de 2013<sup>231</sup>, en el que además se especifica que el Tratado se conviene «conscientes de los desafíos perjudiciales para el desarrollo integral de las personas con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso, que limitan su libertad de expresión (...), así como su *goce del derecho a la educación, y la oportunidad de llevar a cabo investigaciones*» (la cursiva es nuestra). Asimismo, el TODA permite el establecimiento de excepciones y limitaciones a los derechos en él reconocidos, como el de distribución (art. 6), el de alquiler (art. 7) y el de puesta a disposición del público (art. 8), no definidos previamente en el CB, «en ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor» [art. 10.1)]. Estos criterios, además, deberán ser atendidos al aplicar las limitaciones establecidas al amparo del CB [art. 10.2) TODA], entre las que se encuentra la de la ilustración de la enseñanza. Dicha norma se reproduce en relación con las excepciones que puedan establecerse a los derechos de artistas intérpretes o ejecutantes y productores de fonogramas en el art. 16.2) TOIEF, limitaciones que deberán ser de los mismos

---

<sup>227</sup> *Guide to the Rome...*, *ibid.*, p. 106. Aunque el texto de la norma no lo señale, esta limitada posibilidad de establecer un régimen de licencia obligatoria en el ámbito de la enseñanza y la investigación se vino a establecer pensando, fundamentalmente, en los países en vías de desarrollo. *Ibid. loc. cit.*

<sup>228</sup> Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996 (en adelante TODA).

<sup>229</sup> Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996 (en adelante, TOIEF).

<sup>230</sup> Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales, adoptado por la Conferencia Diplomática sobre la Protección de las Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales, en Beijing el 24 de junio de 2012.

<sup>231</sup> 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, de 27 de junio de 2013.

tipos que las previstas en la legislación nacional en relación con la protección del derecho de autor, según el apartado 1) del mismo precepto.

En este contexto, resulta evidente que la enseñanza y la investigación han tenido un peso importante en la regulación de los derechos de autores y otros titulares de derechos en el ámbito internacional y más concretamente, en su limitación. No obstante, los dos instrumentos fundamentales que han servido de base para el reconocimiento de la excepción a los derechos reconocidos al autor para la ilustración de la enseñanza y la investigación son el CB y la DDASI. De ahí que el presente Capítulo se centre en el estudio de los elementos de la limitación contenida en dichos cuerpos normativos.

La regulación del límite de la ilustración con fines educativos o de investigación científica prevista en los Estados anteriormente señalados deriva de forma directa y fundamentalmente de los arts. 10.2) y 3) Convenio de Berna y 5.3a) de la Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo de 2001, sobre los derechos de autor en la sociedad de la información, dos de los instrumentos jurídicos más relevantes a nivel internacional y comunitario respectivamente que han servido para establecer las bases del actual sistema de derechos de autor y derechos conexos en nuestro entorno jurídico. De ahí la necesidad de que los mismos sean objeto de un análisis pormenorizado, pues la legalidad de las excepciones nacionales al respecto vendrá determinada por su adecuación a dichos textos, constituyendo los Derechos nacionales el laboratorio de experimentación del alcance que debe tener la excepción de la ilustración en el ámbito europeo<sup>232</sup>.

---

<sup>232</sup> Asimismo, y como señala GEIGER, C., los textos internacionales sobre propiedad intelectual reflejan el mínimo común denominador de las diferentes culturas jurídicas existentes en la materia, de modo que resulta imperativo para el jurista tanto el estudio de dichos textos, como el de las adaptaciones nacionales de los mismos. *Droit d'auteur...*, cit., p. 13. De forma similar se expresa HILTY, R. M. cuando señala que no es posible hacer un análisis del derecho de autor en base únicamente a legislaciones nacionales, sino que «C'est plutôt -et surtout- le droit européen que l'on se doit d'analyser à la lumière des expériences nationales, et il faut alors se demander si le droit européen est bien approprié». «Analyse critique et prospective. Un point de vue allemand», en *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe. Rencontres franco-allemandes*, R. M. Hilty y C. Geiger (dirs.), 2007, Múnich, París, p. 61.

Por su parte, IGLESIAS, M. J. considera que la amplitud de los términos empleados en las excepciones previstas en la DDASI tiene por objeto amparar todas las limitaciones existentes en las legislaciones de los Estados miembros con anterioridad a su aprobación, de manera que «el verdadero alcance de las limitaciones (previstas en la Directiva) deberá evaluarse, por tanto, en el Derecho nacional». *Op. cit.*, p. 217. En cuanto a ello, y aunque ciertamente la regulación de las excepciones en la DDASI se llevara a cabo con dicha finalidad de compromiso político, debe darse a la Directiva un contenido propio que determine la interpretación que deba darse a las excepciones derivadas de la misma.

### 3.1 El límite de la ilustración en el CB y la DDASI y sus métodos de interpretación

El presente apartado abordará el origen de la regulación de la limitación de la ilustración en el CB y la DDASI, estudiando los métodos propios de interpretación de tales instrumentos jurídicos en el epígrafe 3.1. Una vez sentadas las bases y métodos de interpretación de los arts. 10.2) y 3) CB y 5.3 a) DDASI, será posible proceder al análisis de sus elementos del siguiente modo. Del estudio de los requisitos comunes, tanto especificados como no determinados, de la excepción objeto de estudio se ocupará el epígrafe 3.2 del presente Capítulo, destacando la forma en que las legislaciones de los Estados miembros a examen los han incorporado. Finalmente, el apartado 4 desarrollará la finalidad expresamente prevista en el art. 5.3 a) DDASI: la investigación científica.

#### 3.1.1 En el Convenio de Berna

Aunque a lo largo del presente capítulo se detallarán las vicisitudes por las que pasó la excepción de la ilustración de la enseñanza hasta llegar a su redacción actual, cabe destacar en este momento que la misma fue incorporada al CB desde su versión primigenia, si bien el entonces art. 8 del Acta de Berna de 9 de septiembre de 1886 parecía confundir en un mismo precepto los límites de cita y de ilustración con fines educativos, pues se refería al «emprunt» o «préstamo» de un fragmento de una obra ajena para su inclusión en una nueva creación siempre que esta última tuviera un carácter educativo o científico<sup>233</sup>. En efecto, la literalidad del precepto nos podría llevar a considerar que el mismo contenía únicamente el límite de cita o, al menos, la cita como lo conocemos en la legislación española<sup>234</sup>, pero hemos de tener en cuenta que en las discusiones que dieron lugar a la aprobación del art. 8 se cuestionó por parte de las Delegaciones española y francesa si dicho precepto también comprendía o no el derecho de cita<sup>235</sup>. Ello nos conduce a considerar, por tanto, que el art. 8 se refería inicialmente y de forma exclusiva a la ilustración de la enseñanza en la modalidad concreta de la elaboración de crestomatías o libros destinados a su uso educativo o científico, si bien su redacción parecía

---

<sup>233</sup> En concreto, dicho artículo establecía que «en ce qui concerne la *faculté de faire licitement des emprunts à des oeuvres littéraires ou artistiques pour des publications destinées à l'enseignement ou ayant un caractère scientifique, ou pour des chrestomathies*, est réservé l'effet de la législation des pays de l'Union et des arrangements particuliers existants ou à conclure entre eux» (la cursiva es nuestra).

<sup>234</sup> De acuerdo con el art. 32.1 TRLPI, «es lícita la inclusión en una obra propia de fragmentos de otras ajenas (...). Tal utilización sólo podrá realizarse con fines docentes o de investigación (...). Recordemos, no obstante, que la exigencia de que el fragmento citado deba incluirse en una obra propia no aparece por ejemplo en el art. 5.3 a) DDASI y, en consecuencia, tampoco en otras legislaciones nacionales de nuestro entorno como el art. 70.1 LDA o el art. 30 (1ZA) CDPA.

Sobre las particularidades del límite de cita en la legislación española, *vid. infra*, epígrafe I del Capítulo III.

<sup>235</sup> *Actas*, 1885, p. 47.

permitir la inclusión del límite de cita, pues este último era admitido, ya fuera legal o jurisprudencialmente, por la mayor parte de los diferentes Estados participantes en aquella Conferencia<sup>236</sup>.

En cualquier caso, la razón de ser de esta temprana incorporación de la excepción en el Convenio se encuentra en que la misma aparecía prevista en un gran número de convenios bilaterales suscritos entre los Estados participantes en la Conferencia de Berna y, en consecuencia, se entendía que existía un acuerdo implícito general sobre la materia<sup>237</sup>. A pesar de ello, fueron muchas las discusiones que planteó la regulación de dicho límite, especialmente en las Conferencias de Berna de 1884 y 1885<sup>238</sup>, lo que daría lugar a su aprobación en 1886 como una excepción opcional. En la Conferencia de Berlín de 13 de noviembre de 1908 pasaría del art. 8 al art. 10, ocupando así su posición actual, y la definitiva distinción entre el límite de cita y el de ilustración de la enseñanza tendría lugar en la Conferencia de Bruselas de 26 de junio de 1948<sup>239</sup>. La redacción final de la excepción objeto

---

<sup>236</sup> *Ibid. loc. cit.* En contra, MARISCAL GARRIDO-FALLA, P., «El límite de cita a la luz de la Directiva 2001/29 y de la Ley de propiedad intelectual. Evolución jurisprudencial», en *Estudios sobre la Ley de propiedad intelectual. Últimas reformas y materias pendientes*, J. J. Marín López y R. Sánchez Arísti (coords.), Madrid, 2016, p. 405, quien considera que el borrador contemplaba el límite de cita y no el de la ilustración.

<sup>237</sup> A ello se refieren RICKETSON, S., «The Birth of the Berne Union», *Colum. J. L. & Arts*, vol. 11, nº 9, 1986-1987, p. 15; *L'Union Internationale pour la protection des oeuvres littéraires et artistiques. Sa fondation et son développement*, Memoria publicada por la Oficina de la Unión, Berna, 1936, p. 24 y LÓPEZ MAZA, S., «Art. 10», en *Comentarios al Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Madrid, 2013, pp. 835 y 836.

De hecho, la propuesta de excepción de la ilustración presentada por la Delegación alemana en 1884 para su discusión en la Conferencia de Berna tomó como base la excepción prevista en el art. 4 del Convenio franco-alemán de 19 de abril de 1883, posteriormente reproducida en el Convenio celebrado entre Alemania y Bélgica el 12 de diciembre del mismo año, cuyo tenor era el siguiente: «Sera réciproquement licite la publication, dans un des deux pays, d'extraits ou de morceaux entiers d'un ouvrage ayant paru pour la première fois dans l'autre, pourvu que cette publication soit spécialement appropriée et adaptée pour l'enseignement, ou qu'elle ait un caractère scientifique. Sera également licite la publication réciproque de chrestomathies composées de fragments d'ouvrages de divers auteurs, ainsi que l'insertion, dans une chrestomathie ou dans un ouvrage original publié dans l'un des deux pays, d'un écrit entier de peu d'étendue publié dans l'autre. Il est entendu qu'il devra toujours être fait mention du nom de l'auteur ou de la source à laquelle seront empruntés les extraits, morceaux, fragments ou écrits dont il s'agit dans les deux paragraphes précédents. Les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux compositions musicales insérées dans des recueils destinés à des écoles de musique, une insertion de cette nature sans le consentement du compositeur étant considérée comme une reproduction illicite». El texto de dicho Convenio aparece recogido en *Recueil des Conventions et Traités...*, *op. cit.*, pp. 61-69.

<sup>238</sup> De hecho y ante la propuesta de supresión del precepto por parte de ciertas Delegaciones, como la francesa y la inglesa, el delegado alemán Reichardt llegó a manifestar que una votación favorable a la eliminación de la excepción de la ilustración probablemente conduciría al Gobierno alemán a renunciar por completo al proyecto mismo de la Unión de Berna, lo que refleja la importancia de la presencia de dicho límite desde el primer momento en el Convenio para Alemania y la tensión que generó la redacción del mismo. *Actas*, 1885, p. 51.

<sup>239</sup> Por su parte, LÓPEZ MAZA, S. considera que en la Conferencia de Roma de 2 de junio de 1928 el límite de la cita fue incorporado por primera vez con carácter general. «Art. 10»..., *cit.*, p. 838. Lo mismo señala XALABARDER PLANTADA, R., «Los límites a los derechos de propiedad intelectual para fines educativos en internet», *pe. i*, nº 29, 2008, p. 34. A este respecto, cabe precisar que, efectivamente, la Delegación italiana propuso durante la Conferencia de Roma un art. 10 compuesto por tres apartados: el primero, referido a la cita; el segundo, a la ilustración de la enseñanza y, el tercero, al respeto a los recién reconocidos derechos morales cuando se aplicaran las excepciones de dicho precepto. No obstante, las importantes objeciones que tuvo la

de estudio llegaría con el Acta de Estocolmo de 14 de julio de 1967, en cuyo art. 10.2) se establece que «se reserva a las legislaciones de los países de la Unión y de los Arreglos particulares existentes o que se establezcan entre ellos lo que concierne a la facultad de utilizar lícitamente, en la medida justificada por el fin perseguido, las obras literarias o artísticas a título de ilustración de la enseñanza por medio de publicaciones, emisiones de radio o grabaciones sonoras o visuales, con tal de que esa utilización sea conforme a los usos honrados», a lo que añade el apartado 3) que dichas utilizaciones «deberán mencionar la fuente y el nombre del autor, si este nombre figura en la fuente»<sup>240</sup>.

En relación con ello, cabe destacar que el CB, dada su naturaleza de tratado internacional, debe ser interpretado de acuerdo con lo establecido en los arts. 31-33 del Convenio de Viena<sup>241</sup>. En consecuencia, el art. 10.2) CB será analizado en atención a tres criterios fundamentales: el literal o gramatical, el teleológico y el contextual o sistemático<sup>242</sup>, a los que

---

redacción propuesta por la Delegación italiana llevaron a la Comisión de Redacción a mantener el texto del art. 10 tal y como había sido aprobado en el art. 8 del Acta de Berna y, en consecuencia, sin referencia alguna a la cita. *Actas*, 1928, p. 253. En el mismo sentido, GIANNINI, A., «Citazioni...», *cit.*, pp. 922 y 923 y FICSOR, M., *The Law of Copyright and the Internet*, 2002, Oxford, p. 259.

Así, el art. 10 según el Acta de Bruselas vendría a perfilar los contornos que, con ciertas modificaciones, adoptaría la redacción final de la excepción objeto de estudio, además de distinguirla definitivamente de la cita. De acuerdo con el texto en español del art. 10 previsto en las propias Actas de Bruselas, «1) En todos los Países de la Unión son lícitas las citas cortas de artículos de periódicos y colecciones periódicas, incluso bajo forma de revistas de prensa. 2) Está reservado al efecto de la legislación de los Países de la Unión y de los arreglos particulares existentes o que puedan celebrarse entre ellos, en lo que concierne a la facultad de tomar lícitamente en la medida justificada por el fin que les guía, fragmentos de obras literarias o artísticas para publicaciones destinadas a la enseñanza o que tengan un carácter científico o para crestomatías. 3) Las citas y fragmentos irán acompañados de la mención de la fuente y del nombre del autor, si este nombre figura en la fuente». *Actas*, 1948, p. 563.

<sup>240</sup> Como señala XALABARDER PLANTADA, R., la excepción de la ilustración es una de las pocas específicamente previstas en el CB, lo cual demuestra su importancia. «Los límites a los derechos...», *cit.*, p. 27.

Por otro lado, conviene destacar que el Anexo al CB prevé la posible limitación de los derechos de traducción (art. 2) y reproducción (art. 3) en relación con países en vías de desarrollo. No obstante, y dado que el alcance de la presente investigación se circunscribe al ámbito de la UE, dicho Anexo no será objeto de análisis en el presente Capítulo.

<sup>241</sup> Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados, adoptado en Viena el 23 de mayo de 1969, publicado en BOE nº 142, de 13 de junio de 1980.

En relación con los criterios de interpretación no sólo del CB, sino de todos los tratados internacionales que regulan la propiedad intelectual, *vid.* RICKETSON, S., *Estudio sobre las limitaciones...*, *cit.*, pp. 4-10 y VON LEWINSKI, S., *International Copyright Law and Policy*, Nueva York, 2008, pp. 227-231.

<sup>242</sup> Según el tenor literal del art. 31 del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados, adoptado en Viena el 23 de mayo de 1969, «1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos teniendo en cuenta su objeto y fin. 2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado; b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por los demás como instrumento referente al tratado. 3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado; c) toda forma pertinente de Derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes. 4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes». Se trata, en definitiva, de los métodos objetivos de interpretación.

hay que añadir con carácter subsidiario un criterio histórico<sup>243</sup>. En este sentido, y teniendo en cuenta que el CB ha sido traducido a una pluralidad de idiomas, con los consecuentes conflictos que pueden derivarse de la aplicación del criterio literal en función de la versión lingüística del tratado empleada, deben realizarse dos precisiones. Por un lado, que, aunque la versión en español del CB constituya texto oficial de acuerdo con el art. 37.1) (b) de dicho Convenio, según el apartado (a) del mismo, los únicos textos auténticos a estos efectos son los previstos en inglés y en francés<sup>244</sup>, siendo estos por tanto los que servirán de base para la adecuada interpretación de la versión española del Convenio. Y por otro, que en caso de controversia en cuanto al sentido del texto del CB en las versiones auténticas en inglés y en francés, prevalecerá el texto francés, tal y como establece el art. 31.1) (c) CB.

### 3.1.2 En la DDASI

En cuanto a la inclusión de la excepción de la ilustración con fines educativos en la DDASI, y sobre la base de la redacción establecida en el CB, la misma fue prevista desde el primer momento en la Propuesta de Directiva<sup>245</sup>, al igual que sucedía con la primera redacción del CB. Además, este hecho resulta especialmente relevante si se tiene en cuenta que en el art. 5.3 de dicha Propuesta únicamente se contenían cinco posibles limitaciones a los derechos de reproducción y comunicación al público, frente a las catorce opciones que ofrece el precepto finalmente aprobado, además de la cláusula semiabierta prevista en la letra o). De ello se deduce que el límite de la ilustración con fines educativos o de investigación científica fue uno de los primeros en venir a la mente del legislador comunitario al desarrollar lo que ha venido a considerarse como la regulación básica de carácter horizontal de los derechos de autor en el ámbito de la UE y, en consecuencia, que dicha excepción fue considerada parte esencial del mínimo conjunto de excepciones y limitaciones que debían ser objeto de

---

<sup>243</sup> Así, el art. 32 del Convenio de Viena incorpora los trabajos preparatorios del tratado y las circunstancias de su celebración como medios complementarios de interpretación, bien sea para confirmar la interpretación resultante de la aplicación de los criterios previstos en el precepto anterior, o para determinar el sentido de la norma objeto de exégesis cuando la aplicación del art. 31 del Convenio de Viena resulte infructuosa porque dé lugar a una interpretación ambigua o conduzca a un resultado irrazonable. En este caso, el criterio histórico se considera como un criterio subjetivo de interpretación.

<sup>244</sup> Así se estableció en el Acta de Bruselas de 26 de junio de 1948. Con carácter previo a dicha revisión, sólo el texto francés tenía carácter de auténtico.

<sup>245</sup> Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de noviembre de 1997, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información, COM/97/0628 final-COD97/0359. En concreto, la redacción inicial del art. 5. 3 a) concedía a los Estados miembros la posibilidad de prever limitaciones a los derechos de reproducción y comunicación al público «cuando el uso tenga únicamente por objeto la ilustración con fines educativos o de investigación científica, siempre que se indique la fuente y en la medida en que esté justificado por la finalidad no comercial perseguida».

reglamentación por su parte. A favor igualmente de esta consideración se encuentra el hecho de que la limitación en cuestión ya era conocida en el ámbito comunitario, pues había sido incorporada previamente en dos Directivas sobre la materia. En primer lugar, en la Directiva 92/100/CEE del Consejo, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual, en cuyo art. 10.1 d) se preveía la posibilidad de que los Estados miembros establecieran limitaciones a los derechos reconocidos por la misma a artistas, intérpretes y ejecutantes, productores de fonogramas y entidades de radiodifusión «al uso exclusivo para fines docentes o de investigación científica». Aunque la literalidad del precepto sigue siendo la misma, en la actualidad el texto vigente de dicha Directiva lo encontramos en la Directiva 2006/115/CE del Parlamento y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006 (en adelante, Directiva de alquiler y préstamo)<sup>246</sup>. En segundo lugar, la excepción de la ilustración también había sido prevista en 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 (en adelante, DBD). Así, el art. 6.2 b), en relación con las bases de datos originales, y el 9 b), referido a las bases de datos no originales protegidas por medio de un derecho *sui generis*, prevén la posibilidad de que los Estados miembros establezcan limitaciones con fines ilustrativos de enseñanza o de investigación científica, siempre que se indique la fuente y en la medida justificada por el objetivo no comercial que se persiga<sup>247</sup>.

La redacción finalmente aprobada del art. 5.3 a) DDASI vino a conceder a los Estados miembros la posibilidad de establecer excepciones o limitaciones a los derechos de reproducción (art. 2) y comunicación al público (art. 3) «cuando el uso tenga únicamente por objeto la ilustración con fines educativos o de investigación científica, siempre que, salvo en

---

<sup>246</sup> En cuanto a dicha Directiva cabe destacar que, aunque su art. 6.1 no contiene específicamente ninguna limitación en relación con los derechos de alquiler y préstamo reconocidos por la misma a los autores, permite establecer excepciones al último de ellos siempre que los autores reciban una remuneración por el uso. No obstante, el apartado tercero del mismo precepto señala que «los Estados miembros podrán eximir a determinadas categorías de establecimientos del pago de la remuneración (...)». Entre los establecimientos eximidos de dicho pago destacan, en el caso de la legislación española, las bibliotecas de las instituciones docentes integradas en nuestro sistema educativo, tal y como señala el art. 37.2 TRLPI, tercer párrafo, reproducido en el art. 2.2 b) del Decreto 624/2014, de 18 de julio, por el que se desarrolla el derecho de remuneración a los autores por los préstamos de sus obras realizados en determinados establecimientos accesibles al público. Ello muestra, por lo tanto, que aunque no exista una excepción concreta al derecho de préstamo del autor para usos de carácter educativo a nivel de la UE, los objetivos de promoción cultural perseguidos por las bibliotecas de los centros educativos españoles, es decir, la educación y la investigación, han justificado la exención del pago de la remuneración a dichas categorías de establecimientos.

<sup>247</sup> Sobre esta limitación en sede de bases de datos, *vid.* MINERO ALEJANDRE, G., *La protección jurídica de las bases de datos en el ordenamiento europeo*, Madrid, 2014, pp. 492-499 e IGLESIAS, M. J., *op. cit.*, pp. 250-257.

los casos en que resulte imposible, se indique la fuente, con inclusión del nombre del autor, y en la medida en que esté justificado por la finalidad no comercial perseguida», pudiendo restringirse del mismo modo el derecho de distribución (art.4) «siempre que lo justifique la finalidad del acto de reproducción autorizado», según señala el art. 5.4 DDASI. Junto a ello, la aplicación de dicha limitación, al igual que la del resto, estará supeditada al cumplimiento de la llamada regla de los tres pasos prevista en el art. 5.5 DDASI, es decir, a que la misma quede restringida a «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»<sup>248</sup>.

En cuanto a la interpretación de dichos preceptos, se ha de reconocer que no existe en el ordenamiento jurídico comunitario norma alguna que determine cuáles son los métodos que deben guiar su lectura. Por ello, los métodos de interpretación de las normas jurídicas de la UE son los derivados de las sentencias del TJUE y, por tanto, es este órgano el que los establece a través de su jurisprudencia.

En cualquier caso, el TJUE no ha sido ajeno a los criterios interpretativos comúnmente empleados a nivel nacional, razón por la cual su búsqueda del sentido de las normas de la Unión parte igualmente de la literalidad de los preceptos, del objetivo pretendido con los mismos y de su marco regulatorio<sup>249</sup>. En relación con el primero de dichos criterios y de acuerdo con el art. 55 del Tratado de la Unión Europea (en adelante, TUE)<sup>250</sup>, todas las normas jurídicas que componen el ordenamiento jurídico comunitario se redactan en las 23 lenguas oficiales de la UE, siendo todas ellas auténticas y vinculantes. Este plurilingüismo que caracteriza al ordenamiento jurídico de la Unión conlleva la utilización de conceptos en distintos idiomas que no tienen por qué ser necesariamente coincidentes o incluso pueden llegar a tener significados o connotaciones que difieren de unos a otros, lo que dificulta la aplicación del criterio literal. Es por ello por lo que el TJUE ha preferido hacer uso de los restantes criterios a la hora de determinar el sentido de las normas de la Unión, en especial, la interpretación teleológica. Resultado de dicha elección y ante posibles discrepancias entre

---

<sup>248</sup> Dichos condicionantes aparecen reiterados en el Considerando 44 DDASI del siguiente modo: «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 (...)*» (la cursiva es nuestra).

<sup>249</sup> En cuanto a los criterios de interpretación de las Directivas, *vid.* VON LEWINSKI, S., «Introduction», en *European Copyright Law. A Commentary*, M. Walter y S. von Lewinski (eds.), Oxford, 2010, pp. 20-25.

<sup>250</sup> Tratado de la Unión Europea de 7 de febrero de 1992 firmado en Maastricht, publicado en DOUE núm. 340 de 10 de noviembre de 1997 y BOE de 13 de enero de 1994.



distintas versiones lingüísticas de un precepto jurídico comunitario, el TJUE deberá apreciar todas ellas en su conjunto y acoger aquella que más se ajuste a la finalidad pretendida con su aprobación, de acuerdo con el *telos* perseguido por la norma<sup>251</sup>. De este modo, el criterio teleológico se erige como fundamental en la interpretación de la normativa europea y, en consecuencia, los objetivos de los diferentes instrumentos jurídico-comunitarios que regulan la propiedad intelectual y que normalmente se extraen de sus Considerandos, no tendrán un simple carácter indicativo, sino normativo<sup>252</sup>.

Asimismo, para conseguir conocer el objetivo real de la norma el TJUE se vale de dos criterios adicionales: el sistemático y el título competencial que sirvió de base para su aprobación. En cuanto al primero de ellos, cabe precisar que la interpretación del precepto en cuestión se deberá llevar a cabo no sólo en relación con el resto del articulado del Reglamento o la Directiva en cuestión, sino también en atención al conjunto de normas de la UE que regulen la misma materia, con el objeto de crear auténticos sistemas jurídicos dotados de unidad<sup>253</sup>. Así, y pese a la posición central que ocupa la DDASI en el ámbito de la normativa europea sobre propiedad intelectual, la misma no puede ser interpretada de forma aislada, sino de acuerdo con el resto de Directivas y Reglamentos que regulan los derechos de autor y los derechos conexos. Aplicando dicho razonamiento al ámbito concreto de la excepción de la ilustración, debe tenerse en cuenta que el posible conflicto o solapamiento entre las limitaciones que al respecto se prevén en la Directiva de alquiler y préstamo, la DBD y la DDASI se regirá por lo previsto en el art. 1. 2 b) y e) de la última, es decir, por el principio de *lex specialis derogat legi generali* en lugar del de *lex posterior derogat legi priori*<sup>254</sup>,

---

<sup>251</sup> Así lo señala ya el TJCE en su sentencia de 12 de noviembre de 1969, en el asunto 29/69 ECR 419, *Stauder v. Ciudad de Ulm*, al establecer en los apartados 3 y 4 que «Considerando que, cuando se dirige una sola Decisión a todos los Estados miembros, la necesidad de una aplicación y, por consiguiente, de una interpretación uniformes implica que dicha norma no sea considerada aisladamente en una de sus versiones, sino que exige que se interprete tanto en función de la voluntad real de su autor como de la finalidad perseguida por el mismo, a la luz especialmente de las versiones adoptadas en todas las lenguas; que en un caso como el presente, debe prevalecer la interpretación menos rígida si es suficiente para garantizar los objetivos que se propone dicha Decisión». En este sentido, ZOLYNSKI, C. señala que el TJUE ha optado por determinar el sentido de la norma comunitaria de acuerdo con «un modèle métalinguistique, recherchant la volonté réelle et le but poursuivi par le législateur communautaire». *Méthode de transposition des directives communautaires. Étude à partir de l'exemple du droit d'auteur et des droits voisins*, París, 2007, pág. 207.

<sup>252</sup> Del mismo modo lo entiende ZOLYNSKI, C., *ibid.*, pág. 70.

<sup>253</sup> Así, ZOLYNSKI, C. concluye que en el ámbito del Derecho de la Unión debe admitirse una «presunción de racionalidad» del legislador comunitario cuando elabora Directivas sobre una misma materia, entendiendo que ello se observa especialmente en el ámbito del derecho de autor pues considera que todas las normas dictadas al respecto son el reflejo de las diferentes etapas de una «armonización en movimiento». *Ibid.*, p. 64.

<sup>254</sup> De acuerdo con el art. 1. 2 DDASI, «(...) la presente Directiva dejará intactas y no afectará en modo alguno las disposiciones comunitarias vigentes relacionadas con: b) el derecho de alquiler, el derecho de préstamo y determinados derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual; e) la protección jurídica de las bases de datos». En el mismo sentido, *vid.* VON LEWINSKI, S.; WALTER, M.,

considerando de este modo las dos primeras como leyes especiales y la DDASI como la ley general sobre la materia<sup>255</sup>. En cualquier caso, no existen importantes diferencias en la literalidad de los preceptos que contienen la excepción de la ilustración en dichas Directivas y, en consecuencia, su ámbito de aplicación puede considerarse coincidente. De este modo, en aras a la coherencia del sistema de propiedad intelectual en el ámbito de la UE y, en consecuencia, para evitar que el límite sea aplicado de forma distinta en función de si el derecho restringido es el del autor o el del titular de derechos conexos o de si se trata de una obra literaria, por ejemplo, en lugar de una base de datos, se llevará a cabo una interpretación del mismo en la DDASI que colme igualmente las exigencias derivadas de la Directiva de alquiler y préstamo y la DBD. Así, podrá llegarse a la configuración de lo que podríamos denominar, siguiendo los términos del TJUE, dos conceptos autónomos de Derecho comunitario: la «enseñanza» y la «investigación» en el seno de los derechos de autor y los derechos conexos<sup>256</sup>.

---

«Information Society Directive», en *European Copyright Law. A Commentary*, M. Walter y S. von Lewinski (eds.), Oxford, 2010, p. 962.

<sup>255</sup> No obstante, es cierto que el derecho de reproducción de los titulares de derechos conexos no se reconoce en la Directiva de alquiler y préstamo, sino en el art. 2 b), c), d) y e) DDASI, de modo que algunos autores han entendido que las excepciones a dicho derecho de los titulares de derechos, entre las que se encuentra la de la ilustración, deberán regirse por lo previsto en la DDASI, prevaleciendo las limitaciones de la Directiva de alquiler y préstamo en el caso de los derechos reconocidos por la misma, en concreto, los derechos de fijación, comunicación al público y distribución previsto en los arts. 7-9 respectivamente. Así lo entiende VON LEWINSKI, S., «Rental and Lending Rights Directive», en *European Copyright Law. A Commentary*, M. Walter y S. von Lewinski (eds.), Oxford, 2010, pp. 336-337 (Buscar). Sin embargo, entendemos que la excepción de la ilustración contenida en la DDASI debería prevalecer en orden a evitar un tratamiento distinto de la misma cuando es de aplicación a los derechos de autor o a los derechos conexos. En este sentido, *vid.* HUGENHOLTZ, B. ET AL., *The Recasting of Copyright & Related Rights for the Knowledge Economy*, Ámsterdam, 2006, p. 64 y DUSOLLIER, S., «The Limitations and Exceptions to Copyright and Related Rights for Libraries, Research and Teaching Uses», en *Study on the Application of Directive 2001/29/EC on Copyright and Related Rights in the Information Society (the "InfoSoc Directive")*, J.-P. Triaille (ed.), Unión Europea, 2013, p. 247. Disponible en: <http://www.crid.be/pdf/public/7403.pdf>.

<sup>256</sup> De acuerdo con el apartado 11 de la STCE de 18 de enero de 1984, Ekro, 327/82, relativa a un caso sobre exportaciones de carne, «las exigencias tanto de la aplicación uniforme del Derecho de la Unión como del principio de igualdad que el tenor de una disposición de Derecho de la Unión que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance normalmente debe ser objeto en toda la Unión Europea de una interpretación autónoma y uniforme que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de dicha disposición y el objetivo que la normativa de que se trate pretende alcanzar». Dicha consideración, reiterada en constantes sentencias por el TJUE, especialmente en el ámbito del derecho de autor, supone la definición del denominado «concepto autónomo de Derecho comunitario», es decir, un concepto cuyo sentido no queda remitido a su consideración por los distintos Estados miembros y, por tanto, debe ser interpretado de forma uniforme en toda la Unión, adquiriendo un sentido autónomo y propio para el ordenamiento jurídico comunitario. Otros conceptos de propiedad intelectual que el TJUE ha considerado como autónomos del Derecho de la Unión son el de «comunicación al público» en la STJUE de 7 de diciembre de 2006, C-306/05, Caso Rafael Hoteles, párrafo 31; el de «reproducción» en la STJUE de 16 de julio de 2009, C-5/08, Caso Infopaq, párrafos 27 y 28; o el de «compensación equitativa» en la STJUE de 21 de octubre de 2010, C-467/08, Caso Padawan, párrafos 33-37; y en relación en concreto con el ámbito de las excepciones, la «parodia», de acuerdo con la sentencia de 3 de septiembre de 2014, C-201/13, Caso Deckmyn, párrafos 14-17.

Y todo ello, sin dejar de tener presente en la interpretación de este conjunto normativo el fundamento mismo de la regulación de esta materia por parte de la UE: la contribución a la creación y al buen funcionamiento del mercado interior, de acuerdo con el art. 114 TFUE<sup>257</sup>. Incluso antes de que la UE iniciara el proceso de armonización del sistema de propiedad intelectual, el TJCE ya había manifestado la necesaria adecuación de la regulación de los derechos que la componen a la creación del mercado único<sup>258</sup>. Posteriormente, las distintas normas de la UE sobre la materia incorporarían en sus Considerandos la creación y el buen funcionamiento del mercado interior como base competencial para su regulación. En concreto, la DDASI en su Considerando tercero señala que la armonización pretendida con su aprobación «contribuye a la aplicación de las cuatro libertades del mercado interior»,

---

<sup>257</sup> «El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptarán las medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior».

RAMALHO, A. estudia el art. 114 TFUE como fundamento de la competencia de la UE para regular el derecho de autor, llegando a la conclusión de que la misma tiene un carácter flexible puesto que permite a la UE regular cualquier cuestión relacionada con la propiedad intelectual siempre que tenga algún punto de conexión, por lejano que sea, con la creación y el buen funcionamiento del mercado interior. «Conceptualising the European Union's Competence in Copyright – What Can the EU Do?», *IIC*, n° 45, 2014, pp. 181-183. En cambio, HILTY, R. M. considera que la competencia de la UE en la materia es extremadamente limitada pues también ha de tenerse en cuenta el art. 167 TFUE. Así, y aunque en el primer apartado de este precepto se señala que «la Unión contribuirá al florecimiento de las culturas de los Estados miembros, dentro del respeto de su diversidad nacional y regional, poniendo de relieve al mismo tiempo el patrimonio cultural común», lo que también podría justificar su intervención en materia de propiedad intelectual junto al art. 114 TFUE, el apartado 5 del art. 167 TFUE establece que para la consecución de dicho objetivo, «el Parlamento Europeo y el Consejo (...) adoptarán medidas de fomento, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros» (la cursiva es nuestra). «Analyse critique...», *op. cit.*, pp. 62 y 63. Así, GÓMEZ ROSENDO DEL TORO, A. califica a este último apartado de «cláusula de salvaguarda» con el fin de contener la intervención de los órganos legislativos de la UE en el ámbito cultural. *El derecho de autor en la Unión Europea*, Madrid, 2006, pp. 43 y 44. Adopta una posición intermedia, a la que nos acogemos, GEORGOPOULUS, T., al considerar que la acción de la Unión en base al art. 114 TFUE es amplia pero limitada por la protección de la propiedad intelectual como derecho fundamental de propiedad (art. 1 del Primer Protocolo Adicional de la CEDH y art. 17. de la CEDF), la neutralidad de la Constitución Económica Europea proclamada en el art. 345 TFUE y la necesaria atención y conservación de la diversidad cultural de la Unión, de acuerdo con el art. 167. 4 TFUE. «The Legal Foundations of European Copyright Law», en *Codification of European Copyright Law. Challenges and Perspectives*, T.-E. Synodinou (ed.), Alphen aan den Rijn, 2012, pp. 39-41.

<sup>258</sup> Entre otros ejemplos, destaca la STCE de 8 de junio de 1971, C-78/70, Caso Deutsche Grammophon v. Metro-SB-Grossmärkte, en la que se estableció que no es posible invocar un derecho afín «para prohibir la comercialización en un Estado miembro de productos puestos en circulación por su titular, o con su consentimiento, en el territorio de otro Estado miembro, por el único motivo de que esta puesta en circulación no había tenido lugar en el territorio nacional» (párrafo 12), pues ello «sería contrario a las normas sobre libre circulación de mercancías en el interior del mercado común» (párrafo 13). Sobre dicha sentencia y su relación con la libertad de movimiento de bienes, *vid.*, entre otros, MAZZIOTTI, G., *EU Digital Copyright Law and the End-User*, Berlín, Heidelberg, 2008, pp. 44 y 45 y AA.VV., *Review of the EU Copyright Framework. European Implementation Assessment*, Bruselas, 2015, pp. 56 y 57. Disponible en: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/558762/EPRS\\_STU\(2015\)558762\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/558762/EPRS_STU(2015)558762_EN.pdf).

En cuanto a los orígenes del derecho de autor en la UE en general y sobre la relación entre tal derecho y la libre circulación de bienes y servicios, *vid.* RODRÍGUEZ PARDO, J., «Highlights of the Origins of the European Union Law on Copyright», *EIPR*, vol. 23, n° 5, pp. 238 y ss.

constituyendo estas el cimiento sobre el que se apoya la construcción del mercado único en la UE<sup>259</sup>.

De todo ello se desprende la necesidad de apreciar en la interpretación de la excepción objeto de estudio en la normativa europea tanto el objetivo concreto perseguido con su establecimiento, es decir, el fomento y la mejora de la enseñanza y la investigación como medio para el desarrollo social y tecnológico de la Unión, como la finalidad pretendida con la regulación de la propiedad intelectual, consistente en el correcto funcionamiento del mercado interior, en este caso, en el ámbito educativo y de investigación.

Cabe destacar que el TJUE no ha podido pronunciarse hasta el momento en cuanto a la interpretación del art. 5.3 a) DDASI, pues ningún Estado miembro le ha remitido cuestión prejudicial alguna respecto del mismo. No obstante, y con buen criterio, el Abogado General M. Campos Sánchez-Bordona ha procedido a analizar la excepción de la ilustración con fines educativos en sus conclusiones sobre el caso Land Nordrhein-Westfalen contra Dirk Renckhoff<sup>260</sup>, pese a que el tribunal remitente, el BGH, limitó la cuestión al concepto de comunicación al público. Según los hechos del caso, una alumna de la Gesamtschule de Waltrop (escuela integrada de Waltrop), en el *Länder* de Renania del Norte-Westfalia, insertó en su trabajo de la asignatura de español una fotografía de Córdoba que encontró en una página web de viajes, estudio que fue posteriormente colgado en el sitio web de carácter abierto del centro escolar (con fecha de 25 de marzo de 2009). Ante tales hechos, el fotógrafo profesional,

---

<sup>259</sup> Dicho título competencial habilitante para que los órganos legislativos de la Unión puedan regular la propiedad intelectual, aparece expresamente previsto en todas las Directivas dictadas hasta el momento sobre la materia, desde la Directiva 93/83/CEE del Consejo, de 27 de septiembre de 1993, sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable (en adelante, Directiva satélite y cable) en su Considerando 2 hasta la más reciente Directiva (UE) 2017/1564, de 13 de septiembre de 2017 sobre ciertos usos permitidos de determinadas obras y otras prestaciones protegidas por derechos de autor y derechos afines en favor de personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder a textos impresos, y por la que se modifica la 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 (en adelante, Directiva sobre la excepción en favor de personas con discapacidad), en cuyo Considerado 1 señala que «Este marco (los actos jurídicos de la Unión en materia de propiedad intelectual) contribuye al correcto funcionamiento del mercado interior (...)».

No obstante, en el estudio sobre la revisión del marco del derecho de autor en la UE, se concluye que la base competencial esencial sobre la que se elaboró la DDASI es la de la fortalecer la protección de los autores y otros titulares de derechos mediante la expansión de sus derechos al ámbito digital, prevaleciendo dicho objetivo sobre el de la creación del mercado único digital. AA.VV., *Review of the EU Copyright Framework...*, *op. cit.*, pp. 66 y 67. Sin embargo, no debe confundirse el objetivo pretendido con la Directiva, que se corresponde con la mayor protección de autores y titulares de derechos, con la base que autoriza a la UE a intervenir jurídicamente en una materia, que, en el caso de la propiedad intelectual, no es otra que la creación y el correcto funcionamiento del mercado único.

<sup>260</sup> Conclusiones AG, de 25 de abril de 2018, Asunto C-161/17.

Dirk Renckhoff, entendió que se habían vulnerado sus derechos de reproducción y comunicación pública porque no se había solicitado su autorización para incorporar la fotografía en la página web de la institución educativa, razón por la que demandó tanto a la ciudad de Waltrop como al Länder, solicitando el cese de la conducta y una indemnización por daños y perjuicios<sup>261</sup>. Tras pasar por las distintas instancias judiciales, el caso llegó al BGH, quien elevó al TJUE únicamente una cuestión prejudicial: «¿Constituye una puesta a disposición del público en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29 la inserción en un sitio internet propio de libre acceso de una obra que ya podía ser consultada libremente por todos los internautas y con la autorización del titular de los derechos de autor en un sitio web ajeno, cuando dicha obra haya sido copiada primero en un servidor y desde ahí haya sido cargada en la página web propia?»<sup>262</sup>. Pese a ello, el AG decidió abordar la difícil tarea de interpretar, por primera vez a nivel comunitario, la excepción del art. 5.3 a) DDASI, por considerar que para el caso de que el TJUE considerara que los hechos sí son constitutivos de un acto de comunicación pública, «es pertinente analizar la aplicación del artículo 5, apartado 3, de la Directiva 2001/29 a este litigio, ya que, en la sentencia que dicte, puede facilitar al órgano de reenvío precisiones adicionales que le sean útiles, más allá de las estrictamente relativas a su pregunta, sobre la interpretación de un precepto del derecho de la Unión»<sup>263</sup>. Por ello, y a la espera de que sea dictada sentencia por parte del TJUE, las conclusiones del AG en este caso serán tenidas especialmente en cuenta en la interpretación de la excepción de la ilustración contenida en la DDASI.

### 3.2 Elementos comunes del límite en el Convenio de Berna y en la DDASI

Pese al importante lapso transcurrido entre la aprobación del CB y la DDASI<sup>264</sup>, de su lectura se aprecia la existencia de un conjunto de características y elementos comunes que muestran la influencia que tuvo dicho Convenio sobre la Directiva, pero también la centralidad que se ha conferido a dichos requisitos en la regulación del límite de la ilustración. Efectivamente, el hecho de que ambos instrumentos normativos coincidan en el

---

<sup>261</sup> En el caso en cuestión, resulta irrelevante que la fotografía sea original o no, pues de acuerdo con el §72 UrhG, todas las fotografías gozan de la tutela prevista en la Parte 1 de la ley, esto es, la referida a los derechos conferidos al autor.

<sup>262</sup> La petición de decisión prejudicial fue planteada el 31 de marzo de 2017.

<sup>263</sup> Párrafo 111 de las Conclusiones del AG. A ello añade, en pie de página, que «esas precisiones pueden contribuir, llegado el momento, a interpretar las normas nacionales a la luz de las del derecho de la Unión que transponen». En el mismo sentido, el gobierno italiano llamó la atención acerca de la necesidad de acudir, con carácter subsidiario, a esta excepción. Párrafo 112 de las Conclusiones.

<sup>264</sup> Entre la redacción final de la excepción de la ilustración prevista en el CB con la adopción del Acta de Estocolmo en 1967 hasta la aprobación de la DDASI en el año 2001, transcurrieron 34 años, si bien debemos recordar que la misma se recogió en el CB desde su versión inicial del año 1886 (*vid. supra*).

establecimiento de ciertas exigencias en cuanto a la excepción objeto de estudio refleja la importancia de las mismas, así como su carácter necesario o imperativo según han convenido los Estados participantes en la redacción de la normativa señalada.

De este modo, los requisitos comunes del límite de la ilustración en el CB y en la DDASI constituyen el mínimo común denominador de su regulación en los países de nuestro entorno jurídico y de su estudio se ocupará el presente epígrafe.

### 3.2.1 El carácter facultativo de la excepción

A diferencia de lo que sucede con la regulación del límite de cita en el art. 10.1 ) CB y del de reproducciones provisionales en el art. 5.1 DDASI<sup>265</sup>, el límite de la ilustración se prevé en ambos instrumentos legales como facultativo para los Estados, siendo éstos libres para decidir la incorporación o no de dicha excepción en el catálogo nacional de excepciones a los derechos de autor. Así se desprende de la redacción del art. 10.2) CB al «reservar» a las legislaciones de los países de la Unión la decisión de prever un límite que permita la utilización con fines educativos<sup>266</sup>. Asimismo, el art. 5.3 a) DDASI establece que los Estados miembros «podrán» establecer limitaciones en los supuestos previstos en el catálogo de excepciones que dicho precepto recoge. De este modo y pese a la especial importancia del límite objeto de estudio, el CB y la DDASI dejan en manos de los legisladores nacionales su adopción o no. No obstante, lo cierto es que todos los Estados de nuestro entorno jurídico han incorporado excepciones en favor de la enseñanza en sus legislaciones internas.

---

<sup>265</sup> De acuerdo con la redacción del art. 10.1) CB el límite de cita se configura como una excepción de carácter obligatorio, al igual que el límite de reproducciones provisionales en el art. 5.1 DDASI.

<sup>266</sup> La primera propuesta del límite con finalidades educativas que fue objeto de estudio durante las Conferencias de Berna de 1884 y 1885 dotaba de carácter obligatorio a la excepción, al establecer en el entonces art. 8 que «sera réciproquement licite la publication, (...) d'extraits ou de morceaux entiers d'un ouvrage (...), pourvu que cette publication soit spécialement appropriée et adaptée à l'enseignement, ou qu'elle ait un caractère scientifique. Sera également licite la publication réciproque de chrestomathies (...)». Dicha propuesta, elaborada por la Delegación Alemana, fue acogida por la Comisión de Redacción porque estimó que era «preferible regular la facultad de reproducción de que se trata en la convención general, antes que relegar las disposiciones relativas a este punto a las convenciones especiales y a la legislación interna de cada país». *Actas*, 1884, p. 50. Asimismo, cabe destacar que en el breve resumen final del Presidente Numa Droz, sobre los trabajos realizados en 1884, hizo referencia específicamente a este límite, señalando que «la necesidad cada día mayor de instrucción popular no se podría satisfacer si no se reservaran ciertas facilidades de reproducción, que por supuesto no deben dar lugar a abusos». *Ibid.*, p. 68. De hecho, en la 3ª Sesión de la Conferencia de 1885, Reichardt, como representante de Alemania, señaló que «el artículo 8 constituye un paso hacia la unificación de los derechos de autor, una restricción al derecho de autor obligatoria para todos los países contratantes», destacando su importancia «en la enseñanza y para el progreso de la ciencia». *Actas*, 1885, p. 29. No obstante, y como consecuencia de la influencia de las posturas francesa, por un lado, que consideraba que la redacción podía conducir a resultados abusivos, y la inglesa, por otro, que optaba por dejar una mayor libertad a la legislación nacional, se consideró preferible finalmente dotar de un carácter facultativo a la excepción antes que prescindir de su regulación en el futuro Convenio de Berna. En el mismo sentido, *vid. ROSMINI, H., op. cit.*, p. 137.

En cualquier caso, la opcionalidad con la que fue concebida la limitación de la ilustración tanto en el CB como en la DDASI fue la causante de que la regulación de sus requisitos y elementos difiriera considerablemente de un país a otro, pese a la voluntad armonizadora proclamada en el propio Título de la DDASI en el ámbito de la UE. De hecho, la importancia de esta cuestión en relación con la consecución de un mercado único a nivel europeo ha sido el detonante que ha abierto la posibilidad de revisar uno de los aspectos más controvertidos de la DDASI a través de la reciente Propuesta de Directiva MUD<sup>267</sup>: el régimen de excepciones y limitaciones. Su regulación en la DDASI ha sido objeto de intensos debates derivados del carácter facultativo de casi la totalidad de las excepciones, pues de un total de veintiuna previstas en el art. 5, únicamente la que se contiene en el primer apartado del precepto, la relativa a las reproducciones provisionales, es imperativa. A pesar de que según las obligaciones asumidas por la Unión con la adopción del CB, también la cita debería serlo<sup>268</sup>. Esta configuración opcional de las limitaciones y excepciones ha dado lugar a un escaso nivel de armonización en esta concreta materia, lo cual ha sido ampliamente criticado desde la propia gestación de la DDASI hasta nuestros días<sup>269</sup>, lo que no nos extraña y además,

---

<sup>267</sup> En su Exposición de Motivos se acoge como base jurídica para la regulación de la materia el art. 114 TFUE, reiterándose en el Considerando 1 de la Propuesta la necesidad de que la armonización de las legislaciones de los Estados miembros sobre propiedad intelectual contribuya a la creación del mercado interior.

<sup>268</sup> En cualquier caso, cabe señalar que la UE ha incorporado dos nuevas excepciones obligatorias: la relativa a los usos de obras huérfanas de acuerdo con el art. 6 de la Directiva 2012/28/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas y la que autoriza a crear un ejemplar en formato accesible de una obra o prestación en favor de las personas que a consecuencia de cualquier tipo de discapacidad no sean capaces de leer obras impresas normalmente, según el art. 3 Directiva (UE) 2017/1564 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de septiembre de 2017 sobre ciertos usos permitidos de determinadas obras y otras prestaciones protegidas por derechos de autor y derechos afines en favor de personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder a textos impresos, y por la que se modifica la 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.

<sup>269</sup> Ello ha sido criticado desde la propia gestación de la DDASI hasta nuestros días, entre otros, por HART, M., «The Proposed Directive for Copyright in the Information Society: Nice Rights, Shame about the Exceptions», *EIPR*, vol. 20, nº 5, 1998, pp. 169 y 170, quien reitera su postura en «The Copyright in the Information Society Directive: An Overview», *EIPR*, vol. 24, nº 2, 2002, p. 59; HUGENHOLTZ, B., «Why the Copyright Directive is Unimportant, and Possibly Invalid», *EIPR*, vol. 22, nº 11, 2000, pp. 500 y 501; FABIANI, M., «Le eccezioni e limitazioni ai diritti degli autori nella Direttiva 2001/29/CE en ella sua attuazione nei Paesi della Comunità», *Dir. Aut.*, nº 2, abril-junio, 2005, pp. 139 y 151; VIVANT, M., «Analyse critique...», *op. cit.*, p. 87; GEIGER, C.; GRIFFITHS, J.; SENFLEBEN, M.; BENTLY, L.; XALABARDER, R.; GUIBAULT, L., «Why Cherry-Picking Never Leads to Harmonisation. The Case of the Limitations on Copyright under Directive 2001/29/EC», *JIPITEC*, nº 2, 2010, pp. 55, 57 y 58; GALOPIN, B., *op. cit.*, p. 48; COOK, T., «Exceptions and Limitations in European Union Copyright Law», *JIPR*, nº 17, 2012, pp. 243-245; MAZZIOTTI, G., *Copyright in the EU Digital Single Market. Report of the CEPS Digital Forum*, Bruselas, 2013, pp. 73 y 74, disponible en: <https://www.ceps.eu/publications/copyright-eu-digital-single-market>; AA.VV., *Review of the EU Copyright Framework...*, *op. cit.*, p. 77; DREIER, T., «Thoughts on...», *cit.*, pp. 138 y 140; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «El mercado único digital y la propiedad intelectual», *Ar. c-m*, nº 2, 2016, p. 82 y MARTÍN-PRAT, M., «The Future of Copyright in Europe», *Colum. J. L & Arts*, nº 29, 2014, pp. 41 y 42. Tanto es así, que en el estudio sobre la implementación de la DDASI en los Estados miembros elaborado por el IViR se llega a señalar que la falta de armonización en materia de excepciones podría suponer un trato distinto a los ciudadanos de los distintos Estados miembros, yendo ello en contra del principio de no discriminación. AA.VV., *Study on the*

compartimos. Es por ello por lo que el Parlamento Europeo en su Resolución de 9 de julio de 2015 concluyó que «las diferencias entre los Estados miembros por lo que respecta a la aplicación de excepciones pueden crear complicaciones para el funcionamiento del mercado interior», instando, en consecuencia, a la Comisión a «examinar la aplicación de unas normas mínimas en las excepciones y limitaciones», según sus apartados 37 y 38 respectivamente<sup>270</sup>.

Pues bien, precisamente el límite de la ilustración con fines educativos constituye un ejemplo claro de la disparidad con la que los Estados miembros transponen las excepciones de la Directiva en su legislación interna, especialmente en cuanto a su aplicación al ámbito

---

*Implementation and Effect in Member States' Laws of Directive 2001/29/EC on the Harmonisation of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society*, Países Bajos, 2007, p. 63, disponible en: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/copyright/docs/studies/infosoc-study\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/studies/infosoc-study_en.pdf). No obstante, y como señalan GEIGER, C. y SCHÖNHERR, F., la DDASI ha supuesto una mejora de la situación anterior a su implementación, pues ha conseguido, al menos, que los Estados miembros revisen las limitaciones y excepciones previstas en sus legislaciones hasta el momento y que introduzcan nuevos usos eximidos de obras ajenas. «Defining the Scope of Protection of Copyright in the EU: The Need to Reconsider the Acquis regarding Limitations and Exceptions», en *Codification of European Copyright Law. Challenges and Perspectives*, T.-E. Synodinou (ed.), Alphen aan den Rijn, 2012, pp. 142 y 143. La eurodiputada del Grupo Pirata Julia Reda abogaba por la obligatoriedad de todas las excepciones recogidas en la DDASI «en aras de la claridad jurídica y la facilidad de uso». Proyecto de informe sobre la aplicación de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información [2014/2256(INI)], presentado ante el Parlamento Europeo el 15 de enero de 2015, p. 9. Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2015-0209+0+DOC+XML+V0//ES>. (En adelante, Informe Reda).

En contra, VON LEWINSKI, S. considera que el carácter obligatorio de ciertas condiciones en las excepciones previstas en la DDASI ha producido un efecto armonizador considerable al obligar a los Estados miembros a adaptar sus limitaciones a dichas exigencias, entendiendo, además, que la armonización completa de esta materia podría tener el efecto negativo de no atender suficientemente las diferentes tradiciones jurídicas de los mismos. «Article 5: Exceptions and limitations. Article 6: Obligations as to technological measures», en *European Copyright Law. A Commentary*, M. Walter y S. von Lewinski (eds.), Oxford, 2010, pp. 1020 y 1021.

También hay opiniones divididas entre los interesados. Así, por un lado, los usuarios, intermediarios, distribuidores y sociedad civil en general consideran que las excepciones deberían establecerse con carácter imperativo, tal y como se desprende del *Report on the responses to the Public Consultation on the Review of the EU Copyright Rules*, Dirección General del Mercado Interior, 2014, pp. 29-33. Disponible en: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/consultations/2013/copyright-rules/docs/contributions/consultation-report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/copyright-rules/docs/contributions/consultation-report_en.pdf). Por otro lado, el mismo informe refleja que los autores y titulares de derechos entienden que la regulación de las excepciones prevista en la DDASI es adecuada, considerando que el establecimiento de las mismas de forma obligatoria no conduciría a resultados más satisfactorios para las partes. *Ibid.*, p. 33.

<sup>270</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 9 de julio de 2015, sobre la aplicación de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información [2014/2256 (INI)]. Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2015-0273+0+DOC+XML+V0//ES>. En adelante, Resolución del Parlamento Europeo sobre la aplicación de la DDASI.

Ya el propio Considerando 31 DDASI señalaba que «las diferencias existentes en las excepciones y limitaciones a determinados actos restringidos inciden directa y negativamente en el funcionamiento del mercado interior de derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor. Tales diferencias podrían perfectamente acentuarse a medida que se desarrollen la explotación transfronteriza de las obras y las actividades transfronterizas. Para garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior, resulta oportuno definir de manera más armonizada tales excepciones y limitaciones. El grado de armonización de las mismas debe estar en función de sus efectos sobre el correcto funcionamiento del mercado interior».



digital, tal y como señaló la Comisión en su Comunicación de 9 de diciembre de 2015<sup>271</sup>. Ciñéndonos a las legislaciones estudiadas en la presente investigación, diremos que el art. 70 LDA confunde el límite de la cita con el de la ilustración. Por su parte, el CPI francés contiene la limitación al derecho de autor relativa a la enseñanza fundamentalmente en un precepto, en el art. L122-5.3ºe), en el que además también se prevé la finalidad de investigación, pero no el límite de cita. En cambio, la CDPA inglesa regula la utilización de obras ajenas con finalidad educativa en cinco preceptos diferentes (arts. 32-36), reglamentando de forma independiente los usos con un fin de investigación (arts. 29 y 29a). La UrhG, de forma similar a la CDPA, recoge por un lado, las limitaciones relativas a la enseñanza (arts. §47, §60a y §60b) y, por otro lado, las que tienen por objeto facilitar la investigación científica (arts. §60c y §60d). En este contexto, tales divergencias podrían dar lugar a que un mismo acto de explotación pueda estar amparado por la limitación de la ilustración en un Estado miembro sin compensación de ningún tipo al autor, mientras que esté supeditado a remuneración en otro, o incluso que la excepción prevista en el Estado en cuestión no incluya dichos actos y los mismos requieran la autorización del autor, creándose de este modo barreras a la circulación de obras en el ámbito educativo. A título de ejemplo, las partituras pueden utilizarse en la enseñanza y sin remuneración al autor al amparo del art. 70 LDA y de acuerdo con las exigencias del *fair dealing* según el art. 32 CDPA, mientras que el §60a UrhG impide su reproducción reprográfica debiendo remunerarse al autor cuando se lleven a cabo el resto de actos de explotación. En cambio, resulta imposible el uso de partituras de acuerdo con la limitación de los arts. L122-5.3ºe) CPI y 32.5 TRLPI, pues excluyen en todo caso su explotación en el ámbito educativo, de modo que para su realización será necesaria la autorización del autor. Estas diferencias pueden actuar de freno para tendencias educativas

---

<sup>271</sup> «Hacia un marco moderno...», *op. cit.*, p. 8. En el mismo sentido, *vid.* AA.VV., *Assessment of the impact of the European copyright framework on digitally supported education and training practices*, R. Dumčius (dir.), R. Xalabarder (team leader), Luxemburgo, 2016, p. 48. Disponible en: <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/1ba3488e-1d01-4055-b49c-fdb35f3babc8/language-en> y AA.VV., *Showing films and other audiovisual content in European Schools. Obstacles and best practices*, Unión Europea, 2015, p. 9. Disponible en: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/news/schools-europe-are-not-using-films-and-audiovisual-material-full-concluded-eu-study>.

De hecho, esta circunstancia ya se había puesto de manifiesto con anterioridad en el apartado 3.3 del Libro Verde sobre los «Derechos de autor en la economía del conocimiento», de 16 de julio de 2008, COM(2008) 466 final.

De ahí que en el Considerando 5 de la Propuesta de Directiva MUD se reconozca que «(...) el carácter optativo de las excepciones y limitaciones previstas en las Directivas 2001/29/CE, 96/9/CE y 2009/24/CE en esos ámbitos puede afectar negativamente al funcionamiento del mercado interior, especialmente en el caso de los usos transfronterizos (...)», siendo esta la razón por la cual «(...) procede evaluar de nuevo (...) las excepciones y limitaciones vigentes establecidas por el Derecho de la Unión que sean pertinentes para la investigación científica, la enseñanza y la conservación del patrimonio cultural».

como los cursos en línea, el uso de tecnologías y materiales digitales en las aulas y el aprendizaje transfronterizo, que han ganado considerable terreno en los últimos años<sup>272</sup>.

Ante tal situación, la Propuesta de Directiva MUD incorpora una nueva excepción o limitación con el objeto de autorizar la utilización de obras y otras prestaciones en actividades pedagógicas en el ámbito digital y transfronterizo (art. 4), ahora sí, con carácter obligatorio<sup>273</sup>.

Asimismo, debe recordarse que la limitación de la ilustración es una de las pocas que, pese a ser facultativa, queda reforzada por el legislador comunitario frente a la protección de las medidas tecnológicas de protección, tal y como deriva del art. 6.4 DDASI<sup>274</sup>.

Por su parte, la importancia del carácter imperativo de la limitación en favor de la enseñanza se ha puesto de manifiesto en las recientes reformas operadas en la CDPA y en la UrhG. Así, el apartado (3) del art. 32 CDPA contempla una importante novedad derivada de las recomendaciones del profesor HARGREAVES: la inaplicabilidad de las estipulaciones de un contrato que impidan o restrinjan la realización de los actos que en virtud de tal precepto serían considerados *fair dealing* y, en consecuencia, lícitos sin autorización del autor o titular de derechos correspondiente<sup>275</sup>. Esta disposición se reitera en el art. 36(7) CDPA relativo a la

---

<sup>272</sup> «Hacia un marco moderno...», *op. cit.*, p. 8.

<sup>273</sup> En concreto, la limitación propuesta estipula: «1. Los Estados miembros *establecerán* una excepción o limitación a los derechos previstos en los artículos 2 y 3 de la Directiva 2001/29/CE, el artículo 5, letra a), y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 96/9/CE, el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2009/24/CE y el artículo 11, apartado 1, de la presente Directiva a fin de autorizar el uso digital de obras y otras prestaciones únicamente con fines ilustrativos de enseñanza, en la medida en que ello esté justificado por la finalidad no comercial perseguida, siempre que el uso:

a) tenga lugar en los locales de un centro de enseñanza o a través de una red electrónica segura a la que solo puedan acceder los alumnos o estudiantes y el personal docente del centro;

b) vaya acompañado de la indicación de la fuente, con inclusión del nombre del autor, salvo que ello resulte imposible.

2. Los Estados miembros podrán establecer que la excepción adoptada con arreglo al apartado 1 no sea aplicable en general o con respecto a determinados tipos de obras u otras prestaciones, en la medida en que estén fácilmente disponibles en el mercado licencias adecuadas que autoricen los actos descritos en el apartado 1.

Los Estados miembros que hagan uso de lo dispuesto en el párrafo primero adoptarán las medidas necesarias para garantizar la adecuada disponibilidad y visibilidad de las licencias que autorizan los actos descritos en el apartado 1 para los centros de enseñanza.

3. Se considerará que el uso de obras y otras prestaciones únicamente con fines ilustrativos de enseñanza a través de redes electrónicas seguras hecho en cumplimiento de las disposiciones de Derecho nacional adoptadas en virtud del presente artículo únicamente tiene lugar en el Estado miembro en que está establecido el centro de enseñanza.

4. Los Estados miembros podrán prever una indemnización justa para los titulares de derechos por el perjuicio que les haya causado el uso de sus obras u otras prestaciones con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1» (la cursiva es nuestra).

<sup>274</sup> Para VON LEWINSKI, S. considera que el art. 6.4 DDASI contempla las excepciones que el legislador comunitario considera más importantes. «Article 6: Obligations as to technological measures», en *European Copyright Law. A Commentary*, M. Walter y S. von Lewinski (eds.), Oxford, 2010, pp. 1070-1074.

<sup>275</sup> De acuerdo con el mismo, «to the extent that a term of a contract purports to prevent or restrict the doing of any act which, by virtue of this section, would not infringe copyright, that term is unenforceable». Puntualizan

reproducción de extractos de obras en el ámbito de los establecimientos educativos<sup>276</sup>. De forma similar, el nuevo §60g (1) UrhG impide al titular de derechos la invocación de acuerdos que restrinjan o prohíban, entre otros, los actos permitidos por los §60a y §60b relativos a la enseñanza<sup>277</sup>. Con esta previsión se pretende evitar que la finalidad perseguida con el establecimiento de la excepción no pueda conseguirse efectivamente como consecuencia de la desactivación de la limitación por parte de los titulares de derechos. De este modo se refuerza la posición de quienes pueden hacer valer dichas disposiciones, pues tendrán la certeza de contar con unos usos mínimos autorizados de forma inderogable en el ámbito de la enseñanza y la investigación.

En definitiva, pese al carácter facultativo de la excepción en el CB y en la DDASI, el papel fundamental que desempeña el límite de la ilustración para la enseñanza en el ámbito de la propiedad intelectual se ha manifestado tanto en su adopción por la mayoría de los países de nuestro entorno – si bien con importantes diferencias en su regulación y alcance –, como en las discusiones que sobre propiedad intelectual se están desarrollando a nivel europeo e internacional. De hecho, la posible aprobación del Proyecto de Directiva MUD, tal y como ha sido publicada, obligaría a los Estados miembros a establecer la excepción de la ilustración prevista en su art. 4, armonizando, al menos, la utilización de obras y otras prestaciones en la enseñanza digital y transfronteriza.

### 3.2.2 La finalidad de la limitación: la «enseñanza»

Tanto la DDASI como el CB exigen que la utilización de la obra autorizada por la excepción se lleve a cabo con una finalidad determinada, si bien la terminología empleada no coincide completamente a este respecto. El art. 10.2) CB establece que se podrán utilizar lícitamente las obras «a título de ilustración de la enseñanza». Por su parte, la Directiva señala en su art. 5.3 a) que se podrán establecer limitaciones o excepciones a los derechos concernientes «cuando el uso tenga únicamente por objeto la ilustración con fines educativos»<sup>278</sup>. No obstante, y pese a las posibles diferencias que respecto al ámbito de

---

BENTLY, L. y SHERMAN, B. que el precepto establece que dichos términos contractuales serán inaplicables, pero no nulos. *Intellectual Property Law*, Oxford, 4ª ed., 2014, p. 229.

<sup>276</sup> A su tenor, «the terms of a licence granted to an educational establishment authorising acts permitted by this section are of no effect so far as they purport to restrict the proportion of a work which may be copied (whether on payment or free of charge) to less than that which would be permitted by this section».

<sup>277</sup> En concreto, el precepto establece que «auf Vereinbarungen, die erlaubte Nutzungen nach den §§60a bis 60f zum Nachteil der Nutzungsberechtigten beschränken oder untersagen, kann sich der Rechtsinhaber nicht berufen». Sobre el mismo, *vid. supra*. 2.1 de presente Capítulo.

<sup>278</sup> La norma no solo prevé los fines educativos, sino también los de investigación científica. No obstante, su estudio queda remitido al análisis llevado a cabo en el apartado 2.3 del presente Capítulo por ser una finalidad

aplicación de este requisito pudieran derivarse de la distinta redacción de la finalidad señalada, lo cierto es que finalmente el objetivo perseguido tanto en el CB como en la DDASI es el mismo: enriquecer la enseñanza y promocionar la difusión de la cultura y el acceso a la información mediante el establecimiento de una limitación que permita la explotación de obras protegidas por los derechos de propiedad intelectual durante el proceso educativo<sup>279</sup>.

En cuanto a las divergencias existentes en la redacción, podría destacarse en primer lugar el hecho de que la DDASI establezca que la finalidad de los actos de explotación de la obra permitidos sea «exclusivamente» la ilustración con fines educativos<sup>280</sup>. Ello implicaría que no podría quedar amparada por el art. 5.3 a) DDASI la utilización de una obra en el contexto pedagógico cuando con ella se persigan una pluralidad de objetivos, aunque se incluyan entre ellos los fines educativos, salvo que con estos últimos concurren los de investigación<sup>281</sup>. En esta línea, el art. 32 CDPA exige que el acto de explotación permitido se lleve a cabo «for the sole purpose of illustration for instruction», al igual que el art. L122-5 3º e) CPI, que se refiere a «des fins *exclusives* d'illustration». Y mantiene una redacción similar el art. 4 de la Propuesta de Directiva MUD, al autorizar usos «únicamente con fines ilustrativos de enseñanza». En cambio, el carácter exclusivo de la finalidad señalada y en consecuencia excluyente de cualquier otra no aparece previsto en el CB, así como tampoco en el art. 70 LDA ni en el §60a UrhG. Esta circunstancia podría llevar a la conclusión de que, a diferencia de lo que sucede en el marco de la Directiva, el CB sí que vendría a permitir la explotación de obras cuando además de perseguirse una finalidad de enseñanza se pretendiera lograr otro tipo de objetivos, como de recreo o de carácter lúdico. A pesar de ello, si tenemos en cuenta que los límites deben ser interpretados restrictivamente<sup>282</sup>, no podrá quedar amparada por la excepción

---

exclusivamente recogida en la DDASI y, por tanto, no un elemento común del límite de la ilustración en la Directiva y el CB.

<sup>279</sup> En relación con ello, el Considerando 14 DDASI establece que «la presente Directiva aspira a fomentar el aprendizaje y la cultura mediante la protección de las obras y prestaciones, permitiendo al mismo tiempo excepciones o limitaciones en interés general para fines educativos y docentes».

Como señala LÓPEZ MAZA, S., la enseñanza es un interés público «poderoso» que justifica que «un profesor no puede ver limitada su docencia por el derecho de autor, cuando trata de ilustrar sus explicaciones en clase». «Artículo 10»..., *cit.*, p. 876. En el mismo sentido, *vid.* RICKETSON, S.; GINSBURG, J. C., *International Copyright and Neighbouring Rights. The Berne Convention and Beyond*, 2nd ed., vol. I, Oxford, 2010, pág. 17.

<sup>280</sup> Del mismo modo, los arts. 6.2 b) DBD y 10.1 d) Directiva de derechos de alquiler y préstamo respectivamente hacen referencia a esta finalidad con los términos «únicamente», en el primer caso, y «exclusivo», en el segundo. Resulta llamativo que, no obstante, no se haga mención alguna a este respecto en el art. 9 b) DBD en relación con la protección *sui generis* de bases de datos no originales.

<sup>281</sup> Así, DUSOLLIER, S., «The Limitations and Exceptions...», *cit.*, p. 359 y VON LEWINSKI, S., «Article 5: Exceptions and limitations», en *European Copyright Law. A Commentary*, M. Walter y S. von Lewinski (eds.), Oxford, 2010, p. 1040.

<sup>282</sup> En relación precisamente con el CB, así lo señala por primera vez la Delegación Polaca en la Conferencia de Roma de 1928. *Actas 1928*, pág. 251.

prevista en el art. 10.2) CB otro tipo de finalidades distintas a la específicamente señalada en el mismo, esto es, la de la ilustración de la enseñanza<sup>283</sup>.

Ahora bien, que el uso solo pueda perseguir como finalidad «exclusiva» la ilustración de la enseñanza no significa que del mismo no pueda derivarse la consecución de otros fines no previstos inicialmente. Así, por ejemplo, el uso de una canción en una clase de inglés tendrá una finalidad exclusiva de enseñanza cuando se utilice para el estudio y el aprendizaje de vocabulario, por ejemplo. No obstante, ello no excluye que con dicha canción el alumnado pueda, además de aprender, divertirse. En cuanto a ello, resulta especialmente restrictiva la limitación prevista en el art. L122-5 3º e) CPI, en la que la finalidad de la ilustración excluye «toute activité ludique ou récréative», lo que contrasta con los estudios más recientes en el ámbito de la pedagogía en los que se señala que el aprendizaje es mejor cuando se disfruta con el mismo<sup>284</sup>. ¿Ello implica que, por ejemplo, sería posible aplicar la excepción cuando en el estudio del teatro clásico se utilizara una tragedia griega pero no fuera así cuando se tratara de una comedia? ¿No quedaría amparada por la excepción la utilización en clase de un “meme” relacionado con la materia explicada para romper la seriedad de la sesión y volver a atraer la atención del alumnado?<sup>285</sup> Sin duda, una interpretación tan estricta de esta excepción vaciaría de contenido a la misma, pues prácticamente cualquier uso de una obra ajena en la enseñanza puede llevar a la consecución de fines no necesariamente educativos, como lúdicos, de entretenimiento, etc. En el supuesto de la legislación francesa, debe entenderse que la intención del legislador era evitar que, sobre el argumento de que prácticamente cualquier uso

---

<sup>283</sup> En el mismo sentido, LÓPEZ MAZA, S., «Artículo 10»... *cit.*, p. 880.

Lo mismo cabría concluir, por tanto, en relación con la limitación del 9.b) DBD.

<sup>284</sup> En este sentido, la gamificación o ludificación está ganando terreno entre las nuevas metodologías docentes en todos los niveles educativos. La misma consiste en la aplicación de las dinámicas del juego en el entorno educativo, de manera que la predisposición positiva del alumno hacia el mismo, le motiva a estudiar, mejorando así el proceso de aprendizaje. Se busca de este modo que el alumno aprenda divirtiéndose. Además, las TIC han permitido el desarrollo de plataformas que facilitan la aplicación de esta metodología docente, como el conocido *Kahoot* o el *Quizizz*.

<sup>285</sup> Como critica VIVANT, M., «est-ce à dire que seul un enseignement fermement ennuyeux pourra bénéficier de l'exception légale? Rien de ludique en pédagogie? Il serait intéressant de savoir ce qui, dans leur inconscient, a guidé nos parlementaires. «Les exceptions nouvelles au lendemain de la loi 1er août 2006», *Recueil Dalloz*, n° 31, 2006, p. 2161. De forma similar ironiza DUPUIS, M. sobre esta expresión cuando señala «point d'exception pour l'amusement, même si ses vertus pédagogiques ne sont plus à démontrer!». «Le droit de citation des oeuvres et le régime de l'exception pédagogique», *RLDI*, n° 40, julio, 2008, p. 66.

Asimismo, parece que las críticas a dicha expresión han influido en la adopción de los acuerdos de desarrollo de la excepción, pues este requisito no se ha previsto en ninguno de ellos.

de una obra ajena puede tener una finalidad educativa, se utilizaran las obras en contextos no pedagógicos<sup>286</sup>.

De todo ello, cabría concluir que con la finalidad «exclusiva» de la ilustración se exige que el sujeto que realice el acto de explotación busque únicamente su consecución y en ese caso quedará amparado por la limitación, aunque se consigan de forma adicional otros fines que pueden coadyuvar en el proceso de aprendizaje<sup>287</sup>.

A este respecto, no obstante, hemos de diferenciar entre la hermenéutica de los elementos que constituyen la excepción y la de la finalidad perseguida con su establecimiento. Así, es en el primer caso en el que la interpretación restrictiva encuentra su máxima expresión, de modo que queda proscrita cualquier ampliación del ámbito de aplicación de la excepción a supuestos no amparados por la misma. Ello implica que no es posible incluir nuevos componentes ni obviar los ya previstos en la limitación, pues ello supondría una modificación de su alcance. Por ejemplo, no es posible ampliar el ámbito de aplicación de la limitación de la ilustración a fines no expresamente establecidos y, en consecuencia, se debe interpretar restrictivamente el hecho de que se prevea como finalidad de la misma en el art. 10.2) CB solo la enseñanza, y en el caso del 5.3 a) DDASI, la enseñanza y/o la investigación científica. Ello no obsta a que, si aparecen nuevas formas de explotación de las obras no expresamente previstas en la excepción, las mismas puedan considerarse comprendidas en los derechos exclusivos así limitados siempre y cuando sean subsumibles en sus conceptos. También en el ámbito de la UE comienza a vislumbrarse la necesidad de llevar a cabo una interpretación flexible, que no implica que sea necesariamente amplia, de las excepciones para su adaptación a los cambios tecnológicos, pues como señala el propio Parlamento Europeo en su Resolución sobre la aplicación de la DDASI, «en aquellos casos en que ya se aplique una excepción o limitación, los nuevos usos de contenidos que permiten los avances tecnológicos o los nuevos usos de las tecnologías deben interpretarse, en la medida de la posible, en consonancia con la excepción o limitación vigente, siempre que el nuevo uso sea similar al ya existente, con objeto de mejorar la seguridad jurídica, debiendo aplicarse al respecto la verificación en tres fases»<sup>288</sup>. De este modo, «esa flexibilidad en la interpretación de las excepciones y limitaciones puede

---

<sup>286</sup> Sin duda, la expresión empleada por el legislador revela cierta desconfianza por su parte en cuanto al modo en que vaya a ser aplicada la excepción por parte del juez. VIVANT, M., «Les exceptions nouvelles...», *cit.*, p. 2163.

<sup>287</sup> En el mismo sentido, IGLESIAS, M. J. considera que «las utilizaciones autorizadas deben tener como (único) objeto principal, la ilustración con fines educativos o de investigación, pero que son compatibles con otros fines». *Op. cit.*, p. 226.

<sup>288</sup> *Op. cit.*, apartado 43.

permitir la adaptación de dichas excepciones y limitaciones a las distintas circunstancias nacionales y necesidades sociales»<sup>289</sup>. En este caso, de hecho, consideramos que en realidad no se esté llevando a cabo una interpretación amplia de la excepción. Al contrario, y de acuerdo con el carácter expansivo que se ha venido confiriendo a los derechos de propiedad intelectual en el ámbito comunitario y con el necesario establecimiento de un nivel elevado de protección de los autores<sup>290</sup>, lo que se produce es una exégesis extensiva de los derechos de exclusiva del autor y de otros titulares de derechos de modo que, si los nuevos modos de explotación pueden ser constitutivos de un acto de reproducción, por ejemplo, se les podrán aplicar las excepciones establecidas a dicho derecho siempre y cuando se satisfagan las exigencias de las mismas. En cambio, si la utilización de que se trate no encuentra su encuadre jurídico en los derechos de explotación reconocidos por el CB o la DDASI, la actuación concreta quedará al margen del sistema de propiedad intelectual y podrá llevarse a cabo libremente, es decir, no será necesario que el usuario recabe autorización alguna o que deba acomodar dicho acto a los requisitos de ninguna excepción.

Cuestión distinta es cómo debe interpretarse la finalidad perseguida con el establecimiento de la limitación, pues, aunque sea uno de los elementos que compone la limitación, la misma constituye el fundamento último de su inclusión en la normativa de propiedad intelectual. Efectivamente, el reconocimiento de excepciones a los derechos de explotación tiene su origen en la colisión que puede producirse entre los mismos y los derechos de terceros, como la libertad de expresión, o intereses generales, como el acceso a la información. Así, el objetivo general que se pretende con el establecimiento de un régimen de excepciones y limitaciones a los derechos de autor es el de alcanzar un adecuado equilibrio entre los derechos o intereses enfrentados. Por ello, en este caso, cabe considerar que el fin propio de cada excepción no tiene que interpretarse de forma restrictiva, sino de acuerdo con el objetivo que se persigue mediante el reconocimiento de la misma, el cual en muchas ocasiones coincide con el necesario respeto a otro derecho fundamental o al interés general<sup>291</sup>. Así, los derechos de explotación reconocidos a los autores y otros titulares de derechos y la finalidad perseguida con el establecimiento de las excepciones a los mismos deben ser

---

<sup>289</sup> *Ibid. loc. cit.*

<sup>290</sup> En este sentido, *vid.* especialmente los Considerandos 4 y 9 DDASI.

<sup>291</sup> En palabras de ORTEGA DÍAZ, J. F., «es opinión sentada el hecho de que las excepciones deben tener una aplicación muy restrictiva. No obstante, este carácter restrictivo no puede poseer un nivel de rigidez tan extremo que produzca un desequilibrio entre los derechos exclusivos y los intereses generales». «Las excepciones de cita e ilustración en el entorno tradicional y digital. A propósito de la Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo, relativa a la adaptación de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información», *pe. i.*, nº 19, 2005, p. 88.

situados en un plano de igualdad<sup>292</sup>, de modo que su posible colisión debe resolverse en atención a los principios de proporcionalidad, efecto útil y finalidad perseguida con su reglamentación<sup>293</sup>.

De acuerdo con esta postura, la cual defendemos, resulta fundamental determinar el contenido de la finalidad que debe perseguirse para que la conducta en cuestión esté amparada por el límite de la ilustración: la enseñanza. Pero su interpretación, como se ha visto, no habrá de ser necesariamente estricta, sino acorde con la persecución del objetivo pretendido con el establecimiento de dicha limitación y de forma proporcional a los intereses en juego.

Así, el CB se refiere a la finalidad de «enseñanza», mientras que la DDASI identifica la razón de la excepción con los «fines educativos». Atendiendo a una interpretación semántica o literal, lo cierto es que los términos expuestos no tienen un significado equivalente en español lo que podría llevar a la conclusión de que el alcance de la excepción en un texto y en otro no fuera coincidente. En efecto, de acuerdo con el Diccionario de la lengua española, «enseñar» en su primera acepción equivale a «instruir», que, según el segundo sentido dado a este término, significa «comunicar sistemáticamente ideas, conocimientos o doctrinas»<sup>294</sup>. En cambio, «educar» se define como «dirigir, encaminar», de modo que se proporcione orientación o consejo a alguien para la adecuada consecución de un fin. No obstante, en la excepción de la ilustración prevista en el CB en su versión francesa se utiliza la voz «enseignement», así como también en la DDASI. Y lo mismo sucede en la versión inglesa del CB y la DDASI: la redacción de la excepción en cuestión se refiere a la finalidad que debe perseguirse con el mismo término «teaching». Siendo ello así, se puede concluir que la utilización de expresiones diferentes en la excepción de la ilustración prevista en el CB y en la DDASI en su versión española no tiene por objeto el establecimiento de un ámbito de aplicación distinto, sino que se trata de una mera cuestión de traducción.

---

<sup>292</sup> Así, señala FORNS, S. que «no creemos que sea necesario continuar para poner en evidencia que ya los derechos morales y materiales de los autores, por los que se aboga, no se supeditan a ningún otro que se reputa superior, mas en plano de igualdad se coordinan con los del interés público y la cultura. (...) Por eso, yerran por igual quienes con exagerados exclusivismos creen que el problema de la propiedad intelectual se resuelve con cuidarse exclusivamente del autor, como los que suponen que basta con preocuparse del interés público». *Op. cit.*, p. 1019. En el mismo sentido KUR, A., «Of Oceans, Islands, and Inland Water – How Much Room for Exceptions and Limitations under the Three Step-Test?», Max Planck Institute, 2008, p. 7. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1317707>.

<sup>293</sup> En cuanto a ello, el Considerando 31 DDASI recuerda que «debe garantizarse un justo equilibrio entre los derechos e intereses de las diferentes categorías de titulares de derechos, así como entre las distintas categorías de titulares de derechos y usuarios de prestaciones protegidas». Asimismo, *vid. supra* epígrafes 2 y 3 del Capítulo I.

<sup>294</sup> Accesible en [www.rae.es](http://www.rae.es).



Asimismo, hay diferencias entre diversas Directivas sobre propiedad intelectual de la UE en su versión española se utilizan distintas expresiones para hacer referencia a la finalidad que debe perseguirse en el ámbito de dicha limitación: «fines educativos» en el art. 5.3 a) DDASI; «enseñanza» en los arts. 6.2 b) y 9 b) DBD y «fines docentes» en el art. 10.1 d) de la Directiva sobre alquiler y préstamo. En cambio, ello no sucede ni en la versión inglesa de dichas Directivas, pues en todas se utiliza el término «teaching», ni en la versión francesa, en las que se emplea «enseignement». Aunque algunos autores han entendido que, desde una perspectiva estrictamente lingüística, la expresión utilizada para hacer referencia a la finalidad educativa en la versión española de la DDASI es «más generosa» que la inglesa o la francesa<sup>295</sup>, a nuestro juicio se trata de nuevo de una cuestión de traducción. En consecuencia, no se debe deducir de la utilización de distintos términos en las versiones oficiales de la DDASI que el legislador comunitario haya pretendido el establecimiento de diferentes ámbitos de aplicación de la excepción de la ilustración en función del Estado miembro de que se trate. Así como tampoco parece adecuado entender que la voluntad legislativa que subyace a la regulación de la limitación en cuestión en las diferentes Directivas que la prevén en su versión española era la de conferirle un alcance distinto según el tipo de obra utilizada en la enseñanza o en función del titular de los derechos sobre la misma. Al contrario, y en la medida en que el Derecho comunitario constituye un auténtico sistema jurídico, habrá de llevarse a cabo una exégesis única y común de la finalidad perseguida por la excepción de la ilustración a nivel de la UE, es decir, otorgar a la finalidad prevista en la excepción un sentido comunitario<sup>296</sup>. Por tanto, en aras de una mayor seguridad y coherencia jurídicas, así como para evitar que puedan producirse situaciones discriminatorias basadas únicamente en función del tipo de obra (en el caso de la excepción en relación con las bases de datos) o del titular de derechos (autor o titulares de derechos conexos) en el ámbito de la UE, las expresiones utilizadas para señalar la finalidad perseguida en la excepción de la ilustración prevista en las distintas Directivas deben entenderse como sinónimas.

En consecuencia, debe concluirse que la enseñanza y la educación comparten el mismo significado en el CB y la DDASI, ya que lo que se pretende en ambos casos es que pueda hacerse uso de obras relevantes para la materia objeto de estudio en el ámbito educativo y de

---

<sup>295</sup> IGLESIAS, M. J., *op. cit.*, pp. 222-223.

<sup>296</sup> Así, ZOLYNSKI, C., *op. cit.*, p. 99.

este modo, hacer efectivo el derecho a la educación y promocionar el acceso a la cultura y a la información<sup>297</sup>.

En este contexto y gracias a los trabajos preparatorios y discusiones de las distintas Conferencias que dieron lugar al CB, «teaching», «enseignement» o «enseñanza» se han venido a interpretar en el contexto de este Convenio como la acción de transmitir conocimientos en escuelas y otras instituciones de educación superior. Dada la falta de conceptualización y de discusión en los orígenes y el texto de la DDASI en cuanto a los «fines educativos», VON LEWINSKI, a quien seguimos, ha entendido que debe darse a dicha finalidad el mismo sentido que en el CB<sup>298</sup>. Así, el concepto señalado viene compuesto por dos elementos esenciales: el alcance de lo que debe entenderse por «enseñanza», por un lado, y el contexto o lugar en el que debe desarrollarse la misma, por otro.

### 3.2.2.1 El concepto de «enseñanza» o «fin educativo»

Los conceptos de «enseñanza» y «fin educativo» no han sido definidos ni en el CB ni en la DDASI, respectivamente. Tampoco las legislaciones nacionales estudiadas en la presente investigación definen lo que deba entenderse por «instruction» (arts. 32 y 36 CDPA)<sup>299</sup> o «educational purposes» (art. 35 CDPA); «des Unterrichts und der Lehre» (§60a UrhG); «insengamento» (art. 70 LDA) o por «enseignement» (art. L122-5 3º e) CPI). La Propuesta de Directiva MUD guarda el mismo silencio al respecto. Ello probablemente haya sido así porque los legisladores internacional y comunitario, así como el nacional de dichos Estados, han partido de la consideración de que se trata de conceptos cuyo contenido es pacíficamente

---

<sup>297</sup> En el mismo sentido, VON LEWINSKI, S., «Article 5...», *cit.*, p. 1043 y DUSOLLIER, S., «The Limitations and Exceptions...», *cit.*, p. 359.

<sup>298</sup> «Article 5...», *ibid. loc. cit.*

<sup>299</sup> Critican el empleo del término «instruction» BENTLY, L. y SHERMAN, B., quienes consideran que se trata de una redacción obsoleta. Asimismo, entienden que la interpretación estricta del término daría lugar a que los únicos sujetos amparados por la excepción fueran los profesores, lo que resulta incompatible con el propio precepto que incluye a aquellas personas que reciben instrucción. *Op. cit.*, pp. 253 y 254. En cuanto a ello, aunque la utilización del término «instruction» parece desfasada y poco acorde con las tendencias educativas actuales que ponen al alumnado en el centro del proceso educativo, siendo probablemente más acertada la de «teaching», entendemos que dicho uso no se lleva a cabo con la finalidad de negar esta nueva realidad sino simplemente por la voluntad del legislador de mantener los términos empleados en las versiones anteriores del precepto. En el mismo sentido se expresa el Gobierno, según el documento «Technical Review of Draft Legislation on Copyright Exceptions: Government Response, Intellectual Property Office», p. 7. Disponible en: <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140603102645/http://www.ipo.gov.uk/response-copyright-techreview.pdf>.

entendido<sup>300</sup>. No obstante, es posible diferenciar un concepto restrictivo y uno amplio de «enseñanza».

La «enseñanza» en su interpretación más restrictiva ha sido limitada a la transmisión de ideas, es decir, al ámbito de la comunicación de información, no incluyendo, por tanto, el aprendizaje o adquisición de conocimientos. Ello ha conducido a parte de la doctrina a considerar que la única persona facultada por la excepción para utilizar la obra en este ámbito sea el docente y no el alumno<sup>301</sup>. No obstante, los sujetos amparados por la limitación señalada no vienen específicamente previstos ni en el CB ni en la DDASI, lo que nos permitiría concluir que, si el texto de las normas señaladas no determina este extremo, deben entenderse comprendidos todos los sujetos que intervengan en el proceso educativo<sup>302</sup>.

Y ello porque, aunque tradicionalmente se haya restringido el término «enseñanza» a la transmisión de conocimientos sin referencia alguna a su recepción, hemos de tener en cuenta que la misma tiene como fin último el aprendizaje por parte de quien la recibe, de modo que la transmisión de conocimientos debe ir acompañada necesariamente de su adquisición para que efectivamente pueda producirse. De hecho, el propio Considerando 14 DDASI establece como aspiración de esta norma la de «fomentar *el aprendizaje* y la cultura mediante la protección de las obras y prestaciones, permitiendo al mismo tiempo excepciones o limitaciones en interés general para fines educativos y docentes» (la cursiva es nuestra). Así, se distingue claramente el objetivo de la Directiva («fomentar el aprendizaje y la cultura») de los medios necesarios para conseguirlo (mediante la protección de obras y prestaciones y el correlativo establecimiento de excepciones para fines educativos y docentes).

Todo ello nos lleva a la conclusión de que la excepción de la ilustración no es más que el instrumento necesario para lograr el fin realmente pretendido con la misma: el aprendizaje. De este modo, la interpretación de la excepción debe llevarse a cabo no sólo desde la perspectiva del que ilustra la enseñanza, que debe ajustarse a los requisitos de la excepción, sino también y, especialmente, desde la del que la recibe. No obstante, y dado que

---

<sup>300</sup> Según XALABARDER PLANTADA, R., «aun admitiendo algunas zonas grises, todos sabemos lo que son fines educativos». «Los límites a los derechos...», *cit.*, p. 41.

<sup>301</sup> Así, aunque admite también la inclusión del alumno entre los sujetos amparados por la excepción únicamente cuando cumple «labores docentes», LÓPEZ MAZA, S., «Artículo 10»..., *cit.*, pp. 881-882. La misma interpretación sigue VON LEWINSKI, S. en relación con la excepción de la ilustración prevista en el art. 6. 2 b) DBD. «Database Directive», en *European Copyright Law. A Commentary*, M. Walter y S. von Lewinski (eds.), Oxford, 2010, p. 734. Así parece haberlo entendido también el legislador español que ha optado por restringir el sujeto amparado por la limitación al docente, según el art. 32. 3 y 4 TRLPI, que mantiene el mismo criterio que la redacción anterior a la reforma de la excepción operada por la Ley 21/2014, de 4 de noviembre.

<sup>302</sup> En cuanto a los sujetos amparados por la limitación, *vid. infra*.

consideramos que el fin perseguido no debe justificar todo tipo de explotaciones de la obra, pues ello podría atentar contra el propio sistema de protección de la propiedad intelectual, el que ilustra deberá esforzarse por conseguir el objetivo pretendido mediante una actuación conforme a la excepción, pero siempre con vistas a la consecución de dicha finalidad. Así pues, enseñanza y/o fines educativos y aprendizaje son elementos interdependientes, que se necesitan el uno al otro. En consecuencia, entendemos que una interpretación adecuada de la finalidad de la enseñanza debe incluir tanto la transmisión como la adquisición de conocimientos en el ámbito educativo. Del mismo modo parece haber interpretado la finalidad de la enseñanza el legislador inglés en su art. 32(1) (b) CDPA, pues permite que el uso de la obra ajena se lleve a cabo «by a person *giving or receiving* instruction».

Por otro lado, conviene señalar que la enseñanza cuya finalidad se pretende con la utilización autorizada por la excepción incluye la instrucción en las distintas ramas del saber, incluidas las enseñanzas artísticas, deportivas, de idiomas o de formación profesional que se imparten en instituciones paralelas a aquellas en las que se desarrollan los programas educativos generales. La redacción del CB y la DDASI no discrimina la disciplina cuya ilustración se pretenda, de modo que *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*. En este sentido, la Corte de Apelación de Roma señaló en sentencia de 9 de mayo de 1994 que la escuela a la que hace referencia el art. 15.2 LDA no es solo la que tiene por objeto la docencia para la adquisición de una cultural general o de competencias determinadas por un plan de estudios, sino también aquella en la que se enseña una profesión o una disciplina artística<sup>303</sup>.

Asimismo, la finalidad de la «enseñanza» contenida en los textos internacionales se ha considerado tradicionalmente vinculada a la educación de carácter oficial, es decir, la que da lugar a la obtención de un título acreditado por el Estado por cumplir con los estándares y currículo legalmente establecidos<sup>304</sup>. No obstante, lo cierto es que, en la práctica, los establecimientos educativos imparten tanto titulaciones oficiales como no oficiales, lo que sucede especialmente en el ámbito universitario, sin que se haga diferenciación alguna a este respecto ni en el texto de la excepción del CB y la DDASI, ni en los documentos preparatorios

---

<sup>303</sup> En el caso en cuestión, la SIAE demandó a la Asociación Nacional de Escuelas de Danza por la comunicación pública de obras musicales en clase. *Vid.*, al respecto, PEDRIALI, A., «Nota a *App.* Roma, 9 maggio 1994», *AIDA*, t. IV, 1995, pp. 502 y ss. La misma interpretación sigue GALLI, P., «Art. 15», en *Commentario breve alle Leggi su Proprietà Intellettuale e Concorrenza*, L. C. Ubertazzi (coord.), Padova, 5ª ed., 2012p. 1409.

<sup>304</sup> Así, XALABARDER PLANTADA, R., «Los límites a los derechos...», *cit.*, p. 29 y RICKETSON, S.; GINSBURG, J. C., *op. cit.*, p. 792.

o debates previos a su aprobación<sup>305</sup>. Dada la creciente relevancia que la oferta formativa no oficial está adquiriendo en los últimos años y su reconocimiento en mayor o menor medida en las legislaciones educativas de un gran número de Estados<sup>306</sup>, no parece que deba excluirse este tipo de enseñanza siempre y cuando con ella no se persiga una finalidad comercial y se cumpla con el resto de requisitos exigidos por la excepción<sup>307</sup>. Además, una restricción en este sentido conllevaría que en una misma institución la excepción fuera aplicable cuando se impartiera una titulación oficial y, por el contrario, tuviera que solicitarse la autorización de los titulares de derechos correspondientes cuando la misma fuera no oficial o buscar el encuadre en otras limitaciones como la cita o el uso privado, haciendo aún más complejo el sistema para los beneficiarios de la limitación.

Por tanto, entendemos que la «enseñanza» que justifica la excepción es aquella que sea reconocida o prevista en la legislación reguladora del sistema educativo correspondiente de cada Estado en cuestión, de modo que el uso de la obra ajena se lleve a cabo en el marco del aprendizaje «formal»<sup>308</sup>. Aunque no encontramos definición alguna de este concepto ni en el texto ni en los orígenes del CB ni de la DDASI, en el ámbito de la UE el aprendizaje formal se ha venido a entender como «el que tiene lugar en entornos organizados y estructurados, dedicado específicamente al aprendizaje, y por lo general da lugar a la concesión de una cualificación, por lo general en forma de certificado o de título, y abarca los sistemas de enseñanza general, de formación profesional inicial y de enseñanza superior»<sup>309</sup>. De este modo, puede concluirse que la excepción será aplicable a las titulaciones oficiales y no oficiales organizadas por las instituciones educativas integrantes del sistema educativo del país de que se trate en todos los niveles de enseñanza, pues las mismas se imparten en el contexto del aprendizaje formal. *A sensu contrario*, quedarán excluidos el aprendizaje «no

---

<sup>305</sup> En cambio, una referencia expresa en este sentido sí la encontramos en el art. 32.3 TRLPI cuando requiere que la educación a la que se aplique la excepción sea la «reglada», elemento que la doctrina ha considerado equivalente a «oficial», como se analizará en el próximo Capítulo.

<sup>306</sup> Así, y a título de ejemplo, el art. 34 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades en el ámbito español reconoce a las instituciones de educación superior españolas la facultad de organizar cursos conducentes a la obtención de títulos propios.

<sup>307</sup> En el mismo sentido, LÓPEZ MAZA, S., «Artículo 10»..., *cit.*, p. 881.

<sup>308</sup> Lo mismo parece entender IGLESIAS, M. J. al destacar que pese a «la importancia innegable de la educación no formal y de la impartida por diversas entidades sociales», estas no se incluyen en el art. 10.2) CB. *Op. cit.*, p. 129.

<sup>309</sup> Apartado a) del Anexo de la Recomendación del Consejo de 20 de diciembre de 2012 sobre validación del aprendizaje no formal e informal, 2012/C 398/01. Disponible en: <https://www.sepe.es/LegislativaWeb/verFichero.do?fichero=09017edb800cfa6a>.

formal»<sup>310</sup> y el aprendizaje «informal»<sup>311</sup>, precisamente porque se desarrollan al margen de los establecimientos educativos<sup>312</sup>.

No cabe duda de que el aprendizaje informal no puede quedar amparado por la excepción y no solo porque no forma parte del sistema educativo, sino también porque no se corresponde con el concepto de enseñanza utilizado en el CB y la DDASI. Mientras que estos textos, como se ha señalado, parten de la consideración de la enseñanza como la transmisión y adquisición de conocimientos, en la enseñanza informal el aprendizaje se produce de forma inevitable, a raíz de las experiencias laborales, familiares, etc. de la persona. En cambio, mayor crítica ha suscitado la exclusión de la enseñanza no formal de la aplicación de la excepción objeto de estudio, correspondiéndose esta modalidad con el «general teaching available to the general public» que el *Main Committee I* consideró al margen de las instituciones señaladas<sup>313</sup>.

La enseñanza no formal abarca fundamentalmente dos ámbitos diferentes: por un lado, los cursos de formación continua en el ámbito de la empresa y, por el otro, los de alfabetización y educación básica o especializada en el marco de organizaciones, asociaciones, ayuntamientos, etc. para la promoción del aprendizaje de competencias concretas. En el primer caso, los cursos de formación continua desarrollados en el ámbito empresarial buscan a través de la formación de los trabajadores una mejora en el rendimiento del negocio en cuestión y, por lo tanto, no tienen una finalidad únicamente educativa sino también comercial,

---

<sup>310</sup> De acuerdo con el apartado b) del Anexo de la Recomendación sobre validación del aprendizaje no formal e informal, el aprendizaje no formal es «el derivado de actividades planificadas (en cuanto a objetivos didácticos y duración) en el que existe alguna forma de apoyo al aprendizaje (como, por ejemplo, una relación entre estudiante y profesor). Puede abarcar programas para impartir capacidades laborales, alfabetización de adultos y la educación básica para personas que han abandonado la escuela prematuramente. Algunos casos muy comunes de aprendizaje no formal son la formación dentro de la empresa, a través de la cual las empresas actualizan y mejoran las capacidades de sus trabajadores, como el manejo de las tecnologías de la información y de la comunicación (TIC), el aprendizaje en línea estructurado (por ejemplo, utilizando recursos educativos abiertos) y cursos organizados por organizaciones de la sociedad civil para sus miembros, su grupo destinatario o el público en general».

<sup>311</sup> La enseñanza informal es definida como la «resultante de actividades cotidianas relacionadas con el trabajo, la familia o el ocio y que no está organizado o estructurado en cuanto a objetivos, tiempo o apoyo para el aprendizaje. El aprendizaje informal puede ser no intencionado desde el punto de vista de quien aprende. Un ejemplo de los resultados obtenidos a través del aprendizaje informal son las capacidades adquiridas a través de las experiencias vitales y laborales. Otros ejemplos son las competencias en gestión de proyectos y en el manejo de las TIC adquiridas en el trabajo, los idiomas y las competencias interculturales aprendidos durante una estancia en otro país, las competencias en TIC adquiridas fuera del trabajo, las capacidades adquiridas en actividades de voluntariado, culturales, deportivas, con jóvenes, o realizadas en casa (por ejemplo, el cuidado de un hijo)». Apartado c) del Anexo de la Recomendación sobre validación del aprendizaje no formal e informal.

Un ejemplo claro de este tipo de aprendizaje sería aquel que se produce por parte del alumno erasmus que, gracias a su estancia en otro país de la UE, aprende el idioma del país de destino sin que lleve a cabo ningún curso al respecto, sino como consecuencia de la propia estancia en dicho Estado.

<sup>312</sup> Se excluye la enseñanza que tiene lugar al margen de las instituciones educativas en *Report Main Committee I...*, *op. cit.*, p. 1148.

<sup>313</sup> *Report Main Committee I...*, *op. cit.*, p. 1148.

lo que resulta incompatible con el ámbito de aplicación de la limitación de la ilustración. En cambio, los cursos de alfabetización para adultos y de educación básica se caracterizan por su vocación exclusivamente pedagógica y presentan una importancia esencial para el desarrollo del conjunto de la sociedad, especialmente en el contexto de los países en vías de desarrollo<sup>314</sup>. Precisamente por ello se ha criticado el carácter restrictivo de la excepción a este respecto, pues pese a la trascendencia de dicho tipo de cursos y su exclusiva finalidad didáctica se ha entendido que la excepción de la ilustración no es aplicable a la enseñanza para adultos dado que normalmente su gestión y desarrollo se lleva a cabo por ayuntamientos, asociaciones, etc. y no en torno al sistema educativo formal<sup>315</sup>. No obstante, en aquellos casos en los que dicha enseñanza esté legalmente reconocida y tenga lugar en los establecimientos educativos a los que se refiere el Informe del *Main Committee* sí que será posible aplicar la excepción de la ilustración, al tratarse de un supuesto de aprendizaje formal<sup>316</sup>. Además de estos ejemplos recogidos por la Recomendación sobre validación del aprendizaje no formal, existen otras modalidades de aprendizaje de este tipo que no quedan incluidas en el ámbito de aplicación de la excepción de la ilustración, como los programas televisivos de carácter educativo; los cursos impartidos en establecimientos dedicados a la enseñanza pero no integrados en el sistema educativo (como las academias privadas de idiomas, pintura, danza o música o las denominadas de repaso o refuerzo, tanto en su modalidad presencial como a distancia); los que se desarrollan en autoescuelas; etc.

Pues bien, son cada vez más las voces que a nivel social e incluso de política legislativa exigen una equiparación o convalidación entre la educación formal y la no formal e informal<sup>317</sup>. Dicha tendencia que se produce a nivel educativo debería verse también reflejada

---

<sup>314</sup> Generalmente, tales cursos vienen referidos al desarrollo de determinadas habilidades que permiten a su destinatario adquirir conocimientos esenciales como la lectura o la escritura; una mayor independencia en el manejo de las nuevas tecnologías, como los destinados a la mecanografía o al uso básico de internet; o al aprendizaje de idiomas.

<sup>315</sup> IGLESIAS, M. J., *op. cit.*, p. 129.

<sup>316</sup> Ejemplo de ello sería el Aprendizaje a lo largo de la vida promovido por el MECD del Gobierno de España a través de la Orden EDU/1622/2009, de 10 de junio, por la que se regula la enseñanza básica para las personas adultas presencial y a distancia, en el ámbito de gestión del Ministerio de Educación y la Orden ECD/2008/2015, de 28 de septiembre, por la que se regulan las enseñanzas de bachillerato para personas adultas en régimen nocturno, a distancia y a distancia virtual.

Abogan por la misma interpretación, RICKETSON, S.; GINSBURG, J. C., *op. cit.*, p. 793 y LÓPEZ MAZA, S., «Artículo 10»..., *cit.*, p. 880.

<sup>317</sup> De hecho, la propia Recomendación citada versa «sobre validación del aprendizaje no formal e informal» y recomiendo a los Estados miembros en su apartado 1) «Establecer para 2018 a más tardar, de acuerdo a las circunstancias y especificidades nacionales y según consideren apropiado, disposiciones para la validación del aprendizaje no formal e informal que permitan a las personas: (...) b) obtener una cualificación total o, cuando proceda, parcial sobre la base de experiencias de aprendizaje no formal e informal validadas (...)». De igual modo, ya desde el año 1989, el Sistema Europeo de Transferencia y Acumulación de Créditos (ECTS), creado en el marco del Programa Erasmus, no sólo concede créditos por el aprendizaje formal basándose en los

en la regulación de los derechos de autor, ya que aunque en la actualidad la utilización de obras en el contexto del aprendizaje no formal e informal podría quedar amparada por excepciones como la cita o la copia privada, resultaría más apropiado que se utilizara un concepto de enseñanza en la excepción de la ilustración que cubriera todos los supuestos señalados, sin perjuicio del posible establecimiento de remuneraciones o compensaciones en favor de los titulares de derechos en atención a los criterios de la regla de las tres etapas<sup>318</sup>.

En conclusión, podemos afirmar que la finalidad que debe guiar la realización del acto de explotación permitido por la limitación de la ilustración es la de transmitir/adquirir conocimientos a lo largo del proceso educativo que se desarrolla en el ámbito de la enseñanza formal, independientemente de la materia objeto de estudio y del nivel de enseñanza de que se trate.

### 3.2.2.2 El lugar en el que se desarrolla la enseñanza

Ni el art. 10.2) CB ni el art. 5.3 a) DDASI mencionan el lugar en el que debe tener lugar la enseñanza para que se aplicable la excepción. No obstante, de los orígenes del CB se desprende que la limitación en cuestión se refiere a la transmisión de conocimientos que tiene lugar en «educational institutions and universities, municipal and State schools, and private schools» y se excluye expresamente la que se desarrolla al margen de las mismas<sup>319</sup>. Aunque ciertamente no se hace precisión alguna a este respecto en las distintas fases del procedimiento de aprobación de la DDASI, la norma parte de la excepción de la ilustración prevista en el CB

---

resultados de aprendizaje y la carga de trabajo de los estudiantes, sino que también facilita a los centros de enseñanza superior la concesión de créditos basándose en los resultados de aprendizaje de experiencias de aprendizaje no formal e informal. Siguiendo la misma línea, en las Conclusiones del Consejo de 12 de mayo de 2009 sobre un marco estratégico para la cooperación europea en el ámbito de la educación y la formación («ET 2020») (2009/C 119/02) se convino que «la cooperación europea en el ámbito de la educación y la formación hasta 2020 deberá situarse en el contexto de un marco estratégico que abarque los sistemas de educación y de formación en su totalidad, dentro de una perspectiva de aprendizaje permanente. De hecho, el aprendizaje permanente ha de considerarse un principio fundamental que sustenta todo el marco, el cual está destinado a abarcar el aprendizaje en todos los contextos —formal, no formal e informal— y en todos los niveles —desde la educación en la primera infancia y la escuela hasta la enseñanza superior, la educación y formación profesional y el aprendizaje de adultos». Disponible en: [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009\\_2014/documents/d-cl/dv/13councilconclusioneducation/13councilconclusioneducation.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/d-cl/dv/13councilconclusioneducation/13councilconclusioneducation.pdf).

<sup>318</sup> En este sentido, ya el apartado 19 del Informe Reda pedía «una amplia excepción para fines de investigación y educación, que debería incluir no solo los centros educativos sino todo tipo de actividad educativa o de investigación, *incluida la educación no formal*». Con base en dicho texto, la posterior Resolución del Parlamento Europeo sobre la aplicación de la DDASI parece abrir la posibilidad de incluir en la excepción de la ilustración al menos la educación no formal en una futura reforma de la Directiva al solicitar su apartado 51 el establecimiento de una excepción para fines educativos y de investigación que también incluya «las actividades acreditadas de investigación o educación, incluidas las actividades en línea y transfronterizas, relacionadas con una institución o un centro educativos reconocidos por las autoridades competentes o por la legislación, o en el marco de un programa educativo».

<sup>319</sup> Report del *Main Committee I, Records of the Stockholm Conference*, 1967, p. 1148.



a la hora de establecer la limitación equivalente en la regulación de los derechos de autor en el ámbito de la UE. De este modo, siendo mínimas las divergencias existentes en la redacción entre ambos textos, puede concluirse que la DDASI se refiere a los mismos establecimientos que el CB<sup>320</sup>. Asimismo, la reciente Resolución del Parlamento Europeo sobre la aplicación de la DDASI parece partir de la misma interpretación de enseñanza con respecto a las instituciones en las que debe impartirse, pues solicita en su apartado 51, «una excepción para fines de investigación y educación, que debería incluir no solo los centros educativos sino también las actividades acreditadas de investigación o educación, incluidas las actividades en línea y transfronterizas, relacionadas con una *institución o un centro educativos reconocidos por las autoridades competentes o por la legislación*, o en el marco de un programa educativo» (la cursiva es nuestra)<sup>321</sup>.

En cuanto a las instituciones específicas señaladas en el Informe del *Main Committee I*, hemos de tener en cuenta que al tratarse de un Convenio internacional cuya vocación es la de comprender al mayor número de países participantes para una adecuada protección de los derechos de autor se utiliza una terminología amplia que intenta abarcar los distintos tipos de instituciones de enseñanza que forman parte de los diversos sistemas educativos de dichos Estados. Por ello, no es posible llevar a cabo una traducción literal o intentar encontrar un ejemplo de todas las modalidades de institución señaladas en dicho Informe en cada uno de los Estados miembro de la Unión de Berna, sino que hay que tratar de determinar el tipo de institución de que se trata de acuerdo con el contexto en el que la misma está prevista<sup>322</sup>. Así, las denominadas «municipal and State schools» son instituciones educativas propias de los sistemas anglosajones y se corresponden con los establecimientos de enseñanza que permiten satisfacer el derecho de los menores de cierta edad al acceso gratuito a la enseñanza<sup>323</sup>. Se corresponden, por tanto, con las instituciones de educación pública, pues son las que garantizan dicho acceso a la educación de forma gratuita. Además, esta interpretación se

---

<sup>320</sup> Así, VON LEWINSKI, S., «Article 5...», *cit.*, p. 1043.

<sup>321</sup> De forma similar se expresa la Propuesta de Directiva MUD, en cuyo Considerando 16 se establece que «la utilización de las obras u otras prestaciones al amparo de la excepción o limitación debe tener lugar exclusivamente en el contexto de las actividades de enseñanza y aprendizaje realizadas bajo la responsabilidad de los centros de enseñanza».

<sup>322</sup> Parte de la doctrina española, no obstante, ha traducido textualmente «educational institutions and universities, municipal and State schools, and private schools» por «instituciones educativas y universitarias, escuelas municipales y estatales, y escuelas privadas». Así, XALABARDER PLANTADA, R., *Estudio sobre las limitaciones...*, *cit.*, p. 15 e IGLESIAS, M. J., *op. cit.*, p. 128. Sin embargo, el resultado de dicha traducción literal resulta desconcertante, pues en España no existen las escuelas o los colegios «municipales y estatales», por ejemplo.

<sup>323</sup> Así se señala en la propia página web del gobierno de Reino Unido explicativa de los tipos de escuela que componen el sistema educativo británico. Disponible en [www.gov.uk/types-of-school](http://www.gov.uk/types-of-school).

refuerza con el hecho de que, junto a las mismas, el Informe hace referencia a las equivalentes en el ámbito privado. Teniendo en cuenta dicho aspecto, parece claro que la expresión «municipal and State schools, and private schools» hace referencia al carácter público o privado de las instituciones que deban entenderse comprendidas en la expresión «educational institutions and universities». De este modo, la primera expresión está vinculada al modelo de financiación de la institución, mientras que la segunda indica el nivel educativo impartido en la misma.

En cuanto a la primera cuestión, por tanto, cabe señalar que el carácter público o privado de la institución educativa en cuestión carece de relevancia a la hora de aplicar la excepción, si bien es cierto, como se estudiará más adelante, que en ningún caso se podrá llevar a cabo la ilustración con una finalidad comercial o contraria al test de las tres etapas<sup>324</sup>. Siguiendo dicha interpretación, el Considerando 42 DDASI establece que «la estructura institucional y los medios de financiación de la entidad de que se trate no son los factores decisivos (...)» a la hora de apreciar el carácter comercial o no de la actividad llevada a cabo al amparo de la excepción de la ilustración, de modo que podrán quedar amparadas por la misma tanto los establecimientos educativos de carácter público, como los de carácter privado<sup>325</sup>.

Las limitaciones nacionales en favor de la enseñanza tampoco especifican si los establecimientos educativos a los que son de aplicación deben ser de financiación pública o privada, razón por la cual, sobre la base del CB y la DDASI, se ha considerado que ambos supuestos deben quedar abarcados por las mismas<sup>326</sup>. No obstante, y como particularidad, los acuerdos que desarrollan la limitación francesa en favor de la enseñanza definen los

---

<sup>324</sup> Señala que es independiente el carácter público o privado de la institución educativa a los efectos del art. 10.2) CB el Report Main Committee I..., *cit.*, p. 1148. En el mismo sentido, DUSOLLIER, S., «The Limitations and Exceptions...», *cit.*, p. 360; VON LEWINSKI, S., «Article 5...», *cit.*, p. 1043; FICSOR, M., *The Law of Copyright...*, *cit.*, p. 266; LÓPEZ MAZA, S., «Artículo 10...», *cit.*, p. 880 y RICKETSON, S.; GINSBURG, J. C., *op. cit.*, p. 792. En el mismo sentido, en relación con el límite de la ilustración en las bases de datos, VON LEWINSKI, S., «Database...», *cit.*, p. 734 e IGLESIAS, M. J., *op. cit.*, p. 128.

<sup>325</sup> Del mismo modo, el Considerando 15 de la Propuesta de Directiva MUD señala que «la estructura organizativa y los medios de financiación de un centro de enseñanza no son factores decisivos para determinar el carácter no comercial de la actividad».

<sup>326</sup> En cuanto al Derecho alemán, así lo prevé el Proyecto de Ley presentado ante el parlamento el 15 de mayo de 2017, documento 18/12329, p. 37. Disponible en: <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/123/1812329.pdf>; KREUTZER, T.; HIRCHE, T., *Rechtsfragen zur Digitalisierung in der Lehre Praxisleitfaden zum Recht bei E-Learning, OER und Open Content*, Hamburgo, 2017, p. 54. Disponible en: [https://irights.info/wp-content/uploads/2017/11/Leitfaden\\_Rechtsfragen\\_Digitalisierung\\_in\\_der\\_Lehre\\_2017-UrhWissG.pdf](https://irights.info/wp-content/uploads/2017/11/Leitfaden_Rechtsfragen_Digitalisierung_in_der_Lehre_2017-UrhWissG.pdf) y BERGER, C., *op. cit.*, p. 960.

Por su parte, la Corte de Apelación de Roma consideró que el establecimiento de una remuneración derivada de la utilización de obras ajenas únicamente a cargo de instituciones de enseñanza privada iría en contra del art. 33 de la Constitución Italiana, según el cual las escuelas, incluidas las no estatales o privadas, tienen plena libertad en cuanto a los métodos de enseñanza a aplicar. *Vid.*, PEDRIALI, A., *op. cit.*, pp. 502 y ss.

establecimientos educativos amparados como «*des écoles maternelles et élémentaires, des collèges et lycées, publics et privés sous contrat, du centre national d'enseignement à distance, des centres de formation d'apprentis gérés par un établissement scolaire ou un établissement d'enseignement supérieur, des établissements publics d'enseignement supérieur*». Nuestra cursiva muestra que mientras los establecimientos de educación primaria y secundaria amparados por los acuerdos pueden ser tanto públicos como privados, cuando se trata de enseñanza superior los únicos centros que pueden valerse de los mismos son los que tienen carácter público. Este tratamiento desigual de los establecimientos educativos en función del nivel de enseñanza y el sistema de financiación llama la atención, pudiendo resultar, incluso, contrario a la DDASI.

Por lo que se refiere a los niveles educativos, la excepción es aplicable a todos ellos, desde el escolar hasta el universitario independientemente de su carácter obligatorio o voluntario<sup>327</sup>. Son varias las razones que nos llevan a esta conclusión. En primer lugar, aunque «educational institutions» es un concepto amplio que comprende toda institución de carácter educativo incluida la universidad, la referencia expresa a esta última en el Informe del *Main Committee I* constituye una forma de poner énfasis en la inclusión de todos los niveles de enseñanza sin excepción, incluido el más alto y voluntario que es el universitario. A este respecto, la utilización de la expresión general de «educational institutions» es la fórmula más adecuada para incluir a todas las instituciones dedicadas a la educación preescolar, primaria, secundaria, universitaria, artística, deportiva, de idiomas o de formación profesional, independientemente de la denominación que reciban en cada país (colegio, escuela, instituto, universidad, facultad, conservatorio, academia, etc.). En segundo lugar, porque de este modo fue interpretada la enseñanza desde los propios orígenes de la excepción en el CB<sup>328</sup>. Y, por último, porque ni el CB ni la DDASI excluyen nivel educativo alguno<sup>329</sup>.

---

<sup>327</sup> Cabe destacar que la Propuesta de Directiva MUD hace referencia a esta cuestión en su Considerando 15, en virtud del cual, «la excepción o limitación prevista en la presente Directiva debe beneficiar por ende a todos los centros de enseñanza de primaria, secundaria, formación profesional y educación superior». No obstante, dichas instituciones no aparecen definidas en la Propuesta pese a que el art. 2 se dedica a las definiciones y contiene, por ejemplo, la de los «organismos de investigación». HILTY, R. M. aboga por la incorporación de una definición al respecto. «Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition on the Proposed Modernisation of European Copyright Rules. PART B. Exceptions and Limitations. Chapter 2. Digital and Cross-Border Teaching Activities (Article 4 COM(2016) 593)», p. 4. Disponible en: [https://www.ip.mpg.de/fileadmin/ipmpg/content/stellungnahmen/MPI\\_Position\\_Statement\\_Part\\_B\\_Chapter\\_2.pdf](https://www.ip.mpg.de/fileadmin/ipmpg/content/stellungnahmen/MPI_Position_Statement_Part_B_Chapter_2.pdf).

<sup>328</sup> Así se entiende desde la Conferencia de Berna de 1885, como se desprende del Informe de la Comisión, p. 47, lo que se reitera en el *Report Main Committee I...*, op. cit., p. 1148.

<sup>329</sup> Abogan igualmente por la inclusión de todos los niveles educativos en la limitación de la ilustración prevista en el CB y la DDASI, MASOUYÉ, C., *Guide to the Berne Convention for the Protection of Literary and*

Así, también en el ámbito nacional los legisladores han comprendido en el ámbito de aplicación de la limitación desde la enseñanza preescolar hasta la universitaria, incluida la formación profesional. Ejemplo de ello es la definición de establecimiento educativo contenida en los acuerdos que desarrollan la limitación francesa<sup>330</sup>. De modo similar, el concepto de establecimiento educativo previsto en las excepciones del apartado IV del Capítulo III CDPA se ha definido de un modo amplio<sup>331</sup> e incluye aquellos centros en los que se imparten todos los niveles de enseñanza (primaria, secundaria y superior), es decir, colegios o escuelas, institutos y universidades, así como aquellos en los que se desarrollen cursos de educación permanente para adultos y de formación profesional y otras instituciones dedicadas a las enseñanzas religiosas, con independencia de su financiación pública o privada<sup>332</sup>. Asimismo, el §60a UrhG define las instituciones educativas como establecimientos educativos de la primera infancia, escuelas, colegios, escuelas de formación profesional u otras instituciones de educación y formación. Por su parte, la limitación prevista en el §47 UrhG también autoriza a las instituciones de formación continua del profesorado a reproducir emisiones que sirvan a su aprendizaje permanente como docentes, esto es, que tengan una finalidad de enseñanza de la pedagogía y no que se trate de cursos o seminarios de carácter científico<sup>333</sup>, del mismo modo que lo hace el acuerdo relativo a la reproducción de libros, obras musicales impresas, publicaciones periódicas y obras de artes visuales que desarrolla la

Universitat d'Alacant

---

*Artistic Works (Paris Act, 1971)*, traducción al inglés de William Wallace, Ginebra, 1978, p. 60; DUSOLLIER, S., «The Limitations and Exceptions...», *cit.*, pp. 358 y 359; LÓPEZ MAZA, S., «Artículo 10»..., *cit.*, p. 880; VON LEWINSKI, S., «Article 5...», *cit.*, p. 1043; RICKETSON, S.; GINSBURG, J. C., *op. cit.*, p. 792; XALABARDER PLANTADA, R., *Estudio sobre las limitaciones...*, *cit.*, p. 15 en cuanto al CB y «Los límites a los derechos...», *cit.*, pp. 39 y 40, en cuanto a la DDASI. En el mismo sentido en relación con la limitación prevista en la DBD, VON LEWINSKI, S., «Database...», *cit.*, p. 734.

<sup>330</sup> *Vid. supra.*

<sup>331</sup> Así lo entienden y lo valoran positivamente BURRELL, R.; COLEMAN, A., *op. cit.*, p. 120.

Dicho concepto deriva del art. 174 (1) (a) CDPA, en el que se establece que «establecimiento educativo» es cualquier escuela, que, según el apartado (3) de dicho precepto, debe definirse atendiendo al significado que sobre tal término se prevé en las legislaciones educativas de Inglaterra y Gales, Escocia e Irlanda del Norte. Sobre ello, *vid. infra.*

<sup>332</sup> En cuanto a dicho concepto, cabe señalar que en el contexto de la reforma de la CDPA de 2014, el Gobierno planteó la posibilidad de ampliar su definición para que abarcara instituciones como museos públicos o galerías de arte, propuesta que fue bien recibida por tales establecimientos, pero que, no obstante, no dio lugar a una modificación en este sentido por la presión ejercida por los titulares de derechos, quienes temían que las excepciones en favor de la educación fueran ejercidas de forma abusiva. «Modernising Copyright...», *op. cit.*, p. 40. Asimismo, la Oficina de Propiedad Intelectual señaló en un estudio de impacto sobre dicha reforma que, aunque probablemente los beneficios de ampliar este concepto fueran mayores que los costes que supondría, no tenían datos suficientes que permitieran justificar tal expansión. «Impact Assessment (IA): Extending Copyright...», *op. cit.*, p. 18.

<sup>333</sup> *Vid. MELICHAR, F., «§ 47», en Urheberrecht Kommentar, G. Schrickler (coord.), Munich, 2006, p. 986 y ENGELS, S., «§47 UrhG», en Urheberrecht Kommentar, H. Ahlberg y H.-P Götting (coords.), Munich, 2014, pp. 586 y 587.*

limitación francesa<sup>334</sup>. La inclusión de estas instituciones en la limitación debe ser valorada positivamente, pues refleja la importancia que tiene la formación continua del profesorado en la calidad del propio proceso educativo.

Por otro lado, el hecho de que la «enseñanza» se lleve a cabo en dichas instituciones no implica que la misma deba ser necesariamente presencial, sino más bien que el curso o programa educativo de que se trate esté gestionado por y desde dichos centros educativos. Siendo ello así, la excepción objeto de estudio también es aplicable a la enseñanza a distancia<sup>335</sup>.

Podemos concluir, por tanto, que la enseñanza y/o los fines educativos previstos en el CB y la DDASI respectivamente vienen referidos a la transmisión seguida de la consecuente adquisición de los conocimientos previstos en el currículo de cada uno de los niveles educativos regulado en la legislación correspondiente para su impartición presencial o a distancia en los centros públicos y privados que integran el sistema educativo de cada país.

### 3.2.3 Aplicación del límite a todos los derechos reconocidos en cada instrumento normativo

El CB y la DDASI confieren a los Estados la facultad de establecer el límite de la ilustración a la enseñanza en relación con todos los derechos patrimoniales reconocidos en cada uno de dichos instrumentos normativos. No obstante, hemos de tener en cuenta que los derechos posiblemente afectados por la excepción no son los mismos en un caso y en otro.

En cuanto al CB, se prevé que los Estados puedan permitir «utilizar lícitamente» obras en la ilustración de la enseñanza. Ciertamente, «utilizar» no es en sí un derecho de explotación de la obra. De modo que, si no se ha señalado un derecho específicamente en la redacción del límite, como sí sucedía antes de la Conferencia de Estocolmo<sup>336</sup>, deben entenderse

---

<sup>334</sup> No obstante, y en atención a tal acuerdo, la formación continua de profesorado e investigadores únicamente abarca aquella que haya sido organizada por el Ministerio correspondiente o por los establecimientos públicos dependientes de él.

<sup>335</sup> Así, XALABARDER PLANTADA, R., «Los límites a los derechos...», *cit.*, p. 29, en cuanto al CB y p. 37, en cuanto a la DDASI; VON LEWINSKI, S., «Article 5...», *cit.*, p. 1043; LÓPEZ MAZA, S., «Artículo 10»..., *cit.*, p. 882 y RICKETSON, S.; GINSBURG, J. C., *op. cit.*, p. 793.

<sup>336</sup> Efectivamente, la falta de mención de derechos concretos en el límite de la ilustración no se produjo hasta la modificación operada por la Conferencia de Estocolmo de 1967. Desde la primera versión del límite de la ilustración recogida en la Conferencia de Berna de 1886 hasta la última reforma del límite anterior a su redacción de Estocolmo operada por la Conferencia de Bruselas de 1948 se hacía referencia a la posibilidad de llevar a cabo lícitamente «emprunts». Junto a este término, la traducción inglesa de dicho término, «borrowings», parece llevarnos en español a la traducción literal por «préstamos» o por la expresión «tomar prestado». Siendo ello así y teniendo en cuenta las peticiones de que dichos «emprunts» o «préstamos» se llevaran a cabo de forma

comprendidos todos aquellos reconocidos en el CB de forma general, esto es, el derecho de transformación en sus distintas facetas<sup>337</sup>; el derecho de reproducción<sup>338</sup> y el derecho de comunicación al público<sup>339</sup>, así como el caso específico del derecho de distribución, no reconocido con carácter general en el CB sino únicamente en el supuesto de adaptaciones y reproducciones cinematográficas de obras literarias o artísticas<sup>340</sup>. En definitiva, el empleo del término «utilizar» debe entenderse como general e inclusivo de todos los derechos de explotación reconocidos en el CB<sup>341</sup>.

En contra de esta postura, algunos autores han considerado que el límite no puede aplicarse a los derechos de comunicación pública consistentes en la radiodifusión y otras comunicaciones sin hilo, así como a la comunicación pública por hilo o sin hilo de la obra radiodifundida previstos en el art. 11bis 1) CB y al de transformación en sentido amplio inclusivo de la traducción y otras adaptaciones y arreglos de la obra<sup>342</sup>. En esta línea, y como señala la propia Guía de la OMPI al respecto, fue muy discutida la posible aplicación del límite en cuestión respecto de los arts. 11 bis y 12 CB en la Conferencia de Estocolmo de

---

«enteramente conformes al texto original», como se prevé en la redacción propuesta por la Delegación Francesa en la Conferencia de Roma de 1928 así como en la opinión mostrada por la Asociación Literaria y Artística Internacional en su Reunión de Lugano de 1927, parece que el límite venía referido únicamente a la realización de copias, es decir, a actos de reproducción. *Actas*, 1928, p. 100. De hecho, hasta la modificación operada por la Conferencia de Estocolmo, el límite venía referido exclusivamente a la realización de crestomatías, esto es, a la creación de obras consistentes en la colección de fragmentos para la enseñanza, por lo que el límite parecía circunscrito a autorizar únicamente actos de reproducción de la obra. Probablemente, se prefirió el término «emprunts» al de «reproduction» debido a la falta de reconocimiento de este derecho con carácter general hasta la Conferencia de Estocolmo de 1967.

<sup>337</sup> El mismo viene reconocido en varios preceptos del CB. Así, el art. 8 CB se refiere a la traducción de obras literarias y artísticas en general; el art. 11. 2) CB a la traducción en el ámbito de las obras dramáticas o dramático-musicales; el art. 11ter 2) CB aplicable a la traducción de obras literarias recitadas; el art. 12 CB, a las adaptaciones, arreglos y otras transformaciones de obras, y los arts. 14.1) (i) y 14.2) CB, a la adaptación de obras cinematográficas y a la adaptación de las realizaciones cinematográficas extraídas de obras literarias o artísticas, respectivamente.

<sup>338</sup> En concreto, el derecho de reproducción se prevé en los arts. 9.1) y 3) CB en cuanto a la reproducción en general y la grabación sonora o visual, respectivamente, y en el art. 14.1) (i) CB referido a la reproducción cinematográfica de obras literarias o artísticas.

<sup>339</sup> El derecho de comunicación al público aparece previsto en el art. 11 CB relativo a la representación y ejecución de obras así como a la transmisión pública por cualquier medio de dicha representación o ejecución; en el art. 11 bis CB, en cuanto a la radiodifusión y otras comunicaciones sin hilo, la comunicación pública por hilo o sin hilo de la obra radiodifundida y la comunicación pública mediante altavoz o cualquier otro instrumento análogo de la obra radiodifundida; en el art. 11 ter CB, que recoge el derecho de recitación pública y su transmisión, y en el art. 14 CB en cuanto a la representación, ejecución pública y la transmisión por hilo al público de obras literarias o artísticas adaptadas o reproducidas cinematográficamente.

<sup>340</sup> *Vid.* art. 14.1) (i) CB.

<sup>341</sup> Así, MASOUYÉ, C., *op. cit.*, p. 60; VON LEWINSKI, S., *International copyright...*, *cit.*, p. 158; XALABARDER PLANTADA, R., «Los límites a los derechos...», *cit.*, p. 30; IGLESIAS, M. J., *op. cit.*, pp. 126-128 y RIBERA BLANES, B., «La nueva regulación de la ilustración con fines educativos o de investigación científica», en *Estudios sobre la Ley de propiedad intelectual. Últimas reformas y materias pendientes*, J. J. Marín López y R. Sánchez Arísti (coords.), Madrid, 2016, p. 4, nota 4.

<sup>342</sup> Así, RICKETSON, S.; GINSBURG, J. C., *op. cit.*, pp. 793 y 794 y LÓPEZ MAZA, S., «Artículo 10»..., *cit.*, p. 885.

1967, sobre la base de la postura de Delegación francesa, que puso de manifiesto la necesidad de que la comunicación pública de emisiones para la enseñanza únicamente pudiera ser accedida por los establecimientos educativos y sus miembros, y no por el público en general<sup>343</sup>. No obstante, finalmente se consideró que la limitación debía extenderse a cualquier emisión sin más restricciones que las señaladas en el precepto<sup>344</sup>.

Esta posición puede apoyarse en diversos argumentos. Aunque es cierto que sistemáticamente el derecho de radiodifusión se establece en un artículo posterior al de la excepción<sup>345</sup>, sucede lo mismo en relación con el resto de supuestos de comunicación pública, pues todos ellos aparecen reconocidos tras el establecimiento del límite en el art. 10.2) CB<sup>346</sup>. Por lo tanto, de aplicarse un argumento sistemático, no solo la comunicación pública por cable, sino toda modalidad de comunicación pública quedaría excluida del límite de la ilustración. Asimismo, la propia excepción establece que la utilización de las obras para la ilustración de la enseñanza se puede llevar a cabo, entre otros, por medio de «emisiones de radio o grabaciones sonoras o visuales», es decir, necesariamente a través de actos de comunicación pública consistentes en la radiodifusión en el primer caso y de actos de reproducción en el segundo, cuya comunicación pública será necesaria para que pueda alcanzarse el fin previsto en la excepción. Igualmente, el argumento sistemático no sería válido en el caso del derecho de transformación, al menos en cuanto a la traducción se refiere pues la misma se prevé con anterioridad al límite de la ilustración, en concreto en el art. 8 CB.

Es cierto que, atendiendo a los orígenes del precepto y al texto de las Actas de las distintas Conferencias, el límite en cuestión parecía venir referido en exclusiva al derecho de reproducción<sup>347</sup>. No obstante, surgieron las voces a favor de la aplicación del límite de la ilustración al derecho de traducción en las discusiones de la propia Conferencia de Estocolmo de 1967<sup>348</sup>. Igualmente, y en cuanto al derecho de transformación en su vertiente de adaptación, arreglo y otras transformaciones del art. 12 CB, aunque sistemáticamente aparece recogido con posterioridad al límite en cuestión, lo cierto es que la propia realidad educativa

---

<sup>343</sup> FICSOR, M., *Guía sobre los Tratados de Derecho de Autor y Derechos Conexos Administrados por la OMPI*, Ginebra, 2003, p. 57.

<sup>344</sup> *Actas*, 1967, p. 887.

<sup>345</sup> El límite de la ilustración aparece recogido en el art. 10.2) CB, mientras que el derecho de comunicación pública por cable se prevé específicamente en el art. 11 bis CB.

<sup>346</sup> En concreto, como se ha señalado, las distintas modalidades de ejercicio del derecho de comunicación pública se prevén en los arts. 11, 11 bis, 11 ter y 14 CB.

<sup>347</sup> A título de ejemplo, vid. *Actas*, 1967, p. 1164. Asimismo, vid. *supra.*, nota 164.

<sup>348</sup> En este sentido, las Delegaciones de Reino Unido y de Australia, y el Comité de Redacción, p. 726. *Actas*, 1967, pp. 921, 922 y 726, respectivamente.

exige en ocasiones ciertas modificaciones para cumplir con el fin de la ilustración, como puede ser la realización de un resumen de una obra<sup>349</sup>. Asimismo, si la voluntad de los Estados participantes era limitar la aplicación de la excepción al derecho de reproducción, en la Conferencia de Estocolmo de 1967 se habría sustituido el término «emprunt» empleado hasta el momento en todas las versiones del límite por el de «reproduction», reconocido precisamente por primera vez con carácter general en dicha revisión, y no por el término genérico «utiliser» que permite una interpretación extensiva de la aplicación de la excepción a todos los derechos reconocidos por el Convenio<sup>350</sup>.

En definitiva, el CB permite el establecimiento del límite de la ilustración a la enseñanza en relación con los derechos exclusivos reconocidos por el mismo, es decir, derechos de transformación, reproducción y comunicación al público. Aunque se ha discutido si el CB recoge implícitamente el derecho de distribución por entenderse incluido en el derecho de reproducción<sup>351</sup>, lo cierto es que tanto los antecedentes legislativos del Convenio, como el articulado del mismo nos confirman que no se reconoce con carácter general<sup>352</sup>. En efecto, el CB se refiere al derecho de distribución, pero en un supuesto muy concreto, el de las adaptaciones y reproducciones cinematográficas de obras literarias o artísticas en el art. 14.1) (i). Ello refleja la voluntad de las Partes Contratantes de prever el derecho de distribución, pero limitado al caso específicamente establecido, pues de lo contrario se hubiera recogido de

---

<sup>349</sup> De hecho, ya en la Conferencia de Roma de 1928 en la que el límite venía referido únicamente al derecho de reproducción, pues todavía se empleaba el término «emprunts», las Delegaciones de Alemania y Japón entendían que, pese a la necesidad de respetar la integridad de la obra mediante una utilización «conforme a la obra original», la propia finalidad pedagógica prevista en la excepción podía justificar la realización de las modificaciones necesarias para su consecución. *Actas*, 1928, pp. 252 y 253.

<sup>350</sup> Aunque el CB no contiene excepciones específicas en relación con los derechos de traducción y adaptación, RICKETSON, S. entiende que es posible limitarlos con base en dos posibles argumentos: bien sobre la teoría de las reservas menores (*vid. infra*) o bien considerándolos como modalidades del derecho de reproducción. *Estudio sobre las limitaciones...*, *cit.*, pp. 39 y 40. Le sigue GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., «¿Puede crearse un nuevo límite en la ley de propiedad intelectual española para dar cobertura a los contenidos generados por los usuarios?», en *Estudios sobre la Ley de Propiedad Intelectual. Últimas reformas y materiales pendientes*, J. J. Marín López y R. Sánchez Arísti (coords.), Madrid, 2016, pp. 284-288.

<sup>351</sup> Así se entiende en Francia. El derecho de reproducción del autor comprende, tanto su sentido habitual, es decir, la fijación material de la obra por cualquier medio o procedimiento que permita comunicarla al público de manera indirecta según el art. L.122-3 CPI, como otros derechos no expresamente reconocidos por el CPI pero que se consideran accesorios o comprendidos en el derecho de reproducción, como es el caso del denominado derecho de destino o el de transformación de la obra. El denominado derecho de destino comprendería el derecho de distribución y el control del uso posterior de los ejemplares así distribuidos. Sobre el mismo, *vid.* VIVANT, M.; BRUGUIÈRE, J.-M., *op. cit.*, pp. 478 y 479 y POLLAUD-DULAIN, F., *op. cit.*, pp. 722-724. Critican la teoría del derecho de destino y abogan por la incorporación de un derecho de distribución en el sentido del art. 4 DDASI, LUCAS, A.; LUCAS, H.-J. Y LUCAS-SCHOLOETTER, A., *op. cit.*, p. 271.

<sup>352</sup> Durante la Conferencia de Estocolmo de 1967, las Delegaciones de Austria, Italia y Marruecos propusieron la inclusión de un «derecho de circulación» que permitiera al autor controlar el destino de las obras protegidas por el Convenio. No obstante, el Comité rechazó dicha propuesta debido a las discrepancias que surgieron en cuando a su reconocimiento, al considerar ciertas delegaciones que un derecho tal haría muy difícil la difusión de las obras. *Actas*, 1967, p. 1143.



manera amplia, como sucede con los derechos de transformación, reproducción y comunicación pública.

Por su parte, el artículo 5.3 a) no contempla un término general inclusivo de todos los derechos reconocidos en la DDASI, a diferencia de lo que sucede con el CB. Por el contrario, señala explícitamente los derechos respecto de los cuales puede establecerse la excepción, en concreto los de los artículos 2 y 3, esto es, reproducción y comunicación pública. Pero, además, el artículo 5.4 DDASI establece la posibilidad de prever el límite de la ilustración, así como el resto de los recogidos en los apartados 2 y 3 del mismo artículo, en relación con el derecho de distribución del art. 4, bajo la condición de que venga justificado por la finalidad del acto de reproducción autorizado. Por lo tanto, el límite de la ilustración se podrá prever en relación con los derechos de reproducción y comunicación al público a libre elección de los Estados miembros, mientras que respecto del derecho de distribución sólo podrán incluirlo en sus legislaciones nacionales cuando la misma encuentre su justificación en el acto previo de reproducción.

Así, podría pensarse que el legislador comunitario entiende que no en todo caso estaría justificada la distribución de la obra reproducida para la ilustración a la enseñanza. No obstante, hemos de tener en cuenta que el art. 5.4 DDASI se refiere a los apartados 2 y 3 del mismo precepto, de modo que tal precepto resulta aplicable a un amplio abanico de excepciones y limitaciones cuyo origen y fundamento difiere considerablemente de unas a otras. Siendo ello así, resulta lógico que el precepto establezca la necesidad general de que la excepción de que se trate pueda prever el derecho de distribución solo cuando así lo justifique la finalidad de la reproducción de la que dependa. Así, por ejemplo, el establecimiento de la denominada excepción de copia privada tiene por objeto compensar económicamente al autor por la reproducción para fines privados de su obra que realice una persona física, debido a la imposibilidad material de este de controlar dicho tipo de actos. En este caso, por tanto, no estaría justificada la distribución de las copias realizadas al amparo del límite de copia privada por la finalidad perseguida con la realización de dichas reproducciones autorizadas, pues estas pueden llevarse a cabo exclusivamente para fines privados, excluyéndose de este modo la posible distribución de las copias al requerir dicho derecho de explotación la existencia de un público al que distribuirlas. En cambio, en el límite de la ilustración, los fines expresamente previstos son la educación y la investigación, persiguiéndose de este modo un objetivo merecedor de una especial atención por parte de la normativa de propiedad intelectual: la difusión de la cultura y el desarrollo del conocimiento científico. Así, el límite de la ilustración

respecto del derecho de distribución vendría a estar justificado en todo caso por dicha finalidad educativa y de investigación, pudiendo por tanto establecerse la excepción de forma general respecto a este derecho. Además, aunque no todo acto de reproducción lleva aparejado necesariamente la realización de otro acto de explotación, lo cierto es que si no se acompaña de su distribución o comunicación al público parece no poder cumplir con la función por la que ha sido autorizada dicha reproducción en virtud del límite en cuestión, pues para conseguir ilustrar en la enseñanza se precisa de otro sujeto que la reciba. Por lo tanto, en la práctica, la reproducción autorizada por la excepción objeto de estudio vendrá normalmente acompañada de otro acto de explotación. Así, en virtud del art. 5.3 a), se podrá llevar a cabo la simple lectura (comunicación al público) o la inclusión de la obra con la que se pretende ilustrar en una intranet o campus virtual (puesta a disposición del público). En este sentido, no obstante, debe tenerse en cuenta que no todo el alumnado dispone de los medios informáticos necesarios para poder acceder a internet y, por tanto, a las obras que puedan haberse puesto a su disposición a través de este medio<sup>353</sup>. Siendo ello así, y salvo que se llevara a cabo la lectura en clase, si no se permitiera la distribución de copias de obras para la ilustración se excluiría implícitamente de la enseñanza a aquellas personas que no tuvieran los medios mencionados para poder acceder a la obra a través de internet, que normalmente pertenecen a las capas de población menos favorecidas<sup>354</sup>. Por lo tanto, esta situación también justifica la aplicación del límite de la ilustración al derecho de distribución. No obstante, ello no implica que la distribución que quede autorizada en virtud de la excepción sea ilimitada, pues la propia finalidad de ilustración será la que impida una distribución indiscriminada de las copias de las

---

<sup>353</sup> En este sentido, aunque cada vez existe una mayor implantación de las denominadas TIC en el ámbito educativo, la docencia continúa siendo eminentemente presencial, especialmente en los países del sur de la UE. Ello tiene sentido si se tienen en cuenta las cifras arrojadas por Eurostat en cuanto al número de hogares con acceso a Internet a fecha de 2014 en sus Estadísticas sobre la sociedad de la información - Hogares y particulares, de junio de 2015, accesibles en [http://ec.europa.eu/eurostat/statisticsexplained/index.php/Information\\_society\\_statistics\\_\\_households\\_and\\_individuals/es/#Acceso\\_a\\_internet\\_2](http://ec.europa.eu/eurostat/statisticsexplained/index.php/Information_society_statistics__households_and_individuals/es/#Acceso_a_internet_2). Como ejemplo, podríamos señalar a Luxemburgo y Países Bajos con el mayor porcentaje registrado al respecto (96%), así como a Dinamarca, Suecia o Reino Unido, países en los que al menos nueve de cada diez hogares contaban con acceso a internet. Frente a ellos, España e Italia no llegan al 75%, quedando incluso por debajo de países como Hungría o República Checa, que superan este porcentaje.

<sup>354</sup> Como muestran las mismas Estadísticas del Eurostat, el nivel de ingresos puede influir en el nivel de acceso a internet de los hogares. En todos los Estados miembros se repetía el mismo patrón en este sentido: la proporción más baja de acceso a internet correspondía al cuartil de ingresos más bajo, con incrementos en cada cuartil, coincidiendo el mayor porcentaje de acceso a internet en el hogar con en el cuartil de ingresos más altos. Como ejemplo, en el caso de España menos de la mitad de los hogares con ingresos más bajos (los del primer cuartil) tenían acceso a internet en 2013; esta cifra aumentaba en el segundo y el tercer cuartil, con un 75% y alrededor de un 88% respectivamente y llegaba a su máximo con casi el 100% en el cuarto cuartil, que engloba a los hogares con ingresos más elevados.

obras que se hayan llevado a cabo, circunscribiéndose a los sujetos que reciban dicha enseñanza.

Por su parte, y si llegara finalmente a aprobarse la limitación de la ilustración prevista en el art. 4 de la Propuesta de Directiva MUD, la misma supondría la limitación de los derechos de reproducción y comunicación al público previstos en los arts. 2 y 3 DDASI, respectivamente<sup>355</sup>; del derecho de reproducción del autor de una base de datos original [art. 5 a) DBD] y del derecho de extracción y reutilización del productor de una base de datos protegida por medio de un derecho *sui generis* (art. 7.1 DBD); de los derechos de reproducción, transformación y distribución pública de programas de ordenador (art. 4.1 Directiva sobre la protección jurídica de programas de ordenador<sup>356</sup>); y los proyectados derechos de reproducción y puesta a disposición del público en favor de las editoriales de publicaciones de prensa previstos en el art. 11.1 de dicha Propuesta.

Se puede concluir, por tanto, que tanto el CB como la DDASI han previsto «el techo máximo» de aplicación de la excepción de la ilustración en relación con los derechos de explotación que pueden verse limitados por la misma y que han sido reconocidos en cada texto normativo. Así, el CB prevé el posible establecimiento del límite en relación con los derechos de transformación, reproducción y comunicación al público, y la DDASI hace lo propio respecto de los derechos de reproducción, comunicación al público y distribución. La diferencia no radica por tanto en la exclusión deliberada del derecho de distribución en el CB y del derecho de transformación en la DDASI, sino en que dichos instrumentos normativos no pueden prever límites respecto de derechos que no tienen reconocidos<sup>357</sup>. En cualquier caso, tanto la distribución como la transformación resultan esenciales para llevar a cabo la ilustración a la enseñanza, por lo que al tratarse en ambos casos de regulaciones de mínimos que permiten a los Estados establecer un nivel superior de protección en favor de los autores, será posible que las respectivas legislaciones nacionales prevean ambos derechos, distribución y transformación cada uno en virtud del texto en el que viene reconocido, y lo limiten en el supuesto de la ilustración.

---

<sup>355</sup> No, en cambio, el derecho de distribución, a diferencia de lo que sucede en la DDASI. Ello resulta lógico por cuanto el art. 4 de la misma se refiere únicamente a las «actividades pedagógicas digitales», por definición carentes de la corporiedad que requiere el derecho de distribución.

<sup>356</sup> Directiva 2009/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2009 sobre la protección jurídica de programas de ordenador. Hasta el momento, no existe limitación alguna a los derechos de los autores de programas de ordenador en favor de la enseñanza.

<sup>357</sup> En contra, RIBERA BLANES, B. considera que la DDASI es más restrictiva que el CB, por no aplicar la excepción de la ilustración al derecho de transformación. «La nueva regulación...», *cit.*, p. 4, nota 4.

### 3.2.3.1 Los derechos de reproducción y de distribución. Especial referencia a la creación de antologías para uso escolar y la realización de exámenes

La reproducción reprográfica de obras ajenas y su posterior distribución entre los alumnos ha sido una práctica frecuente en el ámbito educativo, paulatinamente desplazada por la reproducción digital y su posterior puesta a disposición. No obstante, la copia física de obras sigue ocupando un papel fundamental en los materiales complementarios que se proporcionan al alumnado<sup>358</sup>, especialmente a través de la creación de antologías o materiales didácticos para uso escolar, así como en los exámenes a los que se les somete. Se estudian en este epígrafe, por ello, el posible uso de obras ajenas en la creación de materiales didácticos, por ser esta una excepción clásica en el ámbito de la enseñanza y tal utilización cuando tiene lugar en exámenes, pues la doctrina no ha sido pacífica en cuanto a su posible inclusión en los arts. 10.2) CB y 5.3) a) DDASI. Ello sin desconocer que las legislaciones de los Estados miembros a examen contienen otras limitaciones que afectan al derecho de reproducción del autor. Así, el art. 35 CDPA autoriza la reproducción de emisiones para su uso en el ámbito de la enseñanza<sup>359</sup>, de forma similar, aunque más amplia, a la que lo hace el §47 UrhG, que

---

<sup>358</sup> Así se desprende del estudio elaborado por el CFC y la CPU sobre las prácticas de la fotocopia en la Universidad francesa, del año 2013/2014, en el que se concluye que, pese a la disminución de la difusión de fragmentos de obras en la Universidad en formato papel por el desarrollo de las nuevas tecnologías, el recurso a la copia de obras protegidas por parte del profesorado sigue constituyendo un método esencial de apoyo a la enseñanza. *Étude des pratiques de photocopie à l'Université. Rapport d'étude menée au cours de l'année universitaire 2013/2014*, CFC, p. 26. Disponible en: <http://www.cfcopies.com/images/stories/pdf/Utilisateurs/Copies-pedagogiques-papier-et-numeriques/Etablissements-d-enseignement/Enseignement-superieur/Universite/Photocopie/Etude-Photocopie-Univ-CFC-CPU-2013-2014.pdf>. Asimismo, el CFC también ha desarrollado recientemente una actualización de su estudio sobre la difusión digital de material de apoyo a la enseñanza universitaria durante el curso 2015/2016. De acuerdo con el mismo, el conjunto de ficheros puestos a disposición del público en las plataformas digitales educativas de las 5 universidades estudiadas es de 120.000, frente a los 50.000 que fueron almacenados en el año 2009 por el doble de universidades. Ello refleja un claro desarrollo de las prácticas de difusión de obras en línea en los denominados «espaces numériques de travail», si bien ello lo es así como elemento complementario de la difusión de obras de forma impresa. *Diffusion numérique de supports de cours à l'Université. Rapport d'étude. Étude menée au cours de l'année 2015-2016*, CFC, pp. 29 y 30. Disponible en: <http://www.cfcopies.com/images/stories/pdf/Utilisateurs/Copies-pedagogiques-papier-et-numeriques/Etablissements-d-enseignement/Enseignement-superieur/Universite/Numerique/Etude-les-universitaires-et-la-diffusion-numerique-2015-2016.pdf>. De forma similar, *vid.* AA.VV., *Assessment of the impact...*, *cit.*, p. 57.

<sup>359</sup> Según el art. 35 CDPA, «(1) A recording of a broadcast, or a copy of such a recording, may be made by or on behalf of an educational establishment for the educational purposes of that establishment without infringing copyright in the broadcast, or in any work included in it, provided that—

(a) the educational purposes are non-commercial, and

(b) the recording or copy is accompanied by a sufficient acknowledgement (unless this would be impossible for reasons of practicality or otherwise).

(2) Copyright is not infringed where a recording of a broadcast or a copy of such a recording, made under subsection (1), is communicated by or on behalf of the educational establishment to its pupils or staff for the non-commercial educational purposes of that establishment.

únicamente permite la grabación de emisiones de carácter educativo o «Schulfunksendung»<sup>360</sup>. Asimismo, el art. 36 CDPA se refiere a la reproducción de obras, a excepción de las emisiones a las que se refiere el artículo anterior<sup>361</sup>.

El origen de la excepción de la ilustración en el CB se encuentra, precisamente, en la utilización de obras ajenas para la creación de crestomatías, antologías y obras destinadas a la enseñanza<sup>362</sup>, así como en las primeras limitaciones a los derechos de los autores previstas en las legislaciones nacionales de ciertos Estados<sup>363</sup>. Por su parte, y en cuanto a la DDASI, GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ considera que el art. 5.3 a) está pensado para la creación de recopilaciones antológicas o enciclopedias<sup>364</sup>. De ahí que todavía existan disposiciones específicas a nivel nacional a este respecto. Así, los arts. 33 CDPA<sup>365</sup> y 70.2 LDA<sup>366</sup> permiten la utilización de obras ajenas para la creación de antologías y el §60b UrhG contempla la

---

(3) Subsection (2) only applies to a communication received outside the premises of the establishment if that communication is made by means of a secure electronic network accessible only by the establishment's pupils and staff».

<sup>360</sup> La literalidad del precepto es la que sigue: «Schulen sowie Einrichtungen der Lehrerbildung und der Lehrerfortbildung dürfen einzelne Vervielfältigungsstücke von Werken, die innerhalb einer Schulfunksendung gesendet werden, durch Übertragung der Werke auf Bild- oder Tonträger herstellen. Das gleiche gilt für Heime der Jugendhilfe und die staatlichen Landesbildstellen oder vergleichbare Einrichtungen in öffentlicher Trägerschaft». Se trata, como señala ENGELS, S., de un precepto de carácter técnico que solo posibilita la reproducción de las radiodifusiones escolares para la enseñanza para que puedan ser posteriormente comunicadas en la enseñanza. *Op. cit.*, p. 585. Así, los profesores pueden utilizar estas emisiones en sus cursos para lo cual es necesario su reproducción previa, pues es improbable que su difusión coincida con el horario escolar. GEIGER, C., *Droit d'auteur...*, *cit.*, p. 245.

<sup>361</sup> «(1) The copying of extracts of a relevant work by or on behalf of an educational establishment does not infringe copyright in the work, provided that—

(a) the copy is made for the purposes of instruction for a non-commercial purpose, and

(b) the copy is accompanied by a sufficient acknowledgement (unless this would be impossible for reasons of practicality or otherwise).

(2) Copyright is not infringed where a copy of an extract made under subsection (1) is communicated by or on behalf of the educational establishment to its pupils or staff for the purposes of instruction for a non-commercial purpose.

(3) Subsection (2) only applies to a communication received outside the premises of the establishment if that communication is made by means of a secure electronic network accessible only by the establishment's pupils and staff».

<sup>362</sup> Así, *vid. supra* la propuesta inicial del límite. *Actas*, 1884, p. 50.

<sup>363</sup> Es el caso de Reino Unido, Alemania e Italia. *Vid. supra*.

<sup>364</sup> *El derecho de autor en Internet. La directiva sobre derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información*, Granada, 2001, p. 444.

<sup>365</sup> Cabe destacar que este precepto no fue objeto de modificación en la reforma de la CDPA de 2014.

<sup>366</sup> Dicho precepto se ve complementado por el art. 91 LDA, que autoriza la utilización de meras fotografías completas en obras de carácter didáctico a cambio de una remuneración que se determina por el *Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 6 febbraio 1988. Nuova determinazione delle tariffe per la riproduzione di fotografie in antologie scolastiche (GU Serie Generale n. 47 del 26-2-1988*, al que se remite el art. 27 del *Regolamento per l'esecuzione della legge 22 aprile 1941, n. 633, approvato con R.D. 18 maggio 1942, n. 1369*). Aunque la referencia genérica a las fotografías en el título de este Decreto podría llevar a pensar que también es aplicable a las obras fotográficas, dicha norma comienza del siguiente modo: «visti gli articoli 91 e 88 della legge 22 aprile 1941, n. 633 sulla protezione del diritto di autore e l'art. 27 del regolamento per l'esecuzione della legge stessa (...)». Así, queda claro que el Decreto en cuestión se refiere exclusivamente a las meras fotografías.

misma posibilidad en relación con la creación de materiales educativos. En cambio, esta opción no se contempla en la legislación francesa<sup>367</sup>.

En el caso de Reino Unido e Italia, resulta determinante para comprender el alcance de la limitación definir el concepto de «antología». En el ámbito inglés, tradicionalmente se entiende como una colección impresa de pasajes literarios, poemas, obras de arte, etc. de diferentes autores<sup>368</sup>. De acuerdo con el *Dizionario del diritto d'autore*, una antología es una recopilación de extractos de diversas obras<sup>369</sup>. En consecuencia, la antología no se corresponde con el manual universitario o libro de texto, pues no se exige que la misma se ajuste a los contenidos que deba abordar una asignatura determinada. Por ello, y dado que la antología, por definición, no tiene una finalidad educativa, tanto el art. 32 CDPA como el art. 70.2 LDA exigen que la misma se lleve a cabo para conseguir dicho fin<sup>370</sup>. En cualquier caso, la antología parece quedar reducida a la creación de una obra impresa, lo que impediría la elaboración de materiales docentes por medio de las TIC, como materiales interactivos o virtuales. Esta conclusión se fundamenta, asimismo, en que el derecho de explotación específicamente afectado en la legislación italiana es el de reproducción. En cambio, la CDPA

---

<sup>367</sup> En cuanto al derecho de reproducción previsto en la excepción pedagógica francesa, conviene tener en cuenta que solo abarca la copia manuscrita y la digital, pero no la reprográfica. Ello es así porque el derecho de reproducción por medio de la reprografía ha sido reconvertido por el legislador francés en un derecho de remuneración de gestión colectiva obligatoria, a tenor del art. L122-10 CPI. Así, la reproducción de obras en papel o por una técnica fotográfica o equivalente que permita la lectura directa de la misma en el ámbito de la investigación y de la enseñanza se regirá por los acuerdos específicos al respecto y quedará al margen de la excepción pedagógica. De ahí que el L122-5 3º e) CPI que contiene la excepción de la ilustración establezca que la remuneración debida por el uso en la enseñanza y en la investigación lo sea «sans préjudice de la cession du droit de reproduction par reprographie mentionnée à l'article L. 122-10».

<sup>368</sup> De acuerdo con el *Oxford Dictionary*, una antología es «a *published* collection of poems or other pieces of writing» (la cursiva es nuestra). Disponible en: <https://en.oxforddictionaries.com/definition/anthology>. Por su parte, el *Collins Dictionary* define tal concepto en su segunda acepción como «any *printed* collection of literary pieces, songs, works of art, etc.» (la cursiva es nuestra). Disponible en: <https://www.collinsdictionary.com/dictionary/english/anthology>.

<sup>369</sup> CAVALLI, S. P.; POJAGHI, A., «Voz: antología», *Dizionario del diritto d'autore*, Milán, 2003, p. 15.

<sup>370</sup> De acuerdo con el art. 33, la colección ha de estar destinada a ser usada en establecimientos educativos, uso, que según el apartado (4) del mismo precepto, debe entenderse en sentido amplio de modo que se pueda llevar a cabo cualquier acto de explotación relacionado con la finalidad educativa de dichos centros, incluso aunque sea fuera de ellos. Así lo explican GARNETT, K.; JAMES, J. R.; DAVIES, G., *Copinger and Skone James on Copyright*, Londres, vol. I, 14ª ed., 1999, p. 512, nota 61. De acuerdo con tal precepto, «references in this section to the use of a work in an educational establishment are to any use for the educational purposes of such an establishment». Asimismo, la finalidad educativa deberá hacerse constar en la descripción o resumen de la antología, así como en la publicidad que de la misma pueda hacer el editor u otra persona en su nombre, *ex. art. 33(1) (a) CDPA*.

Esta última exigencia no se prevé en la legislación italiana. No obstante, se ha considerado a este respecto que no basta con que la utilización de la antología en cuestión pueda resultar adecuada o conveniente para ilustrar cierta explicación, sino que debe estar destinada específicamente a la enseñanza. Así, se consideró que no era una antología para uso didáctico la publicación de una recopilación de letras de canciones italianas con sus respectivos acordes musicales porque aun pudiendo hipotéticamente ser utilizada en el ámbito de la enseñanza «non è ad essi indirizzata in maniera specifica, rivolgendosi piuttosto ad un pubblico generico amante della canzone italiana». *Pret. Roma*, 31 marzo 1992, *AIDA*, t. 1, 1992, p. 949.

no establece nada a este respecto, si bien teniendo en cuenta que el uso de la obra ajena debe servir para la creación de una antología y que las únicas obras que se pueden utilizar al amparo del art. 33(1) CDPA son las literarias o dramáticas ya publicadas<sup>371</sup>, parece que el derecho limitado es el mismo<sup>372</sup>.

Por su parte, el novedoso §60b UrhG ya no se refiere a la creación de colecciones o antologías sino al uso de obras ajenas para la creación de «Lehrmedien»<sup>373</sup>. De acuerdo con el apartado (3) del precepto, «Lehrmedien» (“medios o materiales educativos”) son aquellos que reúnen un número significativo de obras de diferentes autores<sup>374</sup> y que son exclusivamente adecuados, destinados y etiquetados con el fin de ilustrar la enseñanza en establecimientos educativos sin fines comerciales. Lo determinante para la aplicación del precepto es que la recopilación de los materiales educativos resultante de la elección y organización de las obras ajenas esté destinada a su uso en la enseñanza que tenga lugar en los establecimientos educativos definidos en el §60a (4) UrhG<sup>375</sup>. La novedad introducida por este precepto, por tanto, viene determinada por la utilización del término «Lehrmedien», que a diferencia de la antología que se restringe a la obra impresa, abarca cualquier medio o instrumento, incluidos los virtuales, que recoja los temarios y competencias legalmente establecidos para cada curso y asignatura<sup>376</sup>. De ahí que la limitación no solo limite el derecho de reproducción, sino que

---

<sup>371</sup> Así, no podrán ser utilizadas en la antología obras de artes plásticas, fotográficas, musicales o cinematográficas, por ejemplo, lo que impediría su uso en colecciones multimedia destinadas a la enseñanza.

<sup>372</sup> Asimismo, la literalidad del art. 33 CDPA exige que la obra que se cree, es decir, la antología, tenga un título y se publicite, lo que excluye inevitablemente la posibilidad de que la misma sea oral y que pueda verse de algún modo afectado el derecho de comunicación al público.

<sup>373</sup> El propio precepto se titula «Unterrichts- und Lehrmedien» y su contenido es el siguiente: «(1) Hersteller von Unterrichts- und Lehrmedien dürfen für solche Sammlungen bis zu 10 Prozent eines veröffentlichten Werkes vervielfältigen, verbreiten und öffentlich zugänglich machen.

(2) § 60a Absatz 2 und 3 ist entsprechend anzuwenden.

(3) Unterrichts- und Lehrmedien im Sinne dieses Gesetzes sind Sammlungen, die Werke einer größeren Anzahl von Urhebern vereinigen und ausschließlich zur Veranschaulichung des Unterrichts und der Lehre an Bildungseinrichtungen (§ 60a) zu nicht kommerziellen Zwecken geeignet, bestimmt und entsprechend gekennzeichnet sind».

<sup>374</sup> No obstante, el precepto no señala cuántos autores distintos como mínimo habrán de ser utilizados para considerar cumplido este requisito. La exigencia de que sea incorporado un número significativo de autores en la colección pretende evitar que, sobre el pretexto de la supuesta elaboración de materiales educativos, la mayor parte de las obras utilizadas sean de un mismo autor, lo que podría afectar a la explotación normal de sus creaciones al estar todas ellas recopiladas de este modo.

De forma similar, el art. 33 (2) y (3) CDPA requiere que la antología esté compuesta «principalmente» por obras que ya se encuentren en dominio público, no pudiendo utilizar un mismo editor más de dos extractos de obras del mismo autor, ya sea en autoría individual o plural, en un período de 5 años. Tampoco precisa este precepto qué porcentaje del total de la antología deberán representar las obras en dominio público para que pueda considerarse compuesta «mainly of material in which no copyright subsists», no existiendo resoluciones judiciales al respecto.

<sup>375</sup> *Vid. supra.*

<sup>376</sup> El Proyecto de Ley señalaba que el §46 UrhG ya no se ajustaba a las novedosas formas de creación de materiales docentes, de ahí la necesidad de crear un nuevo precepto específico al respecto. *Op. cit.*, p. 38.

también acoja los de distribución y puesta a disposición del público y que el sujeto amparado por la limitación sea el «Hersteller», es decir, el productor o creador de los materiales docentes, como podría ser un editor, pero también un programador, un productor de fonogramas o audiovisual, etc<sup>377</sup>.

En cuanto a la utilización de obras en el marco de un examen, los derechos de explotación básicos, léase reproducción, comunicación pública, distribución y transformación, podrían quedar potencialmente afectados: los de reproducción y distribución, en el caso de exámenes escritos; el de comunicación pública, en relación con exámenes orales o que tengan por objeto la ejecución de obras musicales o la representación de obras dramáticas o dramático-musicales, siendo ello propio de las enseñanzas artísticas, o cuando se trata de exámenes online; y, finalmente, el de transformación, tanto en las pruebas escritas, como en las orales (por ejemplo, si se llevan a cabo traducciones), así como en las de las enseñanzas artísticas si se requiere al alumno la realización de variaciones o improvisaciones con base en una determinada obra. No obstante, el supuesto más habitual es el del examen escrito, en el que podrán verse reproducidas obras ajenas.

¿Quedarán esos usos cubiertos por la excepción? No, en opinión del sector doctrinal que sostiene que la enseñanza se limita a la difusión del saber, pero no necesariamente a su recepción ni a la comprobación de que efectivamente se ha conseguido dicho fin<sup>378</sup>. Sí, a nuestro modo de ver, pues la evaluación de los conocimientos adquiridos es uno de los elementos fundamentales del proceso educativo que se encuentra en los propios orígenes de la docencia. En efecto, durante la realización del examen no se produce una transmisión de información sino una evaluación de las competencias y conocimientos adquiridos por el alumno, pero la corrección del mismo por parte del docente permite comprobar el grado con el que dicha transmisión ha sido efectiva. Además, la posibilidad de que posteriormente el alumno pueda revisar los errores con la persona que los ha corregido favorece y refuerza la correcta adquisición de los conocimientos de que se trate.

Así entendida, la evaluación sirve a los fines educativos o de enseñanza en una doble vertiente. Por un lado, permite realizar una prueba de diagnóstico de la calidad del sistema

---

<sup>377</sup> Sobre dicho precepto, *vid.* BERGER, C., *op. cit.*, p. 960.

<sup>378</sup> Así, LÓPEZ MAZA, S., «Artículo 10»..., *cit.*, p. 879 y VON LEWINSKI, S., «Article 5...», *cit.*, p. 1043, en relación con el límite en la DDASI, y «Database...», *cit.*, p. 734, en cuanto a la limitación en el ámbito de la DBD. En contra, abogan por la inclusión de estos supuestos en los fines educativos previstos en la DDASI, GOLDSTEIN, P.; HUGENHOLTZ, B., *International Copyright. Principles, Law and Practice*, Oxford, 3ª ed., 2013, pp. 396-397.



educativo a través de los resultados obtenidos por el receptor de la enseñanza, lo que hace posible detectar posibles fallos en las metodologías docentes que puedan ser objeto de corrección en cursos posteriores. De hecho, de poco serviría que se autorizara al docente a utilizar obras a título de ilustración en su enseñanza si posteriormente no puede volver a hacerlo para comprobar que efectivamente dicho uso ha servido para ilustrar adecuadamente la materia objeto de estudio<sup>379</sup>. Por otro lado, se favorece el aprendizaje del alumno a través de los propios errores cometidos en el examen.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que la enseñanza y el aprendizaje constituyen un proceso, es decir, se componen de un conjunto de fases, entre las que se encuentran la preparación de la clase tanto por parte del profesor como por parte del alumno; la propia impartición de la materia, ya sea de forma presencial o virtual, y su posterior estudio para la realización de ejercicios, exámenes, trabajos, etc. En este sentido, y si se quiere que la enseñanza sea de calidad, será necesario entender que la limitación de la ilustración permite llevar a cabo actos de explotación de las obras ajenas en todas y cada una de esas etapas del proceso enseñanza-aprendizaje. Por todo ello, entendemos que el art. 10.2) CB y el art. 5.3 a) DDASI autorizan el uso de obras ajenas en exámenes<sup>380</sup>.

De hecho, algunas de las limitaciones previstas a nivel nacional se refieren a la posible aplicación de las mismas a dichas fases. Así, el art. 32 CDPA autoriza el uso de obras ajenas desde la preparación de la clase, ya sea por parte del profesor o del alumno, pasando por su impartición hasta el examen de la materia explicada, lo que supone una consideración amplia de la finalidad de «illustration for instruction» al no restringir la instrucción al momento estricto de la transmisión de conocimientos<sup>381</sup>. Asimismo, el §60a(1) 2. UrhG señala que los actos de explotación realizados al amparo de la limitación de la ilustración podrán ser destinados a profesores y examinadores<sup>382</sup>. Y en cuanto a ello, la OLG de Stuttgart estableció

---

<sup>379</sup> Por ejemplo, en la asignatura de historia del arte es necesario utilizar la obra de que se trate tanto en la explicación como en el examen si se quiere comprobar que el alumno ha logrado captar el estilo o características propias de su autor o en filosofía será necesario reproducir ciertos fragmentos de obras de una determinada corriente para que puedan ser analizados en el examen.

<sup>380</sup> En apoyo de esta consideración, asimismo, el Considerando 16 de la Directiva MUD señala que su art. 4 permite el uso de obras ajenas «en particular durante el desarrollo de los exámenes».

<sup>381</sup> Según el apartado (2) del art. 32 CDPA, «“giving or receiving instruction” includes setting examination questions, communicating the questions to pupils and answering the questions». Además, el Gobierno ha aclarado que también sería posible considerar como *fair dealing* la reproducción de las propias preguntas de un examen como material para preparar la asignatura. «Technical Review...», *op. cit.*, p. 7.

<sup>382</sup> De acuerdo con tal precepto, «(1) Zur Veranschaulichung des Unterrichts und der Lehre an Bildungseinrichtungen dürfen zu nicht kommerziellen Zwecken bis zu 15 Prozent eines veröffentlichten Werkes vervielfältigt, verbreitet, öffentlich zugänglich gemacht und in sonstiger Weise öffentlich wiedergegeben werden: 2. für Lehrende und Prüfer an derselben Bildungseinrichtung sowie». Con la referencia a los profesores

que la finalidad de la enseñanza ha de comprender todo el proceso educativo, desde la preparación de las clases hasta el estudio en casa y su evaluación posterior por medio de controles<sup>383</sup>. Por su parte, el art. L122-5 3º e) CPI establece que la enseñanza comprende «l'élaboration et la diffusion de sujets d'examens ou de concours organisés dans la prolongation des enseignements»<sup>384</sup>.

No obstante, parece más cuestionable que pueda hacerse uso de obras en virtud de la excepción de la ilustración en los casos de exámenes de acceso a determinadas enseñanzas como las artísticas o las superiores universitarias o de una oposición, pues ello podría constituir una interpretación demasiado amplia del término «enseñanza». Efectivamente, en este caso concreto la evaluación no se lleva a cabo para comprobar que la materia explicada se ha aprendido adecuadamente y, por tanto, que se han alcanzado los fines educativos previamente establecidos para el curso en cuestión, pues no existe una conexión entre la persona que se presenta al examen y el centro al que quiere acceder o que expide el título de que se trate. Es decir, no se ha producido proceso educativo alguno porque el que se examina no es alumno todavía e incluso puede no llegar a serlo. Se puede considerar que el fin de la utilización de la obra en este tipo de examen no es tanto de enseñanza como de selección de los sujetos que se presentan a la prueba de acceso a la institución educativa de que se trate. Siendo ello así, la utilización de obras en este tipo de exámenes podría quedar amparada por la excepción prevista en el art. 5.2 a) DDASI, si ha sido transpuesta en la legislación

Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante

---

y examinadores que se encuentren en un mismo establecimiento educativo lo que pretende el legislador alemán es que entre los miembros de ambos colectivos sea posible compartir materiales que puedan ser posteriormente utilizados en su docencia o en sus exámenes. KREUTZER, T.; HIRCHE, T., *op. cit.*, p. 56. Asimismo, en la explicación del precepto que se llevaba a cabo en el Proyecto de UrhWissG, se señalaba que la limitación incluía la preparación y el seguimiento de las lecciones, así como los exámenes que se lleven a cabo durante el curso. *Op. cit.*, p. 36. Asimismo, aboga por una interpretación integradora de todas las fases de la enseñanza, incluida la preparación y el examen, BERGER, C., *op. cit.*, p. 958.

<sup>383</sup> Así, párrafo 89 OLG Stuttgart 4 abril 2012, 4 U 171/11. En el mismo sentido, DREIER, T., «§52a», en *Urheberrechtsgesetz Kommentar*, T. Dreier y G. Schulze (coords.), Munich, 2008, p. 834 y SCHULZ, W.; HAGEMEIER, S., «§52a UrhG», en *Urheberrecht Kommentar*, H. Ahlberg y H.-P Götting (coords.), Munich, 2014, p. 626.

<sup>384</sup> Cabe destacar, no obstante, que la posibilidad de utilizar obras ajenas en exámenes y oposiciones no se preveía en la primera limitación de la ilustración aprobada en 2006, sino que fue incorporada por medio del art. 77.3º de la *Loi n° 2013-595 du 8 juillet 2013 d'orientation et de programmation pour la refondation de l'école de la République*.

nacional<sup>385</sup> o requerirá la previa autorización del autor, pero entendemos que no será posible la aplicación de la excepción de la ilustración de la enseñanza<sup>386</sup>.

### 3.2.3.2 El derecho de comunicación al público presente: las representaciones escolares y la visualización o escucha de obras en clase

La comunicación al público de obras puede tener lugar entre sujetos que se encuentran en el mismo espacio y tiempo, la «comunicación pública presente», o entre sujetos que pueden acceder a ellas desde lugares distintos y en el momento en que ellos decidan, o «puesta a disposición del público».

En cuanto a la comunicación pública presente, nadie duda de que la lectura de un breve fragmento en clase, por ejemplo, entra en el ámbito de aplicación de la limitación de la ilustración. No obstante, dos supuestos concretos de este tipo de comunicación plantean conflictos en relación con la finalidad de la enseñanza: las representaciones o eventos escolares y la visualización de películas o escucha de canciones en clase.

Los autores que restringen la finalidad de la enseñanza a la transmisión de conocimientos consideran que los eventos escolares no pueden quedar abarcados por la limitación de la ilustración<sup>387</sup>. Ciertamente, es frecuente que se utilicen obras musicales para realizar un baile o para ser interpretadas por una orquesta escolar o se reciten poemas o fragmentos de obras de literatura en festivales de fin de curso o semanas culturales. Pero en estos casos, la adquisición de los conocimientos necesarios para conseguir llevar a cabo la actuación en

---

<sup>385</sup> La excepción en cuestión autoriza la realización de «reproducciones sobre papel u otro soporte similar en las que se utilice una técnica fotográfica de cualquier tipo u otro proceso con efectos similares, a excepción de las partituras» sometidas a una compensación equitativa en favor del autor. Esta es la solución que ofrece VON LEWINSKI, S., aunque en relación con la utilización de obras en todo tipo de exámenes al considerarlos excluidos de la finalidad de la enseñanza. «Article 5...», *cit.*, p. 1043. No obstante, y como se deriva del precepto citado, la utilización de obras musicales en forma impresa para la realización de un examen de acceso a un conservatorio, por ejemplo, requerirá en todo caso la autorización previa del titular de derechos correspondiente, pues la reproducción de partituras queda excluida del ámbito de aplicación del art. 5.2 a) DDASI.)

<sup>386</sup> A pesar de ello, y como se ha señalado previamente, el art. L122-5 3º e) CPI incluye entre los exámenes «concours organisés dans la prolongation des enseignements», como pudieran ser, precisamente, los de acceso a la universidad o las oposiciones. Asimismo, el acuerdo sobre la reproducción de obras susceptibles de impresión que desarrolla dicho precepto también permite que los exámenes para la obtención de títulos concedidos por el servicio público de enseñanza y los que se confeccionen para el desarrollo de oposiciones que reproduzcan extractos de otras obras puedan ser puestos a disposición del público en la página web del Ministerio, en especial, en la de Éduscol. Ahora bien, la disposición en cuestión de dicho acuerdo señala que ello es así sin perjuicio de lo previsto en el art. L122-5 3º e) CPI, es decir, que tal difusión de los exámenes a través de internet no se encuentra abarcada por el ámbito de la excepción legal, sino del de la licencia convencional.

<sup>387</sup> Así, LÓPEZ MAZA, S., «Artículo 10»..., *cit.*, p. 879 y VON LEWINSKI, S., «Article 5...», *cit.*, p. 1043, en relación con el límite en la DDASI. En contra, GOLDSTEIN, P.; HUGENHOLTZ, B., *op. cit.*, pp. 396-397.

cuestión se habrá producido en los ensayos anteriores a la misma, siendo esta el resultado de la transmisión de dichas competencias, pero no el proceso por el que se adquieren.

En cuanto a las representaciones escolares, el derecho concernido es esencialmente el de comunicación pública previsto en el art. 3 DDASI y en las modalidades reconocidas en los arts. 11.1 respecto de las obras dramáticas, dramático-musicales o musicales, y 11ter CB, en cuanto a las obras literarias, sin perjuicio de las necesarias reproducciones y la posterior distribución de textos o partituras para su estudio por los alumnos o de determinadas adaptaciones para adecuar la obra a su nivel educativo. En relación con el derecho de comunicación pública en concreto, cabe destacar que en la Revisión de Bruselas se llegó incluso a defender por parte de la Delegación húngara que las representaciones que se llevaran a cabo con determinadas finalidades, entre ellas, la educativa, no quedarán comprendidas en el concepto de «público» y, por ende, no se consideraran actos de explotación de este tipo. Pero esta interpretación no fue acogida por la comisión de redacción<sup>388</sup>. No obstante, y en atención a la propuesta de la Delegación húngara, la Conferencia admitió la inclusión de este tipo de representaciones como un supuesto de «excepción o reserva menor», esto es, como una limitación ya prevista en la legislación interna siempre que fuera compatible con el CB<sup>389</sup>.

En relación con esta cuestión, cabe destacar que, si la postura defendida por la Delegación húngara hubiera sido finalmente adoptada por la comisión de redacción, la excepción de la ilustración no hubiera sido aplicable a las representaciones escolares no porque la misma no tenga el alcance suficiente para ampararlas, sino porque dichas representaciones podrían llevarse a cabo libremente por no constituir un acto de comunicación pública. Es decir, la solución adoptada en la Conferencia de Bruselas no se corresponde exactamente con las peticiones de la Delegación húngara, pues no es lo mismo que una determinada representación no sea un acto de explotación, que pueda llevarse a cabo al amparo de una excepción.

En cualquier caso, parece claro que las representaciones de obras que tienen lugar en el ámbito educativo tienen una relevancia práctica y una finalidad educativa que justifican su realización y la necesidad, de acuerdo con lo señalado anteriormente, del establecimiento de

---

<sup>388</sup> *Actas*, 1948, pp. 100, 259 y 260.

<sup>389</sup> Sobre ello, *vid.* FICSOR, M., *The Law of Copyright...*, *cit.*, pp. 289-296; RICKETSON, S., *Estudio sobre las limitaciones...*, *cit.*, pp. 35-39; XALABARDER PLANTADA, R., *Estudio sobre las limitaciones...*, *cit.*, p. 15; IGLESIAS, M. J., *op. cit.*, p. 142 y SÁNCHEZ ARISTI, R., «Artículo 11», en *Comentarios al Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas*, coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Madrid, 2013, pp. 957-958. CASAS VALLÉS, R. ve en esta doctrina el precedente de la prueba de los tres pasos. «Art. 40bis», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Madrid, 4ª ed., 2017, p. 793.

una excepción, al menos, menor a los derechos de explotación. En este sentido, si la «enseñanza» viniera referida únicamente a la difusión de los conocimientos o técnicas necesarios para leer una partitura o un poema, para realizar una actuación teatral o para ejecutar los pasos de danza de que se trate, la misma se vería colmada en los ensayos o lecciones dedicados a tal efecto sin que fuera necesario llevar a cabo una representación pública. No obstante, y además de que la realización de una actuación final puede servir de estímulo o incentivo para que el alumno se esfuerce en mayor medida y así se consiga una mejor adquisición de los conocimientos cuyo aprendizaje se pretende, estas actividades también sirven a la enseñanza de otras aptitudes de carácter transversal a cualquier materia y a las que cada vez se confiere mayor importancia, como la exposición oral en público o el trabajo en equipo<sup>390</sup>. Siendo ello así, la utilización de obras en actos escolares de este tipo podría quedar amparada como reserva menor en el contexto del CB y de acuerdo la limitación de la ilustración de la DDASI, siempre y cuando se cumpliera el resto de los requisitos de la excepción y en especial, la prueba de las tres fases.

En este sentido, solo el legislador alemán ha permitido en su limitación sobre la ilustración de la enseñanza la realización de los tradicionales eventos escolares a los que acuden los familiares de los alumnos<sup>391</sup>. El §60a(1) 3. UrhG autoriza la comunicación pública de obras «für Dritte, soweit dies der Präsentation des Unterrichts, von Unterrichts- oder Lernergebnissen an der Bildungseinrichtung dient», esto es, ante terceros ajenos al establecimiento educativo para la presentación de los resultados de la enseñanza que ha tenido lugar en el establecimiento educativo<sup>392</sup>. Asimismo, la explicación del precepto que se llevaba a cabo en el proyecto de la UrhWissG señalaba que este precepto permitirá a los padres y

---

<sup>390</sup> Se observa la importancia de las competencias transversales en el Objetivo estratégico nº 4 de las Conclusiones del Consejo de 12 de mayo de 2009 «ET 2020», al señalar la necesidad de fomentar su adquisición para incrementar la creatividad y la innovación. Entre dichas competencias, se encuentran, la competencia digital, la capacidad de aprender a aprender o el sentido de la iniciativa.

<sup>391</sup> Aunque, en principio, el art. L122-5 3º e) CPI no establece nada al respecto y, por tanto, podría pensarse que los eventos escolares quedan abarcados por su ámbito de aplicación, el requisito de que los actos de explotación se lleven a cabo a exclusión de toda finalidad lúdica o recreativa ha llevado a la doctrina concluir en sentido contrario. Así, TAFFOREAU, P., «Les exceptions à la propriété littéraire et artistique aux fins de recherche et d'enseignement», *Cahiers Droit, Sciences & Technologies*, nº 3, 2010, p. 148 y ALLEAUME, C., «Les exceptions de pédagogie et de recherche», *Com. Com. Électr.*, nº 11, 2006, p. 4.

<sup>392</sup> Con anterioridad a la reforma, el uso de obras ajenas en eventos escolares quedaba cubierto por el §52 UrhG, si bien de forma más restrictiva que con la actual limitación. Así, ya no se impide el posible cobro de una entrada al evento escolar, siempre que tales contribuciones sean necesarias para cubrir los gastos del mismo. Igualmente, no se exige que los artistas intervinientes en la representación escolar no cobren ninguna remuneración. Proyecto..., *op. cit.*, p. 37.

madres de los estudiantes acudir al concierto de navidad de la escuela, así como permitiría a los estudiantes utilizar obras ajenas en eventos escolares como Olimpiadas de lingüística<sup>393</sup>.

Por su parte, Reino Unido, Italia y Alemania han optado por no considerar como comunicación al público, siguiendo la propuesta de la Delegación húngara, la visualización y escucha de obras que se lleve a cabo en el aula. En cambio, Francia, como máximo exponente del autor-centrismo, sí considera este tipo de actuaciones como actos de representación<sup>394</sup>.

Así, el art. 34 CDPA prevé la posibilidad de que una obra literaria, dramática o musical pueda ser representada, ejecutada o interpretada en el marco de las actividades de un centro educativo<sup>395</sup>. La redacción de este precepto, en línea con la propuesta de la Delegación húngara, parece no configurar una excepción pese a su inclusión en el Capítulo III CDPA, sino una delimitación de los contornos del derecho de explotación previsto en el art. 19 CDPA, esto es, el derecho de representación de obras literarias, dramáticas o musicales [apartados (1) y (2)]<sup>396</sup> y la proyección y exhibición pública de fonogramas y obras audiovisuales, así como su emisión [apartado (3)]<sup>397</sup>. Tal afirmación se asienta en que, de acuerdo con la literalidad del art. 34 CDPA, las actuaciones previstas en dicho precepto no son consideradas como constitutivas de las modalidades de comunicación pública a las que se refiere el art. 19<sup>398</sup>. De

---

<sup>393</sup> *Op. cit.*, p. 37.

<sup>394</sup> En efecto, aunque podría considerarse aplicable a tales supuestos la excepción prevista en el art. L122-5 1º CPI, sobre las representaciones privadas y gratuitas efectuadas exclusivamente en el círculo de la familia, la jurisprudencia ha reducido dicho círculo a «l'intimité du cercle familial ou d'amis constitué par la réunion de parents, d'alliés ou de personnes ayant des relations habituelles». Así, CA Grenoble, 28 février 1968, *RIDA*, nº 57, 1968, p. 166 y T. corr. París, 24 janvier 1984, *Gazette du Palais*, t. I, 1984, p. 240, entre otras.

<sup>395</sup> Cabe destacar que el mismo no fue objeto de modificación con la reforma operada en 2014.

<sup>396</sup> De acuerdo con el art. 19(2), «in this Part “performance”, in relation to a work—  
(a) includes delivery in the case of lectures, addresses, speeches and sermons, and  
(b) in general, includes any mode of visual or acoustic presentation, including presentation by means of a sound recording, film or broadcast of the work.

Sobre dicho derecho, *vid.* GARNETT, K.; JAMES, J. R.; DAVIES, G., *op. cit.*, pp. 457-462; TORREMANS, P., *Holyoak & Torremans Intellectual Property Law*, Oxford, 8ª ed., 2016, pp. 269 y 270 y BENTLY, L.; SHERMAN, B., *op. cit.*, pp. 154 y 155.

<sup>397</sup> En este caso, el apartado (3) del art. 19 no define el derecho en cuestión, sino que se limita a señalar que «the playing or showing of the work in public is an act restricted by the copyright in a sound recording, film or broadcast».

<sup>398</sup> Concretamente, a tenor del apartado (1) del art. 34 CDPA la ejecución de una obra literaria, dramática o musical «is not a public performance for the purposes of infringement of copyright», lo que es reiterado en el apartado (2) referido a la proyección de películas y la comunicación pública de fonogramas y de obras radiodifundidas. En cambio, la redacción del resto de excepciones relacionadas con la enseñanza difiere en esta cuestión, pues se hace referencia a que el acto permitido «does not infringe the copyright in a work» [arts. 33 (1) y 36 (1)] o se puede llevar a cabo «without infringing copyright» [art. 35 (1)]. Del mismo modo lo entienden BURRELL, R.; COLEMAN, A., *op. cit.*, p. 125. Por su parte, y aunque también se refieren a esta particularidad, BENTLY, L. y SHERMAN, B. consideran que el precepto contiene una defensa frente a una acción por infracción. *Op. cit.*, pp. 154 y 155.

Aunque en el texto se emplee la expresión de “modalidades de comunicación pública”, debe tenerse en cuenta que ello se lleva a cabo para evitar reiteraciones que hagan que la lectura sea farragosa, además de que, en el ámbito de la legislación española, el art. 20. 2 TRLPI contempla las representaciones [a)] y las proyecciones [b)]

este modo, los actos a los que se refiere el precepto no serían excepciones al contenido del derecho de comunicación pública, sino que los mismos no estarían comprendidos en dicho contenido, no quedarían abarcados por el concepto de tal derecho. En cualquier caso, las representaciones de obras literarias, dramáticas o musicales (1), la proyección de películas o emisiones televisivas y la escucha de grabaciones musicales (2) no serán consideradas como tales actos únicamente si se cumplen determinados requisitos.

En primer lugar, se exige que el auditorio frente al que se lleven a cabo dichas actuaciones se conforme de profesorado, alumnado y otras personas directamente conectadas con las actividades del centro educativo, no considerando como tales a los padres de alumnos del establecimiento por el mero hecho de serlo<sup>399</sup>. Consecuentemente, y en principio, las comunes actuaciones escolares o semanas culturales organizadas fundamentalmente en el ámbito de la educación elemental para el desarrollo de representaciones teatrales, conciertos, bailes y recitaciones no quedarían amparadas por el art. 34 CDPA cuando los padres de los escolares intervinientes en dichos actos acudieran como público, razón por la cual se requerirá el consentimiento del autor o titular de derechos correspondiente para su realización<sup>400</sup>. No obstante, entendemos que nada impide que un progenitor sí pueda formar parte de dicho público en aquellos casos en los que este, como miembro de una asociación de madres y padres de alumnos, por ejemplo, sea el promotor de la realización de tales actividades, pues en ese caso acudiría como una persona directamente relacionada con las actividades del centro y no en su condición de padre o madre<sup>401</sup>. En cualquier caso, la redacción de este requisito en la Ley de 1988, «an audience *consisting of*», parece más amplia que la prevista anteriormente

---

como dicho tipo de modalidades. No obstante, y en sentido estricto, cabe destacar que la CDPA inglesa contempla el derecho de comunicación al público de forma independiente en su art. 20, restringiendo este concepto a la radiodifusión de obras, según su apartado (2) (a), y a la puesta a disposición del público de las mismas, según la letra (b) del mismo apartado. Así, el art. 19 CDPA contempla las modalidades de explotación de la obra que permiten al público acceder a la misma en el mismo espacio y momento en que tiene lugar la representación, ejecución o proyección, mientras que el art. 20 CDPA acoge los modos en que la obra es accedida por el público en un lugar distinto de aquel en el que se produce la emisión.

<sup>399</sup> Esta última exclusión aparece prevista en el art. 34 (3) CDPA, según el cual «a person is not for this purpose directly connected with the activities of the educational establishment simply because he is the parent of a pupil at the establishment». De este modo, la norma no determina los sujetos que pueden formar parte del colectivo de «other persons directly connected with the activities of the establishment», limitándose a señalar que no lo son los progenitores simplemente por tener esa consideración.

<sup>400</sup> Coinciden en esta consideración BURRELL, R.; COLEMAN, A., *op. cit.*, p. 125; BENTLY, L.; SHERMAN, B., *op. cit.*, p. 255; TORREMANS, P., *Holyoak & Torremans...*, *cit.*, p. 299 y CAVANILLAS MÚGICA, S., «El uso educativo de obras en universidades: análisis de dos recientes reformas legislativas en el Reino Unido y en España», en *Estudios sobre la Ley de Propiedad Intelectual. Últimas reformas y materiales pendientes*, J. J. Marín López y R. Sánchez Arísti (coords.), Madrid, 2016, p. 164, nota 25.

<sup>401</sup> GARNETT, K.; JAMES, J. R.; DAVIES, G. señalan como otro ejemplo de este tipo, la posibilidad de incluir en el concepto de audiencia a los padres que colaboran en el cambio de vestuario de los alumnos que participan en la actuación. *Op. cit.*, p. 514.

por el art. 41(3) de la *Copyright Act* de 1956<sup>402</sup>, referida a «audience is *limited to*». Habrá que esperar a ver si la jurisprudencia adopta una interpretación más liberal y acorde a la realidad educativa que pueda incluir a un número razonable de padres, pues en ningún momento se exige que el público se componga «exclusivamente» o «fundamentalmente» por las personas señaladas en el precepto<sup>403</sup>. Al margen de los padres, el ejemplo que dio el Parlamento de «persons directly connected with the activities of the establishment» era el de los «caretakers» o vigilantes del establecimiento, aunque pueda discutirse si su función está efectivamente relacionada con las actividades propias del centro<sup>404</sup>. De forma más clara parece poder incluirse en tal expresión a ujieres que colaboren en la preparación de la representación, personas del grupo de teatro o musical que sin ser artistas elaboren decorados, colaboren en el cambio de vestuarios, etc.

En segundo lugar, cabe destacar positivamente que la representación de obras literarias, dramáticas o musicales pueda llevarse a cabo por los propios docentes o pupilos [art. 34 (1) (a)]<sup>405</sup> y también por cualquier otra persona, siempre que la finalidad sea la de la instrucción [art. 34 (1) (b)]. De este modo, no se consideraría un acto de representación la función que llevara a cabo un grupo teatral o musical en el establecimiento educativo para ilustrar a los alumnos en cuanto a ciertos valores defendidos en la obra, el estilo de su autor o de un movimiento literario en concreto, el aprendizaje de determinados conceptos, etc<sup>406</sup>.

En tercer y último lugar, se exige que cualquiera de los actos previstos en el art. 34 CDPA se lleve a cabo en el establecimiento educativo, quedando fuera de su ámbito de aplicación las representaciones teatrales o conciertos destinados a escolares pero que se lleven a cabo en un teatro o centro social, por ejemplo. La restricción espacial podría tener sentido en aquellos casos en los que, como en el ejemplo, se acuda a una representación o concierto por el que se pague el precio de una entrada, pues ello podría afectar a la explotación normal de obra. No obstante, en los supuestos en los que el acceso al recinto donde se desarrolle la representación sea gratuito, tal requisito no parece suficientemente fundado, pues los efectos que la

---

<sup>402</sup> *Copyright Act* 1956, c. 74.

<sup>403</sup> En favor de esta interpretación se manifiesta PRIME, T., *The Law of Copyright*, Londres, 1992, p. 146.

<sup>404</sup> Como señalan GARNETT, K.; JAMES, J. R.; DAVIES, G., *op. cit.*, p. 514, nota 75, el cometido de los vigilantes del establecimiento educativo está más vinculado a asegurar su normal y pacífico funcionamiento, que a intervenir en las actividades de enseñanza que en él se desarrollen.

<sup>405</sup> En cuanto a los conceptos de «teacher» y «pupil» empleados en la excepción, los mismos deben interpretarse según lo previsto en el art. 174(5) CDPA, es decir, como cualquier persona que da o recibe instrucción, coincidiendo ello con lo previsto en el art. 32(1) (b) CDPA.

<sup>406</sup> En el mismo sentido, PRIME, T., *op. cit.*, pp. 145 y 146.



representación fuera del centro educativo produce en los derechos del autor no difieren de los que puedan derivarse de su realización intramuros.

De forma similar a la legislación inglesa, aunque en este supuesto con una ubicación sistemática más apropiada, la legislación italiana reconoce al autor el derecho conocido como «comunicación a un público presente» en su art. 15 LDA, es decir, el derecho a la ejecución de obras musicales, la representación de obras dramáticas o la recitación de obras literarias sin escena o de obras orales, así como cualquier otro modo de comunicación de una obra para que pueda ser conocida por un público presente no con un soporte material de la misma, sino a través de las personas que la interpretan, como la proyección de obras cinematográficas<sup>407</sup>. No obstante, el segundo párrafo del mismo precepto deja fuera de los contornos de este derecho y, por tanto, son libres las comunicaciones a un público presente que tengan lugar, entre otros ámbitos, en el círculo ordinario de la escuela, siempre que no sean efectuadas con ánimo de lucro<sup>408</sup>.

Sobre este precepto, se ha considerado que lo que viene a establecer esta exclusión son ejemplos de supuestos en los que la representación, ejecución o recitación no tienen lugar ante un «público», sino que se producen en el ámbito de lo «privado»<sup>409</sup>. Pero para que ello sea así, se exigen fundamentalmente dos requisitos: que la comunicación en la escuela tenga lugar en el ámbito de su círculo ordinario y que la misma no se lleve a cabo con ánimo de lucro. Sobre la valoración de estos conceptos tuvo ocasión de pronunciarse la *Corte di Cassazione* mediante sentencia de 1 de septiembre de 1997<sup>410</sup>. Al igual que en otras ocasiones, el círculo ordinario fue interpretado en dicho caso como aquel que no excede cualitativa y/o cuantitativamente de las personas que componen el núcleo natural de la institución en

---

<sup>407</sup> En concreto, el art. 15 LDA establece en su primer párrafo que «Il diritto esclusivo di eseguire, rappresentare o recitare in pubblico ha per oggetto la esecuzione, la rappresentazione o la recitazione, comunque effettuate, sia gratuitamente che a pagamento, dell'opera musicale, dell'opera drammatica, dell'opera cinematografica, di qualsiasi altra opera di pubblico spettacolo e dell'opera orale». No obstante, y como ha entendido la doctrina mayoritaria, la lista de modalidades de comunicación de la obra prevista en el precepto es meramente ejemplificativa, abarcando este derecho, por tanto, cualquier tipo de comunicación de la obra en presencia de un público, como la exposición de una obra en un lugar accesible al público, la proyección de obras, la difusión de señales radiofónicas en presencia de un público determinado, etc. Así, GALLI, P., «Art. 15»..., *cit.*, pp. 1405 y 1406.

<sup>408</sup> Junto a la escuela, quedan fuera del derecho en cuestión las comunicaciones que tengan lugar «entro la cerchia ordinaria della famiglia, del convivito, (...) o dell'istituto di ricovero, purché non effettuata a scopo di lucro». Del mismo modo se delimitaba esta prerrogativa del autor en el art. 10 del Real Decreto Ley de 7 de noviembre de 1925, como se señaló en el Capítulo anterior. *Vid. supra*, epígrafe 1.1.3.1 del Capítulo I

<sup>409</sup> GALLI, P., «Art. 15»..., *cit.*, p. 1408 y SPEDICATO, G., *Il diritto d'autore in ambito universitario*, Bologna, 2011, pp. 85 y 86. Disponible en: <http://amsacta.unibo.it/3018/3/Spedicato-il-diritto-d-autore-in-ambito-universitario-web.pdf>.

<sup>410</sup> *Cass. Civ.*, 1 settembre 1997, n. 8304, *Giur. It.*, n° 12, 1998, pp. 2329.

cuestión, es decir, de docentes y alumnos. En consecuencia, excederían del círculo ordinario y, por tanto, estarían sujetas a la autorización del autor las representaciones escolares de fin de curso ante familiares y amigos<sup>411</sup>. En cualquier caso, y aunque esta disposición no sea aplicable a las representaciones escolares según esta interpretación, cabe señalar que resulta de especial importancia práctica para la utilización de material audiovisual o musical en la enseñanza presencial<sup>412</sup>. No obstante, parece no ser conocida por parte del personal docente<sup>413</sup>.

Asimismo, el §15(2) UrhG, aunque no referido a la finalidad pedagógica específicamente, permite representaciones a título privado. Según su apartado tercero, la representación o comunicación es pública cuando tiene lugar ante una pluralidad de personas, salvo que el círculo de las mismas esté claramente delimitado y que dichas personas estén ligadas entre ellas ya sea por relaciones mutuas o por una relación personal con el organizador de la representación. A este respecto y sobre la base de los trabajos parlamentarios de 1985, la doctrina ha entendido unánimemente que en una clase este vínculo existe entre el profesor y los alumnos, o al menos entre los alumnos entre ellos, de modo que la representación de obras protegidas por el derecho de autor durante un curso no constituye un acto de comunicación pública<sup>414</sup>.

---

<sup>411</sup> En el mismo sentido, *vid.* GALLI, P., «Art. 15»..., *cit.*, p. 1409.

<sup>412</sup> SPEDICATO, G. pone también como ejemplo de actividades amparadas por el art. 15.2 LDA la realización de un cine-fórum. *Op. cit.*, p. 86. En el mismo sentido, VEZZOSO, S., *E-learning e sistema delle eccezioni al diritto d'autore*, Quaderni del Dipartimento, n° 84, Trento, 2009, pp. 201 y 202. Por su parte, MAZZIOTTI, G. aboga por una interpretación evolutiva del precepto que admita «entro la cerchia ordinaria della scuola» no solo la clase presencial, sino también aquella que esté compuesta por estudiantes que tengan acceso a la red cerrada en la que se transmita material protegido que podría ser utilizado en el aula. «Diritto d'autore, libere utilizzazioni e licenze per attività didattiche: l'insostenibile leggerezza della Legge italiana in una prospettiva europea e comparata», *Dir. Aut.*, n° 2, abril-junio, 2011, p. 229. No obstante, entendemos que ello no sería posible en tanto en cuanto el derecho específicamente previsto en el art. 15 LDA es el de comunicación al público presente. Cabría cuestionarse en este sentido, si podría delimitarse del mismo modo el derecho de puesta a disposición del público como modalidad del derecho de comunicación al público ausente, de manera que la utilización de obras en redes cerradas a las que únicamente tengan acceso los estudiantes del curso concreto se permitiera por no producirse ante un público, sino «entro la cerchia ordinaria della scuola *virtuale*» (el término en cursiva añadido por nosotros).

<sup>413</sup> Así se deduce de los resultados del estudio encargado por la Unión Europea para conocer el impacto de la normativa de derechos de autor en el desarrollo de la educación basada en contenidos digitales. De acuerdo con lo manifestado por uno de los docentes italianos encuestados, solo podía utilizar extractos de vídeos con finalidad educativa en clase, de modo que, para que los estudiantes pudieran verlos completos, les proporcionaba un enlace para que lo visualizaran en casa de forma privada. AA.VV., *Assessment of the impact...*, *cit.*, pp. 174 y 175. En efecto, el profesor en cuestión parecía pensar en la aplicación del art. 70 LDA, pero podría tratarse simplemente de usos libres por no quedar cubiertos por el derecho de comunicación pública presente, de acuerdo con el art. 15.2 LDA.

<sup>414</sup> Así, GEIGER, C., *Droit d'auteur...*, *cit.*, p. 245; BENABOU, V.-L., *L'exception au droit...*, *cit.*, p. 81; DREIER, T., «§15 (2)/(3)», en *Urheberrechtsgesetz Kommentar*, T. Dreier y G. Schulze (coords.), Munich, 2008, p. 263 y VON UNGERN-STENBERG, J., «§15 UrhG», en *Urheberrecht Kommentar*, H. Ahlberg y H.-P. Götting (coords.), Munich, 2014, p. 367.

En definitiva, a excepción de la UrhG, las legislaciones nacionales objeto de estudio no han considerado que la finalidad de la enseñanza pueda abarcar el uso de obras ajenas en eventos escolares. Ahora bien, la CDPA, la UrhG y la LDA han entendido que cuando la comunicación de la obra tiene lugar en la clase, la misma no se lleva a cabo ante un «público» y, por tanto, la visualización de obras cinematográficas o la escucha de obras musicales en la enseñanza presencial son libres.

### 3.2.3.3 La comunicación al público y la puesta a disposición: la educación a distancia y el *e-learning*

Que la enseñanza se lleve a cabo en los establecimientos educativos anteriormente estudiados genera la duda acerca de si la misma deba ser presencial o pueda incluir la educación a distancia<sup>415</sup>. Aunque en la actualidad esta última se asocia a la que tiene lugar a través de internet o enseñanza online<sup>416</sup>, lo cierto es que la educación que se desarrolla a través de la red sólo constituye una modalidad más de las distintas tipologías que comprende el concepto más amplio y general de educación a distancia. Así, la característica esencial de la educación a distancia es la separación espacial entre docente y estudiante, no produciéndose la transmisión de conocimientos del primero al segundo en el mismo espacio, aunque sí puede producirse en el mismo tiempo, como sucedería en el caso de una videoconferencia, por ejemplo.

La primera manifestación de educación a distancia la encontramos en los cursos por correspondencia postal que incluían el temario impreso del mismo y que ofrecían algunas instituciones educativas generalmente de nivel universitario que aparecieron en la segunda mitad del siglo XX<sup>417</sup>. Posteriormente, dicha correspondencia incluiría casetes y videocasetes, hasta que finalmente las TIC e internet conducirían a la modalidad más actual y tecnológica

---

<sup>415</sup> *Vid. supra.*

<sup>416</sup> En este sentido, SPURGEON, C. P. define la «Enseñanza a distancia» es una expresión empleada para describir la actividad docente que no se lleva a cabo en el entorno tradicional de un «aula» en la que profesor y alumno se encuentran cara a cara y comparten un determinado espacio físico. Se ha definido como un sistema de instrucción en que el alumno obtiene la totalidad o parte de los materiales y de la orientación gracias a la transmisión informática en tiempo real o mediante programas a los que accede desde un ordenador o almacenados en este». «¿Autorizar o limitar? Utilización en línea con fines educativos: alternativas para preservar los derechos exclusivos de los titulares de los derechos de autor», *Boletín de derecho de autor*, 2003, pp. 1 y 2.

<sup>417</sup> Algunos de los primeros ejemplos de este tipo de institución dedicada específicamente a la educación a distancia son la Universidad de Sud Africa (Unisa), que ofrece cursos por correspondencia desde el año 1946, la Open University de Reino Unido fundada en 1969, la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED) en España que inicia su actividad en el año 1972 y la FernUniversität Hagen en Alemania, fundada dos años después de la UNED.

de educación a distancia, el *e-learning*, que se ha expandido a todos los niveles educativos a través de campus virtuales, MOOC<sup>418</sup>, Entornos Virtuales de Aprendizaje o EVA<sup>419</sup>, etc.

No cabe duda de la aplicación de la excepción prevista en la DDASI a la educación a distancia, pues así lo permite expresamente su Considerando 42<sup>420</sup>, así como porque el derecho de explotación estrictamente necesario para que esta pueda desarrollarse en su modalidad online aparece específicamente previsto en su art. 5.3 a): la puesta a disposición del público. No existe, en cambio, una referencia expresa en el mismo sentido en el ámbito del CB, lo que no impide, no obstante, que se pueda llegar a la misma conclusión. En primer lugar, hemos de tener en cuenta que la última revisión del art. 10.2) CB se produce en la Conferencia de Estocolmo de 1967, coincidiendo en el tiempo con las primeras experiencias de educación a distancia, lo que justifica que en la misma todavía no se tratara dicha cuestión. En segundo lugar, cabe destacar que una de las mayores preocupaciones discutidas en dicha Conferencia en relación con la excepción fue la de incorporar los distintos medios que podían utilizarse para ilustrar en la enseñanza y que habían sido introducidos por las nuevas tecnologías, como «las emisiones de radio o grabaciones sonoras o visuales». De hecho, se desprende de las intervenciones de los miembros de la Unión de Berna en la Conferencia de Estocolmo la voluntad de adaptar la excepción a las nuevas formas de explotación de obras aparecidas en aquel momento<sup>421</sup>. Por lo tanto, la interpretación actual de la excepción debe venir guiada por el mismo criterio de adaptación a las nuevas tecnologías y, en especial, a la era de internet. En

---

<sup>418</sup> Los MOOC, acrónimo de *Massive Online Open Course*, son cursos que se ofertan a través de internet en acceso abierto y se destinan a un público ilimitado. Además de los materiales de un curso tradicional, como son los vídeos, lecturas y cuestionarios, los MOOC proporcionan foros de usuarios interactivos que ayudan a construir una comunidad entre estudiantes y profesores. Este tipo de cursos pueden ser ofertados tanto por instituciones educativas como por empresas privadas. Su expansión se produjo a raíz de un curso sobre inteligencia artificial creado por el profesor Sebastian Thrun en la Universidad de Stanford. Tras su éxito, aparecieron iniciativas privadas dedicadas en exclusiva a la oferta de este tipo de cursos, como es el caso de la plataforma *Udacity*.

En en ámbito europeo, la UE ha puesta también en marcha la plataforma Open Education Europa, en la que se ofertan cursos de este tipo.

<sup>419</sup> Los denominados entornos virtuales de aprendizaje son todas aquellas plataformas web que permiten la interacción docente-alumno y alumno-alumno. Así, se caracterizan por promover el aprendizaje de forma colaborativa, esto es, creando materiales e información por medio del trabajo cooperativo de los participantes en el entorno. Los ejemplos más comunes de este tipo de entornos son: las plataformas específicamente destinadas al *e-learning*, como el conocido Moodle y aquellas que, aun no diseñadas para ello, han sido aplicadas a la enseñanza, como los blogs, las *wikies* o las redes sociales.

<sup>420</sup> A su tenor, «al aplicar la excepción o limitación en el caso de fines educativos o de investigación científica no comerciales *incluida la educación a distancia* (...)» (la cursiva es nuestra).

<sup>421</sup> Así, la propuesta inicial de la excepción elaborada por el Grupo de Trabajo del *Main Committee I* hacía referencia únicamente a las «publicaciones (emisiones y grabaciones)». *Report del Main Committee I...*, *op. cit.*, p. 708. No obstante, algunas Delegaciones, como la de Bulgaria, propusieron añadir «emisiones de radio y televisión y fonogramas», al considerar que «estos medios técnicos son cada vez más utilizados en la educación secundaria y universitaria, porque (...) son apreciados por los jóvenes y hacen que la enseñanza sea más eficiente». *Ibid.*, p. 861.

tercer lugar, el art. 10.2) CB no especifica la modalidad de enseñanza a la que deba aplicarse la excepción, de modo que no debe excluirse ninguna. Y en cuarto y último lugar, la Declaración Concertada número 9 del TODA, referida al art. 10 sobre limitaciones y excepciones, señala que las Partes Contratantes podrán aplicar las limitaciones que ya hubieran sido previstas en su legislación nacional de acuerdo con el CB al entorno digital, es decir, de conformidad con lo permitido por este<sup>422</sup>. Siendo ello así, la excepción de la ilustración prevista en dicho texto normativo también comprende la educación a distancia, incluido el denominado *e-learning*.

En definitiva, el hecho de que la «enseñanza» se lleve a cabo en dichas instituciones no implica que la misma deba ser necesariamente presencial, sino más bien que el curso o programa educativo de que se trate esté gestionado por y desde dichos centros educativos. Siendo ello así, la excepción objeto de estudio también será aplicable a la enseñanza a distancia, incluido el *e-learning*<sup>423</sup>.

Tampoco las limitaciones con finalidad educativa previstas en la CDPA y en la UrhG se refieren de forma específica a la enseñanza a distancia, ni a la que tiene lugar a través del entorno virtual. No obstante, las últimas reformas que han tenido lugar en Reino Unido y Alemania han buscado precisamente la expansión de la limitación para que puedan ser empleadas las TIC en la educación. Ello se ha visto reflejado en ciertos elementos de tales limitaciones, como la inclusión del derecho de puesta a disposición del público en la limitación, en el caso del §60a UrhG<sup>424</sup>, o la posibilidad de que la grabación de una emisión o la reproducción del fragmento de una obra sea comunicada fuera del establecimiento educativo por medio de redes electrónicas seguras a las que únicamente puedan acceder el personal y los alumnos del centro, como los campus virtuales, de acuerdo con los arts. 35(3) y 36(3) CDPA, respectivamente. Esta reducción de los destinatarios de la obra puesta a disposición del público también se prevé en el art. L122-5 3º e) CPI<sup>425</sup>, que contempla

---

<sup>422</sup> De acuerdo con la misma, «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».

<sup>423</sup> Así, XALABARDER PLANTADA, R., «Los límites a los derechos...», *cit.*, p. 29, en cuanto al CB y p. 37, en cuanto a la DDASI; VON LEWINSKI, S., «Article 5...», *cit.*, p. 1043; LÓPEZ MAZA, S., «Artículo 10...», *cit.*, p. 882 y RICKETSON, S.; GINSBURG, J. C., *op. cit.*, p. 793.

<sup>424</sup> Asimismo, la explicación del precepto contenida en el Proyecto de Ley hace referencia expresa a su aplicación al ámbito del *e-learning* y la enseñanza a distancia. *Op. cit.*, p. 37.

<sup>425</sup> De acuerdo con el precepto en cuestión, «cette représentation ou cette reproduction est destinée, notamment au moyen d'un espace numérique de travail, à un public composé majoritairement d'élèves, d'étudiants, d'enseignants ou de chercheurs, nécessitant cette représentation ou cette reproduction, qu'elle ne fait l'objet d'aucune publication ou diffusion à un tiers au public ainsi constitué». No obstante, la redacción de este

específicamente la posibilidad de que la enseñanza tenga lugar «au moyen d'un espace numérique de travail»<sup>426</sup>, como son, en especial, las intranets<sup>427</sup>.

Asimismo, la propia Propuesta de Directiva MUD se refiere a la utilización de obras y otras prestaciones en actividades pedagógicas digitales. Ello no puede llevar a la conclusión de que la limitación del art. 5.3 a) DDASI venga restringida, por tanto, a la educación presencial, pues la limitación o excepción propuesta añade como elemento diferenciador y distintivo de la misma el carácter transfronterizo de la enseñanza. De acuerdo con el art. 4.1 a) de dicha Propuesta, el uso de la obra ajena tendrá que llevarse a cabo necesariamente «en los locales de un centro de enseñanza o a través de una red electrónica segura a la que solo puedan acceder los alumnos o estudiantes y el personal docente del centro», lo que se asegurará «mediante procedimientos de autenticación»<sup>428</sup>. Esta red electrónica segura podría ser la intranet de la universidad o la plataforma Moodle. No obstante, no parece que tal limitación pueda ser aplicable al uso de obras ajenas en un MOOC que, por definición, es «open» o «abierto»<sup>429</sup>.

En relación con ello, cabe destacar que las partes intervinientes en el caso Córdoba coincidieron en que la publicación del trabajo en el que se incluía la fotografía del señor Renckhoff no habría sido constitutiva de un acto de comunicación al público en el sentido del art. 3.1 DDASI si el trabajo de la alumna se hubiese subido a una página web de la escuela cuyo acceso estuviera restringido al entorno escolar, es decir, si se hubiera publicado en una

---

requisito ha sido criticada por parte de la doctrina, pues ¿qué cantidad de personas es un público mayoritario? Así, y con ironía, advierte GEIGER, C., «The New French Law on Copyright and Neighbouring Rights of 1 August 2006 - An Adaptation to the Needs of the Information Society?», *IIC*, nº 38, 2007, p. 414, «beware of the student who has forgotten his/her identity card, since the event could be interrupted by the interlocutory judge in order to seize the working documents!».

<sup>426</sup> Ello fue incorporado por el art. 77. 4º *LOI n° 2013-595 du 8 juillet 2013 d'orientation et de programmation pour la refondation de l'école de la République*. Así se despejaron las dudas acerca de la aplicación de la excepción de la ilustración en el ámbito de la educación a distancia y a través de internet. VIVANT, M.; BRUGUIÈRE, J.-M., *op. cit.*, p. 590. Con anterioridad a dicha reforma, LUCAS, A., LUCAS, H.-J. y LUCAS-SCHOLOETTER, A. dudaban de si la excepción sería aplicable o no a la educación a distancia. *Op. cit.*, pp. 401 y 403. En el mismo sentido, TAFFOREAU, P., *op. cit.*, p. 142 y LEBOS, A., *op. cit.*, p. 20.

<sup>427</sup> A las mismas se refieren específicamente los acuerdos que desarrollan la excepción pedagógica y las definen como «réseau informatique d'un établissement dont l'accès est protégé par des procédures d'identification (code d'accès et mot de passe) qui en limitent l'usage aux seuls utilisateurs autorisés et qui peut être accessible à partir de postes informatiques distants, via des réseaux de télécommunication externes».

<sup>428</sup> A esto último se refiere el Considerando 16 de la Directiva MUD.

<sup>429</sup> Ello ha sido criticado por HILTY, R. M., «Position Statement...», *cit.*, pp. 8 y 9, quien considera que hubiera sido más acorde tanto a los intereses del autor como al desarrollo de las nuevas formas de enseñanza virtual la siguiente redacción: que el uso esté destinado a «specifically limited circle of those taking part in the teaching», en sintonía con la redacción del derogado §52a UrhG sobre la puesta a disposición de obras en la enseñanza.

intranet<sup>430</sup>. Una interpretación en este sentido implicaría que la referencia a las redes cerradas y seguras en las limitaciones nacionales sobre la ilustración con fines educativos sería innecesaria, por cuanto dichos actos serían libres y gratuitos por no estar sometidos a la exclusiva del autor. Esta sería una interpretación que trasladaría al ámbito digital la exclusión del concepto de comunicación pública presente que la LDA, la CDPA y la UrhG ya contienen en el caso de la representación de obras en el ámbito educativo analógico<sup>431</sup>.

De este modo, aula física y aula virtual serían tratadas de forma equivalente, entendiendo por tales el espacio analógico y digital, respectivamente, al que solo tienen acceso los sujetos intervinientes en el proceso educativo. En esos casos, por tanto, el uso de la obra ajena sería privado y no un acto de comunicación al público necesitado de excepción, interpretación que consideramos acertada y acorde con el concepto de «comunicación al público». Ahora bien, para asegurar que el acto quede restringido al ámbito privado y, por tanto, no sea considerado un acto de explotación de la obra ajena será necesario que se garantice que las obras que se alojen en la intranet no puedan ser accedidas por sujetos no intervinientes en la enseñanza, lo que podrá conseguirse mediante el establecimiento de medidas tecnológicas de protección. De este modo, se podrá impedir la realización de más de un número limitado de descargas y copias físicas por alumno. Asimismo, se podría establecer una medida por la que se estableciera una autenticación específica para acceder al propio documento. Así, aunque el alumno pusiera a disposición del público en una página de acceso abierto un artículo de una revista científica que hubiera descargado de la intranet, el resto de los usuarios que accedieran a dicha página no podrían visualizarlo por no contar con las claves de acceso al documento.

Por su parte, el AG da un paso más al respecto al considerar que esta interpretación de las partes es reduccionista, pues «dadas las características de una página web escolar, no creo que haya gran diferencia entre mostrar la foto en la *intranet*, en la *extranet* o en el portal de internet del centro: el público que navegará por dicha página será, con toda probabilidad, idéntico en los tres casos, esto es, los alumnos y sus familiares o amigos, además del profesorado» (las cursivas son propias del AG)<sup>432</sup>. Por lo tanto, en opinión del AG no existe comunicación al público en su modalidad de puesta a disposición cuando el uso de la obra ajena se hace en una

---

<sup>430</sup> Párrafo 117 de las Conclusiones del AG, en relación con la vista que sobre este caso tuvo lugar el 7 de febrero de 2018.

<sup>431</sup> Como se señaló en el subepígrafe anterior, son libres por no considerarse actos de comunicación pública, sino privada, la visualización de vídeos y la escucha de canciones cuando tienen lugar en el aula en presencia únicamente de docentes y dicentes. *Vid. supra* subepígrafe 3.2.3.2.

<sup>432</sup> Nota 81 de las Conclusiones del AG.

página web de un centro educativo, independientemente de que el acceso a la misma sea restringido o no. Dicha exégesis permitiría entender que el uso de obras ajenas en blogs educativos, redes sociales del centro de enseñanza o en un MOOC no constituyen actos de puesta a disposición. Una interpretación en este sentido llevada a sus últimas consecuencias daría lugar a considerar que no hay comunicación al público cuando el uso de la obra ajena se hace en una página web que tiene un destinatario reducido, concreto y específico, razón por la cual dicha página no es objeto de visitas masivas por parte de la generalidad del público internauta, sino únicamente por los sujetos concernidos por la misma. Así, no sería acto de comunicación al público el uso de una fotografía ajena del planeta Marte en un blog de astronomía, por cuanto el mismo estaría destinado a un público muy reducido. No obstante, y en este caso, cabe destacar que todas las páginas webs de carácter abierto están destinadas a un público «primario o principal», pero ello no impide que puedan ser accedidas por el público en general. En consecuencia, una interpretación en el sentido del AG podría ir en contra del principio general del «nivel elevado de protección de la propiedad intelectual», pues prácticamente cualquier uso de una obra ajena en internet podría ser libre por ser incorporado en una página web con un destinatario específico. Así, consideramos que el uso de obras puestas a disposición del público en la enseñanza virtual que tiene lugar en páginas y plataformas de acceso abierto sí constituye un acto de puesta a disposición, que ha de ser exceptuado en el ámbito educativo para que se permita el desarrollo de la aplicación de las TIC en el ámbito educativo, a través de blogs, MOOC, etc<sup>433</sup>.

Por último, merece especial mención el art. 70.1-bis LDA, pues prevé una limitación concreta en el ámbito de la enseñanza online que no encuentra equivalente en la legislación comparada y que ha generado muchas críticas por parte de la doctrina italiana. A su tenor, se autoriza la publicación a través de internet de imágenes y música a baja resolución o degradada para uso didáctico o científico, siempre que ello sea a título gratuito y que el uso no persiga una finalidad de lucro.

Dicho precepto no determina ni los sujetos amparados por la limitación, esto es, los que pueden llevar a cabo dicha publicación, ni los sujetos a los que debe estar destinada la comunicación de las imágenes y la música, si bien entendemos que la finalidad didáctica o científica deberían restringir ambos colectivos a los sujetos que formen parte del proceso

---

<sup>433</sup> Del mismo modo lo entiende HILTY, R. M., «Position Statement...», *cit.*, pp. 8 y 9.



educativo o de investigación<sup>434</sup>. De lo contrario, la puesta a disposición de imágenes y música en favor del público en general podría suponer una infracción a la exigencia de que las excepciones se apliquen a «determinados casos especiales», de acuerdo con la primera etapa del test previsto en el art. 5.5 DDASI<sup>435</sup>. No obstante, lo que deba entenderse por «uso didáctico o científico» se deja a posterior delimitación por medio de Decreto del Ministerio de Cultura, previa consulta a las Comisiones parlamentarias competentes, Decreto que no ha sido todavía aprobado y que, según la doctrina, difícilmente lo será<sup>436</sup>. En consecuencia, todavía están en el aire los elementos subjetivos y objetivos que definen esta norma, haciéndola, en consecuencia, difícilmente aplicable<sup>437</sup>.

En cuanto a los derechos de explotación afectados por esta excepción, de la expresión «pubblicazione attraverso la rete internet» cabría deducir que el derecho específicamente limitado es el de comunicación al público en su modalidad de puesta a disposición<sup>438</sup>. Si bien, debe tenerse en cuenta que el proceso técnico de puesta a disposición normalmente conlleva

---

<sup>434</sup> No parecen restringir los destinatarios de la comunicación SAPPÀ, C., «Art. 70», en *Commentario breve alle Leggi su Proprietà Intellettuale e Concorrenza*, L. C. Ubertazzi (coord.), Vicenza, 6ª ed., 2016, p. 1731 y SARTI, D., «La «privatizzazione» dell'attività della SIAE. Diritto d'autore, reti telematiche e libere utilizzazioni per scopi didattici», *NLCC*, n° 2, 2009, p. 373. En cambio, VEZZOSO, S. señala que sería necesario establecer medidas tecnológicas que limitaran el acceso y disfrute de las obras así comunicadas a los estudiantes a los que se dirige dicha puesta a disposición, así como que impidieran su posterior distribución no autorizada. De lo contrario, entiende que también podría infringirse la tercera etapa del test. *Op. cit.*, p. 216.

<sup>435</sup> Del mismo parecer, MAZZIOTTI, G., «Diritto d'autore,...», *cit.*, p. 227 y FABIANI, M.; MARZANO, P., «Chronique d'Italie», *RIDA*, n° 247, enero, 2016, p. 93.

<sup>436</sup> Así, MAZZIOTTI, G., «Diritto d'autore,...», *cit.*, pp. 224 y 225. No obstante, un grupo de académicos dedicados a distintas áreas del conocimiento, desde el Derecho a la informática, firmó en 2006 una *Iniziativa per il comma 1 bis, articolo 70, Legge 644/1941 sul diritto d'autore. Proposta di Decreto ministeriale*, con el objeto de *Dare un senso al degrado* (en adelante, «La Iniziativa 70.1-bis LDA»). Disponible en: [https://www.diritto.it/pdf\\_archive/25583.pdf](https://www.diritto.it/pdf_archive/25583.pdf) y [https://lucaspinelli.com/decreto\\_iniziativa\\_comma\\_1bis.pdf](https://lucaspinelli.com/decreto_iniziativa_comma_1bis.pdf). Según dicho documento el uso didáctico es «qualsiasi forma di utilizzo dell'opera a scopo illustrativo, di critica o discussione, finalizzata ad istruire o formare il pubblico attraverso le reti telematiche». Por su parte, el uso científico es conceptualizado como «qualsiasi forma di utilizzo dell'opera a scopo illustrativo, di critica o discussione, finalizzata a comunicare al pubblico attraverso le reti telematiche tesi di carattere scientifico o risultati di studi, analisi, ricerche e teorie aventi analogo carattere. Hanno carattere scientifico, ai fini del presente Decreto, studi, ricerche, saggi, compendi, teorie o tesi relative a qualsiasi area del sapere purché condotti o prodotti attraverso modelli cognitivi caratterizzati da rigore metodologico, precisione e sistematicità». Asimismo, La Iniziativa señala que «rientrano nella definizione di uso didattico o scientifico le attività funzionali o collaterali alla scienza, all'istruzione e alla formazione, quali, a titolo di esempio, la pubblicazione o redazione di enciclopedie, bibliografie, antologie, cataloghi, raccolte e compendi anche quando non svolte o coordinate direttamente da soggetti operanti nella funzione didattica, formativa o di ricerca».

<sup>437</sup> En cuanto a tales usos, destaca VEZZOSO, S. que la no mención al carácter ilustrativo de los mismos podría llevar a concluir que se trata de una errónea transposición del art. 5.3 a) DDASI. *Op. cit.*, pp. 196 y 197. En cambio, MARGONI, T. entiende que ello no supone un obstáculo para que la excepción sea acorde con la normativa comunitaria. «Ecezioni e limitazioni al diritto d'autore in Internet», *Giur. It.*, n° 8-9, 2011, p. 1966.

<sup>438</sup> De acuerdo con el art. 16 LDA, la puesta a disposición consiste en la comunicación al público «in maniera che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente», como, por ejemplo, a través de internet, que es el medio específicamente previsto en el art. 70.1-bis LDA. En cuanto a la relación entre la red de internet y el derecho de puesta a disposición, *vid.* SARTI, D., *op. cit.*, p. 370.

la realización de actos de reproducción tanto temporales como permanentes<sup>439</sup>. Ante tales hechos y dada la imprecisión del legislador a este respecto, podría considerarse que el derecho de reproducción también puede quedar limitado por esta excepción, si bien únicamente en relación con aquellos actos que sean necesarios para poder llevar a cabo la comunicación prevista en el art. 70.1-bis LDA<sup>440</sup>. Por ello, la reproducción que pudiera llevar a cabo el público receptor de la comunicación, es decir, el docente, el estudiante o el investigador a quien vaya dirigida la misma, no podrá alegar esta excepción cuando descargue y, por lo tanto, reproduzca la imagen o la música en su ordenador, por ejemplo<sup>441</sup>. Por su parte, el derecho de transformación no se ve limitado por la excepción en cuestión, pues la mera degradación o la reducción de la resolución de la obra no dan lugar a una nueva obra creativa<sup>442</sup>. En cualquier caso, los actos de explotación permitidos por la norma son aquellos que se llevan a cabo a través de internet, lo que, según la doctrina, incluye las redes accesibles a cualquier usuario de los servicios universales de telecomunicaciones. En cambio, no quedan amparados los usos que tengan lugar en redes cerradas, esto es, redes autónomas e independientes respecto a la general de telecomunicaciones que funcionan sobre la base de protocolos de acceso solo accesibles por un grupo determinado de usuarios, como podrían ser las redes de comunicación interna de una empresa que no funcionen a través de la red general de internet<sup>443</sup>.

Las obras a las que es aplicable el art. 70.1-bis LDA son las imágenes y la música de acuerdo con la terminología empleada en dicho precepto, no coincidente con la lista ejemplificativa de obras prevista en el art. 2 LDA<sup>444</sup>. En cuanto a las imágenes, las mismas podrían contener la plasmación de obras de arte plástico, como pinturas o esculturas<sup>445</sup>. Por

---

<sup>439</sup> Si la imagen que va a ser comunicada se encuentra en papel, por ejemplo, será necesario escanearla y, por tanto, reproducirla para poder obtener su formato digital. Del mismo modo, puede que la obra musical que se quiera explotar al amparo de esta excepción se encuentre disponible en una página web y se requiera su descarga para poder cargarla en el servidor correspondiente.

<sup>440</sup> En el mismo sentido, SARTI, D., *op. cit.*, pp. 374 y 375. Por su parte, SAPPÀ, C. entiende que el derecho de reproducción queda limitado por esta excepción sin necesidad de que la copia sea necesaria para poder poner la obra a disposición del público. *Op. cit.*, 2016, p. 1731.

<sup>441</sup> SAPPÀ, C., *op. cit.*, 2016, p. 1731; SARTI, D., *op. cit.*, pp. 373 y 374 y VEZZOSO, S., *op. cit.*, pp. 200 y 201. No obstante, ello no impide que estos actos puedan verse amparados por otras excepciones, como pudiera ser la copia privada prevista en el art. 68 LDA.

<sup>442</sup> En cuanto a ello, debe tenerse en cuenta que el art. 18 LDA regulador del derecho de transformación se remite al art. 4 de la misma ley, según el cual quedan protegidas las elaboraciones de carácter creativo de una obra, como las traducciones, modificaciones, transformaciones, etc.

<sup>443</sup> De este modo lo entienden SAPPÀ, C., *op. cit.*, 2016, p. 1731 y SARTI, D., *op. cit.*, p. 370.

<sup>444</sup> Habría sido en consecuencia más acertada la referencia a las obras de arte figurativas y los diseños en lugar de a las imágenes, y a las obras y composiciones musicales, en lugar de a la música. No obstante, de acuerdo con la Iniziativa art. 70.1-bis LDA para dar sentido al precepto, también deberían quedar acogidas por la excepción las obras cinematográficas, por entender que las mismas son imágenes en movimiento. No obstante, y dada la posibilidad de explotar la obra completa conforme a este precepto en la red, debería rechazarse esta postura, por cuanto podría afectar gravemente a la industria audiovisual.

<sup>445</sup> En el mismo sentido, SAPPÀ, C., *op. cit.*, 2016, p. 1731.

su parte, no se especifica si la música viene referida a su ejecución y, por tanto, a la comunicación para su escucha o si la misma puede ser puesta a disposición de forma escrita, es decir, si puede comunicarse la partitura. Pese a que la norma no ofrece aclaración alguna al respecto, no parece que tenga sentido la degradación de una partitura, pues ello podría hacerla ilegible, siendo por tanto el uso de la misma inútil<sup>446</sup>, y menos aún, que pueda ser comunicada al público una obra musical escrita y en cambio, ello no sea así en relación con las obras literarias<sup>447</sup>.

Ya sea una imagen o música, el precepto en cuestión no limita la cantidad de obra a utilizar, lo que implica la posibilidad de hacer un uso completo de la misma<sup>448</sup>. No obstante, en este caso la explotación completa de la imagen o la obra musical está sujeta a que la misma sea degradada o en baja resolución, con el objeto de impedir que este uso pueda afectar al disfrute normal de la obra por parte de su autor<sup>449</sup>. En cuanto al grado de reducción de la calidad de la imagen o la música, habrá que esperar a que el Decreto determine tal extremo, si bien La Iniziativa art. 70.1-bis LDA ha determinado unos valores que, según la misma, habrán de ser actualizados anualmente<sup>450</sup>. Así, la degradación o baja resolución supone una alteración significativa de la obra original, que puede resultar de la inclusión de marcas de agua, por ejemplo, pero también de la distorsión o alteración de la calidad visual o del sonido de la misma. Ello, sin duda, genera importantes interrogantes en relación con el necesario respeto al derecho de integridad de la obra previsto en el art. 20 LDA<sup>451</sup>. Así, a mayor degradación de la obra, será menos probable que el autor vea afectada la explotación normal de su obra, pero revestirá mayor gravedad el atentado contra la integridad de la misma. En

---

<sup>446</sup> Así, SARTI, D., *op. cit.*, p. 377.

<sup>447</sup> Máxime si se tiene en cuenta que la partitura es objeto de un especial tratamiento tanto en la legislación comunitaria [art. 5.2 a) DDASI], como en algunas excepciones de la ilustración con fines educativos y de investigación nacionales, como los arts. 32.5 TRLPI o L122-5. 3º e) CPI.

De hecho, las obras literarias fueron probablemente excluidas de la posibilidad de su puesta a disposición del público por el importante efecto que ello tendría en el ámbito editorial, pudiendo dar lugar a un perjuicio injustificado de los intereses legítimos del titular de derechos. SARTI, D., *op. cit.*, pp. 376 y 377.

<sup>448</sup> Ello ha llevado a parte de la doctrina a considerar que esta excepción infringe la segunda fase del test en tres etapas, de modo que podría entrar en conflicto con la explotación normal de la obra. MAZZIOTTI, G., «Diritto d'autore, ...», *cit.*, p. 227.

<sup>449</sup> Así lo concluye SARTI, D., *op. cit.*, p. 377. De forma similar, SAPPÀ, C., entiende que este requisito asegura que el uso de la obra ajena no compita en el mercado con la misma. *Op. cit.*, p. 1731. Por su parte, MARGONI, T. entiende que la degradación o la reducción de la resolución de la música o la imagen suponen una utilización parcial de la obra al faltar parte del espectro electromagnético de la misma. *Op. cit.*, p. 1965.

<sup>450</sup> De acuerdo con La Iniziativa, la baja resolución o degradación en relación con obras de arte figurativa es la reproducción que no exceda 72 puntos por pulgada; en el caso de las obras cinematográficas, la que no supere los 384 kbit/s y en cuanto a la música, aquella reproducción no alcance 96 kbit/s.

<sup>451</sup> Según tal precepto, el autor tiene derecho a «opporsi a qualsiasi deformazione, mutilazione od altra modificazione, ed a ogni atto a danno dell'opera stessa, che possano essere di pregiudizio al suo onore o alla sua reputazione». En este sentido, MAZZIOTTI, G., «Diritto d'autore, ...», *cit.*, pp. 226 y 227.

cambio, a menos distorsión de la misma, se respetará en mayor medida dicho derecho moral del autor, pero este podría ver disminuida su facultad de autorizar la explotación de la obra. Asimismo, la imposibilidad de ver o escuchar adecuadamente las imágenes o la música con las que se pretende enseñar puede impedir que se consiga adecuadamente la finalidad para la que se pusieron a disposición del público<sup>452</sup>.

En definitiva, son muchas las críticas vertidas tanto sobre la técnica legislativa como sobre el contenido de la excepción prevista en el art. 70.1-bis LDA, lo que, como se ha señalado, ha llevado a que todavía no se haya llegado a un acuerdo para la aprobación del Decreto que debe delimitar su contenido. En consecuencia, hoy esta excepción todavía resulta inaplicable<sup>453</sup>.

#### 3.2.3.4 El derecho de transformación: los resúmenes y las traducciones

Es frecuente en la práctica educativa que se pida como tarea al alumnado la realización de un resumen de una obra o que en clase de lengua extranjera se traduzca algún pasaje de una obra o de la letra de una canción. En cuanto a esta última cuestión, la traducción es específicamente la competencia que han de adquirir los estudiantes de las titulaciones destinadas a ello. Así, ¿sería adecuado exigirles a estudiantes y profesores del Grado en traducción que soliciten autorización a todos los autores de todas las obras que puedan ser utilizadas en su enseñanza? ¿Cómo conseguir la finalidad que justifica la limitación de la ilustración en dicha titulación si no es por medio de la autorización para traducir obras ajenas?

Aunque se haya concluido que la limitación de la ilustración con fines educativos también restringe las distintas facetas del derecho de transformación reconocidas en el CB, ninguna de las legislaciones nacionales estudiadas en la presente investigación hace referencia expresa a

---

<sup>452</sup> Como señalan FABIANI, M. y MARZANO, P., una degradación tal de la obra que impidiera su percepción, no es el mejor modo para promover las actividades educativas y de investigación. Al contrario, para conseguir tal fin se requeriría una utilización de la obra en la mayor calidad posible con el objeto de que pudieran ser debidamente apreciadas. *Op. cit.*, p. 95. En el mismo sentido, una de las profesoras de escuela encuestadas en el estudio para conocer el impacto de la normativa de derechos de autor en el desarrollo de la educación basada en contenidos digitales, señaló que la exigencia de que determinados materiales deban ser utilizados en baja calidad no responde a las necesidades de la educación interactiva. AA.VV., *Assessment of the impact...*, *op. cit.*, pp. 175 y 176. En cambio, SARTI, D. considera irrelevante que la obra en cuestión no pueda ser percibida adecuadamente por el destinatario de la puesta a disposición, por entender que la finalidad de la enseñanza viene referida a la elección y adecuada organización de las obras hecha por parte del sujeto que pone las mismas a disposición del público para conseguir tal fin. Al contrario, entiende que el uso degradado de la obra puede llevar al receptor a plantearse su adquisición y así, fomentar el comercio de la misma en favor del autor. *Op. cit.*, p. 378.

<sup>453</sup> Según SARTI, D., los actos de explotación señalados en el precepto que se lleven a cabo con anterioridad a la emanación de dicho Decreto serán ilícitos. *Ibid.*, p. 380. Por ello, MAZZIOTTI, G. considera que la excepción es «lettera morta» y que, a falta de Decreto que la desarrolle, si no se modifica, está destinada a su inaplicación. «Diritto d'autore...», *cit.*, pp. 228 y 252, respectivamente.

la posibilidad de que la obra explotada en la ilustración pueda ser traducida o resumida. Son distintas las razones que han dado lugar a esta circunstancia.

En el caso de la legislación francesa, porque el CPI no reconoce un derecho de transformación como tal, sino que parece considerarlo comprendido en el derecho de reproducción. Así deriva del art. L.122-4 CPI, según el cual es ilícita «la traduction, l'adaptation ou la transformation, l'arrangement ou la reproduction par un art ou un procédé quelconque» (la cursiva es nuestra). Así, y dado que el derecho de reproducción sí que aparece previsto en la excepción pedagógica, debe entenderse que la misma permite la realización de resúmenes y traducciones de obras ajenas en la enseñanza.

En el caso de la CDPA, la UrhG y la LDA la no inclusión del derecho de adaptación en la limitación de la ilustración probablemente tenga su origen en que los legisladores nacionales han partido de la redacción del art. 5.3 a) DDASI que, efectivamente, no contiene el derecho de transformación<sup>454</sup>.

En cuanto a la CDPA, cabe destacar que el modificado art. 32 no menciona acto de explotación alguno, sino que autoriza el «fair dealing» de una obra para ilustrar la instrucción<sup>455</sup>. La redacción anterior del precepto restringía el ámbito de aplicación de la limitación a la reproducción, debiendo entenderse que la inclusión del criterio del *fair dealing* permite abarcar todos los derechos reconocidos al autor por la CDPA, incluido el de transformación<sup>456</sup>. En relación con el resto de limitaciones previstas en la CDPA en favor de

---

<sup>454</sup> Vid. *supra*. Tampoco la Propuesta de Directiva MUD menciona el derecho de transformación en su art. 4, si bien ello resulta lógico por cuando dicha Directiva no reconoce nuevos derechos a los autores de obras, sino que establece la limitación de la ilustración en remisión a los derechos reconocidos en otras Directivas.

<sup>455</sup> El *fair dealing* es un concepto jurídico empleado en el ámbito anglosajón y desarrollado por la jurisprudencia para determinar qué usos de obras ajenas protegidas por el copyright sin autorización del autor son legales y cuáles no, si bien no existe una definición legal del mismo. Para su valoración, los tribunales analizan cómo habría utilizado la obra una persona imparcial y honesta caso por caso, constituyendo ello una cuestión de hecho graduable. Son fundamentalmente tres los factores que tradicionalmente se han tenido en cuenta a la hora de aplicar el *fair dealing*: si el uso de la obra afecta al mercado de la misma, de modo que aquel que sustituyera la adquisición de la obra impediría que el mismo fuera considerado como «fair»; si la obra ha sido o no publicada, siendo menos probable que la conducta pueda ser declarada justa en el segundo caso; y la cantidad e importancia de la obra empleada por el tercero, lo que no excluye que en ciertos casos pueda estar justificada la explotación completa de la obra como cuando aquellas son de escasa extensión. Sobre ello, *vid.*, en particular, *C. Appeal Hyde Park Residence Ltd. v. Yelland*, [2000] R. P. C., 10 february 2000; *C. Appeal Hubbard and another v. Vosper and another*, [1972] 2 Q.B. 84, de 17-19 november 1971 y *C. Appeal Ashdown v. Telegraph Group Ltd.*, [2001] EWCA Civ 1142; [2002] R.P.C. 5,

<sup>456</sup> En el mismo sentido, BENTLY, L.; SHERMAN, B., *op. cit.*, p. 253. Aunque en relación con el art. 30 CDPA, XALABARDER PLANTADA, R. también considera que la expresión «fair dealing» es genérica y, por tanto, debe poder cubrir todo acto de explotación. «Los límites a los derechos...», *cit.*, p. 50, nota 143. También parece deducirse esta conclusión de los términos empleados por la Oficina de Propiedad Intelectual en la Memoria Explicativa de la reforma, pues mientras se refiere a la anterior versión del art. 32 CDPA como habilitante para realizar copias manuales, señala que la modificación del citado precepto permite llevar a cabo actos equivalentes

la enseñanza, el art. 76 CDPA establece que «an act which by virtue of this Chapter may be done without infringing copyright in a literary, dramatic or musical work does not, where that work is an adaptation, infringe any copyright in the work from which the adaptation was made»<sup>457</sup>. Así, el ámbito de aplicación de todas las limitaciones educativas previstas en la legislación inglesa de *copyright* debe abarcar la posible traducción y adaptación de la obra ajena.

Por su parte, la UrhG trata esta cuestión en un precepto de aplicación general a todos los actos permitidos por la norma. En concreto, el §62(1) UrhG establece que los usos autorizados por dicha ley no pueden dar lugar a alteraciones de la obra, salvo que las traducciones o alteraciones en cuestión sean necesarias para conseguir la finalidad perseguida, según el apartado (2) del mismo precepto. Con ello, se pretende que ninguno de los usos que puedan llevarse a cabo al amparo de las limitaciones de la UrhG pueda atentar contra el derecho moral a la integridad de la obra<sup>458</sup>. No obstante, si la alteración lo es de una obra literaria y se lleva a cabo con la finalidad de enseñanza a la que se refieren los §60a y §60b UrhG, se requerirá el consentimiento del autor, su heredero o legatario, *ex.* §62 (3) UrhG. De acuerdo con el mismo, se considerará que se ha otorgado dicho consentimiento si el autor, el heredero o el legatario no se oponen en el plazo de un mes a la alteración de la obra literaria de la que se les debe notificar. Ahora bien, dicho consentimiento no será necesario cuando las modificaciones en cuestión se indiquen clara y visiblemente, esto es, que los sujetos destinatarios de los actos de explotación de las limitaciones en cuestión sepan que la obra original no era como se les presentó al amparo de dichas limitaciones. Para ello, podría bastar con que se indicara que se trata de una adaptación, una traducción, etc<sup>459</sup>.

Finalmente, en el caso de la LDA, el art. 70.1 autoriza la realización de un «*riassunto*» o «resumen». Así, y aunque no se refiera de forma específica al derecho de transformación, el resumen a que hace referencia el art. 70.1 LDA requiere inevitablemente una reelaboración de la obra de acuerdo con el art. 18<sup>460</sup>. En cuanto a la posible traducción de una obra con

---

utilizando las nuevas tecnologías, lo que podría incluir actos de puesta a disposición del público, por ejemplo. En cambio, SENG, D. parece restringir el *fair dealing* a la copia de obras ajenas para la enseñanza, pues al tratar el art. 32 CDPA y el equivalente en cuanto a los derechos de artistas, intérpretes y ejecutantes del art. 4 del Anexo 2 se refiere a «*educational reproduction*» (la cursiva es nuestra). *Updated study...*, *cit.*, p. 1040.

<sup>457</sup> Entre las distintas modalidades de adaptación contenidas en el art. 21 CDPA, se prevé específicamente la traducción en su apartado (3) (a) (i).

<sup>458</sup> Así, ENGELS, S., «§62 UrhG», en *Urheberrecht Kommentar*, H. Ahlberg y H.-P Götting (coords.), Munich, 2014, p. 720.

<sup>459</sup> En el mismo sentido, ENGELS, S., *ibid.*, pp. 724 y 725.

<sup>460</sup> Aunque con dudas, parecen llegar a la misma conclusión VEZZOSO, S., *op. cit.*, p. 200; SAPPÀ, C., *op. cit.*, 2016, p. 1729 y MAZZIOTTI, G., «Diritto d'autore...», *cit.*, p. 223.

finalidad educativa, la *Corte di Appello* de Milán, en sentencia de 25 de febrero de 2002, consideró que también queda amparada por el art. 70.1 LDA la traducción de fragmentos de obras ajenas, pues ello puede resultar necesario para comprender el análisis que se realice de los mismos<sup>461</sup>.

Así, en el ámbito nacional se ha venido a entender que la limitación de la ilustración contenida en los arts. 10.2) CB y 3.5 a) DDASI abarca el derecho de transformación.

### 3.2.4 Limitación de la extensión de obra que puede ser utilizada

Con el objeto de no atentar contra la explotación normal de la obra, tanto el CB como la DDASI limitan la extensión de obra susceptible de utilización al amparo del límite de la ilustración a través de dos elementos: la denominada «medida» y la razón que la justifica, que es la «finalidad» por la que se lleva a cabo el acto de explotación previsto en la excepción<sup>462</sup>. No obstante, la redacción de dichos textos legales vuelve a diferir, pues mientras el art. 10.2) CB restringe la utilización de obras en la enseñanza a la «medida justificada por el fin perseguido» y, además, a la conformidad de la utilización con los «usos honrados», el art. 5.3 a) DDASI la limita a la «medida en que esté justificado por la finalidad no comercial perseguida». A pesar de ello, podremos concluir que ambos mantienen el mismo criterio a este respecto.

En primer lugar, cabría cuestionarse si al referirse ambos artículos al uso o utilización de obras «en la medida» que se considere justificada en cada caso se pretende establecer un límite a la cantidad de obras que pueden ser empleadas en el marco de la enseñanza o a la cuantía, extensión o intensidad con que una misma obra puede ser objeto de explotación en el ámbito educativo. En cuanto a la primera interpretación, que parte de la consideración de que la limitación derivada de «la medida» prevista en el límite de la ilustración alude a la cantidad de obras, cabría plantearse si la misma se refiere a un curso académico concreto, de modo que solo pueda ser utilizado un número máximo de creaciones intelectuales por un mismo sujeto beneficiario a lo largo del mismo; o si dicha cantidad de obras está ligada a cada una de las asignaturas individualmente consideradas, de modo que el sujeto amparado por la excepción pudiera hacer uso de un determinado volumen de obras en relación con cada una de las materias de cada curso académico; o incluso si ese límite cuantitativo es compartido por

---

<sup>461</sup> *App. Milano*, 25 gennaio 2002, *AIDA*, t. XI, 2002, p. 801. En el caso en cuestión, se había confeccionado una obra para el análisis y crítica de la letra de ciertas canciones, para lo cual se habían reproducido fragmentos de las mismas en lengua original y se habían traducido al italiano.

<sup>462</sup> En el mismo sentido, DUSOLIER, S., «The Limitations and Exceptions...», *cit.*, p. 357.

quienes difunden y/o reciben la enseñanza o, por el contrario, cada uno de los sujetos implicados en el proceso educativo dispone de su propia cuota de obras a las que acudir en la enseñanza. Una interpretación de este tipo podría estar justificada, por ejemplo, en el caso de la utilización de una cantidad excesiva de obras fotográficas o de ilustración en un libro de texto, lo que debe determinarse de acuerdo con las circunstancias del caso concreto<sup>463</sup>. No obstante, y salvo en ese supuesto concreto, no parece que esta exégesis sea adecuada en todo caso, especialmente si se tiene en cuenta que una educación de calidad requiere la posibilidad de acceder al mayor número de obras y fuentes de información posibles, siendo necesario, por tanto, que quienes ilustren tengan la formación más amplia posible<sup>464</sup>. Por lo tanto, una consideración de este tipo sería viable únicamente para evitar el hipotético caso de la realización de una lección compuesta exclusivamente por la utilización de obras ajenas, como podría ser el supuesto de una explicación consistente en la lectura de fragmentos de obras de terceros sin aportación alguna del profesor. Pero hemos de reconocer que se trata de un ejemplo más teórico que práctico, pues normalmente el docente prepara la clase magistral incorporando sus opiniones, integrando información y conocimientos de diversas fuentes y llegando a elaborar incluso una obra intelectual propiamente dicha consistente en la lección en cuestión.

En definitiva, la «medida» a la que se hace referencia en la excepción no parece estar destinada tanto a restringir la cantidad de obras a utilizar en la enseñanza, como a limitar la cantidad de cada obra individualmente considerada que puede ser explotada en el ámbito educativo.

Siendo ello así, resulta esencial delimitar cuál es esa cuota de cada obra cuyo empleo legitima la excepción de la ilustración de la enseñanza. A este respecto y con carácter previo, debe tenerse en cuenta que ni el CB ni la DDASI ofrecen mayores indicaciones respecto de la cuantía precisa que pueda corresponderse con la «medida justificada» en cada caso. De hecho, en las Actas de las distintas Conferencias que dieron lugar al CB se pone de relieve que algunas Delegaciones instaron a la determinación de cantidades exactas de obra que pudieran

---

<sup>463</sup> En el mismo sentido, LÓPEZ MAZA, S. señala como ejemplo que «el uso de varias imágenes para ilustrar un libro de texto destinado a la enseñanza a niños pequeños a fin de que comprendan mejor un tema, estaría más justificado que ese mismo uso respecto de un manual universitario, donde no resulta tan necesaria dicha utilización dado el grado de madurez que se presume de los estudiantes». «Artículo 10»..., *cit.*, p. 883. En el mismo sentido, VON LEWINSKI, S., «Article 5...», *cit.*, p. 1045.

<sup>464</sup> En este sentido, la calidad en los sistemas de educación y formación se considera «crucial para el éxito de Europa y para mejorar la empleabilidad», según el Objetivo Estratégico número 2 de las Conclusiones del Consejo de 12 de mayo de 2009 «ET 2020».



ser utilizadas en virtud del límite, pero nunca llegó a prosperar tal propuesta y siempre se mantuvo un criterio abierto en este sentido<sup>465</sup>. Lo único que se desprende de las discusiones que tuvieron lugar durante las mismas es que la cantidad de obra no tiene que ser necesariamente reducida, pudiendo por tanto extenderse a lo que sea necesario para ilustrar<sup>466</sup>. De ahí que pueda identificarse la «ilustración» prevista tanto en el CB como en la DDASI con el elemento esencial a la hora de determinar la «medida justificada» de obra que puede explotarse de acuerdo con la excepción<sup>467</sup>.

### 3.2.4.1 La regla general de la limitación de obra a explotar: la «ilustración»

La inclusión de la «ilustración» en el CB tiene origen en la última revisión de la excepción con el objeto precisamente de salvar las críticas recibidas por parte de algunas Delegaciones

---

<sup>465</sup> Así, abogaban por el establecimiento de una cuantía exacta la Delegación de Holanda (p. 109) y la de Francia (p. 251) frente a la negativa de las Delegaciones de Japón, Suiza y Bélgica entre otras. *Actas*, 1928. Llama la atención en este sentido el hecho de que la Delegación de Italia manifestara en aquel momento que el establecimiento de límites fijos en la excepción de la ilustración prevista en su ley nacional había generado más problemas que soluciones y que en la actualidad mantenga este tipo de restricciones en el art. 22 del Reglamento de ejecución de la LDA. *Actas*, 1928, p. 251.

En el mismo sentido, LÓPEZ MAZA, S., «Artículo 10»..., *cit.*, p. 878; RICKETSON, S.; GINSBURG, J. C., *op. cit.*, pág. 791.

<sup>466</sup> La primera versión del límite discutida en la Conferencia de Berna de 1884 por propuesta de la Delegación de Alemania hacía referencia a la posibilidad de llevar a cabo una publicación para la enseñanza o con carácter científico que incluyera «extraits ou de morceaux entiers d'un ouvrage». *Actas*, 1884, p. 50. A pesar de que se consideró por algunas Delegaciones, especialmente la francesa, que dicha redacción resultaba demasiado extensa y que una interpretación inadecuada podría llevar a considerar lícitas reproducciones que constituirían verdaderos actos de infracción de los derechos del autor, lo cierto es que la Delegación alemana no hizo más que reproducir el texto previsto en numerosas convenciones bilaterales vigentes en aquel momento. Dicha redacción pretendía de forma clara evitar la reproducción total de las obras en el ámbito educativo, si bien al referirse a «fragmentos enteros» parecía permitir la utilización de cantidades considerables de la obra y no necesariamente reducidas. No obstante, los «extraits ou de morceaux entiers d'un ouvrage» serían sustituidos en la versión finalmente aprobada en 1886 por «emprunts». Por su parte, el Congreso Internacional de Editores celebrado en París en 1896 propuso en relación con la revisión de las legislaciones nacionales que las inserciones que se llevaran a cabo en crestomatías destinadas a la enseñanza fueran «très courts extraits d'oeuvres». *Actas*, 1908, p. 105.

Aunque menos restrictiva, de la misma opinión se mostró la Delegación de Francia en la Conferencia de Bruselas al hacer referencia en su propuesta respecto al límite a «courts extraits». *Actas*, 1948, p. 248. La misma fue criticada por algunas Delegaciones, como la de Reino Unido, Dinamarca u Holanda, al considerar esta última que el límite razonable del «emprunt» en el caso de las antologías debería ser apreciado por los tribunales caso por caso. *Actas*, 1948, pp. 248-249. En cualquier caso, nunca llegó a aprobarse una restricción de este tipo en cuanto al límite referido a las antologías y crestomatías en ninguna de las Conferencias, a diferencia de lo acontecido con la cita que, precisamente en la Conferencia de Bruselas, fue modificada en este sentido al permitir únicamente la realización de las denominadas «citas cortas». *Actas*, 1948, p. 249. No obstante, esta restricción se vería suprimida en la Conferencia de Estocolmo de 1967.

<sup>467</sup> También la DBD contiene en la excepción prevista en los arts. 6. 2 b) y 9 b) una restricción en este sentido al señalar que la utilización permitida debe llevarse a cabo «con fines *ilustrativos* de enseñanza o de investigación científica» (la cursiva es nuestra). La misma redacción se contiene en el art. 4(1) de la Propuesta de Directiva MUD. En cambio, llama la atención que la Directiva de alquiler y préstamo no haga referencia alguna a la «ilustración» al señalar en su art. 10.1 d) que se permite el establecimiento de limitaciones a los derechos conexos reconocidos en la misma con respecto «al uso exclusivo para fines docentes o de investigación científica». No obstante, ello no implica que no existan restricciones al uso que se pueda llevar a cabo de las prestaciones protegidas, sino que las mismas vendrán determinadas por el alcance de la finalidad perseguida y la denominada regla de los tres pasos prevista en el art. 10.3 de la propia Directiva.

al considerar que su ámbito de aplicación podía ser interpretado de forma demasiado extensa<sup>468</sup>. En cambio, dicho término se previó en la DDASI desde la primera versión de la excepción prevista en la Propuesta de Directiva presentada por la Comisión el 21 de enero de 1998, sin que se produjera ninguna discusión al respecto durante el proceso legislativo que dio lugar a su aprobación<sup>469</sup>.

El término «ilustración» no presenta especiales diferencias semánticas en las distintas lenguas utilizadas en la normativa internacional. Además, el mismo ha sido reproducido en todas las legislaciones nacionales a examen en la presente investigación. Aunque ninguna de estas normas define lo que deba entenderse por «ilustración», es posible identificar una interpretación restrictiva y otra amplia. La primera de ellas la define como la acción de aclarar o apoyar un argumento<sup>470</sup> y es la seguida por los que por los acuerdos que desarrollan la limitación francesa<sup>471</sup>. Por su parte, la acepción más amplia de «ilustrar» equivale a esclarecer, complementar o completar un aspecto determinado mediante explicaciones o ejemplos<sup>472</sup>. Así, el BGH consideró que existe ilustración de la enseñanza cuando se usan obras ajenas para hacer más fácil la comprensión del tema que es objeto de estudio, para su análisis pormenorizado o para completar el material del que ya disponen los sujetos beneficiados por la limitación<sup>473</sup>. E incluso, la LG de Stuttgart entendió que hay ilustración aunque los fragmentos utilizados no se discutan en clase, bastando con que los estudiantes estén capacitados para comprender los temas tratados en la lección correspondiente a través de los

---

<sup>468</sup> Efectivamente, durante la Conferencia de Estocolmo se manifestó una importante preocupación por la cantidad de obra que podía utilizarse con base en la excepción. De modo que como no fue posible llegar a un acuerdo en cuanto a términos más restrictivos como «portions», «excerpts» o «borrowings», finalmente se acordó la inclusión del de «illustration». *Actas*, 1976, pp. 93 y 94.

<sup>469</sup> Propuesta de DDASI.

<sup>470</sup> En el mismo sentido, la Delegación suiza señaló que «illustration» debía entenderse como sinónimo de «explanation, reference». *Actas*, 1967, p. 670. De forma similar lo define LÓPEZ MAZA, S., «Art. 10»..., *cit.*, p. 879.

<sup>471</sup> Aunque ciertamente el CPI no define la «utilisation à des fins d'illustration dans le cadre de l'enseignement et de la recherche», sí lo hacen los acuerdos que desarrollan la limitación de forma similar. Según los mismos, la ilustración consiste en «l'utilisation d'un extrait d'œuvre ou d'une œuvre destinée à éclairer ou étayer une discussion, un développement, une argumentation dans le cadre des cours des enseignants, des travaux des élèves et étudiants ou des travaux de recherche et dans le cadre des sessions de formation des enseignants et des chercheurs» (la cursiva es nuestra).

<sup>472</sup> Del mismo modo, DUSOLLIER, S. entiende que «an illustration can be exemplary, demonstrative, explanatory, for application or for clarification». «The Limitations and Exceptions...», *cit.*, p. 361.

<sup>473</sup> Caso *Meilensteine der Psychologie* (vid. supra). En palabras de OLG Stuttgart 4 abril 2012, *GRUR*, nº 7, 2012, p. 718, en el caso 4 U 171/11, párrafo 88, «la ilustración consiste en hacer que la materia docente sea constatablemente más fácil de comprender y más sencilla, facilitando la adquisición del conocimiento» (la traducción es nuestra).

materiales complementarios<sup>474</sup>. Por su parte, el Tribunal de Milán entendió que el carácter ilustrativo del uso supone que el mismo ha de servir para exponer el pensamiento del autor de la obra ajena y así conseguir una finalidad didáctica, como enseñar una teoría, no bastando la mera divulgación<sup>475</sup>. Asimismo, el Considerando 16 de la Propuesta de Directiva MUD establece que los actos autorizados por su art. 4 lo son «para apoyar, enriquecer o complementar la enseñanza, incluidas las actividades de aprendizaje correspondientes».

Cabe destacar que la «ilustración» introduce tanto en el CB como en la DDASI la finalidad perseguida por la excepción y que debe justificar la extensión de obra de la que se sirva para ilustrar: la enseñanza. Como se explicó previamente, la finalidad de la «enseñanza» o de los «fines educativos» se refiere a la acción de comunicar o transmitir conocimientos, así como de dirigir o encaminar al que aprende hacia ciertas reflexiones o conclusiones para la consecución del aprendizaje<sup>476</sup>. Por su parte, la «ilustración» permite comprobar o autorizar lo explicado, añadir aspectos que falten a la explicación o hacerla perfecta o completa por medio de obras de todo tipo, como las obras literarias, obras de arte plástico, obras audiovisuales, etc. Siendo ello así, que la «ilustración» preceda la finalidad pretendida de la «enseñanza» supone efectivamente una restricción de la cantidad de obra a utilizar en virtud de la excepción, de modo que la regla general será la de la utilización parcial y no completa de las obras<sup>477</sup>.

La ilustración sirve de instrumento y complemento a la enseñanza, pero no debe confundirse con ella: la enseñanza permite la adquisición de conocimientos sobre materias concretas y la ilustración se limita a corroborar, verificar o completar la información que constituye la base de la primera<sup>478</sup>. Ello implica que, aunque no sean conceptos equivalentes debe existir un vínculo entre ellos, de modo que se revele una relación temática entre la materia que se pretende enseñar y la obra con la que se pretende ilustrarla<sup>479</sup>. En relación con

---

<sup>474</sup> Así, LG Stuttgart 27 September 2011, n° Az. 17 O 671/10, párrafo 77. De este modo amplio se interpretó la finalidad de la ilustración de la enseñanza contenida en el derogado §52a UrhG en la sentencia de primera instancia relativa al caso *Meilensteine der Psychologie*.

<sup>475</sup> En el caso en cuestión, se había llevado a cabo la reproducción de obras en una enciclopedia, por lo que el Tribunal entendió que ese tipo de obra tiene un carácter meramente divulgativo y no específicamente de enseñanza. *Trib. Milano*, 9 maggio 2003, *AIDA*, t. XII, 2003, p. 991. Así, SPEDICATO, G., *op. cit.*, p. 86.

<sup>476</sup> *Vid. supra*.

<sup>477</sup> Entre otros, *vid. FICSOR, M., The Law of Copyright..., cit.*, p. 266; DUSOLLIER, S., «The Limitations and Exceptions...», *cit.*, p. 362; XALABARDER PLANTADA, R., *Estudio sobre las limitaciones..., cit.*, pp. 16 y 17 y VON LEWINSKI, S., «Article 5...», *cit.*, p. 1043.

<sup>478</sup> De este modo lo entiende DUSOLLIER, S., «The Limitations and Exceptions...», *cit.*, p. 358.

<sup>479</sup> Del mismo parecer, LÓPEZ MAZA, S., «Art. 10»..., *cit.*, p. 879; MAZZIOTTI, G., «Diritto d'autore...», *cit.*, p. 219 y VEZZOSO, S., *op. cit.*, p. 198. Así, SALCZER-SÁNCHEZ, M. entiende que la utilización de la obra ajena en

ello, algunos autores entienden que el concepto de «ilustración» es lo suficientemente amplio como para incluir no solo los supuestos en los que existe una relación directa entre el tema y la obra utilizada, sino también cuando el nexo es indirecto<sup>480</sup>. Ejemplos del primer supuesto los constituirían la reproducción de extractos de obras de filósofos seleccionados para analizar las características de una determinada corriente filosófica, la visualización de un documental sobre la Guerra Civil Española en una clase de historia o la reproducción de una pintura en una lección de historia del arte. En estos casos, coincide el tema explicado con la elección de las obras utilizadas al amparo de la excepción, de modo que la vinculación entre la «ilustración» y la «enseñanza» es directa. Pero también es posible que se utilice una obra no referida al tema concreto objeto de estudio como instrumento para entender otro elemento importante en la enseñanza, en cuyo caso la relación entre el tema y la obra es indirecta. Así, no es infrecuente que se utilice el fragmento de una obra de literatura para realizar un dictado o se escuche y traduzca una canción en lengua extranjera en el marco de una clase de idiomas. En efecto, en el primer caso la relación directa existiría si la obra se utilizara en una lección de literatura y en el segundo, en una clase de lengua. Pero el término «ilustración» debe incluir también, atendiendo a los ejemplos señalados, la posibilidad de utilizar la obra de literatura para realizar un ejercicio de ortografía o la escucha de la obra musical para conocer el tipo de música y la cultura de otro país. De hecho, cuando la vinculación entre la materia y la obra es indirecta se puede conseguir un doble objetivo educativo: afianzar los conocimientos cuya enseñanza se pretendía y despertar la curiosidad en el que aprende sobre otras ramas del saber.

En cualquier caso, el que ilustra no debe conformarse con la utilización de cualquier fragmento de la obra, sino que debe estudiar la forma más adecuada para conseguir la finalidad perseguida (la enseñanza) intentando explotar la obra con la menor intensidad posible (a título de ilustración). En muchas ocasiones, la elección del fragmento idóneo, incluso breve, podrá colmar las necesidades provenientes del ámbito educativo<sup>481</sup>. Ello sucederá especialmente en el ámbito de las obras clásicas o de cultura universal. Por ejemplo, el docente podrá comprobar si el alumnado ha estudiado la correspondiente lección de literatura sobre Miguel de Cervantes con la reproducción o comunicación pública únicamente del siguiente fragmento: «En un lugar de la Mancha de cuyo nombre no quiero acordarme (...)». Efectivamente, se trata de un

---

la enseñanza deberá tener un carácter secundario. *Op. cit.*, p. 167. Así, IGLESIAS, M. J. considera que existe una relación de subsidiariedad entre la enseñanza y la obra a través de la que se ilustra. *Op. cit.*, p. 129.

<sup>480</sup> En favor de esta interpretación se manifiestan DUSOLLIER, S., «The Limitations and Exceptions...», *cit.*, p. 361; XALABARDER PLANTADA, R., «Copyright and Digital Distance Education», *Colum. J. L. & Arts*, 2002-2003, nº 26, pp. 143-145 e IGLESIAS, M. J., *op. cit.*, p. 225.

<sup>481</sup> RICKETSON, S.; GINSBURG, J. C., *op. cit.*, p. 792 y LÓPEZ MAZA, S., «Art. 10»..., *cit.*, p. 878.

extracto considerablemente breve en relación con la magnitud y extensión de una de las obras clave de la literatura española y universal, pero será suficiente para que los estudiantes reconozcan el nombre de su protagonista y el de la propia obra. En este caso, la utilización de un fragmento considerable de la creación intelectual protegida no podría considerarse amparada por el límite, pues no puede utilizarse más que lo que resulte necesario para ilustrar la materia objeto de estudio. De lo contrario ello supondría la sustitución de la «enseñanza» que corresponde preparar al que la imparte por la explotación de una obra que sólo debería servir de «ilustración» o complemento<sup>482</sup>.

No obstante, en otros casos el empleo de un breve fragmento no bastará para colmar las necesidades de la enseñanza. Para salvar las consecuencias negativas que para dicha finalidad pudiera provocar una interpretación restrictiva del término «ilustración», las utilidades que se hagan de la obra en virtud de la excepción deben perseguir en todo caso la consecución del fin educativo previsto en el CB y la DDASI, de modo que este podrá justificar una explotación más intensa de la obra e incluso en ocasiones, en su totalidad<sup>483</sup>. Si la inclusión de limitaciones y excepciones a la propiedad intelectual surge por la necesidad de equilibrar el derecho conferido a los autores sobre su obra con los derechos o intereses públicos del resto de la sociedad, no tendría sentido hacer una interpretación tan restrictiva de los requisitos de dichas limitaciones o excepciones que impidiera la consecución de la finalidad que las justifica. Ello ha llevado al TJUE, como ya se ha señalado previamente, a incluir como criterios de interpretación de las excepciones la proporcionalidad y la necesidad de salvaguardar la realización de la finalidad de la excepción o el «efecto útil», flexibilizando así el sistema de limitaciones. Así, la consideración de la ilustración en la aplicación de la excepción sin tener en cuenta que la misma, aunque restrinja, debe permitir la realización del fin perseguido (la

---

<sup>482</sup> Así, el *Main Committee I* de la Conferencia de Estocolmo señaló que «by way of illustration has to be understood in the sense of subsidiary reproduction». *Actas*, 1967, p. 885.

<sup>483</sup> Así, BOYTHA, G., define la «ilustración» como «la utilización de una obra literaria en una medida mayor que la mera cita, o en su totalidad si se trata de una obra pequeña, dentro del marco de otra obra para demostrar o hacer más inteligibles los enunciados hechos en esta última obra». *Glosario OMPI de derechos de autor y derechos conexos*, Ginebra, 1980, p. 136. En cuanto a esta interpretación, aunque coincidimos en que la ilustración puede amparar una utilización intensa e incluso completa de algunos tipos de obras, el autor está pensando únicamente en la creación de crestomatías o antologías de carácter educativo, pues se refiere a la inclusión de obras de carácter escrito en otras del mismo tipo. Pero como se señaló previamente, en la actualidad debemos llevar a cabo una interpretación de la excepción que también alcance a los derechos de comunicación pública y transformación, de acuerdo con la situación actual.

enseñanza), atendería contra el propio sistema de excepciones al desequilibrar la balanza en favor del autor o titular de derechos en detrimento del derecho a la educación<sup>484</sup>.

Precisamente para evitar dicho efecto y en aplicación de los criterios interpretativos incorporados por el TJUE en la excepción de la ilustración a la enseñanza, el nivel educativo y las capacidades o aptitudes del destinatario de la explicación en la que se ilustre con una obra ajena serán elementos esenciales a la hora de valorar el logro efectivo del fin educativo. Una interpretación en este sentido permitiría adecuar no sólo la extensión de obra, sino la cantidad de ellas que pueden ser utilizadas en la enseñanza a las específicas necesidades de la persona a la que se dirige, con el objetivo de que efectivamente se logre el aprendizaje<sup>485</sup>. En cuanto a dichas necesidades especiales, debe incluirse tanto a los destinatarios que tienen mayores dificultades para adquirir el conocimiento que se pretende con la enseñanza de que se trate como a los que precisan de una mayor formación para desarrollar todas sus capacidades intelectuales<sup>486</sup>. En ambos supuestos podría justificarse una explotación más intensa de obras, pues, aunque encuentren su origen en circunstancias diferentes, lo que se pretende es que la educación llegue efectivamente a toda la población sin que se produzca discriminación, entre otros aspectos, por razón de las aptitudes del que la recibe<sup>487</sup>.

En cualquier caso, la excepción prevista tanto en el CB como en la DDASI parte de de una regla general de explotación parcial o fragmentaria de obra. Por lo tanto, no será posible la explotación de la obra completa a lo largo de la asignatura mediante la utilización fraccionada de la misma en cada lección de acuerdo con la medida permitida por la limitación, salvo las excepciones que se analizarán posteriormente. Ello constituiría una actuación contraria a lo pretendido por la excepción con la inclusión de dicha «medida» o restricción de

---

<sup>484</sup> En contra, SALCZER-SÁNCHEZ, M. considera que el fin en sí mismo perseguido por la limitación es el de ilustrar y no la enseñanza como tal. *Op. cit.*, p. 167.

<sup>485</sup> En el mismo sentido, LÓPEZ MAZA, S., «Artículo 10»..., *cit.*, p. 883 y VON LEWINSKI, S., «Article 5...», *cit.*, p. 1045.

<sup>486</sup> Si tenemos en cuenta el caso español, el art. 1e) LOE establece entre los principios del sistema educativos español «la flexibilidad para adecuar la educación a la diversidad de aptitudes, intereses, expectativas y necesidades del alumnado, así como a los cambios que experimentan el alumnado y la sociedad». Siendo ello así, la LOE entiende como alumnado con necesidad específica de apoyo educativo, tanto al estudiante que tiene una discapacidad o trastorno grave de conducta (art. 73), como al que tiene altas capacidades intelectuales (art. 76) o se integra tardíamente al sistema educativo español (art. 78). En este sentido, y en cuanto al alumnado con altas capacidades intelectuales, el art. 76 LOE señala que se le tiene que permitir «desarrollar al máximo sus capacidades». No obstante, si tenemos en cuenta el primer estudio exhaustivo sobre el rendimiento de los alumnos con altas capacidades intelectuales que se llevó a cabo en el año 2000, promovido por dicho Ministerio, se observa que un 70% tiene bajo rendimiento escolar, y entre un 35% y un 50% está fracasando escolarmente, especialmente por aburrimiento y por la falta de retos a nivel intelectual. MARÍN GÁLVEZ, J., GONZÁLEZ GONZÁLEZ, M<sup>a</sup> T. (coords.), *Alumnos precoces, superdotados y de altas capacidades*, Madrid, 2000, pp. 10 y 36.

<sup>487</sup> Ello quedaría prohibido en el ejemplo español por el Título II LOE, titulado «Equidad en la Educación», referido a los supuestos del alumnado con necesidad específica de apoyo educativo.

cantidad de obra susceptible de uso en la enseñanza: evitar que se pueda entrar en conflicto con la explotación normal de la misma y que se puedan perjudicar injustificadamente los intereses legítimos del titular de derechos de la obra utilizada en la ilustración. Por ello, la enseñanza o efectiva transmisión de los conocimientos debe ser el elemento determinante a la hora de concretar la cantidad de obra a explotar, pues es la «finalidad» que justifica la «medida» de obra a utilizar<sup>488</sup>. Pero no se puede pretender conseguir dicho objetivo a expensas de los derechos legítimos del autor<sup>489</sup>.

Por ello, y junto a la relación existente entre la finalidad que justifica la excepción y el elemento que la restringe, el CB y la DDASI ofrecen otro criterio que sirve de guía para determinar el grado de intensidad con el que es posible explotar una obra para ilustrar con fines educativos, si bien con una terminología diferente.

En el CB, la limitación de la cantidad de obra que podrá ser explotada en virtud de la excepción vendrá determinada por la conformidad de la utilización a los «bons usages», «fair practices» o «usos honrados o leales». La inclusión de esta noción se produce en la última revisión del artículo que tiene lugar en la Conferencia de Estocolmo, así como en el límite de cita. Se trata de un concepto más propio de los regímenes del *common law*<sup>490</sup>, por lo que parece introducir mayor flexibilidad en favor del órgano juzgador a la hora de apreciar las circunstancias del caso concreto<sup>491</sup>. Por otro lado, y considerando que en el CB la denominada regla de los tres pasos prevista en el art. 9(2) parece no ser de aplicación directa a las excepciones expresamente reguladas en el articulado del Convenio<sup>492</sup>, la doctrina ha venido a

---

<sup>488</sup> Así, DUSOLLIER, S., «The Limitations and Exceptions...», *cit.*, p. 359.

<sup>489</sup> En este sentido, el Considerando 22 DDASI en su versión española señala que «el objetivo de un apoyo eficaz a la difusión de la cultura no podrá alcanzarse si no se protegen rigurosamente los derechos». No obstante, no parece la traducción más ajustada a las versiones inglesa y francesa que expresan de forma más clara la idea señalada en el texto al disponer que «the objective of proper support for the dissemination of culture must not be achieved by sacrificing strict protection of rights» en el primer caso, y «une promotion adéquate de la diffusion de la culture ne peut conduire à sacrifier la protection rigoureuse des droits», en el segundo.

<sup>490</sup> De hecho, MASOUYÉ, C. define esta expresión, de forma similar al *fair dealing*, como el test objetivo que deben llevar a cabo los jueces y tribunales para determinar que un uso es normalmente considerado admisible en atención de las circunstancias del caso concreto. *Op. cit.*, pp. 58 y 59.

<sup>491</sup> En este sentido, RICKETSON, S.; GINSBURG, J. C., *op. cit.*, p. 793; LÓPEZ MAZA, S., «Artículo 10»..., *cit.*, p. 883; GOLDSTEIN, P.; HUGENHOLTZ, B., *op. cit.*, p. 373

<sup>492</sup> De acuerdo con el Informe de trabajo del *Main Committee I* y basándose en el principio de *lex specialis legi generali derogat*, se consideró innecesario incluir en el art. 9(2) referencias expresas al art. 10(2), entre otros preceptos, por establecer este último una excepción especial en el ámbito educativo y, por tanto, de aplicación preferente. *Actas*, 1967, p. 1134.

considerar que la referencia a los «usos honrados» tiene por objeto integrar en el límite de la ilustración el test de las tres etapas<sup>493</sup>.

El estudio de los elementos que componen el art. 9(2) CB queda remitido al epígrafe 3.2.6 del presente Capítulo, si bien, y en lo que respecta al presente punto, interesa hacer constar dos precisiones. Por un lado, el art. 9(2) CB viene referido únicamente a las excepciones que se establezcan al derecho de reproducción, lo que podría llevar a la conclusión de que el límite de la ilustración no se aplicaría a los restantes derechos previstos en el CB, en contra de la tesis defendida en el epígrafe 3.2.3 del presente Capítulo, o de que los elementos previstos en dicha prueba sólo serían aplicables al límite de la ilustración respecto del derecho de reproducción y no en cuanto a los de comunicación pública y transformación. No obstante, el art. 13 ADPIC extiende la aplicación del mencionado test a todos los derechos de explotación reconocidos en el CB a los autores<sup>494</sup>, los cuales incorpora a través del art. 9 de dicho Acuerdo al obligar a los Estados contratantes de la OMC a cumplir con lo previsto en el CB en gran parte de su contenido<sup>495</sup>. Por otro lado, se entiende que la primera etapa del test ya viene cumplida por el establecimiento de una excepción con un ámbito de aplicación determinado y restringido o circunscrito a un «caso especial», en concreto, la utilización de obras a título de ilustración de la enseñanza. Por lo tanto, la utilización conforme a los denominados «usos honrados» vendrá referida a las restantes etapas del test: que la misma «no afecte a la

---

<sup>493</sup> Así, VON LEWINSKI, S., «Article 5...», p. 1045; LÓPEZ MAZA, S., «Artículo 10»..., *cit.*, p. 883; RICKETSON, S.; GINSBURG, J. C., *op. cit.*, pp. 786, 793 y 795 y SENFTLEBEN, M., *Copyright, Limitations and the Three-step test. An Analysis of the Three Step Test in International and EC Copyright Law*, Ámsterdam, 2004, p. 124. En el mismo sentido, el Glosario de los términos más importantes relacionados con la propiedad intelectual publicado por la OMPI en 2013 señala en relación con la voz «uso leal» que su utilización se produce fundamentalmente en el ámbito de las excepciones a la protección del derecho de autor, entre ellas, la de la ilustración, y que «los tipos de usos que se pueden considerar “leales” se determinan aplicando los criterios de la prueba del criterio triple». *Glosario de los términos más importantes relacionados con la propiedad intelectual y los recursos genéticos, los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales*, Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, Vigésima cuarta sesión Ginebra, 22 a 26 de abril de 2013, p. 14. Igualmente, la definición aportada por FICSOR, M. en su Glosario remite al test de las tres etapas para determinar qué tipo de usos pueden considerarse «honrados». *Guía sobre los Tratados...*, *cit.*, p. 57. Tanto es así, que SALCZER-SÁNCHEZ, M. llega a afirmar que esta expresión no aporta nada nuevo a la excepción. *Op. cit.*, p. 167.

<sup>494</sup> En el mismo sentido, GINSBURG, J. C., «¿Hacia un derecho de autor supranacional? La decisión del grupo especial de la OMC y las tres condiciones acumulativas que deben cumplir las excepciones al derecho de autor», *RIDA*, n° 187, 2001, p. 5 y GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., «Artículo 9», en *Comentarios al Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas*, coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Madrid, 2013, p. 796. En contra, GOLDSTEIN, P. y HUGENHOLTZ, B., sobre la base del art. 20 CB que permite la realización de acuerdos bilaterales siempre que garanticen una mayor protección de los derechos de los autores, entienden que no se podrán aplicar ni los ADPIC ni los Tratados OMPI que contienen el test de las tres etapas para justificar la derogación de ninguno de los derechos mínimos reconocidos en el CB. *Op. cit.*, p. 377.

<sup>495</sup> A tenor del art. 9 ADPIC, «los Miembros observarán los artículos 1 a 21 del Convenio de Berna (1971) y el Apéndice del mismo. No obstante, en virtud del presente Acuerdo ningún Miembro tendrá derechos ni obligaciones respecto de los derechos conferidos por el artículo 6bis de dicho Convenio ni respecto de los derechos que se derivan del mismo».



explotación normal de la obra» y que «no cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor»<sup>496</sup>.

Por su parte, el art. 5.3 a) DDASI incorpora el elemento del carácter «no comercial» de la finalidad que justifica la dosis en que puede explotarse la obra en virtud de la excepción de la ilustración, no previsto de forma explícita en el CB<sup>497</sup>. Algunos autores han considerado que esta inclusión constituye una forma de incorporar a nivel de la UE el requisito del «fair practice» previsto en el CB y que, por lo tanto y de acuerdo a lo señalado previamente, integra los dos últimos elementos del denominado test de las tres etapas<sup>498</sup>. No obstante, dicha prueba aparece expresamente prevista en el art. 5.5 DDASI y parece dirigirse al órgano juzgador al señalar, en lo que aquí nos interesa, que la excepción del art. 5.3 a) ampliada al derecho de distribución por el art. 5.4 «se aplicará» de acuerdo con los criterios de la misma. Siendo ello así, la prueba de las tres etapas ya constituía un criterio de interpretación de la excepción de la ilustración, no siendo necesaria una referencia a la misma en la propia redacción de la limitación en cuestión. Además de las dificultades para delimitar la comercialidad o no del uso de la obra ajena, la exigencia resulta en cualquier caso superflua pues el hecho de que la finalidad de la ilustración deba ser «exclusiva» necesariamente excluye la persecución de cualquier otro tipo de fines<sup>499</sup>. En consecuencia, la medida que deba justificar la cantidad de obra a explotar dependerá únicamente de dicha finalidad, la de ilustrar, y no de ninguna otra, como la comercial. Probablemente la razón que condujo a la inclusión de este aspecto reiterativo desde la primera propuesta de Directiva presentada por la Comisión se encuentre en la preocupación por parte del legislador comunitario de que la excepción se interpretara de un modo excesivamente amplio en el ámbito nacional si no se especificaba este extremo, en perjuicio de los titulares de derechos. De este modo, puede entenderse que el carácter «no comercial» de la finalidad perseguida prevista en la DDASI no introduce un elemento nuevo a considerar en cuanto a la extensión de obra a utilizar, sino que redundante en la necesidad de

---

<sup>496</sup> Así, RICKETSON, S.; GINSBURG, J. C., *op. cit.*, p. 858; En concreto, GOLDSTEIN, P. y HUGENHOLTZ, B. consideran, en relación con la cita, que el «*fair practice*» debe referirse a que el uso no interfiera en el mercado con la obra. *Op. cit.*, p. 392. En el mismo sentido, la OMPI elude la primera etapa del test en su Glosario de derechos de autor y derechos conexos al tratar la voz «usos honrados». En concreto, señala que «de conformidad con los requisitos previstos en el Convenio de Berna, los usos honrados no deben interferir con la explotación normal de la obra ni deben causar perjuicio irrazonable a los intereses legítimos del autor». BOYTHA, G., *Glosario OMPI...*, *cit.*, p. 119.

<sup>497</sup> El mismo elemento ha sido incorporado en las limitaciones nacionales de la ilustración abarcadas por la presente investigación, así como en el art. 4(1) de la Propuesta de Directiva MUD.

<sup>498</sup> De este modo lo entienden VON LEWINSKI, S., «Article 5...», *cit.*, p. 1045; DUSOLLIER, S., «The Limitations and Exceptions...», *cit.*, p. 394 y ORTEGA DÍAZ, J. F., *op. cit.*, p. 87.

<sup>499</sup> *Vid. supra*, epígrafe 3.2.2. En el mismo sentido en relación con la excepción pedagógica francesa, VIVANT, M., «Les exceptions nouvelles...», *cit.*, p. 2161.

que la utilización amparada por la excepción no tenga más finalidad que la de los fines educativos, así como que se respete la regla de las tres etapas.

Por lo tanto y como conclusión, tanto el CB como la DDASI mantienen un criterio abierto en cuanto a la extensión de obra que puede ser explotada en virtud de la excepción objeto de estudio al no establecer límites cuantitativos, pero establecen ciertos criterios que permitirán determinar en cada caso concreto la adecuación de dicha actuación a la limitación: la «medida» delimitada por la «ilustración» que debe estar justificada por la «finalidad perseguida», siempre que no se atente contra la explotación normal de la obra ni se perjudique injustificadamente los intereses legítimos del titular de derechos. La combinación de todos estos elementos permite que el juzgador pueda llevar a cabo un análisis de la situación basado en el criterio de la proporcionalidad y determinar la extensión de obra que puede ser utilizada al amparo de la excepción de la ilustración en atención a las circunstancias del caso concreto.

#### 3.2.4.2 Las excepciones a la regla general: las obras de escasa extensión y las obras de arte figurativas y fotográficas

Como se ha señalado, la regla general es que en la enseñanza solo es posible utilizar una parte de la obra ajena, la porción estrictamente necesaria para conseguir la finalidad perseguida. No obstante, tanto el CB como la DDASI impiden que una obra pueda ser explotada en su integridad, si bien es cierto que se tratará de supuestos muy concretos: en relación con obras de escasa extensión y de obras de artes figurativas y fotográficas<sup>500</sup>.

Así, no es infrecuente en la enseñanza y resulta necesario para poder ilustrarla en el ámbito de la literatura, la reproducción de un poema para su análisis por parte de los alumnos o la escucha de una canción para analizar su vocabulario, en una clase de lengua extranjera. En estos casos, la brevedad o escasa extensión de la obra explotada al amparo de la excepción haría muy difícil su utilización de forma fragmentaria, pues ello impediría entenderla adecuadamente, así como podría verse afectada la propia integridad de la obra<sup>501</sup>.

---

<sup>500</sup> Así, LÓPEZ MAZA, S., «Artículo 10»..., *cit.*, p. 878; VON LEWINSKI, S., «Article 5...», *cit.*, p. 1043; FICSOR, M., *The Law of Copyright...*, *cit.*, p. 266 y DUSOLLIER, S., «The Limitations and Exceptions...», *cit.*, p. 357.

<sup>501</sup> En el mismo sentido, SCHULZ, W.; HAGEMEIERS, S., «§46 UrhG», en *Urheberrecht Kommentar*, H. Ahlberg y H.-P. Götting (coords.), Munich, 2014, p. 581.

La primera propuesta del límite de la ilustración discutida en la 5ª Sesión de la Conferencia de Berna, ya preveía en su segundo párrafo la licitud de la inserción en crestomatías de «un écrit entier de peu d'étendue». *Actas*, 1884, p. 50. No obstante, la versión definitiva que fue aprobada en 1886 suprimió tal referencia. Será en el Conferencia de Bruselas cuando la Delegación de Dinamarca hiciera referencia de nuevo a las obras breves al manifestar que en el ámbito de la enseñanza podría ser necesario utilizar una obra completa de estas características. *Actas*, 1948, p. 249.

De acuerdo con esta consideración, el §60a(2) UrhG autoriza la reproducción, distribución y comunicación pública de obras de escasa extensión, lo que se aplica igualmente al límite para la creación de materiales didácticos, *ex art.* §60b (2). En relación con ello, el BGH tuvo ocasión de delimitar el concepto de «obra de escasa extensión» en el ya citado caso *Meilensteine der Psychologie*<sup>502</sup>, de modo que, en el caso de la obra escrita, se considerará como tal aquella que no tenga más de 25 páginas. Por su parte, y atendiendo a las licencias normalmente concedidas por las entidades de gestión a los establecimientos educativos, la exposición de motivos del Proyecto de la UrhWissG señalaba que era una obra de escasa extensión la partitura de un máximo de 6 páginas y las películas y la música que no excedieran de los 5 minutos de duración<sup>503</sup>. En cualquier caso, cabe destacar que parece que el legislador alemán entiende que los artículos de revista e incluso las ilustraciones o imágenes son obras cortas, ya que se refiere a los mismos y seguidamente utiliza la expresión «otras obras de escasa extensión»<sup>504</sup>. ¿Ello significa que el artículo de revista que tenga un máximo de 25 páginas podrá ser explotado en su totalidad, pero si tiene 26 solo podrá ser utilizado el porcentaje al que se refiere el §60(1) UrhG<sup>505</sup>? A este respecto, entendemos que el legislador autoriza la reproducción, distribución y comunicación pública del artículo de revista al completo independientemente de su extensión, pues de otro modo, no habría llevado a cabo esta especificación y habría bastado con la referencia a las obras de escasa extensión. No obstante, es cierto que la redacción resulta criticable.

La aplicación del criterio del *fair dealing* en el art. 32 CDPA no excluye la posibilidad de que una obra pueda ser reproducida en su integridad en determinados casos concretos, pues como señala la guía explicativa de la reforma de 2014, «copying a whole work would not generally be “fair dealing”» (la cursiva es nuestra)<sup>506</sup>. Asimismo, el art. 70.1-bis LDA autoriza

---

<sup>502</sup> *Vid. supra.*

<sup>503</sup> Asimismo, acogía la extensión de las 25 páginas para el caso de la obra escrita. *Op. cit.*, p. 35.

<sup>504</sup> El precepto en cuestión establece que «Abbildungen, einzelne Beiträge aus derselben Fachzeitschrift oder wissenschaftlichen Zeitschrift, sonstige Werke geringen Umfangs und vergriffene Werke dürfen abweichend von Absatz 1 vollständig genutzt werden». Esto es, las ilustraciones, las contribuciones individuales de una misma revista científica o profesional, otras obras de pequeña extensión y las obras fuera de comercio se pueden utilizar en su totalidad. Las denominadas «obras fuera de comercio» son aquellas que han sido publicadas en Alemania antes de 1966; se conservan en colecciones de museos, archivos o bibliotecas, para usos no comerciales; han sido incluidas en el registro de obras fuera del comercio y los titulares de derechos no se han opuesto a la inclusión de estas obras en el citado registro en el plazo de seis semanas, tal y como establece el §51(1) *Gesetz über die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten durch Verwertungsgesellschaften*, de 24 de mayo de 2016.

<sup>505</sup> *Vid. infra.* subepígrafe 3.2.4.3 b).

<sup>506</sup> *Exceptions to Copyright: Education and Teaching*, Intellectual Property Office, octubre, 2014, p. 7. Disponible en: [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/375951/Education\\_and\\_Teaching.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/375951/Education_and_Teaching.pdf).

la publicación de música en internet con finalidad educativa<sup>507</sup>. En cambio, la excepción pedagógica francesa impide el uso completo de este tipo de obras pues, aunque la propuesta inicial de la excepción contenía específicamente la posible reproducción integral de obras de escasa extensión, ello fue suprimido en la versión del límite finalmente aprobada<sup>508</sup>. No obstante, en el ámbito convencional, el acuerdo que desarrolla el art. L122-5 3º e) CPI para la reproducción de obras susceptibles de impresión autoriza la «utilisation d'œuvres en intégralité strictement limitée», entre las que incluye los poemas a título de ejemplo.

Por otro lado, se observa en los orígenes del límite en el CB, en su traslación a la DDASI, así como en la redacción de la excepción en distintas legislaciones nacionales, que los actos de explotación de obras de carácter plástico o fotográfico que se lleven a cabo en el ámbito educativo deben referirse a su totalidad, como se exige en la práctica en asignaturas como historia del arte, con el objetivo de no atentarse contra el derecho moral de integridad de la obra que se reconoce al autor<sup>509</sup>. De nuevo, el §60a(2) UrhG autoriza la reproducción, distribución y comunicación pública de imágenes<sup>510</sup>, así como el art. 70.1-bis LDA permite la publicación de imágenes y música en internet<sup>511</sup>. En el ámbito francés, serán de nuevo los acuerdos que

---

<sup>507</sup> *Vid. supra.*

<sup>508</sup> En este contexto, GEIGER, C. se cuestiona cómo es posible asegurar una educación e investigación adecuadas si, por ejemplo, un profesor de arte no puede enseñar en clase el Guernica de Picasso. «The New French Law...», *cit.*, p. 414. En el mismo sentido, LUCAS, A.; LUCAS, H.-J.; LUCAS-SCHOLOETTER, A., *op. cit.*, p. 401 y 402; POLLAUD-DULAIN, F., *op. cit.*, p. 883; LEBOS, A., *op. cit.*, p. 20; TAFFOREAU, P., *op. cit.*, pp. 143 y 144; VIVANT, M., «Les exceptions nouvelles...», *cit.*, p. 2161 y ALLEAUME, C., «Les exceptions à des fins...», *cit.*, p. 144. Asimismo, VIVANT, M. y BRUGUIÈRE, J.-M. critican la imposibilidad de utilizar una obra íntegramente en la enseñanza y la investigación con base en dos argumentos: por un lado, porque ni el CB ni la DDASI restringen la cantidad de obra de explotar a «extraits» y por el otro, porque gran parte del profesorado reclama la posibilidad de trabajar sobre la obra completa en algunos ámbitos, como el audiovisual. *Op. cit.*, p. 590, nota 3.

<sup>509</sup> La utilización completa de obras de arte figurativas y fotográficas ya venía siendo reclamada en relación con la cita por las Delegaciones de Suiza y Japón cuando ello «fuera necesario para explicar el texto» o, como posteriormente se matizaría por la propia Delegación suiza y la de Noruega, «cuando tuviera *connexité* con el texto de la obra en la que figuren». Actas, 1928, pp. 250 y 251. Incluso la ALAI en su Reunión de Lugano de 1927 propuso en relación con las publicaciones que tuvieran un carácter crítico, científico o de enseñanza que el límite en cuestión permitiera la reproducción total de obras de artes gráficas o plásticas. Actas, 1948, p. 447.

<sup>510</sup> Como se señaló previamente, las mismas parecen ser consideradas como obras de escasa extensión. De hecho, ya en relación con el §52a UrhG se señalaba que las obras fotográficas y las obras de artes plásticas debían valorarse siempre como obras de extensión limitada, por considerarse no son fraccionables, pues no es posible un uso parcial de las mismas sin perder de ese modo su sentido. SCHULZ, W.; HAGEMEIERS, S., «§52a...», *cit.*, p. 625.

<sup>511</sup> Sobre el mismo, *vid. supra.* El hecho de que el art. 70.1 LDA se refiera a «brani» o «fragmentos» de obras, ha llevado a la doctrina italiana a entender que resulta ilícita la explotación íntegra de cualquier tipo de obra para ilustrar la enseñanza. Así, SAPPÀ, C., *op. cit.*, 2016, p. 1729 y MAZZIOTTI, G., «Diritto d'autore...», *cit.*, pp. 220, 221 y 223. En la jurisprudencia, se ha considerado que no es aplicable el art. 70.1 LDA en el caso de la reproducción fotográfica de una obra de arte, puesto que el precepto en cuestión solo permite la reproducción parcial y no la completa de la obra ajena. *Cass. Civ.*, 19 diciembre 1996, n. 11343, *Foro It.*, nº 9, 1997, p. 2555.

Asimismo, el proyecto originario de la LDA preveía de forma explícita la posibilidad de reproducir obras completas cuando fueran breves, pero ello fue finalmente suprimido del texto definitivo de la Ley, como sucedió con la legislación francesa. Esta circunstancia unida a la posibilidad de que dicha reproducción pudiera entrar en

desarrollan la excepción pedagógica los que permitan la explotación integral de las obras de arte figurativas y las obras fotográficas<sup>512</sup>. De modo que ello es posible porque existe una licencia voluntaria al respecto contenida en tales acuerdos, pero no en virtud de la limitación del art. L122-5 3º e) CPI<sup>513</sup>.

### 3.2.4.3 Ejemplos nacionales

En cumplimiento de la regla general de limitación de la cantidad de obra que puede ser explotada en la enseñanza impuesta por el CB y la DDASI, la mayoría de los legisladores nacionales han incorporado en la excepción de la ilustración el criterio del «fragmento» o «extracto» de la obra ajena, como regla general, si bien ello se ha visto posteriormente complementado, bien en el ámbito reglamentario, bien en el convencional con el establecimiento de cantidades precisas.

- a. Los conceptos jurídicos indeterminados de «extracto» o «fragmento» y la necesidad del examen del caso concreto. Bondades y críticas a su utilización

Los arts. 70.1 LDA y L122-5 3º e) CPI se refieren al uso de «brani» y «extraits» de obras con finalidad de enseñanza, respectivamente. Por su parte, el art. 33 CDPA se refiere al uso de «short passages»<sup>514</sup> para la creación de antologías y el art. 36 a los «extracts» para su reproducción.

Salvo en el caso del art. 36 CDPA, ninguno de estos textos legales define qué debe entenderse por «fragmento» o «pequeño fragmento», siguiendo de este modo el criterio de carácter cualitativo previsto en el CB y la DDASI: el fragmento de la obra ajena deberá tener la extensión necesaria para ilustrar la enseñanza. En este sentido, la jurisprudencia italiana tuvo la oportunidad de pronunciarse al respecto y determinó que habrá de explotarse lo

---

competencia con la obra original ha llevado a la doctrina a excluir este tipo de obras de la aplicación del art. 70.2 LDA. Así, SAPPÀ, C., *op. cit.*, p. 1733.

<sup>512</sup> Para su uso, no obstante, el acuerdo limita el tamaño de la imagen a 400x400 píxeles y la calidad de esta a una resolución máxima de 72 DPI o puntos por pulgada, lo que la degrada considerablemente, pudiendo afectar tanto a la integridad de la obra como a la adecuada consecución de la finalidad de enseñanza e investigación. Ello recuerda al art. 70.1-bis LDA. Sobre tales requisitos y sus críticas, *vid. supra*, subepígrafe 3.2.3.3.

<sup>513</sup> Tanto es así, que la introducción del protocolo sobre reproducción de obras susceptibles de impresión llega a señalar que la excepción pedagógica excluye las obras de arte visuales, cuando ello no es así al menos expresamente. Sobre las obras de arte plásticas, ya manifestó la *Cass. Civ.*, du 13 novembre 2003, 01-14.385, en el famoso caso Utrillo, que «la représentation intégrale d'une oeuvre, quelle qu'en soit la forme ou la durée, ne peut relever de l'exercice de ce droit», no apreciando por ello la excepción de cita en el caso de la representación de pinturas de dicho autor.

<sup>514</sup> Al mismo concepto se referían los §46, §52a y §53(3) UrhG antes de la reforma operada por la UrhWissG.

estrictamente necesario para alcanzar la finalidad perseguida<sup>515</sup>. Por su parte, el BGH consideró que 91 páginas de una obra de historia de la psicología de un total de 500 páginas (el 18% del total de la obra aproximadamente) no eran constitutivas de un pequeño fragmento a los efectos del ahora derogado §52a UrhG<sup>516</sup>. A este respecto, el BGH consideró que era un «pequeño fragmento» el límite del 12% del total de la obra al que se refería el acuerdo sobre el uso de obras en la enseñanza escolar, señalando que a dicha cuantía debería establecerse un límite máximo de 100 páginas<sup>517</sup>. Es decir, el BGH definió el pequeño fragmento como el 12% de una obra, si bien con dicho porcentaje no se podía superar un máximo de 100 páginas. No se tiene constancia de que los juzgadores inglés y francés hayan podido pronunciarse sobre esta cuestión.

Ciertamente, que los sujetos amparados por la limitación tengan que analizar en cada uso que hagan de una obra ajena si han explotado la extensión estrictamente necesaria para ilustrar la enseñanza puede generarles inseguridad. Así, podrán verse en una disyuntiva: arriesgarse por considerar que el uso se ajusta a la limitación en cuestión o no hacerlo, por temor a ser perseguidos por una posible infracción de los derechos de autor<sup>518</sup>. No obstante, y en favor de esta técnica, solo una ponderación caso por caso permite encontrar el equilibrio de los intereses en juego<sup>519</sup>. Del mismo modo, en la sentencia de apelación del caso *Meilensteine der Psychologie*, en el que se interpretaba el §52a UrhG ya derogado y en el que no se contemplaba porcentaje alguno, el OLG Stuttgart señaló que «la determinación de un porcentaje no se ajusta adecuadamente a las necesidades de todos los casos concretos que se puedan plantear», razón por la cual «es necesario ponderar los intereses respectivos, como la afectación a los derechos de explotación del autor o el mercado primario de la obra y el interés general por el acceso del público a la obra en el ámbito de la enseñanza» (la traducción es nuestra)<sup>520</sup>. Igualmente, podrá

---

<sup>515</sup> Así, *vid. App.* Milano, 25 gennaio 2002, *AIDA*, t. XI, 2002, p. 801. En el caso en cuestión, se consideró lícita la reproducción y traducción de hasta el 20% de la letra de varias canciones del grupo Queen.

<sup>516</sup> Se trata del asunto *Meilensteine der Psychologie*. *Vid. supra*.

<sup>517</sup> Párrafos 33 y 34 de la sentencia.

<sup>518</sup> En cuanto a ello, los profesores alemanes (55,1%) e italianos (56,4%) señalan que al menos una vez al mes tienen dificultades para determinar si pueden hacer uso de una obra ajena en la enseñanza *online* de acuerdo con las limitaciones establecidas al efecto. Las cifras son similares en el caso de los estudiantes de dichos países. Ante estas circunstancias, la estrategia generalmente adoptada por los docentes y el alumnado italianos es desistir de la realización de tales usos. Por su parte, los alemanes tratan de explotar obras no protegidas o bien de acomodar su actuación a las licencias que tuviera el establecimiento educativo al respecto, independientemente de lo que establecieran las limitaciones. En cualquier caso, las dificultades que encuentran dichos colectivos para hacer uso de obras ajenas en el ámbito educativo digital les hacen adoptar una percepción más negativa del sistema de protección de los derechos de autor y más favorable a su infracción. AA.VV., *Assessment of the impact...*, *cit.*, pp. 111-113.

<sup>519</sup> Así, SCHULZ, W.; HAGEMEIERS, S., «§46...», *cit.*, p. 581.

<sup>520</sup> OLG Stuttgart 4 april 2012, 4 U 171/11, párrafo 76. Acoge así este tribunal la interpretación de DREIER, T., «§53», en *Urheberrechtsgesetz Kommentar*, T. Dreier y G. Schulze (coords.), Munich, 2008, pp. 863 y 864.

atenderse a factores como el nivel educativo en el que se utiliza la obra ajena y las necesidades educativas específicas del receptor de la enseñanza<sup>521</sup>.

Por todo ello, entendemos con el juzgador alemán, que debería ser el juez el que, en función de las circunstancias del caso concreto, determine si un extracto de una obra ajena tiene la medida necesaria o no para ilustrar con un fin educativo.

b. La determinación precisa de la extensión de obra a utilizar

Como se ha podido comprobar, los legisladores nacionales han optado mayoritariamente por el establecimiento de un concepto jurídico indeterminado, como el de fragmento o extracto, con la finalidad de que la cantidad de obra a explotar en la enseñanza se ajuste a la propia finalidad perseguida con la limitación, a los intereses de los titulares de derechos y a las circunstancias concretas de caso.

Ello es así a excepción del legislador alemán, que con la reforma operada por la UrhWissG ha optado por el establecimiento de una cuantía determinada. Así, el §60a(1) UrhG establece que será posible la reproducción, distribución y comunicación pública del 15% de la obra en cuestión<sup>522</sup>. De este modo, el legislador alemán de 2017 ha querido ampliar la cantidad de obra a explotar en la enseñanza al permitir la utilización de hasta el 15% de la misma, en comparación con el 12% de obra al que se refería el BGH<sup>523</sup>. En cambio, cuando se trate de la elaboración de materiales docentes, el §60b UrhG reduce dicha cantidad al 10%<sup>524</sup>. En cualquier caso, se trata de porcentajes de carácter estricto, pues no se complementan con umbrales adicionales de tolerancia<sup>525</sup>.

Ahora bien, como ya se adelantó, también el resto de legislaciones nacionales que optan por conceptos jurídicos indeterminados acaban concretándolos con el recurso a cifras máximas, ya sea mediante la propia ley, ya sea por medio de acuerdos al respecto, esto es, en el ámbito convencional. Lo primero ocurre en Reino Unido e Italia el art. 36 CDPA sobre la

---

<sup>521</sup> *Vid. supra.*

<sup>522</sup> A excepción de las obras de escasa extensión y las que se encuentra fuera de comercio, *ex. §60a(2) UrhG. Vid. supra*, Subepígrafe 3.2.4.2 del presente Capítulo.

<sup>523</sup> *Vid. supra*, apartado a) del mismo Subepígrafe.

<sup>524</sup> En este caso, ello podría justificarse por el hecho de que el sujeto amparado por la limitación es el «Hersteller», es decir, el productor o creador de los materiales docentes, como podría ser un editor, por ejemplo. Aunque la finalidad de la ilustración para la que se crean dichos materiales no deba tener finalidad comercial, la creación y distribución que se lleva a cabo de los mismos supone un mercado esencial para sus creadores. De ahí que se les permita un uso menor de obras ajenas que en el caso del profesorado, amparado por la limitación precedente.

<sup>525</sup> BERGER, C., *op. cit.*, p. 958.

reproducción de obras en la enseñanza, no define como tal lo que deba entenderse por «extracts», pero el apartado (5) del mismo impide que pueda reproducirse a su amparo más del 5% de una obra en un periodo de 12 meses, considerándose a estos efectos que la obra que incorpore otras obras, como el libro de texto que contenga imágenes, deberá ser tratada como una única obra.

Por su parte, en cuanto a la creación de antologías, el art. 70.2 LDA establece que el uso de la obra ajena no podrá superar la extensión determinada por el Reglamento de ejecución de la LDA. De acuerdo con el art. 22 del mismo, en el caso de la obra escrita en prosa, se podrá reproducir un máximo de 12.000 letras; si se trata de poesía, 180 versos que podrían ser ampliados en 30 versos más si fuera necesario para que el fragmento reproducido tuviera sentido pleno; en el supuesto de la obra musical, 20 compases y si es una obra cinematográfica, 50 metros de película<sup>526</sup>.

Lo segundo acontece en el ámbito francés, en el que la cuantía ha venido a ser determinada, no por el propio legislador, sino por los acuerdos a los que han llegado los Ministerios de educación y entidades como Conferencias de rectores de universidades con las entidades de gestión colectiva correspondientes en cada caso. Aunque el órgano que debería interpretar el concepto de «*extrait*» del art. L122-5 3º e) CPI sería el juzgador, las partes interesadas ya han delimitado el concepto en función de los tipos de obra a explotar, empleando para ello dos criterios diferentes: uno abierto y cualitativo y otro cuantitativo. El primero de ellos se aplica a las obras susceptibles de impresión. Así, el protocolo que regula los usos educativos y de investigación de tales creaciones define el extracto como «*d'une partie, d'un fragment d'une œuvre d'une ampleur raisonnable et non substituable à la création dans son ensemble*», salvo en el caso de las obras concebidas con fines pedagógicos y las partituras, para las que se establece un criterio cuantitativo<sup>527</sup>. Ahora bien, los acuerdos

---

<sup>526</sup> Así, aunque ya fue criticado el establecimiento de cantidades precisas de la obra en relación con el art. 22 del Real Decreto de 1925 y de hecho se defendió que este criterio no fuera incorporado en el CB con base a los problemas que había generado tal precepto, el legislador italiano de 1941 decidió mantenerlo.

En cuanto a la negativa de la Delegación italiana de incorporar criterios cuantitativos estrictos en el CB, *vid.* GIANNINI, A., *La Convenzione di Berna sulla proprietà letteraria*, Roma, 1993, p. 219.

<sup>527</sup> Cuando la obra concebida con fines pedagógicos se edita en forma de libro, el extracto no puede exceder 4 páginas consecutivas, siempre y cuando se respete un límite máximo del 10% de la paginación total de la obra. Si se edita en forma de publicación seriada, el extracto no puede exceder 2 artículos del mismo número, con el mismo límite del 10% de la paginación total del mismo. En relación con las partituras, el extracto queda reducido a 3 páginas con el límite del 10% del total de la obra. En cualquier caso, y como se verá posteriormente, conviene tener presente que el fragmento definido en relación con este tipo de obras lo es solo a efectos del acuerdo entre las partes interesadas, pero no de la excepción pedagógica, inaplicable a las obras concebidas con fines pedagógicos y a las partituras por estar excluidas expresamente de su ámbito de aplicación.



específicos sobre la reproducción reprográfica de obras en el ámbito de la enseñanza establecen que la reproducción de este tipo no podrá superar el 10% del total de un libro o de música impresa, ni el 30% del total de un número de una revista o periódico, con un máximo de copia de páginas en ambos casos de 80 páginas por alumno al año<sup>528</sup>. En el caso de la utilización de fonogramas y vídeos musicales, el extracto se limita a 30 segundos de estos, y en todo caso, siempre que no se supere el 10% de su duración total, de acuerdo con el acuerdo en cuestión. Por su parte, el extracto de una obra audiovisual o cinematográfica no podrá superar los 6 minutos de tiempo, siempre y cuando dicha duración sea inferior al 10% del total de la misma<sup>529</sup>. Por su parte, los acuerdos relativos a la representación de obras musicales y de obras audiovisuales o cinematográficas permiten a nivel convencional la utilización integral de las mismas en el aula, es decir, en la educación presencial, independientemente de su extensión. En cambio, en el supuesto de su utilización en exámenes, conferencias y en el ámbito de la enseñanza y la investigación online únicamente podrán representarse los extractos previamente determinados. Se observa, por tanto, un tratamiento completamente restrictivo de la enseñanza y la investigación a distancia a diferencia de la que tiene lugar en la clase, en contra del desarrollo de la educación y la investigación en línea.

En cualquier caso, es cierto que un límite cuantitativo genera una mayor seguridad jurídica en el sujeto amparado por la limitación, pues sabe con exactitud hasta dónde puede llegar en la explotación de una obra ajena en el ámbito educativo. No obstante, este sistema resulta menos adecuado para atender a las efectivas necesidades de la enseñanza, así como a la adecuada protección del autor fundamentalmente por tres razones. En primer lugar, y en cuanto a las necesidades efectivas de la enseñanza, porque los límites cuantitativos máximos podrían no satisfacer las necesidades de explotación de una obra ajena en el caso de receptores con necesidades específicas. En segundo lugar, y en relación con la protección de las obras, ya el OLG München advirtió que un límite cuantitativo «conduciría a un tratamiento desigual de las obras menos extensas en comparación con las de mayor envergadura» (la traducción es nuestra)<sup>530</sup>. Efectivamente, y si tenemos en cuenta, por ejemplo, los acuerdos franceses, 30 segundos de un vídeo musical en el que se ejecuten las cuatro estaciones de Vivaldi, con una

---

<sup>528</sup> No obstante, debe tenerse en cuenta a este respecto que lo establecido por los acuerdos sobre reprografía determinan los límites autorizados por el CFC en relación con el art. 122-10 CPI y no el concepto de extracto de la excepción pedagógica.

<sup>529</sup> El acuerdo, asimismo, permite la utilización de varios extractos de un mismo fonograma, vídeo-musical, obra audiovisual o cinematográfica siempre y cuando la suma de todos ellos no supere el 15% de la duración total de tales obras.

<sup>530</sup> OLG München, 24 März 2011, Az. 6 WG 12/09, párrafo 11.

duración total de cerca de tres cuartos de hora, no suponen lo mismo en cuanto a la afectación de la obra ajena que 18 segundos de una canción de tres minutos de duración<sup>531</sup>. Y, en tercer lugar, puede que la aplicación estricta de cantidades determinadas fraccione de forma inadecuada la obra original. Así, y si se tienen en cuenta los límites previstos en el art. 22 del Reglamento de ejecución LDA en relación con la creación de antologías, podría suceder que la última letra de las 12.000 que se pueden reproducir deje una palabra a mitad, que la oración en cuestión no finalice o que incluso completa, distorsione la idea real que quería manifestar el autor con la misma por faltar parte del contexto que la explica<sup>532</sup>.

En definitiva, y pese a la dosis de seguridad jurídica pueda resultar menor, consideramos que un criterio cualitativo resulta más adecuado que un criterio cuantitativo para adecuar el uso de la obra ajena a las necesidades de la enseñanza y a la protección de los intereses del autor.

### 3.2.5 Indicación de la fuente y el nombre del autor

Pese a que el primer elemento común del límite de la ilustración entre el CB y la DDASI es su carácter facultativo, como se señaló en el apartado 3.2.1 del presente Capítulo, los arts. 10.3) CB y 5.3 a) DDASI establecen dos requisitos obligatorios que los Estados que opten por la inclusión de la citada excepción han de incorporar necesariamente en su redacción: la indicación del nombre del autor y la fuente<sup>533</sup>. Consecuentemente, todas las legislaciones nacionales objeto a examen establecen dicha exigencia en las limitaciones de la ilustración<sup>534</sup>.

---

<sup>531</sup> En este caso concreto, y como se señaló, se autoriza la explotación de 30 segundos del vídeo musical, siempre que dicha cantidad no supere el 10% del total de dicho vídeo. Así, de los 45 minutos de las Cuatro estaciones de Vivaldi solo se puede utilizar un máximo de 30 segundos, esto es, un 1,1% del total de los cuatro movimientos. En el supuesto de la canción, dado que 30 segundos supera el 10% máximo permitido por el acuerdo, habrá que aplicar este porcentaje, que se corresponde con los 18 segundos del vídeo-musical completo.

<sup>532</sup> Ello podría resolverse mediante el establecimiento de una cláusula final que permitiera ampliar dichos límites cuantitativos en lo estrictamente necesario para que la reflexión que se reproduce tenga sentido pleno, como sí lo hace dicho Reglamento en relación con la poesía.

<sup>533</sup> Así deriva de la literalidad de tales preceptos. Según el art. 10.3) CB, «las citas y utilizaciones a que se refieren los párrafos precedentes deberán mencionar la fuente y el nombre del autor, si este nombre figura en la fuente». A tenor del art 5.3 a) DDASI, será posible la explotación de obras ajenas en la enseñanza «siempre que, salvo en los casos en que resulte imposible, se indique la fuente, con inclusión del nombre del autor». Asimismo, este requisito también se contempla en los arts. 6.2 b) y 9 b) DBD y ha sido mantenido en el art. 4.1 b) de la Propuesta de Directiva MUD.

<sup>534</sup> El §63 UrhG establece que la fuente tiene que ser «ist stets die Quelle deutlich anzugeben», de forma similar a como lo hace el art. L122-5 3º e) CPI, que inicia la limitación señalando que los actos de explotación autorizados por dicho precepto se podrán llevar a cabo «sous réserve que soient indiqués clairement le nom de l'auteur et la source». Por su parte, y salvo en el supuesto de la representación de obras en un público presente del art. 34 CDPA, el resto de limitaciones relacionadas con la enseñanza en la legislación inglesa del *copyright* exige que el uso se haga con «sufficient acknowledgement», lo que se define en el art. 178 CDPA como como la provisión de una doble identificación: la de la obra en cuestión mediante la alusión a su título o la realización de otro tipo de descripción, y la de su autor, salvo que la obra haya sido publicada de forma anónima o si no ha

La incorporación de este requisito en los textos internacional y comunitario no es de extrañar si se tiene en cuenta que las primeras legislaciones que recogieron la excepción de la ilustración para la creación de antologías coincidían en la necesidad de establecer esta exigencia, incluso antes de que algunas de ellas hubieran reconocido el derecho moral de paternidad del autor<sup>535</sup>. De hecho, lo que llama la atención es que este requisito no fuera previsto en el ámbito del CB hasta la Conferencia de Bruselas en 1948<sup>536</sup>.

El carácter imperativo de esta exigencia deriva fundamentalmente de las dos facetas que tradicionalmente se enfrentan en el ámbito de la propiedad intelectual. Por un lado, la indicación del nombre del autor se fundamenta en la necesidad de salvaguardar su derecho moral a la paternidad de la obra, de modo que este sea reconocido como tal también en los supuestos en los que su obra sea utilizada para fines de ilustración<sup>537</sup>. Por otro lado, y en favor de los usuarios de las obras protegidas, dicha indicación les permite diferenciar entre la información que reciben por medio de la explicación de que se trate y la obra utilizada para llevar a cabo dicha ilustración, ampliando así sus conocimientos sobre el tema tratado<sup>538</sup>. Asimismo, la indicación de la fuente permitirá a los beneficiarios de la excepción conocer los datos necesarios para acceder con mayor facilidad a la obra utilizada como medio de

---

sido publicada, que no sea posible para la persona que utiliza el extracto averiguar su identidad tras la realización de una búsqueda razonable. Asimismo, la doctrina italiana se refiere a este requisito como la «mención de uso», prevista en el art. 70.3 LDA del siguiente modo: «il riassunto, la citazione o la riproduzione debbono essere sempre accompagnati dalla menzione del titolo dell'opera, dei nomi dell'autore, dell'editore e, se si tratti di traduzione, del traduttore, qualora tali indicazioni figurino sull'opera riprodotta». En este último caso, el legislador italiano parece olvidar la comunicación al público prevista en el apartado primero del mismo artículo y la puesta a disposición de imágenes y música del art. 70.1-bis, pues únicamente se refiere al resumen, la cita y la reproducción de obras. Se trata, no obstante, de un descuido del legislador quien al incorporar el apartado 1-bis en el art. 70 LDA no reparó en modificar este aspecto para adaptar el apartado 3 a su nueva redacción. Así, y como exigencia derivada de los arts. 5.3 a) DDASI y 10.2) CB y del necesario respeto al derecho moral de paternidad de la obra, la mención del uso prevista en el art. 70.3 LDA debe considerarse igualmente aplicable a las excepciones referidas a la comunicación pública de obras previstas en el mismo precepto. En el mismo sentido, *vid.* SARTI, D., *op. cit.*, pp. 379 y 380 y MARGONI, T., *op. cit.*, p. 1966. Por su parte, VEZZOSO, S. se limita a señalar que tal mención no surge, al menos, expresamente, en relación con los actos de comunicación al público. *Op. cit.*, p. 193, nota 445.

<sup>535</sup> En cuanto a ello, *vid. supra* subepígrafe 1.2.1.4 del Capítulo I.

<sup>536</sup> *Actas*, 1948, p. 563. La inclusión de la necesidad de la mención del nombre del autor y la fuente ya había sido propuesta por parte de la Delegación italiana en la Conferencia de Roma (*Actas*, 1928, pp. 74 y 75), como lógico corolario del reconocimiento en la misma por primera vez de los derechos morales del autor, entre los que destacaba, el de paternidad de la obra. No obstante, y dados los intensos debates sobre el límite en cuestión, en dicha conferencia se prefirió mantener la redacción que había sido aprobada en conferencias anteriores. *Ibid.*, p. 254.

En cambio, el requisito en cuestión se recogió en el art. 5.3 a) DDASI desde su propuesta, lo que resulta lógico teniendo en cuenta que el mismo deriva del art. 10.2) CB.

<sup>537</sup> A tal derecho se refiere el art. 6bis CB. En cuanto a este derecho como fundamento del requisito de la mención del nombre del autor, *vid.* entre otros, MASOUYÉ, C., *op. cit.*, p. 60; RICKETSON, S.; GINSBURG, J. C., *op. cit.*, p. 795; IGLESIAS, M. J., *op. cit.*, pp. 135 y XALABARDER PLANTADA, R., *Estudio sobre las limitaciones...*, *cit.*, p. 40. En cuanto a ello, GIANNINI, A. llega a calificar esta exigencia como un «homenaje» al derecho moral de paternidad. «Citazioni...», *cit.*, p. 928.

<sup>538</sup> Así, LÓPEZ MAZA, S., «Art. 10»..., *cit.*, pp. 889 y 890.

ilustración y conocer la opinión de su autor, con lo que igualmente se produce un efecto positivo para este que consigue a través de dicha indicación ampliar el público de su obra<sup>539</sup>.

Pese a su diversa fundamentación, resulta lógica la redacción conjunta de estos dos requisitos llevada a cabo por ambos instrumentos normativos puesto que la indicación de cómo o dónde se ha obtenido la información requiere la mención de ciertos aspectos que incluyen, normalmente, el nombre del autor.

En cualquier caso, los supuestos y modos en los que deben llevarse a cabo las indicaciones del nombre del autor y de la fuente presentan ciertas especificidades que merecen ser analizadas de forma individualizada.

### 3.2.5.1 El fundamento de la exigencia de la indicación de la fuente. Especial referencia al DOI y al enlace

El CB prevé la necesidad de indicar la fuente en todo caso, mientras que la DDASI establece la misma obligación, pero supeditada a que la misma sea posible. No obstante, lo cierto es que su indicación será obligatoria en todo caso con base en cualquiera de los dos textos normativos, pues quien haya hecho uso de una obra para la ilustración conocerá la fuente de la que la haya extraído o donde la haya consultado y, por tanto y a diferencia de lo que sucede con respecto a la indicación del nombre del autor que no siempre es posible o admisible, siempre se podrá llevar a cabo dicha mención<sup>540</sup>. Siendo ello así, cabe realizar ciertas precisiones con respecto al concepto de fuente y a cómo debe indicarse la misma.

Ni el CB ni la DDASI definen el concepto de fuente, así como tampoco prevén cómo debe llevarse a cabo su indicación. Teniendo en cuenta que en el contexto de las negociaciones del CB y la DDASI los idiomas empleados fueron predominantemente el inglés y el francés, resulta oportuno analizar el sentido del término «source» conforme a dichas lenguas para determinar el alcance del requisito de la indicación de la fuente<sup>541</sup>. Así, de acuerdo con el *Cambridge Dictionary*, la fuente es el lugar del que procede o donde empieza algo o aquello

---

<sup>539</sup> La posibilidad de acceder por ello a la obra completa y no fragmentada hace concluir a LÓPEZ MAZA, S. que el fundamento de la exigencia de la indicación de la fuente se encuentra también en el respeto al derecho de integridad de la obra. «Art. 32», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Madrid, 4ª ed., 2017, p. 634.

<sup>540</sup> Así lo entienden VON LEWINSKI, S., «Article 5...», *cit.*, p. 1040 y GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., *El derecho de autor...*, *cit.*, p. 444. En cuanto al mismo requisito en la cita, MARISCAL GARRIDO-FALLA, P., «El límite de cita...», *cit.*, p. 425.

<sup>541</sup> Casualmente, el vocablo por el que se traduce la fuente en inglés y en francés es el mismo: «source».

o aquella persona que provea información<sup>542</sup>. Ello, unido al fin perseguido con el establecimiento de dicho requisito implica que la mención de la fuente deberá contener toda aquella información que sea necesaria para permitir a quien recibe la ilustración identificar la obra empleada en la enseñanza y mostrarle dónde o cómo puede acceder a ella.

En este sentido, la doctrina tradicionalmente ha identificado ciertos datos como necesarios para ver cumplido el requisito de la indicación de la fuente: en el caso de la obra escrita, deberá incluirse el título, en su caso el número o volumen de la revista, periódico o publicación en la que se incorpore, lugar y año de la edición y páginas; cuando se trate de una obra musical, el título de la obra a la que pertenece y el número o título del movimiento; en cuanto a las obras de arte, su nombre y año de creación y en el caso de la obra audiovisual, el título y el año de la edición<sup>543</sup>. Junto a todos estos datos, se ha señalado como elemento necesario para la indicación de la fuente común a todos los tipos de obra la indicación del nombre del autor o editor, en su caso. En cuanto a ello, el art. 70.3 LDA recoge expresamente la necesidad de citar al editor, así como el §63(1) UrhG, que también se refiere a la discográfica en el caso de las obras musicales. Sea como fuere, tanto la indicación del nombre del autor como de la fuente deberá preverse en un lugar o momento que no interrumpa en exceso la explicación en la que se utiliza la obra para ilustrar la enseñanza, de acuerdo con las normas de estilo de cada rama, si bien tendrá que ligarse al fragmento o porción empleado para que los que la reciben identifiquen la mención en cuestión con la obra a la que se refiere<sup>544</sup>. En cuanto a ello, en la práctica debe justificarse una cierta tolerancia en la utilización de obras ajenas en conferencias o discursos orales, en los que la mención de la fuente de todas las obras utilizadas en los mismos haría infructuosa e incomprensible la propia disertación<sup>545</sup>.

Aunque hasta el momento se ha tratado la forma tradicional de mencionar la fuente de una obra, internet y las TIC ofrecen nuevas posibilidades en cuanto a dicha exigencia, como el denominado DOI y el enlace.

---

<sup>542</sup> Disponible en <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/>.

<sup>543</sup> Entre otros, *vid.* IGLESIAS, M. J., *op. cit.*, 240 y 241. De forma similar, el Tribunal de Milán consideró que la fuente se compone del título de la obra y el nombre del autor, del editor y del traductor, en su caso. *Trib. Milano*, 8 luglio 2009, *Dir. Aut.*, n° 4, octubre-diciembre, 2009, p. 634.

<sup>544</sup> LÓPEZ MAZA, S., «Artículo 10»..., *cit.*, pp. 892 y 893.

<sup>545</sup> En palabras de GIANNINI, A., la mención de todos esos datos en relación con todas las obras que sirven de base a una exposición oral sería «ridícula». «Citazioni...», *cit.*, p. 928.

El DOI es un identificador único y permanente de un objeto digital de cualquier tipo, si bien se aplica especialmente en el ámbito de la publicación científica<sup>546</sup>. Proporciona información sobre tales objetos digitales y su localización en internet a través de metadatos, entre los que destacan el dato del autor, el del título, los datos de la publicación, etc. Además de identificar de forma unívoca un contenido electrónico, sirve como un vínculo persistente y estable para su localización en internet, aunque cambie su URL o dirección web, a diferencia de lo que sucede con los enlaces. Técnicamente es un código alfanumérico formado por el Directorio DOI común a todos los identificadores (<http://dx.doi.org>), un prefijo que identifica al editor y un sufijo que identifica al propio objeto digital. En cualquier caso, no todos los documentos digitales tienen un DOI, sino únicamente aquellos para los que se haya solicitado dicho identificador. Cuando la obra digital en cuestión que se utilice en la enseñanza tenga un DOI, la inclusión del código podría bastar para dar por cumplida la exigencia de la mención de la fuente en el ámbito digital, pues con la activación del mismo aparecerán todos los datos de la publicación e incluso se podrá acceder a la obra cuando ello sea posible. En cambio, la previsión del DOI no será suficiente cuando la obra sea utilizada en el ámbito analógico, ya que en este caso no será posible activarlo.

En cuanto al enlace, y dejando de lado las discusiones que sobre su consideración como comunicación al público se han llevado a cabo a raíz de la jurisprudencia del TJUE<sup>547</sup>, lo cierto es que efectivamente un enlace puede permitir el acceso a una obra a través de internet. No obstante, un enlace como tal no contiene la información necesaria para poder consultar la obra pues el conjunto de letras, números y signos que lo componen pueden incluso no incorporar siquiera el título de la obra, elemento esencial para poder buscarla y acceder a ella. En ese caso, hemos de tener en cuenta que únicamente se podrían conocer los datos identificativos de la obra mediante la activación del enlace en cuestión, pero ello excluiría del conocimiento de los mismos a los alumnos que no tengan acceso a internet, lo que les impediría buscar la obra a través de otros medios. Además, y a diferencia del DOI que tiene carácter permanente, los enlaces pueden dejar de permitir el acceso a la obra cuando el archivo es eliminado o se cambia su posición en la red, alojándolo en un servidor o una página distinta a la que se refería

---

<sup>546</sup> El sistema de control DOI fue creado por la Corporación Nacional para Iniciativas de Investigación (CNRI), una asociación estadounidense no lucrativa destinada a promover el desarrollo de las tecnologías de la información y la comunicación en el campo de la investigación científica.

<sup>547</sup> Entre ellas, destaca la STJUE de 13 de febrero de 2014, caso Svensson, asunto C-466/12.

el enlace. Por lo tanto, y aunque se puede incluir el enlace en la indicación de la fuente, el mismo no será suficiente para dar por cumplida tal exigencia.

### 3.2.5.2 La indicación del nombre del autor como manifestación del derecho moral de paternidad

En cuanto a la mención del nombre del autor, debe tenerse en cuenta que los derechos morales son irrenunciables y, por lo tanto, incluso si no se hubiera establecido la obligación de indicar el nombre del autor, la necesidad de su respeto llevaría consigo aparejada necesariamente la indicación prevista en el límite en cuestión.

En cuanto a ello, cabe destacar que el límite no hace referencia a otros derechos morales como el de integridad o el de divulgación de la obra. Pese a que se podría cuestionar si la expresa referencia que se lleva a cabo respecto del derecho de paternidad por medio del requisito de la indicación del nombre del autor implica que, al no señalarse nada respecto del resto de derechos morales, estos no deben ser respetados necesariamente, lo cierto es que el argumento de la irrenunciabilidad de los derechos morales del autor sigue siendo válido en este caso. El propio límite de la ilustración requiere que la utilización de la obra se lleve a cabo «en la medida justificada por la finalidad perseguida» lo que inevitablemente supone su fragmentación, salvo en los casos de las obras de escasa extensión y las de artes visuales. Pero dicha utilización parcial de la obra no tiene por qué conllevar un perjuicio al honor o la reputación de su autor, elemento exigido en el art. 6bis CB para que se considere afectado el derecho a la integridad de la obra. De modo que la modificación de que se trate (resumen, reproducción parcial, etc.) podrá llevarse a cabo siempre y cuando no se perjudique la imagen del autor<sup>548</sup>. En cuanto al derecho de divulgación, y aunque tampoco se mencione expresamente en el ámbito de la excepción de la ilustración en el CB y la DDASI, las legislaciones nacionales objeto de estudio sí han requerido que la obra ajena que sea explotada en la enseñanza haya sido previamente divulgada. De hecho, tampoco el derecho de paternidad se menciona como tal en la redacción del límite, sino que se recoge el medio a través del cual debe darse su cumplimiento: la inclusión del nombre del autor. En cualquier caso, no siempre la indicación del nombre del autor será posible en la práctica.

---

<sup>548</sup> De acuerdo con GALOPIN, B., se admite cierto grado de afectación al derecho de integridad del autor en cualquier excepción, por cuanto estas requieren normalmente una fragmentación de la obra. *Op. cit.*, pp. 266-268. Asimismo, ciertas modificaciones de la obra pueden ser necesarias para cumplir la finalidad de la enseñanza, tal y como señalan RICKETSON, S., *Estudio sobre las limitaciones...*, *cit.*, p. 17 y LÓPEZ MAZA, S., «Art. 10»..., *cit.*, pp. 890 y 891.

En primer lugar, si se ha concluido que el establecimiento de dicha exigencia deriva del derecho moral de paternidad, no podrá indicarse el nombre del autor cuando el mismo haya divulgado su obra de forma anónima, bajo seudónimo o signo pues en ese caso la inclusión del nombre vulneraría dicho derecho al no respetarse la decisión del autor de no dar a conocer la autoría de su obra<sup>549</sup>.

En segundo lugar, puede suceder que la fuente de la que se haya obtenido la obra en cuestión no haya recogido el nombre del autor, aunque este sí haya querido ser reconocido como tal con la divulgación de su obra. Ello no resulta infrecuente en el ámbito de internet, pues numerosas obras recogidas en documentos como pdfs y, especialmente, power points o en obras generadas por los usuarios de la red se comunican públicamente a través de internet sin indicación del nombre de su autor<sup>550</sup>. En este supuesto, hemos de tener en cuenta que el CB y la DDASI eximen del cumplimiento de esta exigencia en determinados supuestos<sup>551</sup>. Por un lado, el art. 10.3) CB señala que la indicación del nombre del autor debe llevarse a cabo «si este nombre figura en la fuente». Por el otro lado, el art. 5.3 c) DDASI establece la misma obligación «salvo en los casos en que resulte imposible». De la redacción de ambos textos podría entenderse que se produce una relajación de la exigencia de la indicación del nombre del autor en el CB respecto de la DDASI<sup>552</sup>. Así, el CB exige de la obligación de mencionar el nombre del autor en el caso de que este no se prevea en la fuente. Por lo tanto, el CB exige la indicación de la fuente en todo caso, mientras que la del nombre del autor queda supeditada a que el mismo se mencione en la fuente consultada. En relación con la DDASI, en cambio, podría considerarse que la excepción de la ilustración exige de forma imperativa la inclusión del nombre del autor en todos aquellos supuestos en que sea posible la indicación de la fuente, puesto que por el propio orden de la redacción del límite la exención relativa a «los casos en que resulte imposible» parece referirse únicamente a la indicación de la fuente y no a la del nombre del autor. Así, y a diferencia de lo establecido en el CB, la DDASI no prevé la indicación de la fuente en todo caso, sino sólo cuando la misma no resulte imposible, en cuyo

---

<sup>549</sup> Así, RIBERA BLANES, B., «La nueva regulación...», *cit.*, p. 696.

<sup>550</sup> De hecho, ese es precisamente el supuesto de hecho del *caso Córdoba*, en el que la alumna reprodujo en su trabajo una fotografía de Córdoba que encontró en una página web de viajes que no mencionaba el nombre de su autor.

<sup>551</sup> En cambio, esta exención no se prevé en las legislaciones francesa e italiana, que requieren en todo caso la mención de la fuente y el nombre del autor.

<sup>552</sup> LÓPEZ MAZA, S., «Art. 10»..., *cit.*, p. 893.



caso será obligatoria la mención del nombre del autor sin excepción, haciendo depender la misma, por tanto, de la posibilidad o no de la indicación de la fuente<sup>553</sup>.

En cualquier caso, son varias las críticas que pueden llevarse a cabo en relación con ambas redacciones. En cuanto al CB, aunque como se ha señalado puede ocurrir que la fuente consultada no contenga el nombre del autor de la obra utilizada, hemos de tener en cuenta a este respecto que en la actualidad los medios informáticos han facilitado la averiguación del dato en cuestión a través de internet mediante la inserción del título de la obra en un motor de búsqueda que rastrea simultáneamente en un amplio abanico de fuentes, permitiendo así la obtención con facilidad del nombre del autor tanto de obras escritas, como sonoras o audiovisuales, cuando este sea conocido<sup>554</sup>. Por lo tanto, si se tiene en cuenta que el establecimiento de dicho requisito deriva del necesario respeto al derecho moral de paternidad del autor, la exención prevista en el CB resulta demasiado amplia. Por su parte, la DDASI parece prever la imposibilidad de la indicación de la fuente de la que depende la del nombre del autor. Pero, como se señaló previamente, la fuente siempre será conocida y, por lo tanto, deberá indicarse teniendo en cuenta las particularidades de cómo pueda llevarse a cabo respecto del tipo de obra utilizada para la ilustración. Siendo posible en todo caso la indicación de la fuente, la Directiva otorga un carácter imperativo a la indicación del nombre del autor, indicación que, como precisamente se analiza en el presente epígrafe, no siempre es posible. Quizá el legislador comunitario pretendía enfatizar así la importancia de la mención de este aspecto con la intención de exigir al sujeto amparado por el límite un esfuerzo especial en la búsqueda del nombre del autor de modo que no se conforme con las indicaciones previstas en una única fuente, pretendiendo corregir de este modo la amplia exención prevista en el CB. Así, el que utilice la obra ajena en la enseñanza deberá investigar la fuente y la autoría hasta el límite de lo razonablemente exigible<sup>555</sup>. En relación con ello, el AG consideró en el caso Córdoba que la alumna y el profesor actuaron de manera cuidadosa, porque, aunque no mencionaron el nombre del autor de la fotografía, ello fue así dado que dicho nombre no figuraba en la fuente de la que la extrajeron, en concreto, la revista *Schwarzaufweiss*, que sí aparecía indicada junto a la inserción de la fotografía en el trabajo de la alumna<sup>556</sup>.

---

<sup>553</sup> En cambio, GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I. entiende que la imposibilidad referida en el art. 5.3 a) DDASI se aplica tanto a la mención de la fuente como a la del nombre del autor. *El derecho de autor...*, cit., p. 444.

<sup>554</sup> En cuanto a ello, TAFFOREAU, P. considera que internet es el «vecteur le plus propice au respect du droit à la paternité». *Op. cit.*, p. 151.

<sup>555</sup> En este sentido, GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., *El derecho de autor...*, cit., p. 451 e IGLESIAS, M. J., *op. cit.*, p. 240.

<sup>556</sup> Párrafo 119 de las conclusiones del AG.

No obstante, existe un supuesto en el que la mención del nombre del autor será imposible, pero no por no ser conocido ni por imposibilidad legal, sino por las exigencias derivadas de la finalidad de la enseñanza. A esta posibilidad se refiere expresamente el legislador alemán que permite en el §63(1) UrhG que no se haga la mención del nombre del autor y la fuente cuando lo requiera la elaboración de un examen. Así, por ejemplo, se permite incluir un pasaje de una obra literaria o una imagen de una obra escultórica para que sea identificada por el alumno. La indicación del nombre del autor y la fuente en este último supuesto podría impedir la consecución de la finalidad perseguida con la realización del examen y, con ella, la de la propia limitación de la ilustración de la enseñanza. Por ello, esta previsión de la legislación alemana parece la más acorde de entre las estudiadas a los fines educativos que se pretenden con la limitación de la ilustración. Ahora bien, conviene destacar que este precepto se refiere exclusivamente a los derechos de reproducción y distribución, dejando al margen el de comunicación al público. Aunque sea ciertamente criticable, ello supondrá que podrá no indicarse la fuente y el nombre del autor en el caso de un examen escrito presencial, pero no cuando el mismo se lleve a cabo *online*.

En cuanto al modo en que deba indicarse dicho nombre, la jurisprudencia inglesa ha considerado que puede hacerse referencia al nombre del autor o bien al pseudónimo, o se puede dar por cumplida esta exigencia mediante una foto o un logo del mismo<sup>557</sup>, siempre que ese medio de identificación permita a un miembro del público relevante razonablemente atento reconocer a esa persona como el creador de la obra<sup>558</sup>.

En definitiva, los requisitos del nombre del autor y la fuente previstos de forma imperativa en el límite de la ilustración tanto en el CB como en la DDASI constituyen un medio adecuado y necesario para promover la cultura y la transmisión del saber al reconocer a los autores su labor en la generación de nuevo conocimiento e impulsarles así a la creación de nuevas obras,

---

<sup>557</sup> Así vino a establecerlo la *Court of Appeal* de Inglaterra y Gales en el afamado caso *Pro Sieben Media AG v. Carlton UK Television and another* de 1 de enero de 1999, en el que, aunque *Pro Sieben* no fue nombrado en el programa emitido por *Carlton Television*, el requisito en cuestión se consideró cumplido puesto que la cadena incluyó el logo de la demandante junto con sus iniciales, modo en que, además, esta solía identificarse. Comentan dicha sentencia GRIFFITHS, J., «Fair Dealing in the Law of Copyright», *Nottingham Law Journal*, vol. 8, nº 1, 1999, pp. 56-59 y TORREMANS, P., *Holyoak & Torremans...*, *cit.*, pp. 291 y 292.

<sup>558</sup> Este requisito fue especificado en la sentencia de instancia dictada por la *Chancery Division* en 1998, si bien la jueza en este caso entendió que el requisito del «sufficient acknowledgement» no podía considerarse satisfecho debido a que el logo era reconocido por un escaso número de televidentes. GRIFFITHS, J., *ibid.*, p. 55.

No obstante, y aunque las sentencias de instancia y apelación llegaran a conclusiones distintas, tanto la posibilidad de utilizar un logo como la necesidad de que el miembro relevante del público sea capaz de identificar al autor con el mismo se han considerado criterios concurrentes a tener en cuenta en la apreciación de dicho requisito. Así, *vid.* BURRELL, R.; COLEMAN, A., *op. cit.*, p. 60; BENTLY, L.; SHERMAN, B., *op. cit.*, p. 229 y TORREMANS, P., «The Perspective of the Introduction...», *cit.*, p. 324.

por un lado, y favorecer la enseñanza mediante la facilitación al acceso de las obras, por otro. Por todo ello, la fuente deberá mencionarse por ser conocida y tendrá que intentarse la indicación del nombre del autor mediante su búsqueda, siempre y cuando ello sea posible de acuerdo con las circunstancias del caso. No obstante, entendemos que el CB y la DDASI, cuando se refieren a la imposibilidad de que se haga dicha mención, permiten una interpretación conjunta de ese requisito con la finalidad de la enseñanza, lo que justificaría la exención de esta obligación cuando lo requiera el fin señalado, como en el supuesto de los exámenes<sup>559</sup>.

### 3.2.6 La aplicación de la denominada «regla de los tres pasos»

Además del establecimiento de ciertos límites concretos, los arts. 9.2) CB y 5.5 DDASI contemplan la denominada regla de los tres pasos, esto es, la necesidad de que las excepciones a los derechos de autor se limiten a ciertos casos especiales, que no atenten contra la explotación normal de la obra ni perjudiquen injustificadamente los intereses legítimos del autor<sup>560</sup>. En el caso del CB, el test fue incorporado en la Conferencia de Estocolmo con el objeto de permitir que los legisladores nacionales pudieran establecer nuevas limitaciones no expresamente previstas en el CB en relación con el recién reconocido derecho de reproducción del autor<sup>561</sup>. Asimismo, cabe destacar que esta fue la primera norma de propiedad intelectual que recogió este test, siendo posteriormente seguida por un gran número de tratados internacionales<sup>562</sup>. Por su parte, la DDASI contempló este test desde la primera propuesta de la Directiva, si bien se preveía en el art. 5.4<sup>563</sup>.

#### 3.2.6.1 El destinatario de la norma

De la redacción del test de las tres etapas en el CB y en la DDASI parece derivarse que el destinatario de la norma no es el mismo en ambos supuestos. En efecto, el art. 9.2) CB se

---

<sup>559</sup> Por la misma interpretación aboga IGLESIAS, M. J., *op. cit.*, p. 241.

<sup>560</sup> De acuerdo con el art. 9.2) CB, «se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor». A tenor del art. 5.5 DDASI, «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».

<sup>561</sup> *Actas*, 1971, p. 112.

<sup>562</sup> Entre otros, esta regla se contiene en el art. 10 TODA, el art. 16.2) TOIEF y el art. 13 ADPIC.

<sup>563</sup> Asimismo, este test ya se había previsto con anterioridad en la Directiva 91/250/CEE, derogada y sustituida por la Directiva 2009/24/CE de Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, sobre la protección jurídica de programas de ordenador (art. 6.3) y en la DBD, en su arts. 6.3 en cuanto al derecho de autor y 8.3, en cuanto al derecho del fabricante de bases de datos. Sobre su regulación, *vid.* CASAS VALLÉS, R., «Art. 40bis»..., *cit.*, pp. 803-806.

dirige a «las legislaciones de los países de la Unión», es decir, al legislador<sup>564</sup>. De este modo, lo que hace el CB es establecer los criterios a los que debe ajustarse el legislador nacional a la hora de confeccionar nuevas excepciones a los derechos del autor. En cambio, el art. 5.5 DDASI se refiere a la aplicación de las excepciones y limitaciones al derecho de autor, correspondiendo esta actividad propiamente al juzgador en cada caso concreto<sup>565</sup>. Así, convierte el test de las tres etapas previsto en el CB como una norma dirigida al legislador en una norma de interpretación de las excepciones<sup>566</sup>.

Si se considera que el único destinatario del test es el legislador, se tendrá la seguridad jurídica de que la actuación conforme a lo previsto en la excepción no será constitutiva de infracción a los derechos del autor. Ello supondría la consideración de que la excepción, tal y como ha sido diseñada por el legislador, cumple en todos los supuestos subsumibles en la misma con cada una de las fases del test. No obstante, no debe dejar de reconocerse que el legislador es incapaz de prever en abstracto absolutamente todos los casos concretos que puedan darse en la práctica, máxime si se tiene en cuenta la rapidez con la que se suceden los cambios tecnológicos. Por ello, y aunque la aplicación del test por parte del juzgador pueda generar una cierta inseguridad jurídica, lo cierto es que el juez podría colmar las necesidades de adaptación de las limitaciones a las nuevas realidades por medio de este instrumento interpretativo<sup>567</sup>.

Consecuencia de esta circunstancia y de que, como se ha podido comprobar, el texto del test en el CB se dirige al legislador y el de la DDASI al juez, debemos entender que el legislador nacional tiene que atender a las etapas del test cuando decide incorporar

---

<sup>564</sup> En el mismo sentido, CASAS VALLÉS, R., *ibid.*, p. 813; GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., «Artículo 9»..., *cit.*, p. 760; XALABARDER PLANTADA, R., «Los límites a los derechos...», *cit.*, pp. 82 y 85 y LÓPEZ MAZA, S., «La posibilidad de utilización...», *cit.*, p. 300.

<sup>565</sup> Así, entre otros, COHEN JEHOAM, H., *op. cit.*, p. 364; GOTZEN, F., «Copyright in Europe: Quo vadis? Some Conclusions after the Implementation of the Information Society Directive», *RIDA*, nº 211, 2007, p. 25; LUCAS, A., «Le test en trois étapes et sa signification dans la Directive de 2001 sur la Société de l'Information», *pe.i*, Addenda, 2011, p. 51; XALABARDER PLANTADA, R., «Los límites a los derechos...», *cit.*, p. 91. LÓPEZ MAZA, S. entiende que la regla de los tres pasos prevista en la DDASI se dirige tanto al legislador como al juez. «La posibilidad de utilización...», *cit.*, p. 301. Por su parte, VON LEWINSKI, S. considera que el art. 5.5 DDASI tiene como destinatario únicamente al legislador. «Article 5...», *cit.*, pp. 1061 y 1061. En el mismo sentido, BURRELL, R.; COLEMAN, A., *op. cit.*, p. 298 y GEIGER, C., «The New French Law...», *cit.*, pp. 419 y 420. No obstante, también entiende este último autor que es inevitable que sea aplicado por los jueces, en «From Berne to National law, via the Copyright Directive: The Dangerous Mutations of the Three-Step Test», *EIPR*, 2007, p. 487 y «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*, enero-marzo, 2007, p. 14.

<sup>566</sup> Así, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Las limitaciones y excepciones a los derechos de propiedad intelectual y el equilibrio entre los intereses enfrentados en el derecho español», *pe.i*, Addenda, 2011, p. 27 y GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., «Artículo 9»..., *cit.*, p. 811.

<sup>567</sup> En cuanto a las ventajas y los inconvenientes de considerar que el destinatario del test es solo el legislador o el juez, *vid.* LÓPEZ MAZA, S., «La posibilidad de utilización...», *cit.*, pp. 303 y 304.

excepciones al derecho de autor. Asimismo, el juez podrá utilizarlo en la exégesis de la excepción cuando sea aplicable a hechos que generen dudas en cuanto a su posible subsunción en el supuesto de hecho de la excepción en concreto, especialmente cuando se trata de actos relacionados con nuevas formas de explotación de la obra<sup>568</sup>. De ahí que ciertos requisitos de las excepciones nacionales de la enseñanza tengan su origen en alguna de las etapas del test y que los jueces hayan aplicado dicha regla incluso en el supuesto concreto de la excepción de la ilustración.

### 3.2.6.2 La interpretación de las fases

El caso paradigmático en relación con la interpretación de las fases que componen el test de las tres etapas tuvo lugar, no obstante, en el marco de la aplicación del test previsto en el art. 13 ADPIC<sup>569</sup>. En el caso en cuestión, las entonces Comunidades europeas entendían que la nueva excepción contemplada en el art. 110(5) de la Ley de derechos de autor de EE.UU.<sup>570</sup> incumplía el test de las tres etapas previsto en el art. 13 ADPIC.

De acuerdo con la interpretación dada por el Grupo Especial de la OMC, la primera etapa, es decir, que el límite se permita en «determinados casos especiales» requiere que la excepción en cuestión esté tipificada legalmente, de modo que contemple situaciones concretas o precisas, no pudiendo dar cobertura a descripciones vagas o excesivamente amplias<sup>571</sup>. En

---

<sup>568</sup> Así, SENFTLEBEN, M., «The International Three-Step Test. A Model Provision for EC Fair Use Legislation», *JIPITEC*, nº 1, 2010, p. 73.

<sup>569</sup> Informe del Grupo Especial de la OMC de 15 de junio de 2000, caso WTO/DS160/R.

<sup>570</sup> De acuerdo con dicho precepto, era posible la emisión de música por radio o televisión en lugares públicos (bares, tiendas, restaurantes, etc.) sin pago de remuneración alguna a los titulares de derechos, lo que quedaba sujeto a una serie de requisitos. Sobre los hechos del caso, *vid.* CASAS VALLÉS, R., «Art. 40bis»..., *cit.*, pp. 798-800.

<sup>571</sup> En palabras del propio Grupo Especial, «una excepción o limitación prevista en la legislación nacional debe estar claramente definida. Sin embargo, 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. (...) En otras palabras, una excepción o limitación debe ser estricta en sentido cuantitativo y en el cualitativo». Apartados 6.108 y 6.109 del Informe. En cuanto a esta última consideración, SENFTLEBEN, M. entiende que para determinar que una excepción se refiere a un caso como especial, debe primar su valoración cualitativa y no tanto la cuantitativa, esto es, la decisión legislativa de establecer una excepción al derecho de autor debe fundamentarse en la necesidad de equilibrar los intereses entre las partes, en una justificación racional, y no tanto en que el número de supuestos que puedan ser subsumidos en la norma sea reducido. *Copyright, Limitations...*, *cit.*, pp. 152 y 144-152. Del mismo modo lo entiende LUCAS, A., «Le “triple test” de l’article 13 de l’Accord ADPIC à la lumière du rapport du Groupe spécial de l’OMC “Etats Unis-Article 110 5) de la Loi sur le droit d’auteur”», en *Writings in Honour of Adolf Dietz*, P. Ganea; C. Heath; G. Schricker (eds.), Munchen, 2001, p. 430. En contra, GINSBURG, J. C. considera que el interés público subyacente al establecimiento de la excepción debe valorarse en las otras dos etapas del test. RICKETSON, S.; GINSBURG, J. C., *op. cit.*, p. 766. CASAS VALLÉS, R. parece no decantarse por una interpretación u otra al limitarse a señalar que el problema que subyace a esta discusión es el que sigue. Si se incorporan elementos normativos en la primera etapa del test, algunos límites, como el de la utilización de obras musicales en actos oficiales y ceremonias religiosas, probablemente no podrían superarla, pese a estar perfectamente definidos los «casos especiales» en los que se deben aplicar. En cambio, si no son tenidos en cuenta tales elementos, los términos amplios que se empleen en una limitación

cuanto a ello, las limitaciones nacionales que derivan de alguna de las concretamente previstas en el CB, como es el caso de la de la ilustración, cumplen con este requisito<sup>572</sup>. No obstante, el AG encontró precisamente en esta etapa la mayor complejidad para determinar si el acto llevado a cabo por la alumna en el *caso Córdoba* podía ser considerado como un «determinado caso concreto». Ello fue así porque el AG tuvo en cuenta en un principio un criterio estrictamente cuantitativo, de modo que al ser la conducta de la alumna probablemente repetida a diario en los distintos Estados miembros, podría resultar cuestionable que la misma superara la primera etapa del test. A pesar de ello, y con mayor acierto, afirma posteriormente el AG que «una exégesis equilibrada de este último paso del test, que pondere simultáneamente otros legítimos intereses (en este asunto, los derivados del derecho a la educación), permitiría deducir que no importa tanto la cantidad de actos idénticos o similares, sino que sus contornos estén suficientemente especificados para no colisionar con la explotación normal de las obras y no perjudicar de modo injustificado los intereses legítimos del titular de los derechos sobre esta. Se trataría, pues, bajo esa reserva, del mismo caso concreto»<sup>573</sup>.

Posteriormente, el Informe determina que la afectación a la explotación normal de la obra se refiere al hecho empírico de la afectación en el mercado actual o potencial de la obra, de modo que se dañe una futura oportunidad de negocio o provoque pérdidas efectivas en el negocio actual, siempre y cuando dicho mercado fuera al que efectivamente se dirigía el autor, pues de lo contrario, ninguna excepción podría superar esta etapa del test<sup>574</sup>. En este caso, la previsión de una remuneración en la excepción será irrelevante a la hora de apreciar esta fase del test. No obstante, entendemos con parte de la doctrina, que ya en esta etapa debe tenerse en cuenta la política legislativa que subyace al establecimiento del límite, esto es, el interés general que justifica su establecimiento, de modo que se pueda entender superada cuando, aún recortando de forma sustancial el mercado de la obra del autor, exista una motivación

---

podrían impedir la superación de la primera etapa del test, pese a que puedan estar completamente justificados por el interés general. «Art. 40bis»..., *cit.*, pp. 829 y 830.

<sup>572</sup> Así, SENFTLEBEN, M., *Copyright, Limitations...*, *cit.*, p. 258, a quien sigue GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., «Artículo 9»..., *cit.*, pp. 766 y 767.

<sup>573</sup> Párrafo 127 de las conclusiones.

<sup>574</sup> Apartados 6166 y 6182. Concretamente, y de acuerdo con el apartado 6183, «consideramos que una excepción o limitación de un derecho exclusivo en la legislación nacional llega a atentar contra una explotación normal de la obra (es decir, el derecho de autor o más bien todo el conjunto de derechos exclusivos conferidos por el derecho de autor), si las utilidades, que en principio están comprendidas en ese derecho pero se hallan exentas en virtud de la excepción o a la limitación, 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».

De forma similar se se expresa MASOUYÉ, C., *op. cit.*, p. 63.

normativa que justifique dicha pérdida<sup>575</sup>. Precisamente el cumplimiento de esta fase es el que ha tenido una mayor influencia en la regulación del límite de la ilustración con fines educativos<sup>576</sup>. En el *caso Córdoba* en concreto, el AG entendió que el uso de una fotografía ajena que estaba disponible en una página web de viajes en un trabajo elaborado por una alumna, que posteriormente se colgaba en la página web del centro educativo, no afectaba a su explotación normal porque «ni la alumna ni el profesor (tampoco el centro docente o el Land) detraen los eventuales beneficios económicos derivados de la presencia de la fotografía en la red ni obtienen un provecho comercial, en perjuicio del autor»<sup>577</sup>.

Y, por último, y en cuanto al perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor, esta es la etapa en la que propiamente se ha entendido que debe aplicarse un criterio de proporcionalidad<sup>578</sup>. La fase en cuestión permite que se perjudiquen los intereses legítimos del autor, siempre y cuando ello esté justificado, justificación que se encuentra, precisamente, en el interés general que por el que se establece la excepción en cuestión<sup>579</sup>. En este caso, por tanto, el establecimiento de una remuneración en favor del autor permitiría entender superada esta fase en determinados supuestos.

Pese a que este caso permitió dar un primer paso en la determinación del sentido de las etapas del test, debe tenerse presente que la interpretación llevada a cabo por el Grupo Especial de la OMPI no implica que el test de las tres etapas deba ser entendido de ese modo en el ámbito del CB y la DDASI<sup>580</sup>. Habría que esperar a que el órgano competente para conocer de dichos instrumentos normativos, esto es, la Corte Internacional de Justicia en el caso del CB y el TJUE en cuanto a la DDASI, definiera los elementos del test para que dicha interpretación fuera de obligado acogimiento a nivel de la UE.

---

<sup>575</sup> Así, RICKETSON, S.; GINSBURG, J. C., *op. cit.*, p. 771 y GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., «Artículo 9»..., *cit.*, pp. 779-781. De hecho, GEIGER, C. avanza la toma en consideración de este elemento normativo a la primera etapa. «El papel del test...», *cit.*, p. 6.

<sup>576</sup> *Vid. infra*, apartado b. del Subepígrafe 3.2.6.3 del presente Capítulo.

<sup>577</sup> Párrafo 123 de las conclusiones.

<sup>578</sup> A ello se refiere el Informe en el apartado 6.225.

<sup>579</sup> Refleja con claridad esta circunstancia CASAS VALLÉS, R. cuando afirma que «los elementos normativos, presentes en la prueba desde el *primer paso*, quedan aquí al desnudo. Ya no cabe decidir sino en función de ellos» (la cursiva es del propio autor). «Art. 40bis»..., *cit.*, p. 836.

<sup>580</sup> En el mismo sentido, SENFTLEBEN, M., *Copyright, Limitations...*, *cit.*, pp. 107-110. Asimismo, recuerda con acierto CASAS VALLÉS, R., «Art. 40bis»..., *cit.*, p. 797, que los ADPIC constituyen un instrumento regulatorio del comercio internacional y, por ello, el test de las tres etapas contenido en él «obliga a una visión más equilibrada del conflicto entre propiedad intelectual e intereses generales, evitando planteamientos maximalistas a favor de los primeros».

a. ¿Sucesiva o comprensiva?

De acuerdo con el Informe del Grupo Especial de la OMC, las fases del test deben ser interpretadas de forma cumulativa y sucesiva, es decir, una excepción será acorde con la prueba de las tres etapas cuando cumpla todas ellas y en el orden específicamente previsto. De este modo, si la excepción consigue superar la primera fase, pero no la segunda, ya no será necesario estudiar la tercera, pues directamente se considerará que la excepción no es acorde con el test<sup>581</sup>.

Ello supone, por tanto, que la toma en consideración del elemento más importante de una excepción, esto es, el interés general que la fundamenta no puede ser apreciado si no se cumplen con las dos primeras fases, lo que puede resultar problemático teniendo en cuenta especialmente la estricta configuración de la segunda. Con el objeto de salvar este problema, un grupo importante de la doctrina ha elaborado la conocida declaración «A Balanced Interpretation Of The “Three-Step Test” In Copyright Law»<sup>582</sup>. En la misma se aboga por una interpretación conjunta de las tres etapas, entendidas como un todo indivisible e interdependiente<sup>583</sup>, de modo que su aplicación no suponga una necesaria interpretación restrictiva de las limitaciones, sino que en la misma se atienda especialmente a los objetivos y finalidades perseguidos por las excepciones a examen<sup>584</sup>.

Quizá esta sea la forma más acorde de entender la aplicación del test de las tres etapas, teniendo en cuenta la tendencia del TJUE a aplicar el criterio de la proporcionalidad y el efecto útil en el ámbito de las limitaciones y excepciones al derecho de autor<sup>585</sup>.

---

<sup>581</sup> Apartado 6.97.

<sup>582</sup> La misma fue iniciada y coordinada por GEIGER, C.; HILTY, R. M.; GRIFFITHS, J.; SUTHERSANEN, U., se publicó en 2008 y en ella han colaborado y ha sido firmada por un nutrido grupo de especialistas en la materia de todo el mundo. Disponible en: <https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-1-2-2010/2621/Declaration-Balanced-Interpretation-Of-The-Three-Step-Test.pdf>.

<sup>583</sup> Sobre este tipo de interpretación, *vid.* GALOPIN, B., *op. cit.*, pp. 404-406.

<sup>584</sup> Con anterioridad a dicha declaración, GEIGER, C. había propuesto, incluso, la aplicación del test a la inversa, esto es, comenzando su análisis a partir de la tercera etapa. «El papel del test...», *cit.*, p. 22.

En contra de la interpretación cumulativa de las etapas del test propuesta por la Declaración, LUCAS, A.; CÁMARA ÁGUILA, P., «Por una interpretación razonable de la regla de los tres pasos, o por qué hay que evitar la impresión: un estudio sobre la Declaración por una interpretación equilibrada de la regla de los tres pasos en derecho de autor», *pe.i*, nº 33, 2009, pp. 30 y 34, y LÓPEZ MAZA, S., «La posibilidad de utilización...», *cit.*, p. 320 y 321.

<sup>585</sup> CASAS VALLÉS, R., «Art. 40bis»..., *cit.*, p. 791, admite que el origen de la prueba se encontraba en la superación cumulativa y sucesiva de las etapas del test, esto es, se configuró como «una escalera cuyos peldaños han de ascenderse de forma sucesiva y de manera completa». No obstante, reconoce con posterioridad que esta interpretación ortodoxa del test es la que debe seguir el legislador en la creación de excepciones, debiendo dejarse más libertad al juez para aplicar dicha prueba como una herramienta de ponderación global que permita llegar en todo caso hasta la última etapa (interpretación heterodoxa). «Art. 40bis»..., *cit.*, pp. 824 y 825.



En cuanto a ello, parece que el AG opta por el estudio de la fase de forma comprensiva en el caso Córdoba, pues analiza en primer lugar el segundo paso del test, en segundo lugar, el tercero y, por último, el primer paso<sup>586</sup>.

b. ¿Elemento adicional de legitimación de la excepción o cláusula de flexibilización?

Los autores que defienden la Declaración a la que se hizo referencia en el apartado inmediatamente anterior, entienden que el test de las tres etapas permite aplicar la excepción de forma analógica a supuestos no expresamente previstos en el límite en cuestión. De este modo, se favorecería la adaptación de las excepciones a los cambios tecnológicos y se supliría la lentitud del legislador a la hora de incorporarlas en la normativa sobre derechos de autor. Incluso llegan a afirmar que el test de las tres etapas permitiría que los jueces crearan nuevas excepciones no previstas expresamente en la legislación. De este modo, el test se convierte en una cláusula de flexibilización del rígido sistema de excepciones previsto en la DDASI.

Por su parte, los críticos a tal Declaración entienden que las excepciones a los derechos de autor han de ser interpretadas restrictivamente en todo caso y que la lista de excepciones prevista en la DDASI es cerrada, siendo, por tanto, imposible que el juzgador pueda crear nuevas. Por todo ello, el juez podrá determinar en el caso concreto que, pese al cumplimiento de los requisitos establecidos en la excepción en cuestión, el sujeto que haya actuado conforme a la misma puede haber infringido los derechos del autor por no haberse superado el test de las tres etapas. Ello supondría una derogación de la excepción prevista por el legislador, convirtiéndose la citada prueba en un elemento adicional de legitimación de las limitaciones.

En cuanto a ello, y como se suele decir, entendemos que en el término medio está la virtud. De acuerdo con lo defendido hasta el momento en cuanto al modo en que debe ser interpretada la finalidad de la enseñanza en la excepción que nos ocupa<sup>587</sup>, consideramos que el test de las tres etapas debe servir para aplicar la limitación en el caso concreto de acuerdo con un criterio de proporcionalidad. De este modo, y siguiendo a los firmantes de la Declaración, la aplicación del test no debería dar lugar a una interpretación restrictiva de los elementos de la excepción, sino acorde a los intereses enfrentados en plano de igualdad<sup>588</sup>. En

---

<sup>586</sup> Párrafos 123-127 de las conclusiones del AG.

<sup>587</sup> *Vid. supra.*

<sup>588</sup> Como señala CASAS VALLÉS, R., la prueba de los tres pasos no solo constituye un instrumento de control de los límites, sino también «una fórmula de compromiso entre las legítimas aspiraciones de los titulares de

cambio, y siguiendo a los críticos de la Declaración, no se puede defender que el juez pueda crear nuevas excepciones al amparo del test de las tres etapas, además de porque ello supondría que el órgano juzgador adoptara la función propia del legislador, lo que ciertamente puede resultar peligroso.

### 3.2.6.3 Los sistemas seguidos por algunos Estados miembros

Los legisladores alemán e inglés no han considerado necesario incorporar el test de las tres etapas en la legislación interna, pues la confección de las limitaciones se ha llevado a cabo atendiendo a los criterios en él contenidos, lo que se ha visto reflejado en ciertos requisitos de la excepción de la ilustración. En cualquier caso, que esta regla no haya sido expresamente adoptada en la UrhG y en la CDPA no ha impedido que los tribunales, en cumplimiento del art. 5.5 DDASI hayan aplicado la misma en ciertos supuestos. Así, y en el caso concreto de la excepción de la ilustración, el BGH declaró en el caso *Meilensteine der Psychologie* que la regla de los tres pasos es un criterio de interpretación de las excepciones impuesto por la legislación europea<sup>589</sup>. Por el contrario, Francia, como máximo exponente del autorcentrismo, e Italia han previsto expresamente dicho test.

- a. La inclusión de la «regla de los tres pasos» como norma interpretativa de los límites. El caso de Francia y la especialidad de Italia

A raíz de la transposición de la DDASI, el art. 122-5 CPI añade un criterio de interpretación común a todas las excepciones previstas en el mismo precepto: el denominado test de las tres etapas o en este caso, de dos, la segunda y la tercera<sup>590</sup>. No obstante, el mismo ya había sido aplicado con anterioridad por la jurisprudencia francesa con base en el art. 9.2) CB<sup>591</sup>. Con ello, se ha añadido una mayor complejidad a la excepción pedagógica francesa.

---

derechos y las no menos legítimas de los beneficiarios directos e indirectos del sistema de límites». «Art. 40bis»..., *cit.*, p. 813.

<sup>589</sup> Párrafos 47 y 70.

<sup>590</sup> A tenor de dicho precepto, «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». El primer paso del test relativo a la necesidad de que la excepción se aplique a un caso especial no se contempla en el precepto, probablemente porque el legislador entendió que con los contornos definidos para cada excepción en la lista del art. L122-5 CPI ya se acataba este primer escalón.

Asimismo, el mismo test se prevé en los arts. L211-3 y L342-3 CPI en relación con los límites a los derechos conexos y a los derechos del productor de una base de datos no original.

Sobre las discusiones que dieron lugar a la inclusión de dicho test en el CPI, *vid.* GALOPIN, B., *op. cit.*, pp. 386-391 y GEIGER, C., «The New French Law...», *cit.*, p. 418.

<sup>591</sup> *Cass. Civ.*, du 28 février 2006. En el caso en cuestión, el Alto Tribunal francés consideró que la alegación de la excepción de copia privada no podía amparar la infracción de una medida tecnológica de protección establecida en un DVD por cuanto dicha copia podría afectar a la explotación normal de la obra. Sobre dicho

En efecto, al incluirse el test en el art. L122-5 CPI, el legislador francés ha obligado al juzgador a estudiar caso por caso si el uso autorizado por la excepción aplicable al mismo atenta contra la explotación normal de la obra, así como si afecta injustificadamente a los intereses legítimos del autor, en cuyo caso no podrá aplicar la limitación y deberá declarar que el acto en cuestión será constitutivo de infracción<sup>592</sup>. Ello implica que, aun cumpliéndose estrictamente las condiciones de aplicación de una excepción, como la pedagógica, es posible que, por aplicación posterior del test de las tres etapas, la misma se considere inaplicable<sup>593</sup>. De este modo, la seguridad jurídica que deben generar las excepciones y limitaciones en los sujetos que precisan hacer uso de obras ajenas se diluye, ocasionando una situación de incertidumbre que puede llevar al sujeto amparado por la excepción o bien a no realizar el acto previsto en la misma para evitar que pueda incurrir en infracción, o bien a solicitar en todo caso licencias a los titulares de derechos correspondientes<sup>594</sup>. Ello es así debido a la interpretación que hasta el momento se ha dado al test de las tres etapas, tendente únicamente a la restricción de las limitaciones a las que ha sido aplicado, es decir, como una «excepción a las excepciones»<sup>595</sup>. No obstante, si se tiene en cuenta el constreñido ámbito de aplicación de la excepción pedagógica francesa, resulta difícil encontrar un ejemplo en el que un uso amparado por la misma pueda atentar a la explotación normal de la obra o afectar injustificadamente a los legítimos intereses del autor<sup>596</sup>.

Universitat d'Alacant

---

caso, conocido como la decisión *Mulholland Drive*, vid. VIVANT, M.; BRUGUIÈRE, J.-M., *op. cit.*, pp. 541 y 542 y en la doctrina española comenta el caso CASAS VALLÉS, R., «Copia privada y medidas tecnológicas, el Caso Mulholland Drive», *Revista Iberoamericana de Derecho de Autor*, nº 1, enero-junio 2007, pp. 204 y ss.

<sup>592</sup> En palabras de ZOLYNSKI, C., «accompagnant les exceptions, le test des trois étapes se mue en condition d'application, en principe d'interprétation qui s'impose au juge lors de l'application des exceptions». *Op. cit.*, p. 169.

<sup>593</sup> Como señala GEIGER, C., «une utilisation couverte a priori par la lettre d'une exception pourra donc être déclarée a posteriori illicite par le juge, au motif que celle-ci porte atteinte à l'une des étapes énoncées par le test». «La transposition du test des trois étapes en droit français», *Recueil Dalloz*, nº 31, 2006, p. 2166.

<sup>594</sup> Así, GEIGER, C., «La transposition du test...», *cit.*, p. 2166 y DUPUIS, M., *op. cit.*, p. 67.

<sup>595</sup> Así la define GAUTIER, P.-Y., *op. cit.*, p. 388. De acuerdo con SENFTLEBEN, M., el modo en que la Corte de Casación francesa resolvió el caso *Mulholland Drive* refleja que el test fue aplicado «to place further constraints on the scope of the national exception. In consequence, the limited flexibility of the French system of precisely defined exceptions is further restricted». «The International Three-Step Test...», *cit.*, p. 71. En el mismo sentido, GALOPIN, B., *op. cit.*, p. 394.

<sup>596</sup> De hecho, y como se señalará en el próximo Subepígrafe b., ciertos requisitos de la excepción derivan precisamente de la consideración a las etapas del test, como la exclusión de las obras concebidas con fines pedagógicos. Así, TAFFOREAU, P. se cuestiona «mais quel juge osera affirmer que l'enseignement à partir d'un extrait d'œuvre ou d'un objet protégé par un droit voisin porte atteinte à l'exploitation normale de ceux-ci ou causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur ou des titulaires de droits voisins? D'abord, il n'y a pas exploitation; ensuite, les titulaires se doivent d'accepter une restriction à leur droit patrimonial (qui ne disparaît pas complètement, qui plus est!) afin de permettre aux jeunes et aux chercheurs de ne pas céder à l'obscurantisme rampant dans lequel la société nous enlisse peu à peu». *Op. cit.*, p. 153.

Por su parte, el art. 71-*nonies* LDA también incorpora, con ocasión de la transposición de la DDASI, el denominado test de las tres etapas o, también en este caso, de las dos etapas por verse suprimida la primera de ellas y prever únicamente las dos últimas fases: la necesidad de que el acto de explotación eximido no entre en conflicto con la explotación normal de la obra y que no se perjudiquen injustificadamente los intereses legítimos del titular del derecho<sup>597</sup>. La auténtica particularidad de la disposición italiana deriva de que limita su ámbito de aplicación únicamente a las excepciones y limitaciones que liberalizan la puesta a disposición del público de obras de manera que cualquier sujeto pueda tener acceso a las mismas en el momento y desde el lugar que este elija<sup>598</sup>. Así, y en el caso de la excepción de la enseñanza, este test será específicamente aplicable al art. 71.1-*bis* LDA, relativo a la publicación de imágenes y música en internet. No obstante, y como se señaló previamente, no parece que tal excepción cumpla efectivamente los criterios establecidos por el test en cuestión, además de que todavía no ha sido posible saber cómo será aplicada la propia excepción<sup>599</sup>.

b. Requisitos en la excepción de la ilustración en los que subyace la inclusión de alguna de las etapas del test

Los legisladores nacionales han tomado debidamente en consideración el test de las tres etapas, lo que se ha visto traducido en ciertos requisitos del límite de la ilustración. Así, destacan la exclusión de obras concebidas con finalidad educativa y la limitación de los sujetos destinatarios de los actos de explotación amparados por la excepción. Junto a ello, y salvo determinados preceptos de libre utilización, la UrhG, la LDA, la CDPA y el CPI han establecido la necesidad de remunerar al autor por los actos de explotación de obras ajenas en la enseñanza permitidos en tales leyes, reflejo de la necesidad de que la excepción no perjudique injustificadamente los legítimos intereses del autor<sup>600</sup>.

---

<sup>597</sup> Este precepto establece que «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».

<sup>598</sup> También hacen referencia a la aplicación del test de las tres etapas a las excepciones que permiten la comunicación de obras *on demand* en la legislación italiana ZUDDAS, C., «Art. 71-*nonies*», *Commentario breve alle Leggi su Proprietà Intellettuale e Concorrenza*, L. C. Ubertazzi (coord.), Vicenza, 6ª ed., 2016, p. 1759; MARGONI, T., *op. cit.*, p. 1966 y VEZZOSO, S., *op. cit.*, p. 212. Crítica que no se haya ampliado el test a la copia analógica fuera del ámbito interactivo GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., «Artículo 9»..., *cit.*, p. 818.

<sup>599</sup> Sobre ello, *vid. supra*.

<sup>600</sup> No obstante, el estudio de esta cuestión queda remitida al apartado 3.2.7.3 (*vid. infra*).

En el primer caso, los §60a(3) 2. UrhG<sup>601</sup> y L122-5 3º e) CPI excluyen del ámbito de aplicación de la excepción las obras concebidas con finalidad educativa<sup>602</sup>. La doctrina francesa parece coincidir en la necesidad de excluir las obras destinadas a su uso en la enseñanza de la limitación en cuestión, pues si no fuera así se perjudicaría su mercado natural y, por tanto, se afectaría a su explotación normal, en contra de lo previsto en el test de las tres etapas<sup>603</sup>. Aunque parece claro que los libros de texto o los manuales universitarios son obras concebidas con fines pedagógicos, se plantean serias dudas acerca de otro tipo de obras que pueden contribuir a la enseñanza, como diccionarios, enciclopedias, revistas científicas, tesis, documentales o incluso videojuegos. En cuanto a ello, entendemos que el concepto empleado por el legislador francés debe ser interpretado restrictivamente y, en consecuencia, venir referido únicamente a las obras que efectivamente se confeccionan y diseñan para su uso como guía del curso en cuestión, siguiendo la terminología del legislador alemán. Así, las obras que coadyuvan a la enseñanza, pero no están adecuadas a los programas formativos que componen un curso, podrán ser explotadas al amparo de la excepción de la ilustración<sup>604</sup>.

En cuanto a esta exclusión, no obstante, consideramos que existen supuestos en los que, aunque puede verse afectada la explotación normal de la obra en abstracto, no lo sea *in*

---

<sup>601</sup> Esta exclusión ya aparecía prevista en el derogado §52a UrhG.

<sup>602</sup> El texto alemán se refiere a obras que están exclusivamente destinadas, diseñadas y etiquetadas para su uso en la enseñanza y en el francés, a «œuvres conçues à des fins pédagogiques».

<sup>603</sup> Así, VIVANT, M. señala que la explotación de ese tipo de obras con fines pedagógicos sin pagar los derechos correspondientes a su autor «reviendrait, en effet, à «pillar» purement et simplement celui-ci». «Les exceptions nouvelles...», *cit.*, pp. 2160 y 2161. De la misma opinión, DUSOLLIER, S., «The Limitations and Exceptions...», *cit.*, p. 373; GEIGER, C., «The New French Law...», *cit.*, p. 414; LEBOIS, A., *op. cit.*, p. 20; LUCAS, A.; LUCAS, H.-J.; LUCAS-SCHOLOETTER, A., *op. cit.*, p. 402; DUPUIS, M., *op. cit.*, p. 63 y CHATRY, S., quien considera que la exclusión se fundamenta no en la no afectación a la explotación normal de la obra, sino a la necesidad de que no se perjudiquen injustificadamente los intereses del autor. *L'exception pédagogique au droit d'auteur et aux droits voisins*, TFM dirigo por A. Lucas, Nantes, 2006-2007, p. 40. Disponible en: [https://sylvainchatry.files.wordpress.com/2016/05/exception\\_pedagogique\\_chatry.pdf](https://sylvainchatry.files.wordpress.com/2016/05/exception_pedagogique_chatry.pdf). En contra, critica la exclusión de las obras concebidas con finalidad didáctica ALLEAUME, C. con el siguiente ejemplo que muestra una situación paradójica: «Monsieur Cosinus, professeur de mathématiques, pourrait illustrer son cours avec le dernier manga à la mode ou avec un tableau de Salvador Dalí; il pourrait lire un poème d'Aragon à ses élèves, ce qui serait peut-être difficile à rattacher à sa science, mais il ne peut plus librement distribuer le lundi matin les exercices tirés du manuel scolaire emprunté à la bibliothèque car il s'agit d'une œuvre «spécialement conçue à des fins pédagogiques» qui échappe à l'exception...». «Les exceptions à des fins...», *cit.*, p. 143.

<sup>604</sup> En apoyo de esta interpretación, el acuerdo sobre la reproducción de libros, obras musicales impresas, publicaciones periódicas y obras de arte visuales define las obras concebidas con fines pedagógicos como aquellas que, ya sea en soporte físico o digital, estén «principalement créées pour l'enseignement et destinées à un public d'élèves, d'étudiants ou d'enseignants, et faisant référence à un niveau d'enseignement, à un diplôme ou à un concours». En el mismo sentido, DUPUIS, M., *op. cit.*, p. 63 y CHATRY, S., *op. cit.*, p. 41. En contra, TAFFOREAU, P. considera que toda obra que pueda tener una finalidad pedagógica, aún no concebida específicamente para tal fin, como una tesis o un diccionario, queda excluida del ámbito de aplicación de la excepción. En favor de su postura señala que «il y a des dictionnaires et vocabulaires pédagogiques et des articles de fond de journaux plus pédagogiques que certains cours et mémentos! Le résultat aberrant de cette rédaction législative produirait-il ce comique effet qu'un auteur mauvais pédagogue conserverait ses droits?». *Op. cit.*, p. 146. No obstante, una interpretación de este tipo vaciaría de contenido la propia excepción, pues prácticamente todas las obras quedarían excluidas de la misma.

*concreto*. Así, no es infrecuente que el libro de texto que se utilice como guía de una asignatura no se encuentre disponible durante el primer mes del curso. Que se haga una reproducción del tema que vaya a ser explicado en ese periodo y se distribuya entre los alumnos no va a afectar *in concreto* la explotación normal de la obra, por cuanto el libro de texto en cuestión va a ser adquirido igualmente por los destinatarios de esa reproducción. O cuando se usa puntualmente un tema de otro libro de texto que no es el que sigue en clase para poner un ejemplo o ampliar conocimientos, no se afecta a la explotación normal porque el alumno nunca hubiera comprado el libro de todos modos.

En el segundo supuesto, los §60a (1) UrhG, L-122.5 3º e) CPI y el apartado (3) de los arts. 35 y 36 CDPA restringen los sujetos a los que debe dirigirse el acto de explotación en la enseñanza, especialmente cuando ello tiene lugar en el ámbito de internet.

En relación con la CDPA, y como novedad respecto a la versión anterior de los arts. 35 y 36, la recepción de la comunicación pública de una obra podrá tener lugar fuera del establecimiento educativo tras la última reforma de la CDPA, si bien en este supuesto y de acuerdo con el apartado (3) de ambos preceptos, ello solo será posible si tal puesta a disposición se lleva a cabo a través de una red electrónica segura a la que únicamente puedan acceder el alumnado y el personal del centro<sup>605</sup>. A ellas se refiere igualmente la excepción pedagógica francesa al establecer que el acto de explotación permitido deberá dirigirse a un público mayoritariamente compuesto por estudiantes, profesores e investigadores, no pudiendo extenderse la difusión de la obra a terceros distintos de dicho público<sup>606</sup>. Se trata de redes cerradas a las que solo se puede acceder mediante la introducción de un usuario y una contraseña, es decir, por medio de autenticación. Tales claves de acceso a la plataforma virtual implantada en cada centro educativo, como pudieran ser el campus virtual o el Moodle, serán

---

<sup>605</sup> Con la reforma que tuvo lugar en el año 2003, se añadió un apartado (1A) al art. 35 CDPA, según el cual la comunicación pública de la grabación de la emisión realizada conforme al apartado anterior del mismo precepto solo podía llevarse a cabo por una persona que se encontrara en el establecimiento educativo y siempre y cuando dicha comunicación no pudiera ser accedida por sujetos que estuvieran fuera de dicho centro. Se excluía de esta manera el acceso a la grabación desde un lugar que no fuera el propio establecimiento educativo. Ello suponía que para el caso de que fuera necesario ver o escuchar una determinada emisión para realizar una actividad o ejercicio, era necesario emplear horas de clase en dicha visualización o audición, al amparo del art. 34 CDPA. A las dificultades para aplicar el anterior art. 35 CDPA a la educación a distancia se refieren DUSOLLIER, S., «The Limitations and Exceptions...», *cit.*, pp. 374 y 375; XALABARDER PLANTADA, R., *Estudio sobre las limitaciones...*, *cit.*, p. 53 y VEZZOSO, S., *op. cit.*, p. 164.

De ahí que el propio Gobierno declarara que «it does not make sense in the digital age for these exceptions to be confined only to use made on the premises of educational establishments, to the detriment of distance learners. The Government will therefore ensure that the acts permitted under the education exceptions are permitted to the same extent over secure distance learning networks controlled by educational establishments as they are permitted within those educational establishments». *Modernising Copyright...*, *op. cit.*, p. 41.

<sup>606</sup> Sobre las críticas a esta redacción, *vid. supra*.

proporcionadas a la comunidad educativa por parte del propio establecimiento educativo o por la empresa encargada de la gestión de dicho entorno virtual. Esta exigencia de que únicamente puedan acceder a la plataforma virtual los estudiantes y el personal del centro educativo excluye otras redes que, aun siendo cerradas por precisar para su acceso un proceso de autenticación, no están dedicadas a su empleo específico en el ámbito educativo, como es el caso del correo electrónico. Así se restringe el público que puede acceder a la obra limitándolo efectivamente a aquellos sujetos relacionados con la finalidad de enseñanza que justifica el uso permitido por la norma. En caso contrario, se podría afectar a la explotación normal de la obra, pues la libre publicación de la obra en internet vaciaría de contenido el derecho de explotación del autor.

### 3.2.7 Elementos no determinados

Como se desprende de los apartados precedentes, la limitación de la ilustración a la enseñanza fue prevista en los textos internacionales con vocación de abarcar el mayor número de actos de explotación de obras ajenas que pueden desarrollarse en el ámbito de la actividad educativa. De ahí que se optara por una redacción amplia que permitiera comprender tanto las excepciones con fines educativos previamente reguladas en las legislaciones nacionales y convenios bilaterales suscritos entre Estados, como las nuevas formas de explotación que nacían con el desarrollo de las nuevas tecnologías. Consecuencia de todo ello es que la redacción de la limitación tanto en el CB como en la DDASI guarde silencio en cuanto a tres elementos fundamentales de la excepción: los sujetos amparados por la misma, los tipos de obra que pueden ser utilizados con fines educativos y la necesidad o no de que se establezca una remuneración o compensación en favor del titular de derechos.

#### 3.2.7.1 Los sujetos amparados por el límite

Ni la DDASI ni los documentos previos a su aprobación ofrecen elemento alguno para la determinación de los sujetos amparados por la excepción, dejando así libertad a los Estados miembros para regular este extremo de acuerdo con sus propias tradiciones jurídicas<sup>607</sup>. Por su parte, recordemos que los documentos preparatorios del CB señalaban, al menos, las instituciones en las que se debía desarrollar el proceso educativo limitando la aplicabilidad de la excepción a la enseñanza formal<sup>608</sup>. Pero tampoco la letra del art. 10.2) CB especifica el

---

<sup>607</sup> La misma indeterminación en cuanto a los sujetos amparados por la excepción de la ilustración se produce en los arts. 6.2 b) y 9b) DBD y el art. 10.1 d) Directiva sobre derechos de alquiler y préstamo.

<sup>608</sup> *Vid. supra*, epígrafe 3.2.2.

colectivo autorizado para ilustrar con finalidad docente. Consecuencia de dicha indeterminación a nivel internacional, los legisladores nacionales han abordado este elemento esencial de la excepción de forma diversa. En algunos casos se han especificado los sujetos amparados, como en el caso de la CDPA; en otros, se ha optado por la mera referencia a las instituciones en las que se pueden llevar a cabo los actos de explotación previstos en la excepción, es el supuesto de la UrhG; y, por último, algunas excepciones nacionales han seguido el modelo del CB y la DDASI guardando silencio al respecto, como sucede en la LDA. Además, en los Estados en los que la excepción de la ilustración se ve reflejada en distintos preceptos es común que el legislador utilice varias de las fórmulas señaladas anteriormente para hacer referencia a los sujetos amparados. Así, la CDPA especifica los sujetos amparados por la excepción en los arts. 32-34, mientras que únicamente hace referencia a las instituciones educativas, en los arts. 35 y 36. En este contexto, el presente apartado tiene por objeto determinar qué colectivos de los distintos intervinientes en el proceso educativo quedan amparados por la excepción de la ilustración regulada en los instrumentos internacionales para realizar los actos de explotación previstos en la misma.

Con carácter previo al análisis del presente punto, cabe justificar la razón por la que se ha utilizado la expresión «sujetos amparados» en lugar de «beneficiarios», término tradicionalmente empleado en el ámbito de las excepciones. A este respecto, resulta adecuado distinguir los dos tipos de sujetos que pueden verse involucrados cuando una obra es explotada al amparo de una excepción: el que queda facultado para la realización del acto de explotación previsto en la misma («sujeto amparado») y el que finalmente obtiene el beneficio concreto o recibe el provecho derivado de dicho acto («beneficiario») <sup>609</sup>. Ejemplo claro de dicha distinción lo encontramos en la excepción prevista en el art. 5.3 b) DDASI, en el que se autoriza a los Estados miembros a prever limitaciones en relación con usos que se realicen «en beneficio de personas con minusvalías». No se especifican los sujetos que pueden llevar a cabo dichos usos, por lo que parece que puede ser «sujeto amparado» cualquier persona que actúe de acuerdo con los límites de la excepción, mientras que los «beneficiarios», en cambio, sí aparecen perfectamente delimitados: las personas con minusvalía. En el ámbito específico de la excepción de la ilustración, podemos observar igualmente esta diferenciación en algunas

---

<sup>609</sup> En el mismo sentido, pero con la denominación de «sujetos intervinientes» en lugar de «sujetos amparados», RIBERA BLANES, B., «La nueva regulación de la ilustración...», *cit.*, p. 701, nota 22. Al contrario, IGLESIAS, M. J. entiende que el «beneficiario» de la excepción es el sujeto autorizado por la misma para la realización del acto de explotación de que se trate, siendo «destinatario» aquél a quien se dirige dicho acto. *Op. cit.*, p. 230, nota 801.



legislaciones nacionales como, por ejemplo, la CDPA inglesa en cuyo art. 36(2) se permite la comunicación que lleven a cabo los establecimientos educativos u otros sujetos en su nombre (sujeto amparado) de las copias de obras realizadas conforme al art. 36(1), siempre que dicha comunicación se dirija a sus alumnos o a su personal (beneficiario) con una finalidad de instrucción. No obstante, nada impide que las condiciones de sujeto amparado y beneficiario concurren en una misma persona, siendo el supuesto paradigmático de esta situación la excepción de copia privada del art. 5. 2 b) DDASI<sup>610</sup>.

Realizada esta aclaración preliminar, se ha preferido la expresión «sujetos amparados» debido a que lo que nos interesa a los efectos del presente apartado es determinar quién está autorizado para realizar actos de explotación de obras y prestaciones para ilustrar con fines educativos, sujeto que, como hemos podido comprobar, no tiene por qué coincidir necesariamente con el beneficiario de la excepción. Ciertamente, la determinación de la figura del beneficiario ayuda a los efectos de delimitar el alcance de la limitación, pues su análisis debe tener en cuenta no solo la afectación de los derechos de explotación del titular, sino también la adecuada consecución del objetivo perseguido con la misma en favor de su beneficiario. La concreción, por tanto, de los beneficiarios de la excepción tiene una relevancia esencial a la hora de interpretar sus elementos, en especial, la propia finalidad perseguida<sup>611</sup>.

No obstante, y dado que la finalidad de la enseñanza ya fue estudiada con anterioridad teniendo en cuenta la influencia de la perspectiva del beneficiario en su interpretación, nos centraremos en los colectivos que pueden considerarse incluidos o no en los sujetos amparados por la excepción, especificando igualmente si dichos sujetos coinciden o no con los beneficiarios. En este contexto, además de los colectivos tradicionalmente estudiados en el ámbito de la limitación objeto de estudio (profesorado y alumnado), se analizará también la posible inclusión entre los sujetos amparados por la excepción de otros profesionales relacionados con el ámbito pedagógico (como logopedas, psicólogos, conserjes o encargados de reprografía), así como ciertos colectivos ajenos a los establecimientos de enseñanza pero

---

<sup>610</sup> De acuerdo con el citado precepto, los Estados miembros pueden establecer excepciones al derecho de reproducción «en relación con reproducciones en cualquier soporte efectuadas por una persona física (sujeto amparado) para uso privado (beneficiario)».

<sup>611</sup> En línea con dicho argumento, y como se analizó previamente, aspectos como la madurez o capacidad intelectual del alumno, principal beneficiario de la excepción, afectarán a la extensión de obra que pueda ser utilizada para ilustrar la enseñanza. *Vid. supra*.

cuya actividad tiene incidencia en el proceso educativo (como artistas, editores o incluso, la propia familia).

- a. El profesorado: la referencia genérica al centro educativo como modelo mayoritario

No cabe duda de que el profesorado es el colectivo que por excelencia requiere de la utilización de obras ajenas con el objeto de ilustrar, pues los docentes son los que tienen encomendadas las funciones propiamente educativas y de enseñanza. Así, y aunque los profesores no aparezcan específicamente previstos en el CB y en la DDASI, forman parte indiscutible de lo que hemos venido a denominar sujetos amparados por la excepción<sup>612</sup>. De hecho, algunas legislaciones nacionales hacen referencia expresa al profesor, docente, instructor o «quien provee instrucción» como sujeto autorizado por la misma<sup>613</sup>.

En este sentido, debemos incluir en el concepto de profesorado a todos los profesionales dedicados a la enseñanza, independientemente de la denominación y titulación exigida en cada caso. Así, serán profesores y, por tanto, sujetos amparados por la excepción de la ilustración los maestros o profesores propiamente dichos por poseer la titulación específica al efecto, pero también los pedagogos terapeutas o PTs especializados en educación especial, los licenciados, doctores, graduados, diplomados, ingenieros, arquitectos, técnicos superiores, titulados superiores de danza y música, etc. cuya actividad profesional sea la enseñanza en las instituciones educativas previstas en la excepción, sin que ello sea incompatible con el desarrollo de otra ocupación laboral<sup>614</sup>. Igualmente, el profesor seguirá considerándose sujeto amparado por la excepción independientemente de que esté adscrito o no al centro educativo en el cual lleva a cabo el acto de explotación con finalidad educativa<sup>615</sup>, así como que sea o no el profesor asignado a la asignatura del grupo de que se trate. Ello permitiría que, por ejemplo, quedara cubierto por la excepción el profesor que sustituya al asignado al grupo en cuestión y que se encuentre en situación de baja médica.

---

<sup>612</sup> Así, LÓPEZ MAZA, S., «Artículo 10»..., *cit.*, p. 881. La misma interpretación en relación con la excepción prevista en el art. 6.2 b) de la Directiva de bases de datos, VON LEWINSKI, S., «Database Directive...», *cit.*, p. 734.

<sup>613</sup> Utilizan esta última expresión los arts. 32(1)(b) y 34(1)(a) CDPA.

<sup>614</sup> Así, en España el licenciado en Derecho puede ser profesor asociado en una universidad, quedando amparado por la excepción de la ilustración cuando utilice obras protegidas de acuerdo con los requisitos de la misma en dicho contexto. Ello no impide que el sujeto pueda desarrollar otra profesión de forma prioritaria o principal, pues de hecho ello es exigencia previa para el acceso a dicho puesto, pero en el desarrollo de la misma, como la de juez, no se verá amparado por la limitación en cuestión.

<sup>615</sup> En el ámbito universitario resulta habitual que se cuente con la colaboración de docentes de otras universidades para la impartición de determinadas clases o materias.

Aunque se podría considerar que el profesor también es beneficiario de la limitación en el sentido de que la utilización de obras ajenas facilita o incluso enriquece su labor docente, el que realmente se beneficia de dicho uso es el que recibe la enseñanza de que se trate, es decir, el alumno. No obstante, algunas legislaciones nacionales prevén también como beneficiario de la excepción de la ilustración al propio profesorado. Ejemplo de esta circunstancia lo encontramos en el CPI francés que, sin determinar los sujetos amparados para realizar los actos de representación y reproducción previstos en la excepción del art. 122-5 3º e), quedando indefinido este aspecto fundamental, sí que hace específica mención a sus beneficiarios al señalar que dichos actos deberán estar dirigidos al colectivo de los estudiantes, profesores e investigadores que requieran su realización. Lo mismo sucede en sede del §60a(1) 2. UrhG.

En este contexto, el profesorado puede “necesitar” para sí, como beneficiario, reproducir ciertas páginas de un manual para la elaboración del temario o descargar ciertos materiales para la preparación de la lección, como específicamente permite el art. 32(1) (b) CDPA. Parte de la doctrina ha entendido que se trata en realidad de una explotación para uso privado y no tanto con fines educativos, de modo que no debe considerarse parte de la excepción de la ilustración<sup>616</sup>, pues no cabe duda de que los actos de explotación de obras ajenas necesarios para la planificación y preparación previos a la enseñanza por parte del docente tienen lugar en el ámbito privado. A pesar de ello, consideramos que una interpretación amplia del concepto de «enseñanza», como la que se ha seguido hasta el momento, justifica la inclusión de este tipo de actos en la excepción de la ilustración, sin necesidad de combinarla con la de la reproducción con fines privados. Así, la excepción de la ilustración debe abarcar todos los actos de explotación de obras ajenas necesarios para ofrecer una educación adecuada, tanto los previos como los posteriores al estricto momento en el que se produce la transmisión de conocimientos. Ciertamente, la reproducción de extractos de obras para la preparación de las clases queda estrictamente limitada al ámbito del estudio privado del docente, lo que le beneficia a nivel particular al ampliar y mejorar su formación. No obstante, la finalidad última de los actos de explotación que se llevan a cabo durante dicha fase previa a la docencia no es tanto la anterior, sino que dichos actos constituyen el medio adecuado para la consecución del fin realmente perseguido con la preparación del profesor: la enseñanza de calidad. Sin duda, para que sea posible ilustrar la enseñanza no basta con que el que la provee tenga los

---

<sup>616</sup> Así, WESTKAMP, G., *The Implementation of Directive 2001/29/EC in the Member State. Part II*, 2007, p. 32, disponible en: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/copyright/docs/studies/infosoc-study-annex\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/studies/infosoc-study-annex_en.pdf), p. 32 e IGLESIAS, M. J., *op. cit.*, p. 230.

conocimientos básicos sobre la materia, sino que los mismos también deben estar actualizados y ser lo más completos posible. Es así como se difunde el saber, se fomenta la creación y la innovación y se consigue el desarrollo de las sociedades: a través de una educación de calidad que necesariamente debe partir de un profesorado preparado<sup>617</sup>. En este contexto, una interpretación como la señalada simplifica el régimen de las excepciones aplicables al derecho de autor en el ámbito de la enseñanza al evitar tener que acudir a distintas limitaciones en función de la fase en que se desarrolla el fenómeno educativo.

#### b. El alumnado

Una vez analizado el colectivo del profesorado como sujeto amparado por la excepción, corresponde analizar la otra cara de la moneda del proceso formativo: el alumnado. Sobre la consideración de que el término «teaching», «enseignement» o «enseñanza» se empleó de forma deliberada para limitar la aplicación de la excepción al profesorado, parte de la doctrina ha entendido que los alumnos no pueden considerarse sujetos amparados por la excepción de la ilustración para utilizar obras ajenas en el ámbito educativo<sup>618</sup>.

En efecto, una interpretación restrictiva del concepto de «enseñanza» conlleva que el acento sea puesto en la perspectiva del profesor, excluyendo así a los estudiantes de los sujetos amparados por la excepción. De acuerdo con esta postura, para que el alumnado se entendiera comprendido en la excepción como sujeto amparado tendría que haberse utilizado el término «learning», «apprentissage» o «aprendizaje» que es el que propiamente parece acoger la perspectiva del alumno en el proceso formativo. A pesar de ello y debido a las nuevas metodologías pedagógicas que requieren una mayor implicación del estudiante en la enseñanza, dichos autores admiten una cierta flexibilidad al respecto e incluyen a los alumnos como sujetos amparados por la excepción únicamente en el contexto de las actividades en las

---

<sup>617</sup> Ello se ve claramente reflejado en las Conclusiones del Consejo «ET 2020», en cuyo Objetivo estratégico nº 2 titulado «Mejorar la calidad y la eficacia de la educación y la formación» establece que «es necesario garantizar una docencia de alta calidad, ofrecer una formación inicial del profesorado adecuada, así como un desarrollo profesional continuo de profesores y formadores y hacer de la docencia una opción atractiva de carrera».

<sup>618</sup> Expresa con claridad este argumento LÓPEZ MAZA, S., al entender que «los beneficiarios concretos de este límite son los profesores, y no los alumnos, pues el artículo 10.2 CB se refiere a la enseñanza y no tanto al aprendizaje». «Artículo 10»..., *cit.*, p. 881. En el mismo sentido, RICKETSON, S.; GINSBURG, J. C., *op. cit.*, p. 783 y lo mismo parece entender VON LEWINSKI, S. pues, aunque no menciona en ningún momento a los sujetos amparados por la excepción en relación con la enseñanza, la define como la mera transmisión de conocimientos, excluyendo por ello su aplicación en la realización de exámenes o actuaciones de bandas escolares. «Article 5...», *cit.*, p. 1043.

que son ellos mismos los que transmiten la información a modo de “docentes”, lo que parece reducirse a la exposición de un trabajo en clase<sup>619</sup>.

De este modo, no obstante, quedarían excluidos numerosos actos de explotación que el alumnado realiza en la práctica durante el proceso de aprendizaje, como la reproducción de un tema de un manual que haya pedido prestado de la biblioteca para completar el que utilice de referencia o sus propios apuntes<sup>620</sup>; la distribución, comunicación pública o puesta a disposición en favor de un grupo de compañeros de noticias que se han considerado interesantes para la materia estudiada o para la realización de un trabajo en grupo; la puesta a disposición de canciones entre compañeros que utilicen el vocabulario que se ha aprendido en la clase de lengua extranjera; la comunicación pública o puesta a disposición de un anuncio que se considera bien o mal elaborado en favor de los compañeros de la clase de publicidad, etc. Por ello, la mayoría de los legisladores nacionales que especifican los sujetos amparados por la excepción de la ilustración prevén expresamente al alumno, estudiante o «el que recibe instrucción» entre ellos, como es el caso del art. 32 CDPA o el §60a(1) 1. UrhG o los acuerdos que desarrollan la excepción pedagógica francesa<sup>621</sup>, lo que implica que los han considerado incluidos en los arts. 10.2) CB y 5.3 a) DDASI de los que provienen<sup>622</sup>. En el mismo sentido se pronuncia el AG en relación con la DDASI en el *caso Córdoba* cuando señala que «una interpretación que valore más el derecho a la educación, en el sentido del artículo 14, apartado 1, de la Carta, puede subrayar el papel activo, y no meramente pasivo, de los alumnos, permitiéndoles utilizar, también ellos y con el mismo propósito docente (discente, en su caso), imágenes protegidas por derechos de autor»<sup>623</sup>.

---

<sup>619</sup> LÓPEZ MAZA, S. entiende que el criterio para considerar a un sujeto como amparado por la excepción es el desarrollo de «labores docentes» en el ámbito de las instituciones educativas incluidas. «Artículo 10»..., *cit.*, p. 882.

<sup>620</sup> En relación con ello, y como se señaló previamente en cuanto al profesorado, algunos autores consideran que este tipo de actos constituyen en realidad un supuesto de uso privado, en concreto, de reproducción para estudio personal, de modo que entienden que los mismos podrán quedar amparados por la excepción de copia privada pero nunca podrán subsumirse en el marco de la limitación de la ilustración. WESTKAMP, G., *op. cit.*, p. 32; IGLESIAS, M. J., *op. cit.*, pp. 133 y 230; RICKETSON, S.; GINSBURG, J. C., *op. cit.*, p. 783.

<sup>621</sup> El art. L122-5 3º e) CPI únicamente se refiere a los sujetos destinatarios de los actos de explotación permitidos por la excepción, sin determinar qué sujetos pueden llevar a cabo tales usos. No obstante, los acuerdos que desarrollan la misma incluyen, entre otros sujetos, a: «élèves» s'entend des élèves de la formation initiale inscrits dans les établissements scolaires et les centres de formation d'apprentis mentionnés ci-dessus ou auprès du Centre national d'enseignement à distance», y a «étudiants» s'entend des étudiants inscrits en formation initiale dans les établissements publics d'enseignement supérieur mentionnés ci-dessus ou auprès du Centre national d'enseignement à distance».

<sup>622</sup> También considera comprendidos a los alumnos en la DDASI, PÉREZ MORIONES, A., «Ilustración con fines educativos o científicos tras la Ley de propiedad intelectual reformada», *RGLJ*, nº 1, 2015, p. 87.

<sup>623</sup> Párrafo 115 de las Conclusiones.

No cabe duda de que el alumno es el beneficiario último de la excepción de la ilustración, pues es él el titular del derecho cuya consecución se pretende con el establecimiento de la misma: el derecho a la educación. En relación con el alumno, por tanto, se produce la situación inversa a la del profesorado: el alumno es beneficiario en todo caso de la excepción de la ilustración, pero dependiendo de la interpretación que se dé al término enseñanza se le considerará o no sujeto amparado por la misma.

En nuestra opinión, la solución viene dada, de nuevo, por una comprensión integral del proceso educativo de modo que el alumno deba considerarse incluido en todo caso en los actos de explotación que se desarrollan dentro de los márgenes establecidos por la excepción objeto de estudio. Subsumir en una pluralidad de excepciones (como la cita, la copia privada y la ilustración de la enseñanza) los distintos actos de explotación sobre obras ajenas que en la práctica habitual se desarrollan en el ámbito educativo complica el sistema de derechos de autor y su comprensión por parte de los sujetos amparados por las mismas, no siendo necesaria esta aplicación de múltiples limitaciones cuando la amplitud de los términos empleados por la excepción de la ilustración en el CB y la DDASI permite una interpretación como la defendida.

- c. Otro personal vinculado a las actividades del centro educativo: psicólogos, logopedas y personal de administración y servicios

Además de profesores y alumnos, las instituciones educativas han contado tradicionalmente con la acción y colaboración de profesionales de distintos ámbitos para el desarrollo de sus funciones, como psicólogos, logopedas y personal de administración y servicios, como ujieres, administrativos o encargados de reprografía. Por ello y ante la indeterminación de los sujetos amparados por la excepción en el CB y la DDASI, resulta conveniente cuestionarse si las personas que desarrollan dichas labores pueden utilizar obras ajenas al amparo de la limitación de la ilustración.

En relación con los profesionales de la psicología y la logopedia que colaboran con las entidades educativas, si la acción no está encaminada a la instrucción, como la realización de tests de inteligencia o para el diagnóstico de ciertas deficiencias, capacidades o síndromes, no se podrán utilizar obras ajenas al amparo de la excepción de la ilustración debido, precisamente, a que la finalidad no será educativa. En estos casos, no obstante, se podrán amparar los actos de explotación necesarios en otras limitaciones como la de cita o, teniendo en cuenta la escasa importancia de dichos actos en relación con la posible afectación de los

derechos del titular, en las denominadas reservas menores acogidas por el CB<sup>624</sup>. Al margen de tales supuestos, no es infrecuente que estos colectivos lleven a cabo actividades propiamente educativas, como en el caso de las clases de educación especial que normalmente dirigen y desarrollan logopedas y psicólogos con grupos de alumnos cuyas capacidades requieren una atención especializada. Así, en actos como el visionado de ciertos vídeos o la copia y reparto de textos en una clase de este tipo, los psicólogos y logopedas que organicen y desarrollen dichas actividades deberán considerarse sujetos amparados por la excepción de la ilustración. Precisamente, esta interpretación parece desprenderse del concepto de «personal pedagógico» llevado a cabo por los acuerdos que desarrollan la excepción pedagógica francesa, al entender comprendidos en ese colectivo a «l'ensemble des personnels, notamment les enseignants, les formateurs et les intervenants, chargés a titre régulier ou non d'une activité d'enseignement». Así, los psicólogos y logopedas podrían considerarse incluidos en los términos «formadores» o «intervenientes» en el proceso educativo, cuya función en el centro de enseñanza es la actividad pedagógica, aunque no lo sea exclusivamente.

Por otro lado, en el funcionamiento normal de las instituciones educativas es habitual que los propios profesores soliciten a los ujieres, administrativos o encargados de la reprografía del centro la realización de fotocopias o digitalización de determinados materiales para su posterior distribución o puesta a disposición en favor de los alumnos o para la preparación de la lección por parte de quien realizó dicho encargo. Efectivamente, dicho colectivo no desempeña funciones educativas lo que podría justificar su no inclusión en los sujetos amparados por la excepción, si bien hemos de recordar que la finalidad de ilustración de la enseñanza se exige respecto de los actos de explotación permitidos. Esto es, la excepción en el CB y la DDASI exige que los usos de que se trate se realicen con fines educativos, pero no que las personas que los lleven a cabo deban desempeñar necesariamente funciones de este tipo. Siendo ello así, los actos de explotación de obras ajenas se podrán realizar por administrativos, ujieres o encargados de reprografía cuando los mismos se hayan solicitado o estén dirigidos por los profesores del centro para ilustrar su enseñanza. De hecho, algunas legislaciones nacionales parecen acoger esta situación. Así, los arts. 35 y 36 CDPA en su apartado (1) permiten que la grabación de emisiones, en el primer caso, y que la reproducción

---

<sup>624</sup> Pensemos, por ejemplo, en la utilización por parte del psicólogo de ciertas imágenes protegidas para evaluar la reacción del alumno al verla. En efecto, se lleva a cabo una utilización de una obra ajena con una finalidad de mero diagnóstico, pero no cabe duda de que dicho uso no parece afectar a la explotación de la misma debido a la escasa importancia económica del acto. Sobre las excepciones menores, *vid. supra*.

de extractos de obras, en el segundo, se lleve a cabo tanto por establecimientos educativos como por otras personas o centros «on behalf of an educational establishment», esto es, en su nombre. En cuanto a ello, el art. 174 (6) CDDPA señala que en los preceptos en los que se utilice la expresión «on behalf of an educational establishment», los actos que prevea la norma podrán llevarse a cabo por cualquier persona siempre que sea para cumplir con los objetivos de tal establecimiento. La relevancia de esta previsión radica en que se posibilita a los establecimientos educativos que no tengan los medios técnicos necesarios para llevar a cabo grabaciones de emisiones o reproducciones de obras para encargar tales actos a entidades que sí que dispongan de ellos, como podría ser una empresa de reprografía o una emisora radiofónica. Por su parte, los acuerdos que desarrollan la excepción pedagógica francesa contemplan, entre los sujetos que pueden realizar los actos autorizados por la misma, a «toute personne contribuant à une activité d'enseignement, de formation ou de recherche au sein des établissements», entre los que, entendemos, puede incluirse al colectivo del personal de administración y servicios<sup>625</sup>.

La indeterminación de los sujetos amparados por la excepción en el CB y la DDASI permite concluir que tanto psicólogos y logopedas como el personal administrativo y de servicios analizado pueden hacer valer la excepción de la ilustración en los términos señalados, es decir, cuando los actos realizados al amparo de la limitación tengan una finalidad educativa, ya sea llevándolos a cabo directamente las personas que tienen funciones propiamente docentes e ilustran la enseñanza, en el primer caso, o mediante el encargo de la realización de determinados actos de explotación a otros colectivos que colaboran y desarrollan sus funciones en las instituciones educativas, en el segundo. Así, esta interpretación también resultaría viable en relación con las excepciones nacionales que no especifican los sujetos amparados por la misma, como es el caso de la LDA, que guarda absoluto silencio en cuanto a este elemento del límite. En cualquier caso, de lo que no cabe duda es de que los psicólogos, logopedas y personal de administración y servicios no son beneficiarios de la excepción en el sentido señalado, pues no se aprovechan de los actos de explotación que pueden llevar a cabo en virtud de la excepción.

---

<sup>625</sup> En contra, TAFFOREAU, P., *op. cit.*, p. 149.



- d. Sujetos ajenos al centro educativo con influencia en dicho proceso. En especial, los artistas, intérpretes y ejecutantes y la industria editorial

Finalmente, debe analizarse si la falta de concreción de los sujetos amparados en la limitación de la ilustración prevista en el CB y la DDASI permite entender comprendidos ciertos colectivos que, si bien no tienen conexión alguna con los establecimientos educativos, pueden verse involucrados en el proceso pedagógico. En cuanto a ello, es habitual que grupos teatrales, de música o danza ajenos a los centros educativos realicen actuaciones en el marco de actividades organizadas por instituciones de este tipo, en especial, en el ámbito escolar. No parece que pueda negarse la finalidad educativa de la interpretación de una obra teatral o musical así como la recitación de poemas o cuentos por parte de colectivos externos e independientes respecto de los centros educativos cuando tienen lugar frente a un público constituido fundamentalmente por alumnos, pues normalmente se seleccionará por parte del profesorado una obra que transmita determinados valores o enseñanzas, permitiendo además dar a conocer la propia creación intelectual así ejecutada y el estilo de sus autores.

No obstante, ello solo quedará comprendido en el ámbito de aplicación de la excepción cuando se cumplan los requisitos exigidos por la misma y anteriormente analizados. A este respecto, resulta de especial importancia el proceso de selección de la obra que se representará ante los alumnos, de modo que el profesorado tendrá que valorar cuáles son aquellas que sirvan a los solos efectos «ilustrar» la enseñanza que está llevando a cabo en el aula, lo que igualmente exige que se limite la cantidad de obra a explotar de este modo. Efectivamente, en una representación teatral o en un concierto de un evento escolar se representa o ejecuta la totalidad de la obra, lo que podría llevar a la conclusión de que este tipo de actuaciones exceden de lo que debe entenderse por «ilustrar». Pero debemos recordar que como se analizó previamente, aunque la «ilustración» funciona como un elemento restrictivo de la cantidad de obra susceptible de utilización al amparo de la excepción, ello no impide la utilización completa de una obra en determinados supuestos<sup>626</sup>. Además, no cabe duda de que se trata de un uso que sirve de apoyo y complementa la enseñanza tradicional ofrecida en el aula por el profesor, lo que enriquece el proceso educativo. Si a ello unimos el cumplimiento del resto de requisitos de la excepción, en especial el test de las tres etapas y la ausencia de finalidad comercial, se puede concluir que no cabe excluir este tipo de utilizaciones del ámbito de aplicación de la limitación.

---

<sup>626</sup> *Vid. supra*, subepígrafe 3.2.4.2.

De hecho, así lo han interpretado algunos legisladores nacionales que, sobre la base de los textos del CB y la DDASI, han venido a incluir en sus excepciones relativas a la ilustración a artistas, intérpretes o ejecutantes que lleven a cabo este tipo de representaciones o conciertos en eventos educativos, ya sea de forma expresa<sup>627</sup> o implícita, al incluir a cualquier persona distinta del profesorado y alumnado. Así se desprende el art. 34(1) CDPA<sup>628</sup>.

De nuevo, la interpretación integradora y comprensiva del proceso educativo sostenida hasta el momento y encuadrable en las amplias redacciones del CB y la DDASI permite considerar incluido al colectivo de artistas, intérpretes y ejecutantes como sujetos amparados por la excepción de la ilustración, siempre y cuando su actividad se lleve a cabo dentro de los límites derivados de la misma y la aplicación de la regla de las tres etapas, que se identifican con las exigencias previstas en las limitaciones nacionales estudiadas: la gratuidad de la actuación y la reducción del público ante el cual debe tener lugar.

Otro colectivo estrechamente vinculado con la actividad educativa pero ajeno a los centros de enseñanza lo compone el gremio de editores. Efectivamente, los libros de texto, los cuadernos de ejercicios o los manuales universitarios siguen constituyendo el instrumento básico de estudio a partir del cual se desarrolla el proceso educativo. Y aunque no con la misma implantación, cada vez es más frecuente la utilización de emisiones de radio con una finalidad educativa, como puede ser aquella que contenga la recitación de una selección de poemas en un programa dedicado a Federico García Lorca desarrollado por los alumnos de Filología Hispánica en el canal radiofónico de la Universidad, o la publicación de vídeos o tutoriales elaborados por docentes y estudiantes para el estudio de ciertos temas con la inclusión de obras ajenas para su visualización a través de un canal de internet, como las denominadas píldoras formativas<sup>629</sup>. En definitiva, el gran abanico de modalidades de explotación de obras que ofrecen las nuevas tecnologías también ha afectado a las formas que han adoptado lo que podemos denominar con carácter general como «materiales educativos» o «instrumentos para la enseñanza». Por ello, debemos plantearnos no solo si las editoriales pueden ser sujetos amparados por la excepción, sino también si pueden serlo las entidades de

---

<sup>627</sup> Así lo hacía expresamente el §52(1) UrhG antes de la reforma que se refería a los que se refiere específicamente a los «Künstler» o artistas.

<sup>628</sup> Sobre tal precepto, *vid. supra*, subepígrafe 3.2.3.2.

<sup>629</sup> Se trata de contenidos multimedia de carácter educativo de corta duración en los que se explican de forma individualizada aspectos concretos de un tema.

radiodifusión y los productores de fonogramas y grabaciones audiovisuales o, incluso, programadores.

Esta circunstancia nos conduce a cuestionarnos si estos colectivos son los sujetos específicamente amparados por las limitaciones para la elaboración de antologías con finalidad didáctica y otros materiales educativos<sup>630</sup>. Resulta evidente que la actividad propia de editores, programadores, etc. no es la de la enseñanza, sino la de carácter comercial, lo que entraría en conflicto con la letra de los arts. 9.2) CB y 5.3 a) DDASI<sup>631</sup>. No obstante, no puede dejar de reconocerse que su actividad resulta necesaria para el correcto desarrollo de la actividad educativa. Si no se autorizara a estos colectivos a explotar fragmentos de obras ajenas para la creación de este tipo de obras, los editores se verían obligados a solicitar numerosas licencias o autorizaciones, con el consecuente aumento de los gastos de gestión para la elaboración dicho material docente. Ello daría lugar a una subida de precio de los ya costosos libros de texto y manuales. La solución podría pasar, en favor de la enseñanza, por intervenir el precio de los materiales pedagógicos de forma pública. Pero en este caso, el aumento de los gastos de gestión anteriormente señalado tendría que ser asumido por el editor u otro creador de este tipo de obras, razón por la cual se verá abocado a una de estas dos salidas: o bien deja de producir materiales docentes porque su venta no le genera los beneficios necesarios para seguir con su industria o bien opta por no incluir fragmentos que todavía estén protegidos por los derechos de autor, en cuyo caso la obra docente carecerá de actualidad, en detrimento de la calidad de la enseñanza<sup>632</sup>.

---

<sup>630</sup> Sobre las excepciones nacionales que contemplan esta posibilidad, *vid. supra*, subepígrafe 3.2.3.1.

<sup>631</sup> Esta circunstancia fue criticada por algunas delegaciones como la italiana, que, a través de su representante ROSMINI, H., argumentó que la excepción carecía de justificación en el supuesto de las crestomatías. En aquel momento, este tipo de obra, consistente en una colección de escritos seleccionados para la enseñanza, era de uso obligado por parte de los estudiantes. Ello, por tanto, suponía una importante fuente de ingresos para los editores del momento a los que los autores habían cedido previamente sus derechos de explotación. La mayoría de los textos incorporados a las crestomatías procedían de obras ya caídas en el dominio público, de modo que no era necesario establecer una excepción para su libre utilización. Pero también podían incorporarse fragmentos de obras todavía sometidas a la protección brindada por el régimen de la propiedad intelectual. En relación con este último supuesto, el representante italiano consideraba con acierto que debería tener que solicitarse autorización a su autor y eliminar una excepción de este tipo que únicamente beneficiaría al sector editorial e impediría al creador obtener remuneración alguna por dicho uso. 3ª Sesión de la Conferencia de Berna, *Actas*, 1885, p. 29. De hecho, ROSMINI, H. llega a calificar de «plagio» este tipo de usos de obras ajenas en crestomatías. *Op. cit.*, p. 135.

Con base en dichas críticas, y con posterioridad, la Delegación francesa propuso la incorporación en la limitación del art. 10.2) CB de la exigencia del pago de una regalía en la Conferencia de Roma (*Actas*, 1928, p. 250), como en la Conferencia de Bruselas (*Actas*, 1948, pp. 246 y 247).

<sup>632</sup> Sobre ello, *vid. ROGEL VIDE, C.*, «Notas sobre el derecho de cita de obras literarias o artísticas», *Diario La Ley*, t. IV, 1984, La Ley 6473/2001, pp. 4 y 5.

Así, resulta inevitable considerar que estos colectivos están amparados por la excepción en el concreto supuesto de creación de materiales docentes, si bien en este caso los legisladores nacionales han sido más restrictivos en cuanto a los requisitos que deban cumplir a la hora de hacer uso de la excepción. Así, la excepción de la antología del art. 70.2 LDA requiere el pago de una remuneración al autor, del mismo modo que lo hace el §60h UrhG en relación con el §60b UrhG, referido a la elaboración de materiales educativos<sup>633</sup>.

En definitiva, los sujetos ajenos al centro educativo que pueden colaborar en la enseñanza, como artistas, intérpretes y ejecutantes y creadores de antologías y materiales docentes, pueden quedar amparados por la limitación de la ilustración prevista en los arts. 9.2) CB y 5.3 a) DDASI, si bien, y dada su mayor ajenidad respecto al proceso educativo, su actuación quedará más restringida que la que puedan llevar a cabo profesorado y alumnado, por ejemplo.

### 3.2.7.2 Tipos de obra susceptibles de utilización. El régimen especial de la obra musical impresa: la partitura

Ni el art. 10.2) CB ni el art. 5.3 a) DDASI excluyen ningún tipo de obra del ámbito de aplicación de la excepción. De este modo, se favorece el desarrollo de la enseñanza por medio del uso de cualquier modalidad de obra, ya sea literaria, artística, musical, audiovisual, etc. Ahora bien, la primera redacción de la excepción de la ilustración propuesta por parte de la Delegación alemana en 1884 declaraba ilícita en el último párrafo del art. 8 la creación de antologías musicales para su uso en escuelas dedicadas a la enseñanza de esta materia<sup>634</sup>. En cuanto a este aspecto, fueron varias las delegaciones que mostraron su disconformidad con el tratamiento distinto que se llevaba a cabo de la educación musical<sup>635</sup>. Como se señaló previamente, la primera redacción del precepto en cuestión reproducía lo dispuesto en la Convención franco-alemana de 1883 y en la misma fue incorporada tal exclusión de la excepción porque, para ciertos compositores, la explotación de sus obras en las escuelas de música suponía su principal fuente de ingresos<sup>636</sup>. En cualquier caso, la excepción finalmente

---

<sup>633</sup> Recuérdese a este respecto, que en el caso del §60b UrhG la cantidad de obra a explotar se limitaba al 10% de la obra, en lugar del 15% previsto en el §60a UrhG.

<sup>634</sup> En concreto, la disposición establecía que «les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux compositions musicales insérées dans les recueils destinés à des écoles de musique: une insertion de cette nature sans le consentement du compositeur étant considérée comme une reproduction illicite». *Actas*, 1884, p. 50.

<sup>635</sup> Así, Baetzmann como representante de las Delegaciones de Suecia y Noruega; Janvier, en el caso de la Delegación de Haití y Rosmini, por parte de la Delegación italiana. *Actas*, 1884, p. 29. ROSMINI, H. fue crítico con el establecimiento de la excepción para la creación de crestomatías porque consideraba que amditía legalmente un supuesto de plagio, pero en el caso de que llegara a aprobarse, se preguntaba «pourquoi permettre les chrestomathies à l'usage de l'instruction littéraire, et déclarer illicite la reproduction de compositions musicales dans les recueils destinés à des écoles de musique?». *Op. cit.*, p. 137.

<sup>636</sup> Así lo señala Lavollée como representante de la Delegación francesa. *Actas*, 1884, p. 29.

aprobada fue establecida con carácter facultativo para los Estados miembros de la Unión, razón por la que se eliminó la exclusión de la posible creación de antologías musicales, dejándose dicha cuestión a la valoración de los legisladores nacionales.

Al margen de la exclusión de las obras concebidas con fines pedagógicos del ámbito de aplicación de los arts. L122-5 3º e) CPI y §60a(3) 2. UrhG para evitar conflictos con la explotación normal de dicha tipología de obras<sup>637</sup>, interesa destacar en este momento que aquella discusión sobre el uso de obras musicales en la enseñanza que ya tuvo lugar en 1884 también se ha visto reflejada en la exclusión del ámbito de aplicación de la excepción de la ilustración de la obra musical impresa, es decir, de la partitura en ciertas legislaciones nacionales.

A ello hacen referencia el art. L122-5 3º e) CPI y el §60a(3) 3. UrhG. No obstante, en el ámbito convencional, las obras excluidas del ámbito de aplicación del art. L122-5 3º e) CPI sí podrán ser reproducidas al amparo del acuerdo en cuestión, aunque con importantes restricciones en comparación con el resto de obras de carácter escrito que abarca el mismo. Así, en el caso de las partituras, por ejemplo, no será posible su reproducción en la formación continua de profesores e investigadores, ni su utilización en exámenes u oposiciones. En cambio, el acuerdo relativo a su representación permite la ejecución íntegra de una obra musical en un examen u oposición. Este régimen implica que el alumno puede ejecutar una obra adquirida y estudiada en casa para un examen, pero en cambio se impide al profesor reproducir una partitura para que sea tocada por el estudiante en un examen a primera vista. Por su parte, el §60a(3) 3. UrhG, y aunque no se refiere de forma específica a las partituras, impide la reproducción de música en formato gráfico sin autorización del autor, excepto cuando tal reproducción sea necesaria para la puesta a disposición del público de acuerdo con los apartados primero y segundo de la limitación. En consecuencia, no se permite la fotocopia de la partitura, pero sí su reproducción en formato digital para su uso conforme a lo previsto en los párrafos precedentes de la limitación<sup>638</sup>.

Asimismo, cabe destacar que la reforma de 2014 de la CDPA supuso una ampliación del ámbito de aplicación de la excepción, pues con anterioridad a la misma el art. 32 únicamente incluía las obras literarias, dramáticas, musicales o artísticas y en la actualidad, la referencia genérica a las obras o «work» supone la posibilidad de hacer uso de cualquier modalidad de

---

<sup>637</sup> Sobre ello, *vid. supra* subepígrafe 3.2.6.3, apartado b.

<sup>638</sup> Se trata de una muestra más del específico tratamiento y protección de la obra musical impresa.

las mismas<sup>639</sup>. La anterior versión de la excepción impedía la reproducción por medios reprográficos de partituras para su ejecución en un examen por parte del estudiante en su apartado (4). A este respecto, la nueva redacción de la limitación no establece ningún régimen especial para el uso de partituras, por lo que debería considerarse que es posible hacer el mismo uso de ellas que del resto de obras, incluida su utilización en exámenes. No obstante, la Oficina de Propiedad Intelectual, siguiendo el espíritu de la anterior versión de la excepción, considera que el art. 32 CDPA únicamente permite reproducir manual o digitalmente unos pocos compases de una obra musical en una clase de composición, pero no abarca la reproducción reprográfica de partituras para su ejecución por orquestas escolares<sup>640</sup>.

Lo que ha sucedido en estos casos es lo que se puede denominar como una «combinación de excepciones» previstas en la DDASI. En efecto, el art. 5.2 a) DDASI prevé la posibilidad de que los Estados miembros establezcan limitaciones «en relación con reproducciones sobre papel u otro soporte similar en las que se utilice una *técnica fotográfica de cualquier tipo u otro proceso con efectos similares, a excepción de las partituras*, siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa» (la cursiva es nuestra). En cuanto a la misma, ya el TJUE realizó en el *caso Hewlett-Packard*<sup>641</sup> una interpretación conjunta de las excepciones de reprografía (art. 5. 2 a) DDASI) y copia privada (art. 5.2 b) DDASI) determinando que la segunda, de acuerdo con la primera, no permite la reproducción de partituras, aunque dicha exclusión no aparezca prevista en la excepción de copia privada. Así se deduce especialmente del apartado 54 de la sentencia en el que se señala que «en estas circunstancias, debe entenderse que la exclusión de las partituras que contiene el artículo 5, apartado 2, letra a), de la Directiva 2001/29 no se refiere simplemente a limitar el alcance de la excepción de reprografía, sino también a establecer un régimen especial para este tipo de objeto protegido, que, en principio, prohíbe su reproducción sin la autorización de los titulares de derechos»<sup>642</sup>.

No obstante, consideramos que, si el legislador comunitario hubiera querido establecer un régimen particular para la explotación de partituras, tendría que haber establecido una norma imperativa al respecto. Así, la exclusión de las partituras de una excepción concreta que tiene carácter facultativo no debería dar lugar a que dicha exclusión se entendiera

---

<sup>639</sup> Así lo manifiestan BENTLY, L.; SHERMAN, B., *op. cit.*, p. 253.

<sup>640</sup> *Exceptions to Copyright: Education...*, *op. cit.*, p. 4.

<sup>641</sup> STJUE de 12 de noviembre de 2015, asunto C-572/13, Hewlett-Packard Belgium SPRL contra Reprobél SCRL.

<sup>642</sup> Lo mismo se deduce de los apartados 51-53, 55 y 56 de la sentencia.

aplicable a todas las excepciones contenidas en la DDASI en relación con la reproducción reprográfica. Ello impediría, por ejemplo, la cita en un libro de música de los compases de una obra ajena.

Por su parte, GEIGER entiende que el fundamento de la exclusión se encuentra, al igual que en el caso de las obras concebidas con finalidad pedagógica, en la necesidad de evitar que se afecte al mercado de explotación principal de las partituras, que es precisamente el de la enseñanza musical<sup>643</sup>.

En contra, entendemos con parte de la doctrina, que la exclusión de las partituras del ámbito de aplicación de la limitación supone un triunfo del *lobby* editorial que, sobre el argumento de los mayores costes de su impresión, ha conseguido mantener intacto un negocio que, no obstante, se nutre fundamentalmente de obras ya caídas en el dominio público, especialmente cuando se trata de la enseñanza de música clásica que tiene lugar en los conservatorios<sup>644</sup>. Asimismo, y dado que la excepción de la ilustración en el CB y la DDASI abarca todas las disciplinas, incluida la música, y no discrimina ningún tipo de obra, la exclusión de las partituras prevista en las excepciones nacionales parece restringir injustificadamente el uso de obras ajenas en la enseñanza musical.

### 3.2.7.3 El silencio en cuanto a la remuneración o compensación en favor de los titulares de derechos

A diferencia de lo que sucede en otras limitaciones, el art. 10.2) CB y el art. 5.3 a) DDASI no exigen que el uso de obras en la enseñanza se supedite al pago de una remuneración o compensación al autor<sup>645</sup>. No obstante, el Considerando 36 DDASI prevé la posibilidad de que los Estados miembros establezcan una compensación equitativa en favor de los titulares

---

<sup>643</sup> «The New French Law...», *cit.*, p. 414.

<sup>644</sup> En el mismo sentido, VIVANT, M.; BRUGUIÈRE, J.-M., *op. cit.*, p. 589; ALLEAUME, C., «Les exceptions à des fins...», *cit.*, p. 143; LÉBOIS, A., *op. cit.*, p. 20 y LUCAS, A.; LUCAS, H.-J.; LUCAS-SCHOLOETTER, A., *op. cit.*, p. 402. Asimismo, DUPUIS, M. señala que la exclusión de las partituras no parece lógica, especialmente si se tiene en cuenta que la excepción en cuestión prevé un mecanismo de compensación de la excepción. *Op. cit.*, p. 63.

<sup>645</sup> Ello es valorado positivamente en el ámbito de la DDASI por GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I. por dos razones. Por un lado, porque tampoco la DBD contempla una remuneración en relación con la excepción de la ilustración. Por otro lado, por la dificultad de establecer un sistema adecuado de remuneración en cuanto a los usos analógicos de las obras en el ámbito educativo. *El derecho de autor...*, *cit.*, pp. 443 y 444.

En cuanto al CB, cabe destacar que algunas Delegaciones, como la francesa, propusieron que se estableciera una regalía de carácter obligatorio en relación con la creación de antologías. *Actas*, 1928, p. 250. No obstante, ello no prosperó y dominó la discusión la postura de la Delegación suiza, según la cual la antología «asume una auténtica función de cooperación intelectual que merece ser impulsada» (la traducción es nuestra). *Ibid.*, p. 251 y GIANNINI, A., *La Convenzione...*, *cit.*, p. 220.

de derechos en relación con las excepciones y limitaciones facultativas que no la prevean<sup>646</sup>. Consecuencia de dicha disposición, y con la finalidad de que no se perjudiquen injustificadamente los legítimos intereses de los autores y otros titulares de derechos, casi la totalidad de las limitaciones nacionales sobre la ilustración de la enseñanza prevén una remuneración equitativa en favor del autor<sup>647</sup>. Ahora bien, los sistemas seguidos para su determinación difieren considerablemente de uno a otro.

a. El sistema del «blanket licence» inglés

En 2014 se modificaron los arts. 35 y 36 CDPA, referidos a la grabación de emisiones y su comunicación al público por parte de establecimientos educativos y a la reproducción de obras y su comunicación al público en dichos centros, respectivamente. No obstante, la aplicación de ambos preceptos estará supeditada a la inexistencia de licencias que autoricen la realización de los actos a los que se refieren tales excepciones, de modo que si existe un régimen de lo que se conoce como «blanket licence» o licencia de «tarifa plana»<sup>648</sup> disponible al respecto y el establecimiento educativo tenía conocimiento o debía conocer tal hecho, las limitaciones de los arts. 35 y 36 CDPA no podrán ser aplicadas, de acuerdo con los apartados

Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante

---

<sup>646</sup> Por su parte, el art. 4.4 de la Directiva MUD establece que «los Estados miembros podrán prever una indemnización justa para los titulares de derechos por el perjuicio que les haya causado el uso de sus obras u otras prestaciones» en las actividades pedagógicas y transfronterizas autorizadas por el apartado (1). El carácter facultativo de la remuneración es criticado por HILTY, R. M., pues considera que, además de que ello dificulta la armonización de la excepción, puede afectar al mercado único. Ello es así porque de acuerdo con el apartado (3) del mismo precepto, el uso de obras a través de redes electrónicas seguras se considerará hecho en el Estado miembro en el que se encuentre el establecimiento educativo. De modo que, en función de si el Estado en cuestión ha previsto o no una remuneración en favor del autor, el creador podrá ser compensado por el mismo uso en algunos casos y en otros no. «Position Statement...», *cit.*, p. 5.

<sup>647</sup> No prevén dicha remuneración los arts. 32-34 CDPA y 70.1 y 70.1-bis LDA. Por su parte, el art. 60h (2) UrhG no sujeta a remuneración la comunicación al público que se lleve a cabo en beneficio de los establecimientos educativos y los familiares de sus miembros de acuerdo con los §§60a (1) 1. y 3., y (2) UrhG. Es decir, no estarán sujetos a remuneración los tradicionales eventos escolares. Se mantiene así la limitación libre de remuneración en la enseñanza que anteriormente se contenía en el §52 UrhG. En este caso, por ejemplo, no estará sujeto a remuneración el concierto de navidad del colegio, tal y como señala el Proyecto de Ley, *op. cit.*, p. 47.

<sup>648</sup> Las denominadas licencias de tarifa plana permiten la realización de fotocopias de todas las obras del repertorio licenciado de acuerdo con los términos de dicha licencia y por un precio que se determina en función de la multiplicación de una cuantía por el número de alumnos del centro educativo en cuestión.



(4) y (6) de dichos preceptos respectivamente<sup>649</sup>. Se trata, en definitiva, de normas dispositivas cuya aplicación sólo podrá darse de forma supletoria, a falta de acuerdo entre las partes<sup>650</sup>.

Así, en el caso del art. 35 CDPA, un gran número de entidades de radiodifusión y productores de grabaciones audiovisuales ofrecen licencias por medio de la *Educational Recording Agency* (en adelante, ERA)<sup>651</sup>, en virtud de las cuales se concede al personal de los establecimientos educativos el derecho no exclusivo a realizar grabaciones de emisiones del repertorio de dicha Agencia, así como el derecho a poner a disposición del público su repertorio a través de redes cerradas y seguras que permitan a las personas autorizadas acceder al mismo con una finalidad educativa y no comercial, abarcando dichas licencias los territorios de Inglaterra, Gales, Escocia e Irlanda del Norte<sup>652</sup>. Y todo ello con el objeto de mejorar la

---

<sup>649</sup> Ambos apartados coinciden en su redacción: «acts which would otherwise be permitted by this section are not permitted if, or to the extent that, licences are available authorising the acts in question and the educational establishment responsible for those acts knew or ought to have been aware of that fact».

Dicho sistema era el previsto desde la primera versión de la CDPA del año 1988, de modo que, como señala la Oficina de Propiedad Intelectual, la nueva regulación de estas excepciones no elimina la necesidad que tienen los establecimientos educativos de concertar las licencias para la grabación de emisiones (art. 35) y la reproducción de obras (art. 36). *Exceptions to Copyright: Education and Teaching*, Intellectual Property Office, octubre, 2014, p. 4. Disponible en: [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/375951/Education\\_and\\_Teaching.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/375951/Education_and_Teaching.pdf).

Ello implica, siguiendo a CAVANILLAS MÚGICA, S., un alivio de la carga que supone para los establecimientos educativos la búsqueda de los titulares de derechos y una reducción de los costes que implica la negociación individual de licencias. *Op. cit.*, p. 170.

<sup>650</sup> CAVANILLAS MÚGICA, S. se refiere a estas excepciones como la «zona gris» o ámbito intermedio entre la excepción pura o sin remuneración y el régimen general de la propiedad intelectual, es decir, el sometimiento a la autorización del autor. *Ibid.*, p. 165, 170 y 173.

De hecho, la Propuesta de Directiva MUD permite, al establecer en su art. 4.2 que «los Estados miembros podrán establecer que la excepción adoptada con arreglo al apartado 1 no sea aplicable en general o con respecto a determinados tipos de obras u otras prestaciones, en la medida en que estén fácilmente disponibles en el mercado licencias adecuadas que autoricen los actos descritos en el apartado 1».

<sup>651</sup> Dicha entidad es la autorizada para la gestión de las licencias a las que se refieren los arts. 35 CDPA y 6 del Anexo 2 del mismo texto legal según *The Copyright (Certification of Licensing Scheme for Educational Recording of Broadcasts) (Educational Recording Agency Limited) Order*, 2007, No. 266, modificada por última vez en 2013 por medio de la Ordenanza No. 158. En la página web de ERA se contiene el repertorio licenciado, destacando a este respecto las obras producidas por la BBC o la *Open University*, entre otras entidades. Igualmente, la ERA publica las tarifas aplicables a estas licencias, cuya cuantía varía en función del nivel educativo en el que se aplican: en el caso de las escuelas de enseñanza primaria, la tarifa es de 45 pounds por estudiante; en el supuesto de los centros de educación secundaria y de formación profesional cuando los estudiantes no alcanzan los 18 años al inicio del año escolar, la tarifa es de 95 pounds por alumno y si superan dicha edad, el precio será de 1,5 libras por alumno; por último, en el supuesto de los estudiantes de educación superior, la tarifa asciende a 2,40 libras por estudiante matriculado a tiempo completo, reduciéndose tal cantidad al 0,35% en el caso de aquellos que estén matriculados a tiempo parcial, según las tarifas aplicables desde abril de 2017. *Vid.* <http://era.org.uk/>.

<sup>652</sup> Así se desprende de las estipulaciones 2. 1 (a) y (b) de los términos y condiciones de la licencia aplicable desde el 10 de marzo de 2017. En cuanto al contenido de dicha licencia, *vid.* SECKER, J.; MORRISON, C., *op. cit.*, pp. 98-100.

De acuerdo con el apartado 1 de los términos de la licencia, las redes cerradas y seguras o «relevant network» se configuran como las redes o parte de ellas (ya sean independientes o virtuales dentro de internet) a las que solo puedan acceder los usuarios autorizados a través de autenticación. Así, son usuarios autorizados a tal efecto los sujetos que estén matriculados en un estudio del establecimiento educativo beneficiario de la licencia o que

experiencia de aprendizaje, según señala la propia Agencia. Efectivamente, el uso de material audiovisual en la educación permite adecuar la tradicional enseñanza basada en contenido de texto, igualmente necesaria, a la actual generación de “estudiantes virtuales”, para quienes el estímulo visual resulta esencial. Asimismo, tales utilizaciones favorecen la aplicación de nuevas metodologías de enseñanza como el *flipped classroom* o aula invertida, consistente en la visualización de vídeos cortos en los que se explican los conceptos básicos de un tema con anterioridad a la lección, para que posteriormente sean discutidos en el aula<sup>653</sup>. Los establecimientos educativos que tienen suscritas las licencias de la ERA pueden beneficiarse del uso de plataformas como Box of Broadcast, una plataforma que contiene más de un millón de programas de televisión y radio que pueden ser grabados por el personal y los estudiantes de tales instituciones<sup>654</sup>. El hecho de que la ERA oferte estas amplias licencias comprensivas de un gran número de obras conlleva que la limitación en cuestión vea muy restringida su aplicabilidad, reduciéndose su ámbito de acción a obras no incluidas en tales repertorios, como pudieran ser los anuncios<sup>655</sup>.

Lo mismo parece producirse en el marco del art. 36 CDPA referido a la reproducción reprográfica y digital de obras, siendo la entidad autorizada para la concesión de licencias en este caso la *Copyright Licensing Agency* (en adelante, CLA), de la que son miembros cuatro entidades de gestión colectiva: la *Authors' Licensing and Collecting Society* (ALCS), *Publishers' Licensing Services* (PLS), *Picture Industry Collecting Society for Effective Licensing* (PICSEL) y la *Design and Artists Copyright Society* (DACS). No obstante, en este caso el apartado (7) del art. 36 CDPA establece una limitación al contenido de la licencia: no se podrá prever la autorización para copiar una cantidad de una obra inferior a lo permitido por dicha excepción, careciendo de efecto la estipulación que así lo hiciera<sup>656</sup>. En

---

sean miembros del personal académico y de investigación de dicho centro, independientemente del tipo de relación contractual y de la duración de la misma, siempre que estén autorizados por la persona encargada de gestionar el acceso a la «relevant network».

<sup>653</sup> SECKER, J.; MORRISON, C., *op. cit.*, pp. 88 y 89.

<sup>654</sup> Sobre los servicios adicionales de los que pueden beneficiarse los establecimientos educativos que tienen las licencias de la ERA, *vid.* SECKER, J.; MORRISON, C., *ibid.*, pp. 100 y 101.

<sup>655</sup> En el mismo sentido, BENTLY, L. y SHERMAN, B. entienden que el campo de acción de la excepción se verá reducido a la utilización de «incidental material». *Op. cit.*, p. 256.

<sup>656</sup> El art. 36 (7) CDPA dispone que «the terms of a licence granted to an educational establishment authorising acts permitted by this section are of no effect so far as they purport to restrict the proportion of a work which may be copied (whether on payment or free of charge) to less than that which would be permitted by this section».

consecuencia, la licencia deberá permitir la reproducción de al menos el 5% de la obra en cuestión, *ex. art. 36 (5)*<sup>657</sup>.

Mediante este régimen del «blanket licence» se fomenta la gestión colectiva para la grabación de emisiones y su puesta a disposición (art. 35) y para la reproducción de obras en el ámbito educativo (art. 36), aunque no se establece como obligatoria<sup>658</sup>. Asimismo, se promueve la oferta de licencias por parte de los titulares de derechos, pues si no lo hacen los establecimientos educativos podrán explotar sus obras al amparo de tales excepciones de forma gratuita, y la consecución de acuerdos entre las partes interesadas<sup>659</sup>. No obstante, el resultado de esta negociación puede ser objeto de un control posterior por parte del *Copyright Tribunal* en aquellos casos en los que los términos de las licencias no sean razonables<sup>660</sup>. Si una organización, en este caso, un establecimiento educativo, solicita una licencia y no está de acuerdo con sus términos, se podrá hacer una «reference» o petición al *Copyright Tribunal*, según lo dispuesto en el apartado (1) de los arts. 118 y 119 CDPA, respectivamente. En estos supuestos, el Tribunal resolverá el caso concreto con una decisión y por medio de «order» podrá modificar los términos de la licencia y determinar la vigencia de tal modificación, *ex. apartado (4)* de los mismos preceptos. Asimismo, la CDPA determina los factores a valorar por el Tribunal a la hora de resolver las peticiones que le hagan al amparo de este procedimiento. Así, y para el caso de las licencias referidas a la reproducción de emisiones

---

<sup>657</sup> Sobre dicho apartado, *vid. infra*.

<sup>658</sup> De hecho, en la clasificación de excepciones llevada a cabo por CORNISH, W.; LLEWELYN, D. y APLIN, T., no se refieren a los arts. 35 y 36 CDPA como limitaciones en favor de la enseñanza, como sí lo hace la propia Ley, sino que las cataloga como excepciones diseñadas para promover los sistemas de licencia colectiva., *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights*, Londres, 8ª ed., 2013 p. 495.

<sup>659</sup> Así, *vid. VEZZOSO, S., op. cit.*, pp. 161 y 164; BURRELL, R.; COLEMAN, A., *op. cit.* pp. 126 y 127; XALABARDER PLANTADA, R., *Estudio sobre las limitaciones...*, *cit.*, p. 52; CAVANILLAS MÚGICA, S., *op. cit.*, p. 171 y RIBERA BLANES, B., *El derecho de reproducción...*, *cit.*, p. 114. A ello se añade, siguiendo a GARNETT, K.; JAMES, J. R.; DAVIES, G., que este sistema fortalece la capacidad negociadora de los establecimientos educativos al establecer un mínimo exento a su favor. *Op. cit.*, pp. 514 y 515.

En palabras de PICCIOTTO, S., el modelo de la licencia obligatoria se ha tapado con un “velo” en el sistema de licencias establecido en relación con la reproducción de obras en el ámbito de la enseñanza. «Copyright Licensing: The Case of Higher Education Photocopying in the United Kingdom», *EIPR*, vol. 24, nº 9, p. 439.

Por su parte, SUTHERSANEN, U. señala que el sistema de la «blanket licence» también es más eficiente que la propia aplicación de la excepción, que obliga a los usuarios a analizar en cada supuesto si el acto en cuestión queda o no amparado por la misma. Asimismo, la licencia de tarifa plana reduce los costes que supone la negociación individual de licencias, derivado ello de los beneficios que ofrece la gestión colectiva. *Op. cit.*, pp. 592 y 593.

<sup>660</sup> Así, los arts. 118 (3) y 119 (3) CDPA señalan que el *Copyright Tribunal* debe resolver las controversias en atención a la razonabilidad de los términos de la licencia.

Por otro lado, y de acuerdo con el art. 145 (2) CDPA, dicho Tribunal está compuesto por un presidente y dos vicepresidentes designados por el Secretario de Estado, junto a entre dos y ocho miembros ordinarios. Su competencia se extiende, entre las materias previstas en el art. 149, a las remisiones que se le presenten en relación con los regímenes de licencias en vigor. Sobre la composición y funcionamiento de este Tribunal, *vid. CORNISH, W.; LLEWELYN, D.; APLIN, T., op. cit.*, pp. 545-547.

por parte de establecimientos educativos, el Tribunal habrá de tener en cuenta si los titulares de derechos de las obras incluidas en la emisión ya habían percibido una remuneración por dicha inclusión o si tienen derecho a recibirla<sup>661</sup>. En cuanto a la reproducción reprográfica de obras, los factores determinantes de la razonabilidad de los términos de la licencia serán fundamentalmente tres: si existen ediciones publicadas de la obra disponibles; la proporción de obra a copiar y la naturaleza del uso que se pretende dar a tales copias<sup>662</sup>.

De hecho, el *Copyright Tribunal* tuvo la oportunidad de expresarse sobre los términos de la licencia ofertada por la CLA en el caso *Universities UK v. CLA*, resuelto en abril del año 2002<sup>663</sup>. El detonante del conflicto en cuestión fue la propuesta en mayo de 1999 de un Protocolo por parte de la CLA a las universidades para excluir de la licencia general renovada el año anterior la realización de fotocopias de obras artísticas, como fotografías, diagramas o tablas<sup>664</sup>. De acuerdo con tal Protocolo, el denominado *Artistic Works Protocol*, para la reproducción reprográfica de ese tipo de obras se debía satisfacer un precio de 3, 17 libras por alumno matriculado a tiempo completo, cifra que debía abonarse de forma adicional a la de la licencia de la que se pretendían excluir las obras artísticas<sup>665</sup>. Ello fue acogido con preocupación por la *Universities UK* (en adelante, UUK)<sup>666</sup>, pues consideraba que en muchas ocasiones la reproducción de artículos científicos sin tablas, cuadros o diagramas carecía de valor, al existir una indudable interdependencia entre el texto y la imagen<sup>667</sup>. De este modo se obligaba indirectamente a las universidades a duplicar el gasto en concepto de reproducción de obras, lo que suponía para la CLA un aumento equivalente de sus beneficios. Esta situación

---

<sup>661</sup> Así lo establece el art. 131 (2) CDPA.

<sup>662</sup> Sobre los mismos, *vid.* art. 130 CDPA. Parece que el legislador ha olvidado adecuar los términos de este precepto a la nueva regulación del art. 36 CDPA, que desde la reforma de 2014 también contempla la copia digital de obras.

<sup>663</sup> *Universities UK (formerly Committee of Vice-Chancellors and Principals of the Universities of the United Kingdom) v. Copyright Licensing Agency Limited, and Design and Artists Copyright Society Ltd*, Copyright Tribunal Case Nos. CT 71/00, 72/00, 73/00, 74/00 y 75/01.

La documentación de las vistas, la decisión del caso y la orden sobre la modificación de la licencia se encuentran disponibles en: <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140603122205/http://www.ipo.gov.uk/ctribunal/ctribunal-decisionorder/ctribunal-decisionorder-20002003/ctribunal-decisionorder-20002004-uukvcla.htm>.

Una breve reseña del caso puede encontrarse en español en CAVANILLAS MÚGICA, S., *op. cit.*, pp. 174 y 175 y en inglés, en SUTHERSANEN, U., *op. cit.*, pp. 593 y 594.

<sup>664</sup> En cuanto al dilatado proceso de negociación de la licencia general acordada en 1990 y el de su renovación en 1998, *vid.* PICCIOTTO, S., *op. cit.*, pp. 439-441.

<sup>665</sup> De acuerdo con la licencia general, las universidades debían satisfacer un precio de 3,09 libras en el curso académico 1998/9; de 3,17, para el curso 1999/2000 y de 3,25 para el curso 2000/01, cantidad que debía multiplicarse por la cifra «FTES» o «full time educational students».

<sup>666</sup> La UUK es una organización dedicada a la representación y defensa de los intereses de las instituciones de educación superior de Reino Unido, similar a la Conferencia de Rectores de las Universidades Españolas en nuestro país (en adelante, CRUE).

<sup>667</sup> *Vid.* párrafo 9 de la *Interim Decision* del caso.

se unía al descontento que ya había manifestado la UUK por otra modificación de la licencia llevada a cabo previamente por la CLA en 1993 y que supuso el establecimiento de un sistema transaccional especial para los «Course Packs» o compilaciones de obras de apoyo para la enseñanza<sup>668</sup>, que se gestionaba por un servicio específico de la CLA, la denominada CLARCS<sup>669</sup>. De acuerdo con este último sistema, el precio no se establecía en función del número de alumnos del centro, como en la licencia general, sino de las copias efectivamente realizadas. Todo ello suponía un triple pago por las universidades: la tarifa de la licencia general, la de la reproducción de obras artísticas o imágenes y la de las crestomatías. Tal situación llevó a la UUK a plantear una «reference» al *Copyright Tribunal*, cuestionándole si el establecimiento de un régimen especial para la reproducción de ilustraciones aisladas, diagramas y otro tipo de imágenes y de los «Course Packs» era adecuado<sup>670</sup>. Finalmente, el *Copyright Tribunal* determinó la supresión de las citadas exclusiones de la licencia general, de modo que, con efectos desde el 1 de agosto de 2001, la licencia general volvía a incluir la reproducción de obras para la creación de «Course Packs» y la de las obras artísticas<sup>671</sup>. A cambio, ello supuso un ligero aumento de la tarifa aplicable como consecuencia de la ampliación del ámbito de aplicación de la licencia<sup>672</sup>. No obstante, y pese a dicho aumento, el coste para las universidades se reducía considerablemente al no tener que pagar tres tarifas diferentes. Asimismo, la resolución garantizaba al CLA un ingreso similar al que percibía anteriormente, al eliminar los elevados costes que había supuesto la implantación del sistema de la CLARCS, que exigía el control de las copias efectivamente realizadas para el cálculo de la tarifa a abonar por las universidades. Podría concluirse, por tanto, que el Tribunal resolvió la cuestión de una manera favorable para ambas partes, resultando en una situación de *win-win* al tener adecuadamente en cuenta sus necesidades e intereses<sup>673</sup>. Por último, cabría

---

<sup>668</sup> El «Course Pack» era definido en la licencia como una compilación de copias de extractos de al menos cuatro obras impresas publicadas, que se prepara y distribuye antes o durante el curso al alumnado como material de apoyo a la enseñanza. Se trata, en definitiva, de una crestomatía. Del mismo modo lo entiende CAVANILLAS MÚGICA, S., *op. cit.*, p. 174.

<sup>669</sup> CLARCS es la sigla del *Copyright Licensing Agency Rapid Clearance Service*.

<sup>670</sup> Explican en detalle los orígenes del caso BURRELL, R.; COLEMAN, A., *op. cit.*, pp. 130-133.

<sup>671</sup> Así lo determina la *Final Order* que modificó la licencia general hasta el año 2006 y el párrafo 178 de la *Interim Decision*. Desarrolla en detalle la decisión del Tribunal, PICCIOTTO, S., *op. cit.*, pp. 441-443.

<sup>672</sup> Estableciéndose la necesidad de que la tarifa fuera determinada en proporción al número de alumnos matriculados a tiempo completo y no al de las copias efectivamente realizadas, como se establecía en el sistema gestionado por el CLARCS, la tarifa ascendió de 3, 25 libras por estudiante para el curso 2000/01 a 4. Aunque el número de copias sería el criterio más ajustado a la realidad del uso de las obras, PICCIOTTO, S. señala que la incertidumbre que arrojaban los estudios elaborados sobre el volumen de copias que se hacían en las distintas facultades en el caso en cuestión justificaba el rechazo del tribunal a este «mathematical approach». *Ibid.*, p. 443.

<sup>673</sup> Del mismo modo valora PICCIOTTO, S. la decisión al señalar que «certainly, the outcome could be regarded as giving something to both sides, and hence a commonsense solution to an intractable problem». *Ibid. loc. cit.* Por su parte, entienden que el Tribunal decantó la balanza a favor de las universidades BURRELL, R.; COLEMAN, A., *op. cit.*, p. 135 y CAVANILLAS MÚGICA, S., *op. cit.*, p. 174.

reproducir el párrafo 39 de la *Interim Decision* del Tribunal, pues expresa con claridad la dificultad que entraña la regulación de las excepciones a la propiedad intelectual en el ámbito de la educación debido a la interdependiente relación existente entre la industria editorial y la academia:

«In declining to create a wide generalised defence for educational establishments the legislature has struck a balance between the interests of copyright owners on the one hand, and the interests of education and scholarship on the other. A healthy publishing industry is important in general, but of particular importance to those in education. Wholesale exemption from the copyright laws for educational establishments would be damaging to the publishing industry, and in consequence damaging to education. On the other hand the publishing industry depends on academic authors for much of its raw material. If education is burdened too heavily with copyright restrictions, teaching is inhibited and scholarship is discouraged, to the disadvantage of the public interest in general, and the publishing industry in particular. It is a good example of a symbiotic relationship»<sup>674</sup>.

Como se desprende de dicho supuesto y su resolución, efectivamente este tipo de procedimientos tiene un cierto elemento de compulsión, pues permite al Tribunal modificar el contenido de la licencia pactada por las partes. No obstante, debe recordarse que nada impide a los autores y otros titulares de derechos renunciar a participar en este tipo de licencias, al no tratarse de un sistema de gestión colectiva obligatoria<sup>675</sup>. Así, en los supuestos en que los autores no muestren la voluntad de conceder licencias para estos usos o los

---

No obstante, cabe señalar que los editores no quedaron completamente satisfechos con la decisión al temer una reducción en las ventas de sus libros como consecuencia de la inclusión de las crestomatías en la licencia general. A pesar de ello, el interés de la industria editorial no fue desatendido por el *Copyright Tribunal*, pues como señala en el párrafo 83 de la *Interim Decision*, en ningún caso se pretende «to encourage copying which would *cannibalise* sales of the published editions from which the copies are taken» (la cursiva es nuestra, con el objeto de resaltar la fuerza expresiva del término empleado). Además, y como señala el mismo Tribunal en el párrafo 85, la mayor parte de los textos que componen un «Course Pack» son artículos de revistas que los alumnos en principio no están dispuestos a adquirir, lo que no puede sustituir en ningún caso la compra del manual de referencia de la asignatura.

<sup>674</sup> Sobre esta delicada relación, *vid.* SUTHERSANEN, U., *op. cit.*, pp. 598-607.

<sup>675</sup> Así lo señala el Copyright Tribunal en el párrafo 65 de la *Interim Decision* cuando declara que «almost any exercise by the Tribunal of its jurisdiction to control licensing bodies and licensing schemes can be characterised as “compulsory licensing”. But the exercise by the Tribunal of its jurisdiction cannot occur before the owner of the rights has voluntarily decided to participate in a licensing scheme. (...) most of the Tribunal’s work consists of imposing terms on parties who have been unable to agree. Where the Tribunal awards more favourable terms to the licensee than were on offer, those terms are imposed. But that does not mean that the Tribunal is creating a compulsory licensing scheme: the rightsholder is always free to withdraw from the scheme».

repertorios licenciados no abarquen determinadas obras, los establecimientos educativos contarán con las excepciones de los arts. 35 y 36 CDPA.

b. La autorregulación derivada de los acuerdos de desarrollo del art. L-122.5  
3º e) CPI

El art. L122-5 3º e) CPI autoriza la reproducción y la representación de extractos de obras en la enseñanza y la investigación a cambio de una remuneración negociada a tanto alzado<sup>676</sup>, sin perjuicio de la cesión del derecho de reproducción por reprografía mencionado en el art. L122-10. De acuerdo con los acuerdos en vigor, en el caso de la reproducción de obras susceptibles de impresión, el Ministerio de educación tendrá que satisfacer una remuneración de 1.437.000 euros anuales en favor de la CFC y de 263.000, para la Ava y para la representación de obras musicales y la utilización de fonogramas en la enseñanza, la cuantía de la remuneración era de 150.000 euros anuales para el año 2009 en favor de la SACEM, siendo acreedora de la misma cantidad PROCIREP en relación con la representación de obras cinematográficas y audiovisuales, debiéndose actualizar anualmente dicha cifra de acuerdo con la evolución de los salarios en el sector de las artes, los espectáculos y las actividades recreativas. Por su parte, además, debe recordarse que la copia reprográfica de obras en el ámbito de la enseñanza se regula por sus acuerdos específicos, remuneración que, en este caso, se determina en función de las tarifas generales del CFC. Así, los acuerdos específicos al respecto determinan que la cuantía de la remuneración se calcula en atención al número de alumnos matriculados en el caso de la educación secundaria y la superior, debiendo satisfacerse por parte de los propios establecimientos educativos<sup>677</sup>. En cambio, en la educación primaria el acuerdo establece que el Ministerio de educación pagará una cuantía global anual de 7.700.000 euros por la copia reprográfica de obras en dicho ámbito al CFC.

En cuanto al modo en que ha sido diseñada la remuneración tanto en la excepción pedagógica como en los acuerdos que la desarrollan, cabría realizar las siguientes críticas. En primer lugar, resulta llamativo que la remuneración no sea establecida por un tercero que fije

---

<sup>676</sup> Aunque el art. L131-4 CPI establece como regla general que la remuneración que corresponde al autor por la cesión de sus derechos debe ser proporcional, posteriormente señala que la misma podrá establecerse en una cuantía a tanto alzado cuando no sea posible en la práctica calcular aquella. Por ello, CHATRY, S. valora positivamente la opción escogida por el legislador francés al respecto. *Op. cit.*, pp. 50 y 51.

<sup>677</sup> En la enseñanza secundaria, la remuneración es de 1,5 euros por alumno hasta un máximo de 100 páginas y de 3,20, entre 101 y 180 páginas. En el caso de la educación superior, la remuneración es de 2,55 euros por alumno hasta un máximo de 100 páginas, ascendiendo a 5,37 euros cuando el número de páginas así copiadas se encuentre entre 101 y 200.

su cuantía en atención a estudios sobre el uso de obras en la enseñanza y en investigación<sup>678</sup>, como sucede en el caso de la copia privada. Asimismo, y pese a la utilización de la técnica de la licencia legal, el legislador no ha establecido ningún criterio que sirva de base para el establecimiento de la remuneración derivada de la excepción pedagógica. En cambio, la remuneración ha sido pactada o «negociée» entre las entidades de gestión colectiva de los derechos de los distintos titulares que pueden verse afectados por la utilización de obras en la enseñanza, esto es, el CFC, la Ava, la SEAM y la PROCIREP, y los representantes de los intereses de la enseñanza y la investigación, en concreto, los Ministerios de la enseñanza superior y la investigación y el de la educación nacional y la CPU<sup>679</sup>.

En segundo lugar, la remuneración establecida en los acuerdos abarca dos conceptos de pago diferentes: por un lado, la remuneración debida por la aplicación de la excepción pedagógica y por el otro lado, el pago derivado de la licencia convencional para el uso de obras en la enseñanza y en la investigación al margen de la excepción<sup>680</sup>.

---

<sup>678</sup> De hecho, ya existen ese tipo de estudios, como es el caso del elaborado por el CFC y la CPU sobre las prácticas de la fotocopia en la Universidad, del año 2013/2014, en el que se concluye que, pese a la disminución de la difusión de fragmentos de obras en la Universidad en formato papel por el desarrollo de las nuevas tecnologías, el recurso a la copia de obras protegidas por parte del profesorado sigue constituyendo un método esencial de apoyo a la enseñanza. *Étude des pratiques de photocopie à l'Université. Rapport d'étude menée au cours de l'année universitaire 2013/2014*, CFC, p. 26. Disponible en: <http://www.cfcopies.com/images/stories/pdf/Utilisateurs/Copies-pedagogiques-papier-et-numeriques/Etablissements-d-enseignement/Enseignement-superieur/Universite/Photocopie/Etude-Photocopie-Univ-CFC-CPU-2013-2014.pdf>. Asimismo, el CFC también ha desarrollado recientemente una actualización de su estudio sobre la difusión digital de material de apoyo a la enseñanza universitaria durante el curso 2015/2016. De acuerdo con el mismo, el conjunto de ficheros puestos a disposición del público en las plataformas digitales educativas de las 5 universidades estudiadas es de 120.000, frente a los 50.000 que fueron almacenados en el año 2009 por el doble de universidades. Ello refleja un claro desarrollo de las prácticas de difusión de obras en línea en los denominados «espaces numériques de travail», si bien ello lo es así como elemento complementario de la difusión de obras de forma impresa. *Diffusion numérique de supports de cours à l'Université. Rapport d'étude. Étude menée au cours de l'année 2015-2016*, CFC, pp. 29 y 30. Disponible en: <http://www.cfcopies.com/images/stories/pdf/Utilisateurs/Copies-pedagogiques-papier-et-numeriques/Etablissements-d-enseignement/Enseignement-superieur/Universite/Numerique/Etude-les-universitaires-et-la-diffusion-numerique-2015-2016.pdf>.

<sup>679</sup> Por su parte, LUCAS, A.; LUCAS, H.-J.; LUCAS-SCHOLOETTER, A. consideran que la idea de una remuneración pactada parece dictada por el «bon sens». *Op. cit.*, p. 403. Por su parte, CHATRY, S. consideraba más adecuado que el interlocutor con el Ministerio de educación y la CPU fuera una nueva entidad dedicada a la percepción y reparto de la remuneración por la excepción pedagógica: la Société pour la Rémunération de l'Exception Pédagogique. *Op. cit.*, pp. 52-54.

<sup>680</sup> Así lo especifican los acuerdos cuando establecen que la remuneración debida a su amparo lo es «soit au titre du droit exclusif (redevance), soit au titre de l'exception pédagogique (rémunération négociée)». En cuanto a ello, VIVANT, M. y BRUGUIÈRE, J.-M. critican con acierto que las cuantías deberían ser independientes: una, en relación con la excepción de la ilustración y otra, para los usos adicionales autorizados por el acuerdo, pues respecto a estos últimos, como licencia convencional, «il est toujours possible de dire non». *Op. cit.*, p. 591. Pero, ¿cómo rechazar la licencia convencional si en una sola cuantía y en el mismo acuerdo se contemplan ambos conceptos de forma conjunta?



En tercer lugar, la excepción pedagógica prevé un derecho de remuneración en favor de los autores, pero no de gestión colectiva obligatoria, de modo que los acuerdos que la desarrollan no pueden abarcar los usos amparados por la limitación de obras de titulares que no hayan cedido sus derechos a las entidades de gestión correspondientes<sup>681</sup>. Asimismo, debe recordarse que a esta remuneración deberá añadirse la debida por la reproducción reprográfica, lo que sin duda puede afectar a los ya mermados presupuestos de los establecimientos educativos y de investigación<sup>682</sup>. En este confuso contexto, la doctrina se ha cuestionado, no sin razón, cuál es entonces la función de la excepción pedagógica, teniendo en cuenta que la utilización de obras en el ámbito de la enseñanza y la investigación se regula con base a los acuerdos sectoriales que definen la misma y autorizan la utilización de obras de modo más amplio que la propia limitación<sup>683</sup>. Se trata, en definitiva, de un supuesto de autorregulación de la materia más que de una auténtica excepción legal<sup>684</sup>.

c. Los criterios de determinación de la remuneración en función del acto de explotación: el sistema alemán

El §60h (1) UrhG establece un principio general de remuneración equitativa por los actos de explotación permitidos en el Subcapítulo 4, sobre usos legalmente permitidos en la enseñanza, la investigación y otras instituciones, del Capítulo VI UrhG<sup>685</sup>. No obstante, el apartado (2) del mismo precepto, exceptúa este principio de los denominados eventos escolares.

---

<sup>681</sup> Precisamente por dicho inconveniente LESCURE, P. abogó por la incorporación de la gestión colectiva obligatoria de la remuneración derivada de la excepción pedagógica en su estudio previo a la reforma de la misma. *Op. cit.*, p. 440. No obstante, dicha propuesta no fue finalmente atendida.

<sup>682</sup> LEBOS, A., *op. cit.*, p. 21.

<sup>683</sup> De ahí que DESURMONT, T. se hiciera los siguientes interrogantes: «Les ayants droit seront-ils fondés à considérer que tant qu'un accord n'est pas intervenu, les utilisations prévues par l'exception demeurent interdites, ce qui serait réinstaurer une variante pécuniaire du droit d'autoriser ou d'interdire? A défaut, ne risquent-ils pas de devoir se contenter de ce que l'État, libre en toute occurrence d'utiliser leurs oeuvres ou prestations, voudra bien leur consentir? Ou les tribunaux trouveront-ils dans la disposition nouvelle un fondement juridique à intervention?». *Op. cit.*, p. 127. En el mismo sentido, LUCAS, A.; LUCAS, H.-J.; LUCAS-SCHOLOETTER, A., *op. cit.*, p. 403;

<sup>684</sup> Así, GALOPIN, B. considera que la excepción pedagógica francesa ha sido «enterrada» por los acuerdos. *Op. cit.*, p. 165. Por ello, ALLEAUME, C. entiende que lo más urgente en cuanto al art. L122-5.3ºe) CPI no es tanto modificarlo como «ne pas le rendre inaplicable par le jeu d'une convention qui affirme vouloir le mettre en pratique». «Les exceptions à des fins...», *cit.*, p. 146. En el mismo sentido, LUCAS, A.; LUCAS, H.-J.; LUCAS-SCHOLOETTER, A., *op. cit.*, p. 404. A todo ello VIVANT, M. añade que la continua reducción de los presupuestos de los establecimientos educativos hace que los fondos para el pago de esta remuneración sean insuficientes, lo que puede llevar a que la excepción quede reducida a una mera pretensión. «Les exceptions nouvelles...», *cit.*, p. 2161.

<sup>685</sup> Conviene destacar a este respecto que, por lo tanto, esta remuneración no se aplica en el caso de las reproducciones de emisiones para la enseñanza previstas en el §47 UrhG.

En cuanto al cálculo de la cuantía de esta remuneración, el §60h UrhG establece diferentes criterios en función del tipo de acto de explotación a llevar a cabo.

Cuando se trata de actos de reproducción, la remuneración se calculará de acuerdo con el sistema ya previsto en los §§54-54c UrhG. En consecuencia, la situación legal de la remuneración debida al autor permanece esencialmente inalterada para aquellas reproducciones que fueron previamente autorizadas por el §53 UrhG en relación con la enseñanza y la investigación. De acuerdo con el §54(1) UrhG, los obligados al pago de la remuneración son los fabricantes de los medios de almacenamiento y reproducción. La cuantía de la remuneración se determinará, en este caso, teniendo en cuenta, en particular, la capacidad de almacenamiento de los dispositivos en cuestión y si los mismos son regrabables o no<sup>686</sup>, así como la aplicación o no de medidas tecnológicas de protección en las obras que sean objeto de reproducción<sup>687</sup>. Junto a la señalada remuneración, y cuando se trate de fotocopiadoras u otros medios de reproducción reprográfica que se encuentren en establecimientos educativos y de investigación y por cuyo uso se cobre un precio, el autor tendrá derecho a una remuneración adicional de la que será deudor el operador de dichos medios de reproducción, según el §54c UrhG. En este caso, la cuantía de la remuneración será calculada en atención al tipo de dispositivo de reproducción y al uso que previsiblemente se vaya a hacer del mismo.

En cuanto a la distribución y comunicación pública permitidas por las limitaciones señaladas, el §60h (3) UrhG establece dos posibles criterios de cálculo: el pago de una cuantía a tanto alzado o el establecimiento de un criterio que permita determinar la remuneración en función de una muestra representativa del uso efectivo, es decir, en atención a estudios que, aun no abarcando por ejemplo a todas las universidades, permitan aportar datos extrapolables al uso de obras ajenas en todo el sector universitario<sup>688</sup>. Aunque la determinación de los usos concretos que se realicen es posible técnicamente y conduciría a un reparto justo y equitativo de los derechos de autor en los beneficios económicos que se extraen de su obra, la práctica ha demostrado que ello supone una importante carga en gestión y costes<sup>689</sup>. De ahí que el BGH

---

<sup>686</sup> *Vid.* §54a (3) UrhG.

<sup>687</sup> *Vid.* §54a (1) UrhG.

<sup>688</sup> Cabe destacar que el apartado en cuestión no distingue los actos de explotación a remunerar de este modo. No obstante, y dado que el §60h(1) UrhG remite a los §54-§54c cuando se trata de remunerar los actos de reproducción, debe entenderse que el §60h(3) UrhG únicamente se aplica a la remuneración de los actos de distribución y comunicación pública autorizados para la enseñanza y la investigación.

<sup>689</sup> Así lo señaló el BGH, en el asunto I ZR 84/11, resuelto en sentencia de 20 März 2013, *GRUR*, n° 12, 2013, p. 1220. En el mismo se discutían los métodos de remuneración establecidos en el acuerdo para la remuneración en la universidad de la derogada limitación de la puesta a disposición de obras en la enseñanza prevista en el §52a UrhG.

señalara que «los beneficiarios (de las limitaciones) tienen que aceptar las estimaciones, generalizaciones y otras simplificaciones en el cálculo con el objetivo de reducir al mínimo los gastos administrativos derivados del principio económico de proporcionalidad, aun cuando puedan conducir a la discriminación en casos individuales», lo que «no significa que no se pueda realizar una distribución de otra manera si los ingresos pueden determinarse de otro modo»<sup>690</sup>. En consecuencia, concluye el BGH, «en principio, se requiere que una sociedad de gestión colectiva registre con la mayor precisión posible los datos del uso de la obra para el cálculo de la remuneración», pero «el establecimiento de un registro para la cuantificación de los usos individuales solo estará justificado si ello no supone un esfuerzo desproporcionado»<sup>691</sup>. Por tanto, se puede encontrar en esta sentencia el origen de los criterios de remuneración establecidos por el legislador alemán en cuanto a la distribución y comunicación pública de obras en la enseñanza y la investigación<sup>692</sup>. Ahora bien, el precepto en cuestión señala que la suma a tanto alzado o el establecimiento de un criterio que permita determinar la remuneración en función de una muestra representativa del uso efectivo son «genügt», esto es, son suficientes para remunerar al autor. Ello permite pensar que, aun admitidos estos criterios de cálculo, será posible establecer otros que permitan remunerar de forma más equitativa al autor si ello no genera costes desproporcionados.

En estos casos, y en atención al 60h (5) UrhG, el obligado a la remuneración será la institución en nombre de la cual actúe el sujeto que lleve a cabo el uso para ilustrar la enseñanza o con finalidad de investigación. En cualquier caso, el 60h (3) UrhG estipula que los criterios previstos en el mismo no serán de aplicación al §60b UrhG, relativo a la elaboración de materiales docentes, debiendo remunerarse al autor en este supuesto en atención a los usos efectivos. Ello resulta lógico por cuanto el editor, productor, etc. de materiales docentes sabe qué obras y qué cantidad de las mismas va a utilizar para la elaboración de tales materiales, de modo que se podrá determinar la remuneración en función del uso efectivo de la obra ajena<sup>693</sup>.

---

<sup>690</sup> Caso I ZR 84/11, párrafo 90. La traducción es nuestra.

<sup>691</sup> Caso I ZR 84/11, *ibid.*

<sup>692</sup> De hecho, el propio Proyecto de Ley hizo referencia a la citada sentencia en la explicación del art. 60h (3) UrhG. *Op. cit.*, p. 47.

No obstante, y en cuanto a ello, el BGH también puso de manifiesto los inconvenientes que presenta el criterio de la suma a tanto alzado, al señalar que «con asignaciones a tanto alzado (...) no se remunera a los autores de acuerdo con el uso real de sus obras», así como el de los estudios representativos, pues los mismos «conducen inevitablemente a imprecisiones porque se llevarían a cabo solo a ciertos intervalos y en relación con universidades seleccionadas». Caso I ZR 84/11, párrafo 87.

<sup>693</sup> Aunque el §60b UrhG no contenga esta previsión, el anterior §46 UrhG contenía en su apartado (3) la obligación del sujeto autorizado para la elaboración de colecciones para la enseñanza de comunicar por escrito

Además, el derecho de remuneración derivado de la aplicación de las limitaciones se establece como de gestión colectiva obligatoria de acuerdo con el apartado (4) del mismo precepto. De este modo, se pretende simplificar el procedimiento de recaudación y reparto del derecho de remuneración de los autores por estos usos, prescribiendo legalmente lo que ya venía llevándose a cabo en la práctica<sup>694</sup>.

#### d. Italia y la determinación legal de la remuneración en las antologías

Por su parte, el art. 70.2 LDA establece que los usos de obras ajenas en antologías están supeditados al pago de una compensación equitativa que, en este caso, no se establece por medio de acuerdo con las entidades de gestión correspondientes, como sucede en el caso francés o el alemán, sino que se determina legalmente de acuerdo con lo que establezca el Reglamento de ejecución.

El art. 22.2 de dicho texto legal remite a un Decreto del Presidente del Consejo de Ministros en el que se establece la cuantía de la compensación equitativa a satisfacer por la reproducción de obras en antologías<sup>695</sup>. Salvo que las partes lleguen a un acuerdo distinto, el art. 1 del Decreto establece todavía en liras italianas la cuantía de 4.000 liras por página en prosa y en poesía, equiparándose la página a 2.000 letras en el caso de la prosa; de 1.000 liras por compás en el caso de las obras musicales y de 8.000 liras cuando la reproducción lo sea de obras fotográficas, ya sean en blanco y negro o en color<sup>696</sup>. Se olvida el Decreto de

---

al autor de la obra ajena su intención de explotarla en dicha colección. Dicha obligación se mantiene en el precepto en cuestión, si bien de aplicación únicamente a las colecciones de carácter religioso. Sobre el mismo, *vid.* SCHULZ, W.; HAGEMEIER, S., «§46...», *cit.*, p. 583.

<sup>694</sup> Proyecto de Ley, *op. cit.*, p. 47. Sobre este sistema de remuneración, *vid.* BERGER, C., *op. cit.*, pp. 955-957.

<sup>695</sup> *Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 22 febbraio 1988. Nuova determinazione delle tariffe per la riproduzione in antologie scolastiche di brani o parti di opere tutelate, nonche' di opere fotografiche. (GU Serie Generale n. 59 del 11-3-1988).*

De acuerdo con GIANNINI, A., el fundamento de esta compensación se encuentra en el fin de lucro perseguido por el autor y el editor de la antología y no tanto en la posibilidad de que la reproducción pueda afectar a la explotación normal de la obra. «Citazioni...», *cit.*, p. 927. Así, la delimitación de la cantidad de obra que puede ser reproducida en una antología pretende garantizar que la obra original no se vea afectada en su mercado. Pero como con tal reproducción, que no critica ni comenta, el autor y el editor de la antología crean una nueva obra destinada específicamente al comercio, se les exige una compensación en favor del autor. Ello justifica que el art. 70.2 LDA prevea esta compensación y no así el límite de cita del primer apartado del mismo precepto.

<sup>696</sup> En cuanto a tales cuantías, 1 euro equivale aproximadamente a 2.000 liras italianas. En consecuencia, si se reprodujera la cantidad máxima de letras en el caso de la prosa, contando con que una página tiene un máximo de 2.000 letras y, por tanto, que el máximo de páginas a copiar es de 6, la cuantía ascendería a 24.000 liras, mientras que, en el caso de las obras musicales, el máximo a pagar serían 20.000 liras si se reprodujeran 20 compases. Teniendo en cuenta que esa cantidad de compases puede llegar a ocupar solo media página, se observa que, de nuevo, se presta una especial protección a la obra musical, especialmente cuando es impresa. Dichas compensaciones son consideradas altas por GIANNINI, A., lo que, en su opinión, contribuye a una elevación de los precios de los libros, no debiendo consentirse esta circunstancia cuando los mismos están destinados a la enseñanza. *Ibid.*, p. 926, nota 16.

determinar la cuantía a satisfacer en el caso de que el fragmento de la obra reproducida lo sea de una obra cinematográfica. No obstante, ello no implica que la copia en ese supuesto sea gratuita, sino que será necesario que las partes lleguen a un acuerdo al respecto. Asimismo, el art. 2 del Decreto establece que las compensaciones deberán ser abonadas en el plazo de 5 años en el caso de la prosa, la poesía y las obras fotográficas y en el de 3 cuando se trate de obras musicales, a contar a partir del año de la publicación de la antología, debiendo notificar al editor de la obra reproducida la realización de tal uso (art. 3) y a la Oficina de la Propiedad literaria, artística y científica, la publicación de la antología y el pago del importe de la compensación al autor (art. 4).

Por su parte, también la remuneración debida por el uso de meras fotografías en antologías de acuerdo con el art. 91 LDA queda determinada legalmente. El art. 27 del Reglamento de ejecución LDA, remite al Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 6 febbraio 1988.

De acuerdo con el artículo único del Decreto, la tarifa es de 1.200 liras por fotografía cuando se reproducen obras de arte figurativas en blanco y negro; 4.550 liras, si la misma es a color y 2.400 liras por fotografía con un máximo de 6 si pertenecen a una misma serie cuando tengan un objeto distinto del de las obras de arte figurativas, aplicándose el mismo precio y la misma limitación de 6 fotografías como máximo cuando se trate de fotografías publicadas en periódicos sobre personas o acontecimientos de actualidad o de interés público<sup>697</sup>.

Igualmente, el Decreto establece un plazo para el pago de la compensación de 5 años desde la publicación de la antología, así como la necesidad de notificar al fotógrafo o a su derechohabiente la reproducción de su fotografía y a la Oficina de la Propiedad literaria, artística y científica, la circunstancia de que dicha compensación se encuentra a disposición de la persona con derecho a la misma.

En definitiva, parece que los legisladores nacionales coinciden en la necesidad de remunerar con carácter general los usos que se hacen de obras ajenas en la enseñanza. En cambio, no sucede lo mismo en relación con el modo en el que tenga que determinarse la misma. En cualquier caso, consideramos que el sistema alemán es el más proporcionado y adecuado a las necesidades tanto de autores como de los sujetos amparados por la limitación, pues se determinan tanto los sujetos obligados al pago como los criterios de determinación de

---

<sup>697</sup> Como se puede apreciar, la compensación en el caso de las meras fotografías es bastante más reducida que cuando se reproduce una obra fotográfica en una antología. La razón de ser de esta diferencia radica precisamente en la existencia de creatividad en la obra fotográfica, elemento del que carece la mera fotografía.

la cuantía de la remuneración en función del acto de explotación concreto y se configura el derecho de remuneración como de gestión colectiva obligatoria.

4. El elemento diferenciador entre el CB y la DDASI: «los fines de investigación científica»

Como elemento diferenciador entre los arts. 10.2) CB y 5.3 a) DDASI, cabe destacar que la excepción contenida en la Directiva prevé, además de la finalidad de la ilustración con fines educativos, la de la investigación<sup>698</sup>.

Efectivamente, enseñanza e investigación son dos conceptos que van de la mano, especialmente a nivel universitario. De ahí que la DDASI los haya regulado de forma conjunta. De ello se deriva que los usos de obras ajenas en esos dos ámbitos están sujetos a los mismos requisitos y exigencias. De ahí que en este apartado únicamente se señalen aquellas particularidades de la excepción que se deriven de las necesidades de la investigación, siéndole de aplicación a esta finalidad lo dicho con anterioridad en todo aquello que no se señale expresamente en este apartado, excepto las cuestiones específicamente referidas a la enseñanza.

Así, resulta fundamental determinar el sentido de la finalidad prevista en la excepción: la investigación que, además, no podrá tener carácter comercial. Pese a la importancia de tales conceptos para la aplicación de la excepción, ni la DDASI, ni las limitaciones nacionales que derivan de ella, contienen definición alguna al respecto<sup>699</sup>. La única referencia que se tiene al respecto en el seno de la legislación comunitaria es la prevista en el Considerando 36 DBD, en el que se señala que la «investigación científica abarca tanto a las ciencias naturales como a las ciencias humanas».

Al margen de ello, ha sido la doctrina anglosajona, fundamentalmente, la que ha arrojado algo de luz al respecto. Así, ha entendido que a la «investigación científica» se le debe dar su significado ordinario según el diccionario<sup>700</sup>. Por ello, en el caso de la investigación, los actos

---

<sup>698</sup> De igual modo se contemplan conjuntamente estas finalidades en los arts. 6.2 b) y 9 b) DBD. También prevén en la misma limitación los fines de enseñanza e investigación los arts. L122-5 3º e) CPI y 70.1 LDA.

<sup>699</sup> Precisamente de los resultados de las consultas públicas llevadas a cabo en el marco de la reforma de la CDPA se desprende una cierta crítica a este respecto. No obstante, el Gobierno entendió que los términos de «research» y «private study» han sido empleados en la legislación del *copyright* desde sus propios inicios sin que haya sido necesaria una mayor definición de los mismos. *Technical Review...*, *op. cit.*, p. 11.

<sup>700</sup> Dada la falta de pronunciamientos judiciales sobre este aspecto en Reino Unido, la doctrina ha optado por esta interpretación siguiendo la jurisprudencia de otros Estados de la Commonwealth, especialmente a los tribunales australianos. GARNETT, K.; JAMES, J. R.; DAVIES, G., *op. cit.*, pp. 497 y 498; BURRELL, R.; COLEMAN, A., *op. cit.*, p. 116 y BENTLY, L.; SHERMAN, B., *op. cit.*, p. 236.

de explotación estarán justificados cuando con ellos se persiga realizar una indagación sistemática sobre un tema con el objeto de descubrir o comprobar algún hecho o principio, es decir, cuando se pretende hacer ciencia. Consecuencia de esta definición es que el legislador inglés prescindiera del adjetivo de «científica» en relación con la finalidad de «investigación», pese a que así se prevé en el ámbito de la DDASI<sup>701</sup>. De este modo, ello podría incluir la fotocopia de ciertos documentos en el marco de un proyecto de investigación, por parte de investigadores independientes o incluso por alumnos que desarrollen algún ensayo durante sus estudios<sup>702</sup>. Así entendida, la investigación requiere la aplicación de un método científico en el estudio del tema en cuestión, como deriva de su propia definición<sup>703</sup>. Por ello, la investigación tiende a ser objeto de una publicación, es decir, tiene como finalidad que sus resultados sean expuestos a la comunidad para ampliar el conocimiento científico. De ahí que en el caso de la utilización de una obra ajena con fines de investigación se exija el «sufficient acknowledgement», salvo que ello resulte imposible por distintas circunstancias según el art. 29(1B)<sup>704</sup>, y en cambio no se requiera tal reconocimiento en el caso de los usos con finalidad de estudio, que también se prevén en el mismo precepto<sup>705</sup>.

En cualquier caso, se requiere que la finalidad no tenga una finalidad comercial. Resulta evidente que la investigación que se lleva a cabo en el seno de empresas privadas para el desarrollo de nuevos productos tiene un marcado fin comercial, pues está destinada a aumentar el beneficio económico de la misma, es decir, forma parte del proceso lucrativo de la

---

<sup>701</sup> DUSOLLIER, S., «The Limitations and Exceptions...», *cit.*, pp. 363 y 370. De hecho, en la sentencia que puso fin al caso *Forensic Telecommunications Services Ltd v. Chief Constable of West* [2011] EWHC 2892 (Ch) resuelto por la *Chancery Division* de la *High Court of Justice*, se señala que «the words "for the purposes of research" must be narrowly interpreted as meaning "for the purposes of scientific research"» (párrafo 109). En el caso en cuestión, se había obtenido una lista de direcciones de la memoria de un gran número de teléfonos móviles en el marco de una investigación criminal. Tras declarar que tales listas carecían de los requisitos necesarios para ser protegidas como bases de datos, el Tribunal señaló que, incluso en el caso de que hubieran estado protegidas por *copyright*, tal obtención no podría quedar amparada por el art. 29(1) CDPa por no tratarse de una investigación de carácter científico, sino criminal. Sobre tal caso, *vid.* BORGHI, M., «A list of permanent memory absolute addresses», *Kluwer Copyright Blog*, 11 de diciembre de 2011. Disponible en: <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2011/12/14/a-list-of-permanent-memory-absolute-addresses/> y DUSOLLIER, S., «The Limitations and Exceptions...», *ibid. loc. cit.*

<sup>702</sup> En el mismo sentido, BENTLY, L.; SHERMAN, B., *op. cit.*, p. 236.

<sup>703</sup> DUSOLLIER, S., «The Limitations and Exceptions...», *cit.*, p. 363.

<sup>704</sup> Como se señaló previamente, este requisito se refiere a la mención del nombre del autor de la obra y el título de la misma. Cabe destacar al respecto que la redacción empleada por el legislador inglés se refiere al «acknowledgement», es decir, al debido reconocimiento que se debe a la persona que a través de sus estudios y obras contribuye al desarrollo de la investigación posterior. Por ello, este término parece reflejar en mayor medida uno de los principios que debe guiar el proceso investigador: la humildad científica. De hecho, también con el término «acknowledgement» se conoce en el ámbito anglosajón al apartado de los trabajos que en español se corresponde con los «agradecimientos».

<sup>705</sup> Del mismo modo lo interpretan BENTLY, L.; SHERMAN, B., *op. cit.*, p. 237.

empresa<sup>706</sup>. Es el caso de la investigación que puede tener lugar en empresas farmacéuticas, agroalimentarias, de cosmética, de automóvil, etc. En cualquier caso, que la misma tenga una finalidad comercial no excluye que sus resultados puedan aportar importantes avances para la sociedad<sup>707</sup>. En cambio, resulta más complicado encontrar ejemplos de una investigación que pueda caracterizarse por ser puramente no comercial. En principio, podría incluirse en esta excepción la investigación desarrollada por los académicos a lo largo de su carrera<sup>708</sup>. Pero ¿y si el estudio elaborado en el ámbito universitario o en un centro de investigación ha sido financiado por una empresa? ¿Y si sobre la investigación se lleva a cabo una publicación que reporta ciertos beneficios para el autor o de sus resultados se concede una patente que después es licenciada?<sup>709</sup> ¿Y acaso no es la investigación la propia actividad comercial de un centro de investigación? Se trata de supuestos que efectivamente se encuentran “entre dos aguas”. El criterio para determinar la comercialidad del uso será, por tanto, determinante para esclarecer el ámbito de aplicación de la excepción, siendo dos fundamentalmente las opciones a este respecto.

La posibilidad más restrictiva para la investigación y, en consecuencia, más protectora del autor, sería aquella que considerara una investigación como comercial cuando en cualquier fase de su desarrollo surge la posibilidad de obtener un lucro. Una interpretación en este sentido supondría la inaplicación práctica de la excepción en la mayoría de los casos, pues todos los interrogantes formulados previamente serían supuestos de investigación con finalidad comercial. Únicamente podrían ampararse por la excepción aquellas investigaciones que, por infructuosas, no dieran lugar a ningún tipo de publicación. La segunda opción calificaría como comercial únicamente aquella investigación que fuera diseñada específicamente con una finalidad de ese tipo, como son los casos de la investigación que

---

<sup>706</sup> CORNISH, W.; LLEWELYN, D. y APLIN, T. entienden que en este ejemplo la investigación es «commercial in nature». *Ibid.*, p. 289, nota 208. En ello también coincide DUSOLLIER, S., «The Limitations and Exceptions...», *cit.*, p. 363 y 366.

En la propia guía elaborada por la Oficina de Propiedad Intelectual para la explicación de las novedades de la reforma de estas excepciones se da a entender que la investigación que tiene lugar en empresas tiene finalidad comercial y por ello, las mismas precisan de licencias para poder hacer uso de obras ajenas. *Exceptions to Copyright: Education...*, *op. cit.*, p. 7.

<sup>707</sup> Ello también justificaba la inclusión de la investigación de carácter comercial en la redacción de la excepción de 1988.

De hecho, en el ámbito de las patentes, los derechos contenidos en la misma no se extienden a los actos realizados por un tercero en su ámbito privado sin finalidad comercial, pero tampoco a los actos realizados con fines experimentales que se refieran al objeto de la invención patentada, pudiendo tener, en este caso, tal fin. De este modo lo establece el art. 61.1 a) y b) Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes.

<sup>708</sup> BENTLY, L.; SHERMAN, B., *op. cit.*, p. 237.

<sup>709</sup> También se hacen estos interrogantes CORNISH, W.; LLEWELYN, D.; APLIN, T., *op. cit.*, p. 493 y TORREMANS, P., *Holyoak & Torremans...*, *cit.*, p. 289 y DUSOLLIER, S., «The Limitations and Exceptions...», *op. cit.*, p. 363.



tiene lugar en las empresas. En atención a este criterio, en cambio, no se consideraría comercial el estudio que pudiera dar lugar a la obtención de un beneficio económico si este no había sido el motivo de su desarrollo, es decir, la excepción incluiría la investigación que tuviera más de una finalidad, siempre y cuando la comercial no fuera la principal<sup>710</sup>. Así, el estudiante que se matriculara en el doctorado quedaría amparado por la excepción cuando hiciera uso de obras ajenas para el desarrollo de dicho estudio, aunque estuviera financiado por una entidad pública o privada, pues la finalidad de tales usos no sería comercial, sino puramente de investigación por ser una tesis doctoral el mayor exponente de la misma. Igualmente, el investigador que publicara en una revista científica los resultados de su investigación o realizara una conferencia sobre los mismos por la cual percibiera una remuneración se vería amparado por esta excepción, porque el posible beneficio económico que pudiera obtener por la misma sería secundario<sup>711</sup>.

Asimismo, cabría cuestionarse si además del fin previsto en la excepción, también deben estar exentos de una finalidad comercial los actos de explotación llevados a cabo para conseguirla. Un ejemplo de esta circunstancia sería que el investigador de una universidad que necesita la copia de un artículo para su investigación no comercial, solicitara a una empresa de reprografía que realizara tal copia, por la que pagaría una cuantía superior al coste real de la copia. En este caso, la actividad de investigación en sí misma no sería comercial, pero sí el acto de reproducción llevado a cabo para permitir su desarrollo. Parece lógico que, si la propia actividad que justifica la excepción no puede tener carácter comercial, tampoco pueda ser comercial el acto de explotación concreto. Así, la no comercialidad viene referida tanto a la finalidad de la excepción como al acto permitido por la misma<sup>712</sup>. En consecuencia,

---

<sup>710</sup> Por una interpretación en este sentido y ajustada a la realidad de que la investigación no se presenta en la práctica como pura sino «multi-purpose», aboga DERCLAYE, E., «Of maps, Crown copyright, research and the environment», *EIPR*, vol. 30, nº 4, 2008, p. 163.

De hecho, en el estudio de impacto elaborado por la Oficina de Propiedad Intelectual con carácter previo a la reforma de esta excepción se reconoce que, aunque la investigación a la que se refiere el art. 29 CDPA no debe tener carácter comercial, el simple desarrollo de la misma conlleva por su propia naturaleza un potencial beneficio económico posterior, pues sus resultados pueden dar lugar a la creación de nuevos productos y servicios. Ello contribuye a un mejor y mayor desarrollo del mercado, lo que redundará en una mejora de la calidad de vida para la sociedad en su conjunto. *Impact Assessment (IA): Extend exception for copying for research and private study*, IA No. BIS0311, Oficina de Propiedad Intelectual, 2012, p. 3. Disponible en: [http://www.legislation.gov.uk/ukia/2012/228/pdfs/ukia\\_20120228\\_en.pdf](http://www.legislation.gov.uk/ukia/2012/228/pdfs/ukia_20120228_en.pdf).

<sup>711</sup> Por esta interpretación aboga DUSOLLIER, S., para quien la finalidad no comercial de la investigación no impide que esta pueda reportar un beneficio económico o perseguir otro fin siempre que ello sea de forma auxiliar o accesorio. Por ello, señala que «it would be unreasonable to disqualify the research (involving use of protected works) that was not undertaken with a commercial motive for the sole reason that further to that research, some revenue or benefit has been extracted». «The Limitations and Exceptions...», *cit.*, p. 363.

<sup>712</sup> Mantiene esta postura IGLESIAS, M. J., *op. cit.*, pp. 218 y 219 y DUSOLLIER, S., «The Limitations and Exceptions...», *cit.*, p. 366.

en el ejemplo anterior no sería aplicable la excepción porque, aunque la investigación no tenga carácter comercial, sí lo tendría el acto de reproducción. En cambio, el mismo investigador sí quedaría amparado por la excepción cuando él mismo llevara a cabo la copia o se la pidiera a un sujeto que no le cobrara una cuantía que excediera el precio real de la misma.

Determinada la finalidad que justifica la excepción, cabe plantearse qué tipo de obras y qué características deben tener para que puedan ser explotadas a su amparo. La DDASI no contempla ningún tipo de restricción en cuanto al tipo de obra que pueda usarse en el ámbito de la investigación, así como tampoco lo hacía en relación con la enseñanza. No obstante, y como se señaló previamente, es frecuente que la excepción de la ilustración con finalidad educativa prevista en las legislaciones nacionales excluya las obras concebidas para su uso en el ámbito educativo con el objeto de cumplir con la segunda etapa del test de las tres fases<sup>713</sup>. El mismo argumento, por tanto, podría llevarnos a la conclusión de que las obras científicas no pueden ser explotadas al amparo de la excepción en el ámbito de la investigación, pues este es propiamente su mercado y, por tanto, su uso de acuerdo con la limitación impediría al autor explotar normalmente su obra. No obstante, los legisladores nacionales no han hecho una exclusión semejante en el ámbito de la excepción con finalidad de investigación. Ello probablemente sea así porque cada vez es mayor el número de publicaciones científicas disponibles en *Open Access*, en cuyo caso, no sería necesaria la excepción<sup>714</sup> y porque los autores de tales obras, que son quienes deberían formar el *lobby* para exigir su exclusión de la excepción, buscan no tanto el provecho económico de la publicación en cuestión, como la cita posterior de la misma para su progreso en el ámbito académico.

En cuanto a las características que deba tener una obra explotada en la investigación, conviene destacar que en el ámbito científico puede resultar determinante explotar obras inéditas, pues la propia aportación al conocimiento puede venir dada por su descubrimiento. En estos casos, por tanto, debería preverse una cierta flexibilidad en cuanto al cumplimiento estricto del derecho moral de divulgación del autor<sup>715</sup>.

#### 4.1 Las excepciones nacionales específicas en favor de la investigación

En este contexto, cabe destacar las excepciones en favor de la investigación previstas de forma específica en las legislaciones alemana e inglesa. No obstante, debe recordarse que las

---

<sup>713</sup> Sobre ello, *vid. supra*, apartado b. subepígrafe 3.2.6.3.

<sup>714</sup> DUSOLLIER, S., *ibid.*, pp. 395 y 396.

<sup>715</sup> En el mismo sentido, DUSOLLIER, S., *ibid.*, p. 396. En contra, GALOPIN, B., *op. cit.*, pp. 254-258.

limitaciones de la ilustración francesa e italiana contemplan, al igual que la DDASI, las finalidades de enseñanza y de investigación de forma conjunta. De modo que los requisitos exigidos para su aplicación son los mismos que los explicados a lo largo del presente Capítulo.

#### 4.1.1 Alemania

En cuanto a la utilización de obras para la investigación, el nuevo §60c UrhG distingue la investigación en grupo de la individual<sup>716</sup>. Para el primer supuesto, el apartado (1) del precepto autoriza la reproducción, distribución y puesta a disposición del público de hasta el 15% de una obra cuando dichos actos se realicen con una finalidad de investigación científica de carácter no comercial. En cambio, cuando la investigación científica es individual, es posible reproducir hasta el 75% de la obra.

Como sucede en el ámbito de la enseñanza, la limitación no determina los sujetos amparados para la realización de los actos en cuestión, sino que únicamente señala quiénes han de ser sus destinatarios. No obstante, y de acuerdo con la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley, podrán quedar amparados por la limitación tanto investigadores independientes, como aquellos que dependan de centros de investigación; profesores universitarios; estudiantes que desarrollen una investigación científica, como pueden ser los doctorandos, y personal de apoyo a la investigación, esto es, terceros que no participando en el desarrollo del estudio en cuestión contribuyen al mismo mediante la realización de tareas de gestión, de recopilación de material bibliográfico, etc.<sup>717</sup>.

En cuanto a los destinatarios de los actos de explotación permitidos por la norma, cuando la investigación es grupal, los mismos deberán llevarse a cabo en favor de un círculo limitado

---

<sup>716</sup> A tenor de dicho artículo, «(1) Zum Zweck der nicht kommerziellen wissenschaftlichen Forschung dürfen bis zu 15 Prozent eines Werkes vervielfältigt, verbreitet und öffentlich zugänglich gemacht werden

1. für einen bestimmt abgegrenzten Kreis von Personen für deren eigene wissenschaftliche Forschung sowie

2. für einzelne Dritte, soweit dies der Überprüfung der Qualität wissenschaftlicher Forschung dient.

(2) Für die eigene wissenschaftliche Forschung dürfen bis zu 75 Prozent eines Werkes vervielfältigt werden.

(3) Abbildungen, einzelne Beiträge aus derselben Fachzeitschrift oder wissenschaftlichen Zeitschrift, sonstige Werke geringen Umfangs und vergriffene Werke dürfen abweichend von den Absätzen 1 und 2 vollständig genutzt werden.

(4) Nicht nach den Absätzen 1 bis 3 erlaubt ist es, während öffentlicher Vorträge, Aufführungen oder Vorführungen eines Werkes diese auf Bild- oder Tonträger aufzunehmen und später öffentlich zugänglich zu machen». Sobre el mismo, *vid.* BERGER, C., *op. cit.*, pp. 960 y 961.

Antes de la reforma operada por la UrhWissG, la limitación en favor de la investigación se preveía en los § 52a (1) 2. UrhG, referido a la puesta a disposición, y §53 (2) 1., sobre la reproducción de obras en la investigación propia, considerado este un supuesto de reproducción para uso privado y quedando excluida, por tanto, la investigación en grupo. Sobre este segundo precepto, *vid.* GEIGER, C., «Les exceptions...», *cit.*, p. 35 y BENABOU, V.-L., *L'exception au droit...*, *cit.*, pp. 93-97.

<sup>717</sup> *Op. cit.*, p. 39.

y específico de personas para su investigación científica, es decir, para los miembros de un mismo grupo de investigación. No se requiere, no obstante, que tales miembros formen parte de una misma institución, promoviéndose de este modo la investigación interuniversitaria o inter-centros<sup>718</sup>. Asimismo, es posible que dichos usos se hagan para terceras personas concretas e individuales que se encarguen de controlar y garantizar la calidad de la investigación, como podría ser un sujeto ajeno a la investigación determinada pero que, por su experiencia en la materia, es consultado por parte del grupo o un evaluador en el proceso de revisión por pares tradicionalmente aplicado en el ámbito de la publicación científica. Cuando la investigación es individual, la explotación de la obra se hace en favor de la persona que lleva a cabo su propia investigación.

Otra de las diferencias entre la investigación en grupo y la individual es el acto de explotación permitido, pues mientras en el primer supuesto se autoriza la reproducción, distribución y puesta a disposición del público de obras, en el segundo únicamente se limita el derecho de copia. En cualquier caso, esta distinción parece lógica por cuanto en el supuesto de la investigación grupal resulta necesario compartir determinados materiales, para lo cual, junto a la reproducción de los mismos, se requiere bien su distribución, si la copia es analógica, bien su puesta a disposición, si la misma es digital, entre los miembros que componen dicho grupo investigador. En cambio, las necesidades de la investigación individual se ven cubiertas con la reproducción de la obra a la que, por definición, únicamente necesitará acceso el investigador que la desarrolle. No obstante, ya sea en la investigación en grupo o en la individual, el apartado (4) del §60c UrhG excluye del ámbito de aplicación de la limitación la grabación de la recitación, representación o presentación de una obra mediante audio o vídeo, así como su posterior puesta a disposición del público. Con ello se pretende evitar que sean grabadas las conferencias de un congreso científico sin el consentimiento de sus autores, por ejemplo<sup>719</sup>.

En cuanto a las obras que pueden ser objeto de explotación, son todas, incluidas las partituras<sup>720</sup>, con la única diferencia de la cantidad de las mismas que podrá ser utilizada en

---

<sup>718</sup> En el mismo sentido, KREUTZER, T.; HIRCHE, T., *op. cit.*, p. 60. Ello parece corroborarse por el hecho de que entre los derechos limitados por el §60b UrhG se encuentra precisamente el de puesta a disposición del público. No obstante, en este caso, dicho público quedará limitado a los sujetos determinados por la norma.

<sup>719</sup> Así, KREUTZER, T.; HIRCHE, T., *op. cit.*, p. 61.

<sup>720</sup> Se favorece de este modo la investigación en el ámbito de la música, a diferencia de lo que sucedía bajo la vigencia del anterior §52(2) 1. UrhG en relación con el apartado (4) del mismo precepto, que establecía la necesidad de solicitar autorización al autor cuando la reproducción autorizada por el precepto no fuera por medios manuales.

función del tipo de investigación y de la obra a explotar: en el caso de la investigación grupal, el 15% de la obra [§60c (1) UrhG]; en el supuesto de la investigación individual, el 75% de la misma [§60c (1) UrhG]<sup>721</sup>; y en ambos casos se podrán explotar en su integridad las ilustraciones, los artículos aislados de una misma revista científica o profesional, otras obras de escasa extensión y obras fuera del comercio [art. §60c (3) UrhG]<sup>722</sup>. El menor porcentaje de obra que se permite explotar en la investigación en grupo podría encontrar su justificación en que es posible llevar a cabo actos de explotación que dan acceso a la obra a varias personas, lo que podría afectar en cierto modo al mercado natural de la obra. La posibilidad de reproducir, en cambio, hasta las tres cuartas partes de una obra cuando la investigación es individual podría llevar a algunos investigadores a preferir este tipo de estudio, en detrimento del grupal. No obstante, debe recordarse que en la actualidad la mayor parte de las publicaciones que sirven de base a la investigación se contienen en las revistas científicas y en cuanto a ellas, es posible la reproducción de artículos completos.

Uno de los aspectos más relevantes en cuanto a las características de la obra que puede ser usada en la investigación es que la misma puede ser inédita, es decir, no se exige que la obra ya haya sido publicada, a diferencia de lo que sucede en el ámbito de la enseñanza<sup>723</sup>. En este caso, no obstante, y aunque dicha obra pueda ser utilizada por los investigadores de acuerdo con la presente limitación, el sucesor legal del autor de la obra inédita será el único que podrá decidir acerca de la publicación de la obra investigada, de acuerdo con lo previsto en los §12 y §30 UrhG<sup>724</sup>.

Por último, cabe destacar que la finalidad que justifica la limitación en cuestión no coincide completamente en el caso de la investigación grupal y la individual. En ambos supuestos se requiere que los actos de explotación permitidos se lleven a cabo con una finalidad de investigación científica<sup>725</sup>, esto es, para el desarrollo de un estudio sistemático sobre una materia que permita ampliar el conocimiento de la misma. Cabe destacar que también se considera que se da esta finalidad cuando la investigación se lleva a cabo por los estudiantes que quieren aprender el estado de los conocimientos académicos<sup>726</sup>. La diferencia

---

<sup>721</sup> De acuerdo con el anterior §53 (2) 1. UrhG, la cantidad de obra que podía ser explotada en la investigación propia era la necesaria para conseguir la finalidad perseguida, de forma similar a como se expresa la DDASI.

<sup>722</sup> Sobre el uso completo de este tipo de obras, *vid. supra*.

<sup>723</sup> Sobre ello, *vid. Supra*, epígrafe 4.1.

<sup>724</sup> Así lo señala la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley, *op. cit.*, p. 39.

<sup>725</sup> El legislador alemán ha entendido con acierto que la «ilustración» prevista en el art. 5.3 a) DDASI de la que deriva este precepto únicamente limita a la finalidad de la enseñanza y no a la de la investigación.

<sup>726</sup> BGH, caso *Meilensteine der Psychologie*, párrafo 76.

estriba en que la investigación grupal no puede tener carácter comercial, mientras que el legislador guarda silencio al respecto cuando regula la investigación individual. En el primer caso, la fuente de financiación de la investigación no es importante. Por lo tanto, la investigación que se lleve a cabo en un establecimiento público y se financie con fondos privados también puede quedar abarcada por el ámbito de aplicación de la limitación<sup>727</sup>. El hecho de que, como es frecuente en la práctica, los resultados de la investigación se publiquen en editoriales comerciales o que los investigadores sean recompensados por su trabajo también es irrelevante. Según la Exposición de Motivos de la ley, parece que el único supuesto de investigación que puede considerarse comercial es aquel que tiene lugar en el ámbito empresarial para el desarrollo de nuevos productos y servicios<sup>728</sup>. Pese a la estricta y, en nuestra opinión, acertada interpretación de lo que deba entenderse por finalidad comercial en la investigación, no se entiende el porqué de la inexistencia de este requisito cuando la investigación es individual. Quizá el legislador alemán partió de la consideración de que no es posible en la práctica que una investigación individual pueda, por definición, tener carácter comercial, lo que no deja de ser criticable.

A esta nueva limitación le son igualmente de aplicación los §60g UrhG, sobre la imposibilidad de que una licencia restrinja el margen de actuación permitido por la limitación; §60h, que requiere el pago de una remuneración equitativa de gestión colectiva obligatoria; §62, en cuanto al respeto a la integridad de la obra y §63, en cuanto a la indicación del nombre del autor y la fuente<sup>729</sup>.

#### 4.1.2 Reino Unido

Al igual que la UrhG, la CDPA prevé de forma independiente la regulación de las excepciones relacionadas con el uso de obras en la educación de dicha utilización en el contexto de la investigación, método que valoramos de manera positiva por permitir ajustar más pormenorizadamente dichas limitaciones a las especiales características de los usos no siempre coincidentes de obras ajenas que se llevan a cabo en tales ámbitos<sup>730</sup>.

---

<sup>727</sup> En cuanto a ello, *vid.* Exposición de Motivos del Proyecto de Ley, *op. cit.*, p. 39 y KREUTZER, T.; HIRCHE, T., *op. cit.*, p. 59.

<sup>728</sup> *Op. cit.*, p. 39.

<sup>729</sup> Sobre ellos, *vid. supra*.

<sup>730</sup> Coincide en dicha valoración CAVANILLAS MÚGICA, S., *op. cit.*, p. 159. Pese a la ventaja de una mayor adecuación de la limitación a las necesidades de la investigación si esta se desligara de la excepción de la enseñanza, DUSOLLIER, S. señala que la transposición a nivel nacional de la excepción de la investigación no ha sido tan restrictiva como la de la ilustración y, por tanto, sería complicada la confección de una nueva limitación

La regulación actual de la materia deriva fundamentalmente de la recomendación del prof. HARGREAVES consistente en expandir esta excepción, siempre que ello no afecte al carácter creativo y expresivo de la obra<sup>731</sup>. La ampliación de la limitación en cuestión se ha llevado a cabo a través de una doble vía. Por un lado, se ha eliminado la restricción del tipo de obras que podían ser explotadas en el art. 29 CDPA, previsto desde la primera versión de la ley de 1988, y modificado en 2003 y 2014<sup>732</sup>. Por el otro lado, se ha incorporado una nueva limitación específica dentro del ámbito de la investigación no comercial para la realización de copias mediante el uso de técnicas de análisis de textos y datos o TDM en el art. 29A CDPA<sup>733</sup>.

El *fair dealing* para las finalidades de investigación y estudio privado encuentra sus orígenes en el art. 2 (1) (i) de la Ley de 1911<sup>734</sup> y su fundamento radica en el propio cimiento que sustenta el sistema del *copyright*: el fomento para la creación de obras nuevas<sup>735</sup>. Se trata, por tanto, de una de las excepciones que podría calificarse como clásica del sistema del *copyright* inglés. De ahí que en la actualidad cuente con una extensa redacción contenida en el art. 29 CDPA<sup>736</sup>.

---

específica para la investigación que abarcara todos los usos permitidos por la ya existente. «The Limitations and Exceptions...», *cit.*, pp. 390 y 391.

<sup>731</sup> *Op. cit.*, pp. 8, 46-48 y 50.

<sup>732</sup> Los derechos de artistas, intérpretes y ejecutantes también se ven exceptuados por la finalidad de investigación y estudio privado en el art. 1C del Anexo 2 CDPA, en cuyo último apartado se establece que la limitación deberá ser interpretada de igual manera que la prevista en el art. 29.

<sup>733</sup> La excepción equivalente en relación con los derechos de artistas, intérpretes y ejecutantes se prevé en el art. 1D del Anexo 2 CDPA. De acuerdo con el apartado (5) de dicho precepto, las expresiones empleadas en el mismo deben ser interpretadas del mismo modo que las del art. 29A. Sobre la misma, *vid. infra*.

<sup>734</sup> *Vid. supra*. El precepto en cuestión establecía, entre otras finalidades, que «the following acts shall not constitute an infringement of copyright: (i) Any fair dealing with any work for the purposes of private study, research, (...)».

<sup>735</sup> De igual modo HARGREAVES, I. señala que esta excepción, así como las que se justifican por una finalidad educativa «are intended to promote knowledge, skills and innovation in the economy, without unduly undermining the incentive for educational and academic publishers to create the works that students, teachers and researchers need». *Op. cit.*, p. 42. A ello añaden BENTLY, L. y SHERMAN, B. que la investigación no comercial y el estudio privado normalmente no interfieren en los incentivos que el *copyright* confiere a los autores y por ello deben permitirse, además de la dificultad para detectar la realización de este tipo de usos. *Op. cit.*, pp. 235 y 236.

<sup>736</sup> En virtud de dicho artículo, «(1) Fair dealing with a work for the purposes of research for a non-commercial purpose does not infringe any copyright in the work provided that it is accompanied by a sufficient acknowledgement.

(1B) No acknowledgement is required in connection with fair dealing for the purposes mentioned in subsection (1) where this would be impossible for reasons of practicality or otherwise.

(1C) Fair dealing with a work for the purposes of private study does not infringe any copyright in the work.]

(2) (Suprimido por el art. 3 (1) (c) de la *Copyright and Rights in Performances (Research, Education, Libraries and Archives) Regulations* 2014).

(3) Copying by a person other than the researcher or student himself is not fair dealing if—

(a) in the case of a librarian, or a person acting on behalf of a librarian, that person does anything which is not permitted under section 42A (copying by librarians: single copies of published works), or

En cuanto a la finalidad de investigación no comercial, parece que los tribunales ingleses optan por el criterio de interpretación más restrictivo de entre los aportados previamente<sup>737</sup>, como deriva del caso *The Controller of Her Majesty's Stationery Office, Ordnance Survey v. Green Amps Ltd*, de 5 de noviembre de 2007, en el cual finalmente se consideró que la investigación tiene que ser no comercial en todas sus fases, desde su concepción hasta su completa realización<sup>738</sup>.

En cuanto a los actos de explotación que pueden ser llevados a cabo al amparo de esta excepción, el *fair dealing* permite abarcar potencialmente todos los derechos reconocidos al autor por la Ley<sup>739</sup>. En relación con la investigación, los usos más comunes de obras ajenas consisten en la reproducción, distribución entre los miembros del equipo investigador y traducción de artículos, capítulos de libro, monografías, etc. relacionados con el tema objeto de estudio. Asimismo, la investigación puede requerir visualizar vídeos o escuchar obras musicales para su desarrollo, pudiendo verse involucrados otros derechos como el de representación o el de comunicación al público. Ello sería indispensable en determinadas ramas de conocimiento, como en los estudios de musicología o en la investigación

---

(b) in any other case, the person doing the copying knows or has reason to believe that it will result in copies of substantially the same material being provided to more than one person at substantially the same time and for substantially the same purpose.

(4) It is not fair dealing—

(a) to convert a computer program expressed in a low level language into a version expressed in a higher level language, or

(b) incidentally in the course of so converting the program, to copy it, (these acts being permitted if done in accordance with section 50B (decompilation)).

(4A) It is not fair dealing to observe, study or test the functioning of a computer program in order to determine the ideas and principles which underlie any element of the program (these acts being permitted if done in accordance with section 50BA (observing, studying and testing)).

(4B) To the extent that a term of a contract purports to prevent or restrict the doing of any act which, by virtue of this section, would not infringe copyright, that term is unenforceable.

(5) (Suprimido por el art. 9 (e) de la *Copyright and Related Rights Regulations* 2003).

<sup>737</sup> *Vid. supra*, epígrafe 4.1.

<sup>738</sup> En el caso en cuestión, la demandada, *Green Amps*, empresa dedicada a la producción de turbinas para crear energía eólica, accedió a la base de datos de la demandante para obtener las imágenes que necesitaba para desarrollar una investigación que tenía por objeto crear una instalación complementaria que podría mejorar el servicio de las turbinas. Para ello, se valió de las claves de acceso de uno de sus trabajadores, un estudiante de la Universidad de Southampton, al que habían contratado durante el verano. Aunque efectivamente la finalidad de la investigación en este supuesto tenía un carácter comercial porque con ella se pretendía mejorar el producto de la empresa y así aumentar sus beneficios económicos, lo relevante al respecto es que la *Chancery Division* de la *High Court* aplicó por primera vez esta excepción señalando que la investigación sería comercial si a lo largo de la misma era empleada con una finalidad que tuviera algún valor económico. Sobre ello, *vid. BENTLY, L.; SHERMAN, B., op. cit.*, p. 237. Lamenta esta restrictiva interpretación para la ciencia DERCLAYE, E., *op. cit.*, p. 163.

<sup>739</sup> Sobre ello, *vid. supra*. Es cierto que el apartado (3) del precepto se refiere a la copia y no al *fair dealing*, lo que podría llevar a la conclusión de que únicamente se pretende limitar el derecho de reproducción. No obstante, si ello hubiera sido así, se podría haber empleado el mismo concepto de copia en el apartado primero del artículo. Por ello, debe entenderse que dicho apartado (3) simplemente establece unos requisitos específicos para el caso de que el *dealing* para la investigación o estudio privado en cuestión sea un acto de reproducción.



cinematográfica, pero también es perfectamente aplicable a cualquier otra especialidad, como la historia, la sociología, la ingeniería o incluso el Derecho.

Asimismo, el art. 29(4) CDPA permite que un sujeto distinto del investigador haga la copia de la obra ajena que necesita, si bien dicha reproducción no se considerará *fair dealing* en dos supuestos. De acuerdo con la letra (a) del mismo apartado, no serán *fair dealings* las reproducciones de obras llevadas a cabo por los bibliotecarios u otras personas en su nombre para investigadores y estudiantes si en la realización de tales actos no se cumplen los requisitos previstos en el art. 42A CDPA, también modificado en 2014. Lo fundamental sobre este último precepto es que la copia se haga a petición de un investigador, previa declaración de los extremos señalados en el apartado (3) del precepto, y que se limite a una copia de un artículo de una revista o una proporción razonable de cualquier otro tipo de obra publicada. Con ello se pretende que las copias se proporcionen a investigadores que efectivamente las requieran para su investigación no comercial, impidiéndoles que posteriormente puedan hacer otro uso de tal copia<sup>740</sup>. De no cumplirse alguna de tales exigencias, el art. 29(4) (a) CDPA señala que tales actos llevados a cabo por bibliotecarios u otras personas en su nombre no serán considerados como *fair dealings* y, en consecuencia, serán constitutivos de infracción<sup>741</sup>.

Por su parte, el art. 29(4) (b) CDPA, en un intento por recalcar la necesidad de que las copias que se hagan al amparo del precepto no sean utilizadas por personas distintas al investigador, establece que no es *fair dealing* la copia de una obra por parte de una persona distinta de los beneficiarios de la excepción, cuando el sujeto que reproduce lo haga sabiendo o teniendo razones para creer que como resultado de dicha copia, se producirán más que serán proporcionadas a más de una persona, al mismo tiempo y con la misma finalidad. De este modo, únicamente se podrán llevar a cabo copias individuales<sup>742</sup>.

---

<sup>740</sup> Así se desprende del art. 42A (3) (c) CDPA.

<sup>741</sup> Cabe destacar que como complemento a esta posibilidad de copia de obras por parte de bibliotecarios para investigadores y estudiantes, y para aprovechar las facilidades que ofrecen las nuevas tecnologías en este ámbito, se ha introducido un nuevo precepto, el art. 40B CDPA, por el que se permite a bibliotecas, archivos, museos y establecimientos educativos comunicar y poner a disposición de individuos que lleven a cabo una investigación o estudio privado obras que formen parte de sus colecciones a través de terminales dedicados al efecto.

En cuanto a este precepto, llama la atención que no se exija que la investigación no sea comercial, lo que, no obstante, podría achacarse a un descuido del legislador más que una voluntad real de incluirla en esta excepción, pues la investigación amparada en las distintas limitaciones al respecto es la que no tiene tal carácter. Asimismo, parece que tal precepto únicamente se dedica a reproducir lo previsto en el art. 5.3 n) DDASI, el cual tampoco limita el precepto a la investigación no comercial.

<sup>742</sup> Con esta confusa redacción, el legislador pretende evitar que se lleven a cabo reproducciones múltiples de una obra, como, por ejemplo, que el profesorado se ampare en esta excepción para realizar copias de una obra y repartirlas entre los alumnos. Así lo entienden GARNETT, K.; JAMES, J. R.; DAVIES, G., *op. cit.*, p. 498 y BENTLY, L.; SHERMAN, B., *op. cit.*, p. 236. No obstante, y aunque fuera con dicha finalidad, BURRELL, R. y COLEMAN, A.

Una de las mayores novedades aportadas por la reforma de 2014 al art. 29 CDPA viene referida a la tipología de obras que pueden ser explotadas a su amparo en la investigación y en el estudio privado. Hasta ese momento, la excepción en cuestión únicamente permitía el *fair dealing* en relación con obras literarias, dramáticas, musicales o artísticas, lo que fue considerado insuficiente para satisfacer las nuevas necesidades de la investigación por parte de la mayoría de los organismos que contestaron a la consulta pública que precedió la reforma<sup>743</sup>. Esta consideración se fundamentaba en que tal restricción suponía un freno para la investigación en Reino Unido, especialmente para aquellos investigadores dedicados al estudio de las ramas que exigen el uso de obras audiovisuales y emisiones, además de que implicaba un aumento de los costes de la investigación<sup>744</sup>. Por ello finalmente se optó por hacer una referencia genérica al «fair dealing with a work», ampliando así las obras previstas en la excepción a todas las tipologías que puede adoptar una creación, incluidas las películas, grabaciones de música y emisiones, excepto una: los programas de ordenador. En este caso, los apartados (4) y (4A) del art. 29 CDPA señalan que no serán considerados como *fair dealing* los actos de decompilación y de observación, estudio y testeo de programas de ordenador, respectivamente. Si bien ello no implica que no puedan llevarse a cabo sin autorización del autor, sino que su licitud sin licencia no vendrá determinada por el art. 29, sino por los requisitos previstos en los arts. 50B y 50BA, preceptos que contienen la regulación específica de la excepción de investigación y estudio privado aplicable a los programas de ordenador.

---

consideran que la literalidad del precepto no solo deja fuera este supuesto del ámbito de aplicación de la excepción, sino también otros como la reproducción de partes de una obra ajena en un artículo científico. Ello, como critican dichos autores, reduciría la aplicabilidad de la excepción en el ámbito de la investigación a la fase de recopilación de material, lo que podría verse cubierto igualmente por la excepción para estudio privado. *Op. cit.*, pp. 117 y 118. En contra de tal postura, debe tenerse en cuenta que la copia en este caso es llevada a cabo por una persona distinta del investigador o estudiante y que, en ese caso y aunque ello pueda dar lugar a una publicación que contenga partes de la obra reproducida, la persona que realiza la copia no puede saber si finalmente se tomarán fragmentos de la misma o no. En cualquier caso, y aunque se siguiera la interpretación de BURRELL, R. y COLEMAN, A., la reproducción de partes de obras ajenas en una publicación científica podría verse cubierta por el límite de cita o «quotation».

<sup>743</sup> *Modernising Copyright...*, *op. cit.*, p. 32.

<sup>744</sup> El estudio de impacto sobre esta excepción señala que, sumando el tiempo de las distintas fases por las que pasa un investigador para poder hacer uso de una obra literaria, desde la identificación del titular de derechos, pasando por la negociación de la licencia, hasta el pago de la tarifa pactada, un investigador puede dedicar hasta 5 horas de su trabajo a esta tarea, siendo ello extrapolable a los supuestos de películas, música o emisiones. Si ello es multiplicado por el salario mínimo nacional por hora (6,08 libras), por el número potencial de investigadores cifrado en el estudio en 31.266, por la cantidad de veces que al año un investigador lleva a cabo la tarea anterior (entre 2,5 y 10 obras al año), da una cifra de entre 1.900.000 y 9.500.000 libras. *Impact Assessment (IA): Extend exception for copying for research...*, *op. cit.*, pp. 11-12.

La reducción de tales gastos mediante la ampliación de la excepción en este sentido pueda llegar a suponer unos beneficios para los titulares de derechos de hasta 10 millones de libras al año y 5 millones anuales para los usuarios, según los datos aportados por el Gobierno. *Modernising Copyright...*, *op. cit.*, p. 34.

En cuanto a la cantidad de obra que podrá ser utilizada por el investigador o estudiante, la excepción, en lugar de prever cantidades concretas y rígidas que puedan no atender adecuadamente los intereses de estos, deja esta cuestión a la apreciación del caso concreto mediante la aplicación del criterio del *fair dealing*<sup>745</sup>. El mismo vendría a equivaler a la expresión «to the extent justified by the non-commercial purpose to be achieved» prevista en el art. 5.3 a) DDASI, tal y como fue declarado por la *High Court of Justice* en el caso *Forensic Telecommunications Services Ltd v. Chief Constable of West*<sup>746</sup>. En atención al mismo, normalmente el uso de una obra ajena será «justo» u «honesto» cuando se utilice una proporción razonable de la obra, lo estrictamente necesario para cumplir las finalidades de investigación y estudio, pero ello no excluye la posibilidad de que una obra pueda ser reproducida en su integridad en determinados casos concretos, como cuando se trata de obras de escasa extensión. En favor de esta interpretación, debe recordarse que el art. 42A(1) (a) CDPa permite que los bibliotecarios u otras personas en su nombre realicen copias de artículos de revistas a solicitud de investigadores y estudiantes, artículos que, pese a formar parte de una serie periódica, constituyen obras en sí mismos. Como establece el Memorando Explicativo de la reforma, la apreciación del *fair dealing* «will always be a matter of fact, degree and impression in each case, but the amount of the work taken and the impact of the dealing on commercial markets for the work will be important factors»<sup>747</sup>. Así, y como regla general, cuanto mayor sea la proporción de obra utilizada, mayor será la probabilidad de que el acto de explotación no se considere «justo», si bien ello podrá no ser determinante si existen otros criterios que pueden decantar la balanza a su favor. Lo único que cabría destacar en la aplicación del *fair dealing* en este caso es que el criterio de que la obra no haya sido publicada debe tener un menor peso en su apreciación en el caso de la investigación, pues precisamente en este contexto tales obras pueden constituir importantes fuentes de información<sup>748</sup>.

Por último, el art. 29(4B) CDPa establece que los términos de un contrato que puedan suponer una restricción de los actos permitidos en virtud de tal excepción serán inaplicables, en línea con la propuesta del prof. HARGREAVES, lo que refuerza la posición de los

---

<sup>745</sup> Sobre los criterios para la consideración de un acto como *fair dealing*, *vid. supra*. Como señala RIBERA BLANES, B., el *fair dealing* en esta excepción es un «concepto flexible que no admite la fijación previa de unas proporciones estrictas y que varía según las circunstancias de cada caso». *El derecho de reproducción...*, *cit.*, p. 104.

<sup>746</sup> *Vid.* párrafo 111 de la sentencia.

<sup>747</sup> *Op. cit.*, p. 4.

<sup>748</sup> Asimismo, debe tenerse en cuenta que el art. 29 CDPa no exige que la obra explotada con finalidad de investigación o estudio privado haya sido publicada.

investigadores y estudiantes ante una posible negociación de licencias con los titulares de derechos.

#### 4.2 Un nuevo procedimiento de investigación: la técnica de la TDM

Finalmente, el desarrollo de las TIC y de internet ha traído consigo una auténtica revolución en el ámbito de la investigación. Ello ha permitido que una gran cantidad de información ya se encuentre digitalizada y, por tanto, que un investigador pueda acceder a la misma desde cualquier lugar del mundo. Muestra de ello, por ejemplo, es que Europeana, la biblioteca digital europea de libre acceso equivalente a la estadounidense *Google Books*, ya cuenta con la digitalización de 51.416.561 obras de arte, objetos, libros, vídeos y sonidos de toda Europa<sup>749</sup>. Si a ello se suman los contenidos que no se encuentran en abierto, pero que pueden estar suscritos por una universidad, y la cantidad de información que se crea diariamente en la red, la cantidad de documentación existente para la investigación resulta incalculable<sup>750</sup>. Es lo que se conoce como Big Data. Así, el problema que tenía el investigador de hace tan solo 20 años para acceder a obras que únicamente estaban disponibles en formato papel y para cuyo estudio debía desplazarse a distintas instituciones, con los costes temporales y económicos que ello conllevaba, ha pasado a ser la imposibilidad de abarcar todo el volumen de información disponible. Ante esta nueva realidad, la propia tecnología ha ofrecido una solución para la investigación en ese mar de datos masivos: la técnica conocida como minería de textos y datos o «Text and Data Mining» (en adelante, TDM).

La TDM consiste en técnicas analíticas automatizadas que escanean o «leen» los documentos, estudios, imágenes, sonidos, datos, etc. digitalizados y accesibles e identifican patrones y relaciones entre ellos desconocidas hasta el momento, estructurando todos ellos de acuerdo con los patrones diseñados por el algoritmo en que se basa dicho programa<sup>751</sup>. Así se

---

<sup>749</sup> Dicha cifra es la que ofrece la propia página web de dicha plataforma a fecha de 5 de marzo de 2018. Toda la información sobre la misma se encuentra disponible en: <https://www.europeana.eu/portal/es>.

<sup>750</sup> De acuerdo con los datos aportados por la empresa *IBM Marketing Cloud*, el 90% de la información que existe en la actualidad en internet ha sido creado en los últimos dos años, tendencia que se incrementará exponencialmente con la aparición de nuevas tecnologías y dispositivos. *10 Key Marketing Trends for 2017 and Ideas for Exceeding Customer Expectations*, 2017, p. 3. Disponible en: [http://comsense.consulting/wp-content/uploads/2017/03/10\\_Key\\_Marketing\\_Trends\\_for\\_2017\\_and\\_Ideas\\_for\\_Exceeding\\_Customer\\_Expectations.pdf](http://comsense.consulting/wp-content/uploads/2017/03/10_Key_Marketing_Trends_for_2017_and_Ideas_for_Exceeding_Customer_Expectations.pdf). De hecho, en 2012 ya se preveía que la creación de datos aumentara un 40% al año, entre los que destacan la publicación de alrededor de un millón y medio de artículos científicos anualmente. MCDONALD, D., *The Value and Benefits of Text Mining to UK Further and Higher Education*, estudio encomendado por la asociación JISC, Reino Unido, 2012, p. 3. Disponible en: <https://www.jisc.ac.uk/reports/value-and-benefits-of-text-mining>.

<sup>751</sup> La expresión «Text and Data Mining» es la comúnmente aceptada por la doctrina y la que ha sido empleada en los textos legales que han recogido esta técnica como excepción al derecho de autor. No obstante, TRIALLE, J.-P.; DE MEEÛS D'ARGENTEUIL, J. Y DE FRANQUEN, A. prefieren la expresión «Data Analysis» por

conceptualiza esta técnica en la propia Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los derechos de autor en el mercado único digital, de 14 de septiembre de 2016, COM(2016) 593 final, 2016/0280(COD), tal y como se desprende del Considerando 8 y especialmente, del art. 2. 2), en virtud del cual: «‘text and data mining’ means any automated analytical technique aiming to analyse text and data in digital form in order to generate information such as patterns, trends and correlations»<sup>752</sup>. De este modo, este tipo de herramientas permite «leer» una cantidad de información que no podría ser leída por un ser humano en toda una vida, relacionando y estructurando conceptos y ofreciendo nuevas hipótesis de estudio para el investigador. En consecuencia, el valor que añade la TDM respecto a los simples buscadores radica en que, sobre la base del conocimiento ya existente, se detectan relaciones entre datos que habían pasado inadvertidas, lo que puede dar lugar a

---

las siguientes razones. En cuanto a «Data», porque permite incluir cualquier tipo de material, ya sea textual, en imágenes, audiovisual, etc., a diferencia del término «Text» que parece reducirse a material escrito. Por su parte, «Mining» puede interpretarse como únicamente la extracción de datos, en cambio «Analysis» resulta tecnológicamente neutral y permite, en consecuencia, incluir diferentes actos que pueden ser necesarios en la aplicación de esta técnica a raíz de los avances que se produzcan con su desarrollo. *Study on the legal framework of text and data mining (TDM)*, Unión Europea, 2014, pp. 8-10. Disponible en: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/copyright/docs/studies/1403\\_study2\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/studies/1403_study2_en.pdf), sobre la cuestión terminológica, *vid.* STAMATOUDI, I., «Text and Data Mining», en *New Developments in EU and International Copyright Law*, I. Stamatoudi (ed.), Alphen aan den Rijn, 2016, p. 254.

<sup>752</sup> La traducción al español de esta definición de la «minería de textos y datos» es la que sigue: «cualquier técnica analítica automatizada para analizar textos y datos en formato digital a fin de generar información sobre pautas, tendencias o correlaciones». Se sigue esta conceptualización de la TDM en el *Documento de trabajo de los servicios de la Comisión. Evaluación de impacto relativa a la modernización de la normativa sobre derechos de autor de la UE que acompaña al documento Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los derechos de autor en el mercado único digital y Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen las normas sobre el ejercicio de los derechos de autor y determinados derechos afines a los derechos de autor aplicables a determinadas transmisiones en línea de los organismos de radiodifusión y a las retransmisiones de programas de radio y televisión*, SWD(2016) 302 final, parte 1 de 3, Comisión Europea, Bruselas, 2016, p. 104. Disponible en: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/impact-assessment-modernisation-eu-copyright-rules>.

De forma similar conceptualizan TRIAILLE, J.-P.; DE MEEÛS D'ARGENTEUIL, J. Y DE FRANQUEN, A. la TDM: «the automated processing of digital materials, which may include texts, data, sounds, images or other elements, or a combination of these, in order to uncover new knowledge or insights». *Op. cit.*, p. 17. Asimismo, los autores reproducen otras definiciones provenientes de la literatura científica, especialmente desde el ámbito de la programación informática, en pp. 15-17. Siguen igualmente esta definición de TDM, BENTLY, L.; SHERMAN, B., *op. cit.*, p. 237; AA.VV., *Standardisation in the area of innovation and technological development, notably in the field of Text and Data Mining. Report from the Expert Group*, Unión Europea, 2014, p. 10, disponible en: <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/d12e3edd-0960-46d1-a7ea-bda1b9cec42d/language-en>; GUIBAULT, L., «Legal Aspects of Open Access to Publicly Funded Research», en *Enquiries into Intellectual Property's Economic Impact*, OCDE, 2015, p. 402. Disponible en: <http://www.oecd.org/sti/ieconomy/Chapter7-KBC2-IP.pdf>; ROSATI, E., *The Exception for Text and Data Mining (TDM) in the Proposed Directive on Copyright in the Digital Single Market - Technical Aspects*, Unión Europea, 2018, p. 2. Disponible en: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/604942/IPOL\\_BRI\(2018\)604942\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/604942/IPOL_BRI(2018)604942_EN.pdf); *IFLA Statement on Text and Data Mining*, documento original de 2013 actualizado en 2017, disponible en: <https://www.ifla.org/publications/node/8225>; VAN DEN BOSCH, A.; ESKEVICH, M., *Future TDM. Research Report on TDM Landscape in Europe*, 2016, p. 6. Disponible en: [https://project.futuretdm.eu/wp-content/uploads/2016/07/FutureTDM\\_D3.1-Research-Report-on-TDM-Landscape-in-Europe.pdf](https://project.futuretdm.eu/wp-content/uploads/2016/07/FutureTDM_D3.1-Research-Report-on-TDM-Landscape-in-Europe.pdf).

nuevas hipótesis y descubrimientos<sup>753</sup>. Ello se traduce a nivel económico en un ahorro de tiempo y dinero, por hacer más eficiente el proceso investigador<sup>754</sup>.

La TDM fue aplicada en un primer momento en el ámbito de las ciencias experimentales, donde pronto se descubrió el potencial de dicha herramienta de investigación al permitir asociar determinados síntomas o tratamientos con enfermedades, cuando hasta ese momento no se había encontrado relación entre ellos<sup>755</sup>. Así, ya se han llevado a cabo estudios que, mediante la aplicación de estos procedimientos al análisis del contenido de bases de datos especializadas en medicina, permiten predecir con mayor seguridad y rapidez un posible fallo cardíaco en pacientes que acuden a atención primaria<sup>756</sup>. Pero dicho procedimiento es perfectamente aplicable a todas las ramas del saber. Ejemplo de ello lo constituye la utilización de programas de rastreo del plagio. Con base en ese tipo de técnicas, dos investigadores estadounidenses han encontrado recientemente un manuscrito del s. XVI que probablemente inspiró a Shakespeare en la creación de 11 de sus obras. Para ello, utilizaron dos programas de ordenador: WCopufind, que utiliza fuentes abiertas para detectar plagios, y DocuScope, programa que reconoce hasta 40 millones de patrones lingüísticos en inglés<sup>757</sup>. Incluso en el ámbito del Derecho, ya se ha llegado a plantear la posibilidad de aplicar este tipo de algoritmos para extraer patrones o hábitos de interpretación de normas por parte de jueces<sup>758</sup>. En definitiva, las posibilidades que ofrece la TDM en el ámbito de la investigación parecen no tener más límite que el que tenga la imaginación del propio creador del algoritmo sobre el que

---

<sup>753</sup> Como ejemplo de dicho tipo de conexiones, imagínese que los datos A y C no están directamente conectados, razón por la cual el simple buscador no traerá dichos resultados al investigador. En este caso, la técnica del TDM podría detectar que existen datos B intermedios entre ambos estudios que los relacionan indirectamente. En cuanto a ello, *vid.* el resumen de las 247 respuestas al *Call for Evidence* que precedió a la reforma de 2014 en Reino Unido, titulado *Supporting Document T. Text Mining and Data Analytics in Call for Evidence Responses*, p. 2. Disponible en: <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140603125140/http://www.ipo.gov.uk/ipreview-doc-t.pdf>.

<sup>754</sup> De acuerdo con las conclusiones de MCDONALD, D., los beneficios que ofrece la TDM en la investigación son los siguientes: mayor eficiencia del investigador, desbloqueo de información oculta y desarrollo de nuevos conocimientos, exploración de nuevos horizontes, mejora de la investigación y de los documentos que le sirven de base y mejora del proceso de investigación y la calidad de sus resultados. Los beneficios económicos y sociales incluyen el ahorro en costes y el aumento de productividad y el desarrollo de nuevos servicios innovadores, modelos comerciales y tratamientos médicos. *Op. cit.*, pp. 18-21.

<sup>755</sup> Se trata del ejemplo clásico de uso del TDM en la investigación, según BENTLY, L.; SHERMAN, B., *op. cit.*, p. 237.

<sup>756</sup> Un estudio de este tipo ha sido desarrollado por AA.VV., «Prevalence of Heart Failure Signs and Symptoms in a Large Primary Care Population Identified Through the Use of Text and Data Mining of the Electronic Health Record», *Journal of Cardiac Failure*, vol. 20, n° 7, 2014, pp. 459 y ss.

<sup>757</sup> Así lo señala el periódico *El País*, en la noticia de 8 de febrero de 2018 titulada «Un software para cazar plagios de estudiantes halla una posible fuente de Shakespeare». Disponible en: [https://elpais.com/cultura/2018/02/08/actualidad/1518081938\\_287646.html](https://elpais.com/cultura/2018/02/08/actualidad/1518081938_287646.html).

<sup>758</sup> Sobre esta investigación, *vid.* HILDEBRANDT, M., «The Meaning and the Mining of Legal Texts», en *Understanding Digital Humanities*, D. M. Berry (ed.), Londres, 2012, pp. 145 y ss.

se erige<sup>759</sup>. No obstante, estas ilimitadas oportunidades que ofrece la técnica pueden verse restringidas por el Derecho.

Efectivamente, la técnica de la TDM se basa fundamentalmente en dos métodos técnicos: el ETL o Extract-Transform-Load y el ELT o Extract-Load-Transform<sup>760</sup>. Ello puede traducirse en la realización de cinco fases: la extracción de fuentes de información o datos de cualquier tipo (textos, imágenes, audio, vídeo, etc.) que pueden encontrarse en bases de datos; su transformación y carga en colecciones de bibliografía; su análisis y la elaboración de informes finales en los que se combinen dichas fuentes, pudiendo verse reproducidas y modificadas<sup>761</sup>.

En cualquier caso, cuando el contenido digital en cuestión se encuentre libremente disponible, ya sea porque haya sido licenciado bajo *Creative Commons*, haya sido publicado en acceso abierto, haya finalizado el período de embargo que pueda imponer una editorial, se encuentre en el dominio público o simplemente no esté protegido por el derecho de autor por carecer de originalidad, la aplicación de la TDM en la investigación no se verá limitada<sup>762</sup>. No obstante, debe tenerse en cuenta que la base de esta tecnología se encuentra en el Big Data, es decir, cuanto mayor sea el número de contenidos que pueda analizar el algoritmo, mejores serán los resultados que provea. Por ello, el avance de la investigación y de las sociedades a través de ella mediante la aplicación del TDM requiere el uso tanto de obras libremente accesibles como de obras protegidas por derechos autor. En este segundo caso, la técnica de la TDM suele requerir la realización de actos de reproducción y transformación de obras y cuando se trata de una base de datos protegida por un derecho *sui generis*, puede suponer la extracción y la reutilización de parte de su contenido<sup>763</sup>.

---

<sup>759</sup> Más ejemplos de la aplicación de la técnica TDM en estudios de investigación se relatan en *Supporting Document T...*, *cit.*, pp. 2-4.

<sup>760</sup> Sobre las mismas y sus diferencias, *vid.* TRIALLE, J.-P.; DE MEEÛS D'ARGENTEUIL, J.; DE FRANQUEN, A., *op. cit.*, pp. 28 y 29 y STAMATOUDI, I., *op. cit.*, p. 260.

<sup>761</sup> *Op. cit.*, p. 28; ROSATI, E., *op. cit.*, pp. 4-7 y 10; KAMOCKI, P., «Laissez-fouiller! L'argument pour les «utilisations» orthogonales» des oeuvres de l'esprit dans le context du débat sur l'exploration des données», *RIDA*, n° 247, enero, 2016, pp. 9 y 10 y GEIGER, C.; FROSIO, G.; BULAYENKO, O., *The Exception for Text and Data Mining (TDM) in the Proposed Directive on Copyright in the Digital Single Market - Legal Aspects*, Unión Europea, 2018, pp. 5-7. Disponible en: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2018/604941/IPOL\\_IDA\(2018\)604941\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2018/604941/IPOL_IDA(2018)604941_EN.pdf).

<sup>762</sup> Como señala el propio Considerando 8 de la propuesta, «la minería de textos y datos también puede tener por objeto meros hechos o datos que no están protegidos por derechos de autor y, en tales casos, no ha de ser necesaria una autorización». Debe recordarse que el derecho de autor no protege los meros hechos o datos, sino la expresión original de los mismos. GEIGER, C.; FROSIO, G.; BULAYENKO, O., *ibid.*, p. 6.

<sup>763</sup> A pesar de ello, es importante destacar que el algoritmo que permite la aplicación de la TDM en cada caso no siempre requerirá la realización de los mismos actos, pues cada uno puede tener un funcionamiento diferente.

Ante tal situación, se ha analizado hasta qué punto las excepciones existentes podrían permitir la realización de estas técnicas, pero las conclusiones del riguroso estudio elaborado por TRIAILLE, DE MEEÛS D'ARGENTEUIL y DE FRANCQUEN al respecto reflejaron que el proceso de la TDM es especialmente complejo y mientras determinados actos llevados a cabo en algunas de sus fases podían verse amparados por limitaciones como la de las reproducciones provisionales del art. 5. 1) DDASI, no sucedía lo mismo con otros<sup>764</sup>. En consecuencia, el proceso completo de la TDM se veía limitado por el derecho de autor. Asimismo, debe tenerse en cuenta que, salvo la excepción relativa a las reproducciones provisionales, otras excepciones que podrían ser aplicables, como la de la investigación prevista en el art. 5. 3 a) DDASI, son facultativas para los Estados miembros, razón por la que no han sido adoptadas por algunos de ellos. Pero incluso los que la han transpuesto, lo han hecho de forma diversa (distintos ámbitos de aplicación, cantidad de obra a explotar, beneficiarios, etc.), lo que dificulta la investigación a nivel transfronterizo<sup>765</sup>. A todo ello se suman las dificultades de acceso a las obras que pueden derivarse de la aplicación de medidas tecnológicas de protección o TPM, según sus siglas en inglés, también protegidas por la normativa de derechos de autor y la práctica frecuente en las licencias relacionadas con el uso

---

<sup>764</sup> Por ejemplo, solo en la fase de extracción de datos, en algunos casos será posible aplicar la excepción de reproducciones provisionales, como cuando el acceso a la obra es directo, es decir, cuando se puede escanear el dato en cuestión por el algoritmo con la simple apertura del sitio web en el que se encuentra alojado, sin necesidad de descargarlo, mientras que otros sistemas de TDM más complejos no podrán verse amparados por la misma. De hecho, normalmente los proyectos de TDM requieren una copia de los datos de un servidor a otro, en cuyo caso, aunque se cumplan algunos de los requisitos del art. 5. 1) DDASI, como que el acto de reproducción sea parte integrante y esencial de un proceso tecnológico (el propio TDM) o que el mismo sea para una finalidad lícita, como lo es la investigación, en la mayoría de los supuestos la reproducción no será temporal, por ser necesaria la disponibilidad de la copia para su transformación y análisis posterior, así como resulta cuestionable que la reproducción en este caso no tenga una significación económica independiente. Sobre las dificultades para aplicar esta excepción en las distintas fases del TDM, *vid.* TRIAILLE, J.-P.; DE MEEÛS D'ARGENTEUIL, J.; DE FRANCQUEN, A., *op. cit.*, pp. 45-50; KAMOCKI, P., *op. cit.*, pp. 23-31; STAMATOUDI, I., *op. cit.*, pp. 270 y 271 y GEIGER, C.; FROSIO, G.; BULAYENKO, O., *op. cit.*, pp. 9 y 10.

<sup>765</sup> Así, si un estudio determinado se lleva a cabo por investigadores de dos países distintos, uno que ha transpuesto la excepción de la investigación y otro que no, el investigador que utilice la técnica de la TDM en el primer supuesto podría verse amparado por dicha limitación, mientras que el segundo estaría infringiendo los derechos de autor. *Vid.*, TRIAILLE, J.-P.; DE MEEÛS D'ARGENTEUIL, J.; DE FRANCQUEN, A., *ibid.*, pp. 51-59 y AA.VV., *Standardisation...*, *op. cit.*, pp. 51 y 52. Además, la transposición de la excepción en cuestión por los distintos Estados miembros normalmente contiene una reducción de la cantidad de obra a explotar (un fragmento o extracto), cuando normalmente la TDM requiere el uso de la totalidad de la obra. *Vid.*, KAMOCKI, P., *op. cit.*, p. 35 y GEIGER, C.; FROSIO, G.; BULAYENKO, O., *op. cit.*, p. 10. Igualmente, cabe señalar que la excepción en cuestión, como se ha tenido ocasión de señalar, se aplica únicamente a la investigación de carácter no comercial, con las dificultades que tal distinción genera en la práctica. *Vid. supra* y STAMATOUDI, I., *op. cit.*, p. 273.

En cuanto a la posible aplicación de otras excepciones a la técnica de la TDM, como es el caso de la copia privada en los Estados miembros que no hayan transpuesto una excepción de investigación (art. 5. 2) a) DDASI), la excepción de la normal utilización de una base de datos (art. 6. 1 DBD) o la de la extracción y/o reutilización de partes no sustanciales del contenido de una base de datos protegida por un derecho *sui generis* (art. 8 1 DBD), así como las limitaciones que presentan al respecto y la incertidumbre que pueden generar en el investigador, *vid.* AA.VV., *Standardisation... cit.*, pp. 50 y 51.



de bases de datos consistente en dejar sin efecto las excepciones y limitaciones establecidas en la legislación<sup>766</sup>.

Estas circunstancias dieron lugar a que tres de las legislaciones estudiadas en la presente investigación reconocieran la necesidad de establecer una excepción en favor de la investigación para permitir la aplicación del TDM. La primera en hacerlo fue la CDPA inglesa, que a través del art. 3 del Reglamento por el que se produjo la reforma de 2014 incorporó esta limitación en el art. 29A<sup>767</sup>. Mediante el mismo, se autoriza a la persona que tiene acceso legal a una obra a copiarla con el objetivo de llevar a cabo un «computational analysis of anything recorded in the work»<sup>768</sup> con una finalidad de investigación no comercial, exigiéndose que sea citado el nombre del autor y la fuente, salvo que ello resulte imposible<sup>769</sup>. De especial importancia resulta el apartado (5) del precepto, pues impide que por contrato puedan restringirse los actos que autoriza la excepción, siendo inaplicable la estipulación que así lo hiciera. Siguiendo su estela llegaría Francia, que por medio del art. 38 de la *Loi pour une République numérique*, de 7 de octubre de 2016<sup>770</sup>, añadió a la lista de excepciones a los

---

<sup>766</sup> GEIGER, C.; FROSIO, G.; BULAYENKO, O., *op. cit.*, p. 13.

<sup>767</sup> Asimismo, se introdujo una excepción equivalente en relación con los derechos de artistas, intérpretes y ejecutantes en el art. 1D del Anexo 2 CDPA.

<sup>768</sup> Cabe precisar que, aunque no se haga referencia a la TDM en el precepto, la expresión de «computational analysis» define dicha técnica, la cual sí que aparece en el título del precepto: «Copies for *text and data analysis* for non-commercial research» (la cursiva es nuestra).

<sup>769</sup> La excepción en cuestión establece que: «(1) The making of a copy of a work by a person who has lawful access to the work does not infringe copyright in the work provided that—

(a) the copy is made in order that a person who has lawful access to the work may carry out a computational analysis of anything recorded in the work for the sole purpose of research for a non-commercial purpose, and

(b) the copy is accompanied by a sufficient acknowledgement (unless this would be impossible for reasons of practicality or otherwise).

(2) Where a copy of a work has been made under this section, copyright in the work is infringed if—

(a) the copy is transferred to any other person, except where the transfer is authorised by the copyright owner, or

(b) the copy is used for any purpose other than that mentioned in subsection (1)(a), except where the use is authorised by the copyright owner.

(3) If a copy made under this section is subsequently dealt with—

(a) it is to be treated as an infringing copy for the purposes of that dealing, and

(b) if that dealing infringes copyright, it is to be treated as an infringing copy for all subsequent purposes.

(4) In subsection (3) “dealt with” means sold or let for hire, or offered or exposed for sale or hire.

(5) To the extent that a term of a contract purports to prevent or restrict the making of a copy which, by virtue of this section, would not infringe copyright, that term is unenforceable».

Sobre la misma, *vid.* entre otros, BENTLY, L.; SHERMAN, B., *op. cit.*, pp. 237 y 238; TRIAILLE, J.-P.; DE MEEÛS D’ARGENTEUIL, J.; DE FRANQUEN, A., *op. cit.*, pp. 12-14; KAMOCKI, P., *op. cit.*, pp. 39-42; STAMATOU, I., *op. cit.*, pp. 255 y 256; GEIGER, C.; FROSIO, G.; BULAYENKO, O., *op. cit.*, p. 17 y GUIBAULT, L., «Legal Aspects...», *cit.*, pp. 390 y 391;

<sup>770</sup> *Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique*. En concreto, el art. 38 se inserta en el Capítulo II del Título I de dicha Ley, cuyos títulos resultan ilustrativos de la importancia de la excepción para el desarrollo de la investigación: «Economie du savoir» y «La circulation des données et du savoir», respectivamente.

derechos de autor prevista en el art. L. 122-5 CPI un apartado 10° que autoriza la realización de copias de escritos científicos para la exploración de los textos y datos que incluyan, con el objeto de satisfacer las necesidades de la investigación pública y a exclusión de toda finalidad comercial, debiendo fijarse por decreto las condiciones para poder llevar a cabo dicha exploración<sup>771</sup>. Asimismo, se estableció una excepción equivalente en relación con el uso de bases de datos en el art. L. 342-3 5° CPI<sup>772</sup>. Finalmente, Alemania también ha incorporado recientemente esta excepción por medio del art. 1 de la Ley para adaptar la Ley de derechos de autor a las exigencias actuales de la sociedad del conocimiento o *Gesetz zur Angleichung des Urheberrechts an die aktuellen Erfordernisse der Wissensgesellschaft (UrheberrechtsWissensgesellschafts-Gesetz - UrhWissG)*, de 1 de septiembre de 2017, cuya entrada en vigor tuvo lugar el 1 de marzo de 2018. Así, el novedoso §60d UrhG autoriza la realización de actos de análisis automatizado de un gran número de obras con finalidad de investigación científica no comercial, incluyendo entre los mismos la reproducción de tales obras para su estructuración y caracterización y su puesta a disposición del grupo limitado de personas que participen en un proyecto conjunto de investigación, así como a un número reducido de terceras personas que puedan controlar la calidad del proceso de investigación científica<sup>773</sup>. Asimismo, el apartado segundo del mismo precepto aclara que los actos que se

---

<sup>771</sup> A tenor de dicho artículo, en el que en ningún momento se hace referencia a la TDM, «Lorsque l'oeuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire: 10° Les copies ou reproductions numériques réalisées à partir d'une source licite, en vue de l'exploration de textes et de données incluses ou associées aux écrits scientifiques pour les besoins de la recherche publique, à l'exclusion de toute finalité commerciale. Un décret fixe les conditions dans lesquelles l'exploration des textes et des données est mise en œuvre, ainsi que les modalités de conservation et de communication des fichiers produits au terme des activités de recherche pour lesquelles elles ont été produites ; ces fichiers constituent des données de la recherche».

<sup>772</sup> En concreto, la excepción en cuestión establece que «Lorsqu'une base de données est mise à la disposition du public par le titulaire des droits, celui-ci ne peut interdire: 5° Les copies ou reproductions numériques de la base réalisées par une personne qui y a licitement accès, en vue de fouilles de textes et de données incluses ou associées aux écrits scientifiques dans un cadre de recherche, à l'exclusion de toute finalité commerciale. La conservation et la communication des copies techniques issues des traitements, au terme des activités de recherche pour lesquelles elles ont été produites, sont assurées par des organismes désignés par décret. Les autres copies ou reproductions sont détruites».

Sobre ambas excepciones, *vid.* GEIGER, C.; FROSIO, G.; BULAYENKO, O., *op. cit.*, pp. 17 y 18 y AZZI, T., «Open Data et propriété intellectuelle. État des lieux au lendemain de l'adoption de la loi pour une République numérique», *Recueil Dalloz*, n° 11, 16 de marzo de 2017, pp. 586-588.

<sup>773</sup> Como sucede en la legislación inglesa, mientras que en la literalidad del precepto no se menciona la técnica de la TDM, el título de la excepción se refiere al «Text und Data Mining». Según el primer apartado del §60d UrhG, «(1) Um eine Vielzahl von Werken (Ursprungsmaterial) für die wissenschaftliche Forschung automatisiert auszuwerten, ist es zulässig,

1. das Ursprungsmaterial auch automatisiert und systematisch zu vervielfältigen, um daraus insbesondere durch Normalisierung, Strukturierung und Kategorisierung ein auszuwertendes Korpus zu erstellen, und

2. das Korpus einem bestimmt abgegrenzten Kreis von Personen für die gemeinsame wissenschaftliche Forschung sowie einzelnen Dritten zur Überprüfung der Qualität wissenschaftlicher Forschung öffentlich zugänglich zu machen.

Der Nutzer darf hierbei nur nicht kommerzielle Zwecke verfolgen.

lleven a cabo al amparo del apartado primero, es decir, la aplicación de técnicas de TDM en bases de datos protegidas por derechos de autor o por un derecho *sui generis* se considerarán actos de utilización normal a los efectos de las excepciones previstas en los §55a y §87b (1) UrhG, respectivamente. Por último, el apartado tercero establece un elemento innovador respecto a las excepciones de los países vecinos al exigir que el corpus o volumen de obras utilizados y sus copias sean suprimidos, así como que ya no estén puestos a disposición del público, una vez haya sido finalizada la investigación<sup>774</sup>.

En este contexto, la UE no ha sido ajena a las novedades incorporadas por estas legislaciones nacionales, ni a las exigencias provenientes de los investigadores en general y de los académicos dedicados al estudio del derecho de autor, pues la importancia de la TDM redundaba en la competitividad y en el crecimiento económico de la propia Unión<sup>775</sup>. De ahí que, el art. 3 de la Propuesta de 2016 pretenda incorporar una excepción obligatoria específica para poder llevar a cabo los actos de explotación que requiere la TDM. En concreto, el art. 3 de la Propuesta establece que:

«1. Los Estados miembros establecerán una excepción a los derechos previstos en el artículo 2 de la Directiva 2001/29/CE, el artículo 5, letra a), y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 96/9/CE, y el artículo 11, apartado 1, de la presente Directiva con respecto a las reproducciones y extracciones realizadas por organismos de

Universitat d'Alacant

---

(2) Werden Datenbankwerke nach Maßgabe des Absatzes 1 genutzt, so gilt dies als übliche Benutzung nach § 55a Satz 1. Werden unwesentliche Teile von Datenbanken nach Maßgabe des Absatzes 1 genutzt, so gilt dies mit der normalen Auswertung der Datenbank sowie mit den berechtigten Interessen des Datenbankherstellers im Sinne von § 87b Absatz 1 Satz 2 und § 87e als vereinbar.

(3) Das Korpus und die Vervielfältigungen des Ursprungsmaterials sind nach Abschluss der Forschungsarbeiten zu löschen; die öffentliche Zugänglichmachung ist zu beenden. Zulässig ist es jedoch, das Korpus und die Vervielfältigungen des Ursprungsmaterials den in den §§ 60e und 60f genannten Institutionen zur dauerhaften Aufbewahrung zu übermitteln».

El Ministerio de Justicia alemán tiene disponible una versión oficial en inglés de la norma en: [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_urhg/englisch\\_urhg.html](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_urhg/englisch_urhg.html).

<sup>774</sup> Comentan brevemente la excepción alemana de la TDM, GEIGER, C.; FROSIO, G.; BULAYENKO, O., *op. cit.*, p. 18 y KREUTZER, T.; HIRCHE, T., *op. cit.*, pp. 62 y 63. En cuanto a su contenido, *vid.* Exposición de Motivos del Proyecto de Ley, *op. cit.*, pp. 40-42.

<sup>775</sup> Así, ya en el año 2015, la Comisión señaló que «es clara la necesidad de reflejar mejor los avances tecnológicos y evitar las situaciones de desigualdad en el mercado único en relación con la minería de textos y datos, en virtud de la cual los ordenadores leen y analizan grandes volúmenes de contenidos digitales en el contexto de la ciencia y la investigación. La falta de disposiciones claras de la UE relativas a dicha minería con fines de investigación científica genera inseguridad en la comunidad investigadora. Ello redundaba en perjuicio de la competitividad y el liderazgo científico de la UE en un momento en que las actividades de investigación e innovación (I+i) deben realizarse cada vez en mayor medida a través de la colaboración transfronteriza e interdisciplinaria y a mayor escala, en respuesta a los grandes retos de la sociedad que aborda la I+i». *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Hacia un marco moderno y más europeo de los derechos de autor*, Bruselas, 9 de diciembre de 2015, COM(2015) 626 final.

investigación con el fin de proceder a la minería de textos y datos de obras u otras prestaciones a las que tengan acceso legítimo con fines de investigación científica.

2. Será inaplicable toda disposición contractual contraria a la excepción prevista en el apartado 1.

3. Los titulares de derechos estarán autorizados a aplicar medidas para garantizar la seguridad e integridad de las redes y bases de datos en que estén almacenadas las obras u otras prestaciones. Dichas medidas no irán más allá de lo necesario para lograr ese objetivo.

4. Los Estados miembros alentarán a los titulares de derechos y organismos de investigación a establecer las mejores prácticas comunes para la aplicación de las medidas contempladas en el apartado 3<sup>776</sup>».

A los efectos de dicha disposición, el beneficiario de la excepción, es decir, el «organismo de investigación» es una universidad, un instituto de investigación o cualquier otra organización cuyo principal objetivo sea realizar investigaciones científicas o realizar investigaciones científicas y prestar servicios educativos<sup>777</sup>. Aunque del texto de la excepción podría deducirse que, a diferencia de lo previsto en la DDASI, la investigación podría tener carácter comercial por no excluirse explícitamente esta posibilidad, la definición de «organismo de investigación» continúa señalando que las actividades de investigación y prestación de servicios educativos deben llevarse a cabo «sin ánimo de lucro o reinvertiendo todos los beneficios en sus investigaciones científicas» o «en el marco de una misión de interés público reconocida por un Estado miembro», de manera que «una empresa que ejerza una influencia decisiva en dicho organismo no pueda disfrutar de acceso preferente a los resultados generados por la investigación científica». De tales requisitos adicionales parece derivarse que la finalidad de la investigación debe ser no comercial, lo que genera importantes dudas en cuanto a su aplicación y críticas por parte de la doctrina, a lo que además se suma una redacción especialmente confusa<sup>778</sup>.

---

<sup>776</sup> En cuanto al contenido de esta excepción, *vid.* HILTY, R. M.; RICHTER, H., «Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition on the Proposed Modernisation of European Copyright Rules. Part B. Exceptions and Limitations (Art. 3 – Text and Data Mining)», *Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper*, nº 17-02, p. 2 y GEIGER, C.; FROSIO, G.; BULAYENKO, O., *op. cit.*, pp. 18-20.

<sup>777</sup> Así lo dispone el art. 2. 1) de la Propuesta.

<sup>778</sup> La definición en cuestión se compone básicamente de conceptos jurídicos indeterminados, lo que puede generar una gran inseguridad jurídica. HILTY, R. M.; RICHTER, H., *op. cit.*, p. 4.

Habrá que esperar a ver si finalmente es aprobada la Propuesta de Directiva, en cuyo caso los Estados miembros que aún no han previsto la excepción de la TDM, como España o Italia, se verían obligados a incorporarla y los que ya la han establecido, tendrían que analizar hasta qué punto cumplen con los requisitos establecidos por la normativa europea. En cualquier caso, la doctrina mayoritaria ha venido a aplaudir esta iniciativa a nivel europeo<sup>779</sup>, lo que permite augurar que antes o después será aprobada en el ámbito de la UE una nueva excepción que permita la aplicación de la técnica de la TDM, surgiendo así nuevas líneas de investigación a explorar: ¿cómo regular la excepción para que sea tecnológicamente neutral y pueda abarcar las novedades que se produzcan con el desarrollo de la técnica de la TDM? ¿Cuáles deben ser los contornos de esta nueva excepción? ¿Debería incluirse la investigación de carácter comercial? ¿Realmente es necesaria una excepción específica o bastaría con aclarar los contornos de la excepción en favor de la investigación y establecerla como obligatoria?



Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante

---

<sup>779</sup> Aunque en ciertos aspectos se considere que la excepción propuesta es restrictiva y debería ser modificada, se ha valorado positivamente la voluntad del legislador europeo de introducir un régimen excepcional para la TDM. Así, ECS, *General Opinion on the EU Copyright Reform Package*, 24 de enero de 2017, p. 5, disponible en: <https://europeancopyrightsocietydotorg.files.wordpress.com/2015/12/ecs-opinion-on-eu-copyright-reform-def.pdf>; HILTY, R. M.; RICHTER, H., *op. cit.*, p. 1. De hecho, antes de que se publicara la Propuesta de Directiva, TRIAILLE, J.-P.; DE MEEÛS D'ARGENTEUIL, J.; DE FRANQUEN, A., ya aconsejaban el establecimiento de una excepción específica al respecto en el ámbito de la UE. *Op. cit.*, p. 116. En el mismo sentido, GUIBAULT, L., «Legal Aspects...», *cit.*, p. 402.

En cuanto a las propuestas de modificación de la excepción, *vid.* HILTY, R. M.; RICHTER, H., *ibid.*, pp. 5-7 y 12 y GEIGER, C.; FROSIO, G.; BULAYENKO, O., *op. cit.*, pp. 24 y 25.

### **CAPÍTULO III. UNA INTERPRETACIÓN PARTICULAR DE LA ENSEÑANZA Y LA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA EN EL SISTEMA DE DERECHOS DE AUTOR: LA CONFIGURACIÓN DEL LÍMITE DE LA ILUSTRACIÓN CON FINES EDUCATIVOS Y DE INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA EN EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL DE 1996**

1. El origen de la excepción de la ilustración en España: su tradicional vinculación con la cita y su necesaria regulación independiente

El límite de la ilustración, al igual que sucedió en el ámbito de la legislación francesa, fue incorporado tardíamente en el TRLPI en dos sentidos. Por un lado, porque no se previó de forma específica en relación con los derechos de los autores en general hasta el año 2006, por medio de la ley de transposición de la DDASI<sup>780</sup>. Y por otro, porque dicha ley se aprobó con casi cuatro años de retraso respecto a lo exigido por el art. 13.1 DDASI<sup>781</sup>. Ciertamente, y como se señaló en el Capítulo anterior, el legislador español no estaba obligado a transponer el límite del art. 5.3 a) de la citada Directiva derivado del art. 10.2) CB, pero de hacerlo, tendría que haberlo incorporado en el plazo determinado por la misma.

No obstante, es cierto que el TRLPI ya había previsto con anterioridad el límite de la ilustración con fines educativos y de investigación científica en relación con un objeto concreto: las bases de datos. Efectivamente, con ocasión de la transposición de la DBD en el año 1998<sup>782</sup>, se recogió un nuevo art. 34 en el TRLPI que eximía de la obligación de solicitar autorización al autor de una base de datos original «cuando la utilización se realice con fines de ilustración de la enseñanza o de investigación científica siempre que se lleve a efecto en la medida justificada por el objetivo no comercial que se persiga e indicando en cualquier caso su fuente». Dichos términos serían reproducidos, con ciertas modificaciones, en el art. 135.1 b) TRLPI en sede de bases de datos protegidas por un derecho *sui generis*<sup>783</sup>. A pesar de ello,

---

<sup>780</sup> Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril.

No obstante, no debe dejar de recordarse que la enseñanza había sido tenida en cuenta en el ámbito de los convenios bilaterales que suscribió España con otros países desde finales del siglo XIX. Sobre ello. *Vid. supra*.

<sup>781</sup> De acuerdo con tal precepto, los Estados miembros debían transponer la DDASI antes del 22 de diciembre de 2002.

<sup>782</sup> 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.

<sup>783</sup> De acuerdo con tal precepto, «el usuario legítimo de una base de datos, sea cual fuere la forma en que ésta haya sido puesta a disposición del público, podrá, sin autorización del fabricante de la base, extraer y/o reutilizar una parte sustancial del contenido de la misma, en los siguientes casos: b) Cuando se trate de una extracción con

y salvo en los casos en los que el contenido de la base de datos no estuviera protegido por el derecho de autor, la aplicabilidad de la excepción quedaba considerablemente reducida, pues no existía una limitación equivalente que se aplicara al resto de obras protegidas. Así, aunque se pudiera utilizar una base de datos con fines de enseñanza o investigación, no se podría explotar con la misma finalidad el contenido de la base de datos que estuviera protegido por derechos de autor<sup>784</sup>. Son dos las razones que pudieron dar lugar a esta situación: bien el legislador se limitó a reproducir la excepción de la ilustración contenida en la DBD sin analizar las consecuencias de su inclusión o bien, de forma consciente, estableció la misma con la tranquilidad que le aportaba la certeza de que su ámbito efectivo de aplicación quedaría considerablemente restringido. Probablemente fuera la primera de ellas la que generó esa paradójica situación, ya que el legislador del momento únicamente tenía en mente regular la protección de las bases de datos como consecuencia de la transposición de la Directiva y no tuvo suficientemente en cuenta sus conexiones con el resto del sistema de propiedad intelectual<sup>785</sup>.

A excepción de este supuesto, las necesidades derivadas de la enseñanza y la investigación se consideraban cubiertas por el límite de cita previsto en el art. 32 TRLPI<sup>786</sup>,

---

fines ilustrativos de enseñanza o de investigación científica en la medida justificada por el objetivo no comercial que se persiga y siempre que se indique la fuente».

<sup>784</sup> En el mismo sentido, DE ROMÁN PÉREZ, R., *Obras musicales, compositores, intérpretes y nuevas tecnologías*, Madrid, 2003, p. 456; CASAS VALLÉS, R., «Spain», en *Copyright and Digital Distance Education (CDDE): The Use of Pre-Existing Works in Distance Education Through the Internet*, Cuestionario elaborado por R. Xalabarder Plantada, 2003, p. 198, <http://www.uoc.edu/in3/dt/eng/20418/Questionnaires.pdf> e IGLESIAS, M. J., *op. cit.*, p. 256. Del mismo modo lo entiende BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. en relación con las excepciones, en general, a los derechos sobre una base de datos, pues como acertadamente concluye, «conviene recordar de nuevo que estamos hablando de excepciones a los derechos de explotación sobre el continente y no sobre el contenido de la base de datos. Ello pone de relieve la limitada importancia práctica de tales excepciones». «La protección jurídica de las bases de datos», *pe. i*, nº 1, 1999, p. 26. En el mismo sentido, XALABARDER PLANTADA, R., «Los límites a los derechos...», *cit.*, p. 69.

<sup>785</sup> En cuanto al modo de transposición de las excepciones a los derechos del autor de una base de datos, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. critica que se haya establecido un precepto específico para este objeto protegido en sede de las excepciones y limitaciones generales previstas para todos los objetos protegidos. Así, entiende que el legislador tendría que haber contrastado el art.6.2 DBD con las limitaciones ya previstas en el TRLPI, en especial, los arts. 31, 32 y 37. «La protección jurídica...», *cit.*, pp. 59 y 60. En cuanto a ello, le sigue MINERO ALEJANDRE, G., «Art. 34», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Madrid, 4ª ed., 2017, p. 689. De hecho, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. llega a afirmar que el art. 34.2 b) TRLPI se corresponde con el art. 32.1. «Los derechos de autor y los límites a la propiedad intelectual (excepto epígrafe 2.2.)», en *Las reformas de la Ley de Propiedad Intelectual*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano/ I. Garrote Fernández-Díez/ A. González Gozalo/ R. Sánchez Aristi, Valencia, 2006, p. 61.

No obstante, debe recordarse que en aquel momento el art. 32 TRLPI no contenía el límite de la ilustración, sino el de cita. En consecuencia, incluso aunque el legislador nacional hubiera actuado según el parecer de dichos autores, si hubiera querido limitar el derecho del autor de una base de datos para fines de enseñanza e investigación tendría que haber previsto dicha disposición de forma expresa de igual modo, por no existir aún una excepción equivalente en el ámbito del resto de obras.

<sup>786</sup> Así lo entiende SAIZ GARCÍA, C., «Artículo 32», en *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual*, F. Palau Ramírez y G. Palau Moreno (dirs.), Valencia, 2017, p. 547. Lo mismo sucedía en Francia, tal y como se expuso en el epígrafe 2.2 del Capítulo anterior.

pues específicamente autorizaba la inclusión en una obra propia de fragmentos de obras ajenas cuando ello se llevaba a cabo con fines docentes o de investigación<sup>787</sup>. En efecto, el límite de cita configurado por el legislador español podía dar cobertura a la modalidad tradicional de la excepción de la ilustración consistente en la autorización para la creación de antologías. Precisamente, y como se analizó en los Capítulos anteriores, el origen del art. 10.2) CB y el de la excepción de la ilustración en países como Reino Unido, Alemania e Italia se encontraba en el uso de obras ajenas para la creación de nuevas obras específicamente destinadas a su uso en el ámbito educativo<sup>788</sup>. De hecho, la AP de Madrid llegó a declarar en 2007 que, pese a que el CB distingue en su art. 10 el límite de cita del de la ilustración de la enseñanza, el art. 32 TRLPI daba en aquel momento a estas limitaciones un «tratamiento unitario»<sup>789</sup>. Asimismo, la AP Madrid ya había considerado previamente como cita la inclusión de varias obras de carácter visual en libros de texto, aunque las mismas no fueran comentadas, analizadas ni objeto de un juicio crítico, pues lo determinante era que el uso de dichas obras se llevaba a cabo con una finalidad educativa, derivada del tipo de obra en el que se incorporaban<sup>790</sup>.

En este contexto, parece evidente que la única cita admitida de acuerdo con la regulación del entonces art. 32 TRLPI era aquella que tenía por objeto la inclusión de una parte de una obra ajena en otra que necesariamente debía tener una finalidad educativa o de investigación<sup>791</sup>, razón por la cual la jurisprudencia negó la posible cita en obras de carácter

Universitat d'Alacant

---

<sup>787</sup> La excepción en cuestión, de acuerdo con su redacción actual, establece que «es lícita la inclusión en una obra propia de fragmentos de otras ajenas de naturaleza escrita, sonora o audiovisual, así como la de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo, siempre que se trate de obras ya divulgadas y su inclusión se realice a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico. Tal utilización sólo podrá realizarse con fines docentes o de investigación, en la medida justificada por el fin de esa incorporación e indicando la fuente y el nombre del autor de la obra utilizada».

<sup>788</sup> En cuanto al origen de la excepción en el CB, *vid. supra* Capítulo II y en las legislaciones nacionales señaladas, *vid. supra* Capítulo I.

<sup>789</sup> FJ tercero SAP Madrid, de 26 de febrero de 2007, JUR\2007\151600. En el caso en cuestión, VEGAP había demandado al Grupo Anaya por la reproducción de varias obras de carácter visual en la portada y contraportada de ciertos libros de texto, así como en el contenido de la enciclopedia «Gran referencia Anaya».

<sup>790</sup> SAP Madrid de 23 de diciembre de 2003, La Ley 217591/2003. En dicho asunto, VEGAP demandó a la editorial Ediciones S.M. porque consideraba que el uso de obras de carácter visual en los libros de texto debía ir acompañado de algún comentario de dichas obras para poder quedar amparado por el límite de cita, dándole la razón en este sentido el juzgador de primera instancia. En cambio, la AP consideró que el art. 32 TRLPI permitía la mera cita, es decir, la inclusión de obras ajenas en obras propias sin ningún tipo de comentario, puesto que «las inclusiones de ilustraciones relativas a obras plásticas ajenas en obras propias (como libros de texto) son lícitas siempre que se cumplan los requisitos que justifiquen dicha cita, como la causa de docencia o investigación». De este modo, la AP de Madrid siguió el razonamiento de la SAP Barcelona de 21 de octubre de 2002, JUR\2004\54771, FD séptimo.

<sup>791</sup> De acuerdo con MARISCAL GARRIDO-FALLA, P., la finalidad de la cita española es el «análisis, comentario o juicio crítico», mientras que los «fines docentes y de investigación» se refieren al tipo de obra en que pueden incorporarse. *Op. cit.*, p. 418.



informativo, divulgativo o promocional<sup>792</sup>. Así, por ejemplo, el JPI de Madrid no pudo aplicar el límite de la cita en un supuesto de reproducción parcial de la letra de ciertas obras musicales en la revista «Magazine» del diario «El Mundo del siglo XXI», por considerar, efectivamente, que este Magazine no tenía una finalidad educativa o de investigación, sino meramente informativa<sup>793</sup>. No obstante, el juzgador, en la convicción de que dicho tipo de usos debía ser permitido por no afectar a la aplicación del test de las tres etapas, admitió la licitud de la actividad llevada a cabo por la demandada, para lo que se vio obligado a realizar una forzada interpretación del art. 35.1 TRLPI, que reconoce el límite en favor de la utilización de obras con ocasiones de informaciones de actualidad. ¿Pero acaso la actividad llevada a cabo por la Unidad Editorial, SA en el supuesto en cuestión no era una cita en el sentido común del término?<sup>794</sup>

Efectivamente, el DRAE define la cita en su acepción tercera como «nota de ley, doctrina, autoridad o cualquier otro texto que se alega para prueba de lo que se dice o refiere», pero no exige en ningún momento que aquello que se dice o refiere deba tener carácter educativo o de investigación, como tampoco lo hacía el límite de cita contenido en la LPI de 1879<sup>795</sup>. Recuérdese a este respecto que los arts. 10.1) CB<sup>796</sup> y 5.3 d) DDASI<sup>797</sup> no establecen

---

<sup>792</sup> En cuanto a la finalidad promocional, *vid.* Razonamiento jurídico segundo SAP Ciudad Real, de 2 de marzo de 2001, JUR 2001\149833.

Como señala DE ROMÁN PÉREZ, R., la cita se autoriza para su inclusión en obras académicas o que sean el resultado de una actividad investigadora, como la inclusión de fragmentos de obras ajenas en una presentación que lleve a cabo el profesor o el alumno para exponer un tema en clase o en un artículo científico. *Guía de la propiedad intelectual en el ámbito universitario*, Granada, 2017, pp. 54-58.

En consecuencia, señala LÓPEZ MAZA, S. que no es posible aplicar la cita, por ejemplo, en un libro de cocina o de primeros auxilios, pues carecen del fin docente exigido por el art. 32 TRLPI. «Art. 32»..., *cit.*, p. 631.

<sup>793</sup> FD cuarto sentencia JPI Madrid, de 27 noviembre 2003, AC\2003\1929. En el caso en cuestión, se llevaba a cabo la reproducción gráfica de la letra de las canciones para su inclusión en una página dedicada al recuerdo de años pasados titulada «Aquellos años...». Cada página se refería a un año distinto y en ella se analizaban un personaje destacado del momento, un hecho que reflejaba la tendencia o moda de la época o del año y un libro publicado en ese año o que en el mismo alcanzó un número de ventas importante, así como se reproducía la letra de una canción característica del año, tal y como se prevé en el FD tercero de la sentencia.

<sup>794</sup> Como señala CASAS VALLÉS, R. en su comentario a esta sentencia, en lugar de forzar el límite del art. 31.1 TRLPI en el caso en cuestión, el juzgador podría haber argumentado su decisión con fundamento en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión de la editorial, derecho que constituye precisamente el fundamento constitucional de la cita. «Nota a la sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia núm. 21 de Madrid, de 27 de noviembre de 2003 (caso «Aquellos años»». Warner Chappell Music Spain y otros c. Unidad Editorial, S. A.», *pe. i.*, nº 15, 2003, p. 90.

<sup>795</sup> Según la redacción dada a esta excepción en aquel momento, «nadie podrá reproducir obras ajenas sin permiso de su propietario, ni aun para anotarlas, adicionarlas o mejorar la edición; pero cualquiera podrá publicar como de su exclusiva propiedad comentarios, críticas y notas referentes a las mismas, incluyendo sólo la parte del texto necesario al objeto».

<sup>796</sup> A su tenor, «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».

<sup>797</sup> De acuerdo con tal precepto, los Estados miembros podrán establecer limitaciones y excepciones a los derechos de reproducción y comunicación al público «cuando se trate de citas con fines de crítica o reseña,

finalidades específicas en relación con la cita, así como tampoco lo hacen los §51 UrhG y 30(1ZA) CDPA. Por su parte, el art. L122-5 3º a) CPI amplía los fines que pueden justificar la cita en comparación con el legislador español, al permitir que la misma se justifique «par le caractèrre critique, polémique, pédagogique, scientifique ou d'information» de la obra en la que se incorporen.

Al margen de los intentos doctrinales por dotar al límite de cita de una interpretación acorde a la realidad de dicho uso de la obra ajena<sup>798</sup>, se puede concluir que el legislador español de 1987 confundió los límites previstos en los arts. 10.1) y 2) CB, regulando en un solo precepto dos limitaciones que, si bien relacionadas, no son coincidentes<sup>799</sup>. Consecuencia de esa «incorrecta» configuración del límite de cita<sup>800</sup>, el art. 32 restringía el amplio ámbito de aplicación de la cita permitido por las normas internacional y comunitaria, impidiendo su aplicación a supuestos de citas socialmente aceptados, como la inclusión de una frase de otro autor al inicio del capítulo de una novela, en un artículo de opinión de carácter periodístico o, en la modalidad quizás más actual, para su inclusión en una entrada o post de una red social o un blog en el que no se incluye más comentario que el fragmento ajeno<sup>801</sup>. Así, por ejemplo, no es infrecuente que en las redes sociales de la universidad se utilicen citas de investigadoras célebres el Día de la mujer trabajadora o de autores de reconocido prestigio en el Día mundial

---

siempre y cuando éstas se refieran a una obra o prestación que se haya puesto ya legalmente a disposición del público, se indique, salvo en los casos en que resulte imposible, la fuente, con inclusión del nombre del autor, y se haga buen uso de ellas, y en la medida en que lo exija el objetivo específico perseguido».

<sup>798</sup> En cuanto ello, LLEDÓ YAGÜE, F., en un intento por incluir las obras de carácter informativo en el ámbito de aplicación de la cita, lleva a cabo una interpretación *lato sensu* del término «docencia» para incluir, no solo la enseñanza o la instrucción, sino también el hecho de informar o dar a conocer el estado de una cosa. «Comentario a los artículos 31-32», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Madrid, 1989, p. 526. A él le siguen, entre otros, GÓMEZ LAPLAZA, M<sup>a</sup> C., «Comentario al artículo 32 de la Ley de Propiedad Intelectual», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, M. Albaladejo García y S. Díaz Alabart (dirs.), t. V, vol. 4-A, Madrid, 1994, p. 556 y RODRÍGUEZ TAPIA, J. M.; BONDÍA ROMÁN, F., *op. cit.*, p. 72.

En cambio, entendemos que el legislador español es claro al establecer que «*sólo* podrá realizarse con fines docentes o de investigación» (la cursiva es nuestra), de modo que, si hubiera querido incluir otros fines como los informativos, lo habría hecho. En el mismo sentido, PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., «Art. 32», en *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Madrid, 3ª ed., 2007, p. 590; RIBERA BLANES, B., *El derecho de reproducción...*, *cit.*, p. 261 y LÓPEZ MAZA, S., «Art. 32»..., *cit.*, p. 632.

<sup>799</sup> En este sentido, IGLESIAS, M. J., *op. cit.*, p. 450.

<sup>800</sup> Así califica el límite de cita CASAS VALLÉS, R., «Nota a la sentencia...», *cit.*, p. 90. De hecho, cabría plantearse si la cita regulada en la legislación española podría ser considerada acorde con el art. 5.3 d) DDASI en el caso de que el TJUE la configurara como un concepto autónomo de Derecho comunitario, posibilidad esta última que no parece improbable teniendo en cuenta la última jurisprudencia del Tribunal. Recuérdese en cuanto a ello, que en el famoso caso Eva Maria Painer el TJUE consideró que la cita prevista en el art. 5.3 d) DDASI autoriza el uso de una fotografía en un artículo de prensa digital, obra de carácter informativo y no docente o de investigación. STJUE de 1 de diciembre de 2011, asunto C-145/10.

<sup>801</sup> Tal es el grado de aceptación de dicho tipo de citas, que no ha habido sentencias que resuelvan acerca de las mismas, lo que se debe, según XALABARDER PLANTADA, R., a que «las partes implicadas tienen el sentido común que le faltó al legislador español». «Los límites a los derechos...», *cit.*, p. 61.

de la propiedad intelectual. En estos casos, no hay inclusión de una obra ajena en una propia, ni tampoco se puede decir que la finalidad sea estrictamente docente o investigadora, sino más bien promocional del autor así citado y conmemorativo de la celebración en cuestión. A pesar de ello, nadie niega socialmente que estos sean ejemplos de citas.

Asimismo, la cita así regulada no llegaba a amparar los usos de obras ajenas que normalmente se requieren en la enseñanza, como la escucha de una canción en clase, la visualización de un documental o la fotocopia de ciertos textos para que sean estudiados por el alumnado. En este último ejemplo, y como señaló el TS en su sentencia de 9 de enero de 2013, no es posible aplicar el límite de cita aunque la finalidad sea educativa, pues la mera reproducción de libros y revistas para la creación de un listado de lecturas recomendadas no conlleva la incorporación de tales obras en una obra propia<sup>802</sup>. La exigencia de la incorporación en una obra propia es uno de los elementos distintivos de la cita, requisito que no se requiere cuando de ilustrar la enseñanza se trata, lo que, no obstante, no impide que ello suceda en este ámbito concreto<sup>803</sup>. Además, el fundamento de dicha exigencia se encuentra en

---

<sup>802</sup> FD quinto STS 9 de enero de 2013, La Ley 1522/2013. En el caso en cuestión, CEDRO demandó a la empresa concesionaria del servicio de reprografía de varias facultades de la Universidad de la Laguna por la fotocopia de capítulos de libros y artículos de revistas y prensa agrupados en lo que la ley llama «compilaciones», encargadas por el profesorado para su adquisición por parte de los alumnos. Comentan esta sentencia BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Reprografía de libros y límites del derecho de autor en favor de la cita o de la ilustración de la enseñanza. Sentencia de 9 de enero de 2013 (RJ 2013, 2635)», *CCJC*, nº 93, 2013, pp. 365 y ss. y FAJARDO FERNÁNDEZ, J., «Reprografía en las universidades y excepción de ilustración de enseñanza: primer combate nulo», *RdP*, nº 32, 2013, pp. 489 y ss.

En cambio, la sentencia de apelación que daría lugar al recurso de casación había entendido que la recopilación de varios textos para la enseñanza sí era constitutiva de una creación propia del profesor, pues no se trataba de una mera yuxtaposición de obras, sino que el docente previamente había tenido que leer y escoger aquellos que fueran más adecuados para conseguir el fin educativo. FD segundo SAP Santa Cruz de Tenerife 14 de abril de 2010, JUR\2011\11424.

Un supuesto similar se resolvió con carácter previo por la AP de Sevilla. No obstante, en el caso en cuestión se consideró que la fotocopia de fragmentos ajenos de libros y revistas para su adquisición por los estudiantes sí quedaba cubierto por el límite de cita. Ahora bien, de los hechos probados se desprende que dichas reproducciones iban acompañadas de conclusiones escritas a máquina por el profesor y no eran una mera yuxtaposición de textos, lo que podía considerarse como una inclusión de obras ajenas en una propia. SAP Sevilla de 30 de octubre de 2003, AC\2003\1828.

<sup>803</sup> En el mismo sentido, FAJARDO FERNÁNDEZ, J., «Defensa y depuración del límite de uso docente», *pe. i.*, nº45, 2013, p. 20. Efectivamente, LÓPEZ MAZA, S. entiende que la inclusión en una obra propia no se requiere en la ilustración de la enseñanza, lo que la distingue de la cita, pero también es posible que se reproduzcan fragmentos de un manual en una presentación PowerPoint que elabora el docente para su uso en clase. «Art. 32»..., *cit.*, p. 632.

Por su parte, SAIZ GARCÍA, C., recuerda que la clase impartida por el docente puede ser constitutiva en sí misma de una obra protegible, siempre que la misma sea original en sentido subjetivo, esto es, cuando sea una creación intelectual propia del autor. Así, «en la medida en que el profesor selecciona los materiales que va a exponer durante la clase, los combina y/o interpreta para su exposición a los estudiantes, ya hay una obra intelectual -en este caso, científica- protegible por el Derecho de autor». «Situación de la universidad frente a los actos de explotación de obras protegidas por derechos de autor», en *Investigación, docencia universitaria y derechos de propiedad intelectual*, J. A. Altés Tárrega (coord.), Valencia, 2015, p. 189 En el mismo sentido, CASAS VALLÉS, R., «Propiedad intelectual y contenidos generados en las universidades: viejos problemas ¿nuevas soluciones?», *Diario La Ley*, nº 7957, 2012, pp. 3-5 (La Ley 17530/2012); RIBERA BLANES, B., «La

que la cita se justifica por la necesidad de «fomentar la creación literaria, artística o científica»<sup>804</sup>, mientras que lo que se pretende con la ilustración es, por un lado, el desarrollo educativo del sujeto y la mejora en el proceso de aprendizaje, y, por el otro, el avance de la ciencia, con lo que se contribuirá al progreso de la sociedad en su conjunto. En consecuencia, los destinatarios de la cita son todos los sujetos del público en general que puedan acceder a la obra citante y, a través de ella, a la citada. En cambio, el destinatario concreto en el caso de la excepción de la ilustración se restringe a la comunidad educativa e investigadora<sup>805</sup>. De ahí la necesidad de regular de forma independiente el límite de cita y el de la ilustración<sup>806</sup>.

En este contexto, y tras intensos debates tanto en fase prelegislativa como en tramitación parlamentaria<sup>807</sup>, el legislador español optó por incluir la excepción para ilustrar la enseñanza en el entonces art. 32.2 TRLPI por medio del art. 7 de la Ley 23/2006 con el siguiente tenor: «no necesitará autorización del autor el profesorado de la educación reglada para realizar actos de reproducción, distribución y comunicación pública de pequeños fragmentos de obras o de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo, excluidos los libros de texto y los manuales universitarios, cuando tales actos se hagan únicamente para la ilustración de sus actividades educativas en las aulas, en la medida justificada por la finalidad no comercial

---

nueva regulación...», *cit.*, pp. 691 y 692 y aunque también considera que pueden ser obras las lecciones, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. afirma que su altura creativa «es normalmente muy baja». «Reprografía de libros...», *cit.*, p. 376. En contra de considerar como obras las lecciones, FAJARDO FERNÁNDEZ, J., «Defensa y depuración...», *cit.*, p. 20.

No debe dejar de recordarse que el propio art. 10.1 a) TRLPI recoge entre los distintos ejemplos de obras, las alocuciones, los discursos, las conferencias y las explicaciones de cátedra. Por lo tanto, la cita sería perfectamente aplicable a estos supuestos.

No obstante, y como se ha señalado, no todos los usos de obras ajenas que son necesarios en la práctica docente están insertos en la lección. Así, la simple reproducción y distribución entre los alumnos de un poema para que sea analizado métricamente está relacionada con la clase en la que se explique dicha materia, pero parece desconectada de la obra citante en que consista la lección cuando, por ejemplo, el poema se entregue para que sea realizada dicha tarea en casa. En este contexto se puede concluir que aunque existen usos de obras ajenas que pueden quedar amparados por el límite de cita cuando la lección esté protegida por el derecho de autor, hay otros muchos que por su desconexión respecto a la obra citante difícilmente no podrían quedar subsumidos en el art. 32.1 TRLPI.

<sup>804</sup> FD quinto.

<sup>805</sup> En el mismo sentido, LÓPEZ MAZA, S., «Art. 32»..., *cit.*, p. 632. Así, señala CETINA PRESUEL, R. que «el límite de ilustración de la enseñanza e investigación es el que debe de tener una intención más amplia en cuanto a los actos que permite, pero al mismo tiempo debe de ser más estricto en cuanto a los sujetos a los que beneficia. Un límite de cita, aún si es más estricto en cuanto a los actos que permite, debería de ser más abierto en cuanto a los sujetos a los que pretende beneficiar». *Límites al derecho de autor y el uso de contenidos protegidos en el ámbito universitario y en la investigación*, tesis doctoral, Madrid, 2014, p. 323, disponible en: <http://eprints.ucm.es/30176/1/T36069.pdf>.

<sup>806</sup> Por ello aboga CASAS VALLÉS, R., para quien, en ese momento, «el art. 32 LPI incurre en el grave error de superponer dos límites que convendría separar con claridad: la cita y la ilustración con fines educativos o de investigación». «Nota a la sentencia...», *cit.*, p. 90. En el mismo sentido, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *op. cit.*, pp. 102 y 103 y SAIZ GARCÍA, C., «Situación de la universidad...», *cit.*, p. 201.

<sup>807</sup> Estudian con detenimiento los distintos textos manejados en dichas fases IGLESIAS, M. J., *op. cit.*, pp. 301-313 y XALABARDER PLANTADA, R. «Los límites a los derechos...», *cit.*, pp. 69-72.

perseguida, siempre que se trate de obras ya divulgadas y, salvo en los casos en que resulte imposible, se incluyan el nombre del autor y la fuente. No se entenderán comprendidas en el párrafo anterior la reproducción, distribución y comunicación pública de compilaciones o agrupaciones de fragmentos de obras o de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo».

Efectivamente, la STS anteriormente señalada es de 2013 y, por tanto, podría haberse planteado la aplicación de límite de la ilustración ya previsto en ese momento en el art. 32.2 TRLPI. No obstante, el Tribunal, con acierto, no entró a valorar los elementos del mismo dado que los hechos enjuiciados tuvieron lugar antes de la entrada en vigor de dicha excepción, en concreto, en los años 2003 a 2006<sup>808</sup>.

Aunque la incorporación de este precepto vino a ser valorada positivamente, pues con la misma sería posible esclarecer la situación en cuanto al uso de obras en el ámbito educativo<sup>809</sup>, el legislador de 2006 olvidó eliminar los fines docentes del apartado primero del precepto relativo a la cita, lo que daría lugar a solapamientos entre esta y la excepción de la ilustración, llevando a parte de la doctrina a considerar que esta última podía llegar a quedar absorbida por el límite de cita<sup>810</sup>. Asimismo, el Consejo de Estado fue especialmente crítico con el reducido ámbito de aplicación que se había dado a la excepción, que, en consecuencia, la haría

---

<sup>808</sup> FD séptimo. De ahí que FAJARDO FERNÁNDEZ, J. calificara este caso como un supuesto de «combate nulo». «Reprografía en las universidades...», *cit.*, p. 495. A pesar de ello, y en el caso de que hubiera estado en vigor, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. reconoce que los actos llevados a cabo por la empresa reprográfica sí que podrían quedar amparados por la excepción prevista en ese momento en el art. 32.2 TRLPI si se cumplieran el resto de requisitos de la misma, en especial, que solo se utilicen «pequeños fragmentos» y «en la medida justificada por la finalidad perseguida», excluidos los «libros de texto y manuales universitarios». «Reprografía de libros...», *cit.*, p. 376.

Lo mismo sucedió en el caso de la SAP Madrid de 22 de marzo de 2010, JUR\2010\206688, en el que se resolvía un supuesto de fotocopias de libros y revistas por parte de la empresa reprográfica COPY RED, S.A, concesionaria de dicho servicio en la Universidad Rey Juan Carlos, para su venta a los alumnos como conjunto de lecturas recomendadas. No obstante, en este caso la Audiencia sí vino a señalar que, si hubiera estado en vigor la excepción de la ilustración, no podría haberse aplicado porque la excepción en cuestión «señala al profesorado de educación reglada como único beneficiario de la exención de la necesidad de contar con la autorización del autor para la realización de los actos indicados, se exige que tales actos se hagan "únicamente" para la ilustración de actividades educativas "en las aulas" y en la medida justificada por "la finalidad no comercial" perseguida, excluyéndose expresamente del ámbito de aplicación de la excepción "la reproducción, distribución y comunicación pública de compilaciones o agrupaciones de fragmentos de obras"» (FD cuarto).

<sup>809</sup> Así, MORENO MARTÍNEZ, J. A., «Límite al derecho de autor por fines educativos», en *Límites a la propiedad intelectual y nuevas tecnologías: incidencias por la ley 23/2006, de 7 de julio*, J. A. Moreno Martínez (coord.), Madrid, 2008, p. 409.

<sup>810</sup> Parte de la doctrina señaló que el mantenimiento de los fines docentes y de investigación en la cita generaba solapamientos con el recién incorporado límite de la ilustración. Así, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Los derechos de autor...», *cit.*, pp. 57 y 58 y SANJUÁN RODRÍGUEZ, N., «La nueva redacción del artículo 32 de la Ley de propiedad intelectual. La cita (y en especial las recopilaciones periódicas) y la ilustración de la enseñanza», *pe. i*, nº 35, 2010, p. 89.

probablemente insuficiente para cubrir las necesidades cotidianas del entorno educativo<sup>811</sup>. En el mismo sentido y dada la literalidad de la limitación, la doctrina tampoco tardó en apreciar que el límite de la ilustración era considerablemente más restrictivo que el precepto comunitario del que derivaba, pues, además de desconocer la finalidad de investigación, en este caso únicamente se autorizaba al «profesorado de la educación reglada» la explotación de «pequeños fragmentos de obras», excluidos «los libros de texto y los manuales universitarios», además de que la expresión «en las aulas» generaba importantes dudas en cuanto al desarrollo de actividades pedagógicas en internet<sup>812</sup>.

A estas importantes críticas de la excepción, se unió la presión que CEDRO ejerció a ciertas universidades públicas para que los derechos de los autores fueran efectivamente respetados en el ámbito educativo que se comenzaba a desarrollar a través de internet. Desde 2005, CEDRO y la CRUE se reunieron en varias ocasiones para negociar los términos de una licencia marco que permitiera el uso de obras en la enseñanza, también en el ámbito digital. Pero dicho proceso no dio lugar a ningún acuerdo, razón por la cual Magdalena Vinent, directora de CEDRO en ese momento, advirtió en 2010 que «algo habrá que hacer, nos lo están poniendo muy difícil y estamos quemando los últimos cartuchos»<sup>813</sup>. Y ese “algo” se tradujo en las demandas interpuestas frente a tres de las universidades públicas de mayor renombre a nivel nacional: la Universidad Autónoma de Barcelona<sup>814</sup>, la Universidad de

---

<sup>811</sup> Dictamen del Consejo de Estado nº 187/2005 de 10 de marzo de 2005. Disponible en la base de datos de vlex.

<sup>812</sup> En palabras de ORTEGA DÍAZ, J. F., «el carácter restrictivo del precepto que configura la excepción de ilustración alcanza las más altas cotas imaginables». *Op. cit.*, p. 90. En el mismo sentido, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Los derechos de autor...», *cit.*, p. 56; PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., «Art. 32»..., *cit.*, p. 595; MARTÍN SALAMANCA, S., «Art. 32 LPI», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, J. M. Rodríguez Tapia (dir.), Cizur Menor, 2007, pp. 262 y 263; DELGADO PORRAS, A., *op. cit.*, p. 27; MORENO MARTÍNEZ, J. A., *op. cit.*, p. 408; SANJUÁN RODRÍGUEZ, N., *op. cit.*, p. 89; PLAZA PENADÉS, J., «Obras protegidas por la propiedad intelectual y su utilización en educación e investigación», en *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, F. de Paula Blasco Gascó (coord.), t. II, Valencia, 2011, p. 1969; FAJARDO FERNÁNDEZ, J., «Defensa y depuración...», *cit.*, pp. 16-21 y SAIZ GARCÍA, C., «Situación de la universidad...», *cit.*, pp. 166 y 167. Consecuencia de ello es que GALÁN CORONA, E. concluyera que en la regulación de esta excepción pesaron más los intereses de autores y editoriales que los de la enseñanza. «Los derechos patrimoniales del autor (reproducción, distribución y puesta a disposición) tras la reforma introducida por la Ley 23/2006, de 7 de julio», en *Reformas recientes de la Propiedad Intelectual*, C. Rogel Vide (coord.), Madrid, 2007, p. 58.

<sup>813</sup> Así lo ponía de manifiesto de acuerdo con el artículo de prensa de FRAGUAS, A., «Aviso a las 'universidades pirata'», *El País*, 21 de abril de 2010. Disponible en: [https://elpais.com/diario/2010/04/21/cultura/1271800802\\_850215.html](https://elpais.com/diario/2010/04/21/cultura/1271800802_850215.html).

<sup>814</sup> El caso en cuestión fue resuelto por sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Barcelona de 2 de mayo de 2013, La Ley 35106/2013. La comenta FAJARDO FERNÁNDEZ, J., «Campus Virtual y Propiedad Intelectual. Comentario a la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Barcelona de 2 de mayo de 2013», *Diario La Ley*, nº 8164, 2013, La Ley 5685/2013. Frente a la misma, por la que se condenó a dicha universidad por infracción de los derechos de propiedad intelectual, la UAB interpuso recurso de apelación que sería resuelto por SAP Barcelona de 29 de octubre de 2014, La Ley 148024/2014. Además, ello supuso un aumento de la indemnización a pagar por parte de dicha universidad, al fallar la Audiencia en el sentido de que el coeficiente multiplicador para el cálculo de la indemnización por daños y perjuicios no debía ser de 1,5, como había dictado

Barcelona<sup>815</sup> y la Universidad Carlos III de Madrid. En los tres supuestos, CEDRO demandó por la reproducción y puesta a disposición de libros, incluso completos, y artículos de revistas especializadas a través de las redes cerradas e internas conocidas como campus virtuales. Consecuencia de tales procedimientos, la Universidad Autónoma de Barcelona y la Universidad de Barcelona fueron condenadas por infracción de los derechos de propiedad intelectual. Por su parte, ante tales resoluciones condenatorias, la Universidad Carlos III prefirió llegar a un acuerdo con CEDRO, suscribiendo la licencia ofertada por esta entidad para la reproducción, distribución y comunicación pública digital de artículos de periódicos y/o revistas y hasta el 10% de un libro en campus virtuales. Con ello, se dio por cerrado el contencioso existente y CEDRO retiró la demanda<sup>816</sup>.

Al margen de los distintos elementos que fueron analizados en las resoluciones judiciales, entre los que destaca la aplicación del denominado índice CORSA<sup>817</sup>, lo que interesa destacar en este momento es que las representaciones de la Universidad de Barcelona y de la Universidad Autónoma de Barcelona no plantearon la única opción para legitimar los actos de explotación en cuestión: la alegación de la excepción de la ilustración con fines educativos, ya vigente en el momento en que acontecieron los hechos objeto de enjuiciamiento<sup>818</sup>. Así, la

---

el juzgador de instancia, sino de 5, ascendiendo la indemnización a 3 millones de euros. Comenta la sentencia de la AP BOTANA AGRA, M., «Derechos de autor y e-docencia universitaria [Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Decimoquinta) de 29 de octubre de 2014]», *ADI*, nº 35, 2014-2015, pp. 441 y ss.

<sup>815</sup> El asunto fue resuelto mediante sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Barcelona de 2 de septiembre de 2013.

<sup>816</sup> Así lo señala la noticia que al efecto publicó la propia entidad de gestión, disponible en: <http://www.cedro.org/actualidad/noticias/noticia/2014/02/12/la-universidad-carlos-iii-de-madrid-obtiene-una-licencia-de-cedro->.

<sup>817</sup> Se trata del denominado Coeficiente de Reproducción Sin Autorización, esto es, el factor de multiplicación previsto en las tarifas generales de CEDRO para el cálculo de la indemnización por daños y perjuicios derivada de la infracción de los derechos de propiedad intelectual. No obstante, y como el presente estudio tiene por objeto el análisis de usos lícitos de obras ajenas al amparo del límite de la ilustración, el análisis de dicho coeficiente excede de los contornos de esta investigación. Sobre la aplicación de este coeficiente en el caso en cuestión, *vid.* MARTÍN SALAMANCA, S., «El campus virtual a juicio o la escurridiza excepción del art. 32.2 LPI», en *Investigación, docencia universitaria y derechos de propiedad intelectual*, J. A. Altés Tárrega (coord.), Valencia, 2015, pp. 240-248 y CAVANILLAS MÚGICA, S., «El uso educativo...», *cit.*, p. 178; sobre el mismo, en general, *vid.* APARICIO VAQUERO, J. P., «La (todavía) controvertida aplicación del Coeficiente de Reproducción sin Autorización (CORSA)», *ADI*, t. XXXIII, 2013, pp. 535 y ss. y SÁNCHEZ ARISTI, R., «El cálculo de la indemnización por reproducción no licenciada de obras impresas en establecimientos de reprografía. Aplicación jurisprudencial del llamado «índice CORSA» establecido en sus tarifas por la entidad de gestión CEDRO», *Diario La Ley*, nº 8124, 2013, La Ley 4385/2013.

<sup>818</sup> De hecho, el juzgador de primera instancia en el caso de la Universidad Autónoma de Barcelona da un toque de atención a la defensa de la misma al referirse al art. 32.2 TRLPI entre la normativa aplicable al caso, pero remarca que no entra a su análisis por no haber sido opuesto en la contestación a la demanda (FD séptimo de la sentencia).

Como señala MARTÍN SALAMANCA, S., resulta casi inexplicable que estos casos fueran resueltos al margen de la excepción del art. 32.2 TRLPI. «El campus virtual...», *cit.*, p. 228. En el mismo sentido, SAIZ GARCÍA, C., «Situación de la universidad...», *cit.*, pp. 200 y 201 y ESPÍN ALBA, I., «Límite de ilustración con fines educativos o de investigación científica: antecedentes y perspectivas», *ADI*, nº 34, 2013-2014, p. 123. Por su parte, PÉREZ

defensa de las universidades se basó en una más que cuestionable estrategia procesal: la falta de legitimación activa de CEDRO<sup>819</sup> y la falta de legitimación pasiva de las Universidades, por considerar que los legitimados en este caso eran los propios profesores que habían puesto a disposición de los alumnos fragmentos de obras en el campus virtual, siendo las instituciones educativas meras intermediarias a los efectos del art. 16 de la Ley de servicios de la sociedad de la información<sup>820</sup>. Ninguno de estos argumentos fue apreciado por los juzgadores<sup>821</sup>.

En definitiva, el límite de la ilustración configurado por el legislador de 2006 nació desfasado teniendo en cuenta la realidad educativa y se configuró de forma demasiado restrictiva. Ello unido al hecho de que no ha llegado a ser aplicado por los jueces hasta el momento, permite concluir que la excepción en cuestión de acuerdo con su primera redacción ha pasado por la legislación española de propiedad intelectual “sin pena ni gloria”, por no decir con más pena que gloria, pues parece complicado que en el futuro pueda ser aplicada teniendo en cuenta que ha sido reformada en profundidad por medio del artículo primero, número cinco de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el TRLPI<sup>822</sup>.

2. El límite de «la ilustración con fines educativos o de investigación científica»: la configuración legal de las dos modalidades reconocidas por la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el TRLPI

El apartado I de la Exposición de Motivos de la Ley 21/2014 declara que la misma recoge tres bloques de medidas para reforzar la protección de los derechos de propiedad intelectual ante el desarrollo de las nuevas tecnologías: la revisión del sistema de copia privada, el establecimiento de medidas de control de las entidades de gestión y el fortalecimiento de los instrumentos de reacción frente a las vulneraciones de derechos que permita el impulso de la oferta legal en el entorno digital. De acuerdo con el mismo apartado, se trata de cuestiones

---

MORIONES, A., *op. cit.*, pp. 98 y 99, llega a concluir que, a pesar de ello, los usos de obras ajenas llevados a cabo en el campus virtual no podrían haber quedado amparados por la excepción del art. 32.2 TRLPI. Lo mismo entiende BOTANA AGRA, M., *op. cit.*, pp. 445 y 446.

<sup>819</sup> Desarrollan esta cuestión MARTÍN SALAMANCA, S., «El campus virtual...», *cit.*, pp. 229-233 y CAVANILLAS MÚGICA, S., «El uso educativo...», *cit.*, pp. 176 y 177.

<sup>820</sup> Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (en adelante, LSSI). Sobre ello, *vid.* MARTÍN SALAMANCA, S., «El campus virtual...», *cit.*, pp. 233-240 y CAVANILLAS MÚGICA, S., «El uso educativo...», *cit.*, p. 177.

<sup>821</sup> Asimismo, resulta ciertamente criticable que la universidad pretendiera eludir su responsabilidad o al menos, su cuota de la misma, atribuyéndosela en exclusiva a sus propios trabajadores, al profesorado.

<sup>822</sup> Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Coincide temporalmente esta reforma, por tanto, con la que tuvo lugar en Reino Unido (*vid. supra*).



cuya solución no puede esperar a la aprobación de la reforma integral del TRLPI a la que se refiere la más que cuestionable Disposición Final cuarta de la ley<sup>823</sup>. Se guarda silencio en dicha declaración en cuanto a la profunda modificación que la ley en cuestión supuso para la excepción de la ilustración con fines educativos, haciéndose una breve mención a la misma en el apartado III de la Exposición de Motivos, dedicado a la justificación de la reforma del denominado bloque para la revisión del sistema de copia privada.

Consecuencia de ello, XALABARDER PLANTADA entiende que la reforma del límite de la ilustración sí que podría haber esperado a aquella reforma integral para que su regulación hubiera sido objeto de una mayor reflexión y debate<sup>824</sup>. No obstante, el momento en el que apareció la primera versión del Anteproyecto de reforma, de 23 de marzo de 2013, coincide con el estallido de la conflictiva relación entre la CRUE y CEDRO, circunstancia que, habiendo trascendido a la prensa y en conjunción con el escaso ámbito de aplicación de la excepción en vigor en aquel momento, pareció precipitar la modificación de la excepción en cuestión<sup>825</sup>.

Así las cosas, fueron tres las versiones de Anteproyectos que llegaron a publicarse en cuanto a la reforma del TRLPI en el año 2013<sup>826</sup>, viendo la luz el Proyecto de ley el 21 de febrero de 2014. Desde la primera de las redacciones propuestas se planteó una nueva configuración de la excepción de la ilustración en base a dos modalidades: una no remunerada

---

<sup>823</sup> Según la misma, dicha reforma integral tendría que haber tenido lugar al año de la entrada en vigor de la ley. A fecha de 2018 cabe destacar que se han llevado a cabo importantes modificaciones del TRLPI, pero no ha llegado ni a plantearse dicha reforma integral.

<sup>824</sup> «La reforma del artículo 32 del TRLPI: una reforma explosiva, injustificada y doblemente inútil», *IDP*, nº 20, 2015, p. 122. Del título de este artículo, puede deducirse la opinión que a la autora le merece esta modificación del art. 32 TRLPI.

<sup>825</sup> En el mismo sentido, CÁMARA ÁGUILA, P., «El límite para la enseñanza y para la investigación», en *La Reforma de la ley de Propiedad Intelectual*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), Valencia, 2015, pp. 13 y 14 y ESPÍN ALBA, I., *op. cit.*, p. 122.

Según el CGPJ, aunque la modificación de la excepción de la ilustración no se inscribe dentro de ninguno de los tres bloques de medidas introducidas por esta ley, «puede considerarse motivada por una transposición en diferido de una Directiva, o por una revisión de la transposición en su día realizada». Informe al Anteproyecto de Ley de modificación del Texto Refundido de la Ley de propiedad intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil del CGPJ, de 25 de julio de 2013 (a la segunda versión del anteproyecto), p. 17.

<sup>826</sup> El primero, de 23 de marzo; el segundo, de 5 de julio y el tercero, de 1 de octubre. A raíz de la primera versión de anteproyecto, PLAZA PENADÉS, J. y ORDUÑA MORENO, J., propusieron un texto alternativo de la excepción que se contiene en el Anexo V de las Alegaciones a la primera versión del Anteproyecto de Ley de modificación presentadas por la CRUE, <http://blogs.ujaen.es/abiertobuja/wp-content/uploads/2014/02/Alegaciones-CRUE-Anteproyecto-TRLPI-2013.pdf>, según el cual: «2. No será necesaria la autorización de los titulares de los derechos de autor, la reproducción, distribución y comunicación pública, incluida la puesta a disposición el artículo 20.2, letra i), cuando el uso tenga por objeto ilustrar, aclarar o instruir con fines educativos o de investigación científica, siempre que se indique la fuente y en la medida en que esté justificado por la finalidad cultural, formativa, divulgativa o investigadora y no comercial perseguida».

para usos que podrían considerarse menores por afectar a «pequeños fragmentos» de obras, que finalmente quedaría recogida en el apartado 3 del art. 32 TRLPI, y una remunerada cuando se hace un uso «parcial» y, por tanto, más intenso de las mismas, prevista en el apartado 4. Esta configuración de la excepción resulta novedosa no solo en el seno del propio TRLPI, que hasta la reforma contemplaba únicamente una limitación gratuita al respecto, sino también a nivel comparado. Las excepciones de la ilustración con fines educativos o de investigación previstas en las legislaciones objeto de estudio en la presente investigación exigen bien una remuneración en general para todos los usos, como el art. L122-5 3º e) CPI o para todos ellos a excepción de la utilización de determinado tipo de obras, como las cortas, como deriva del §60h(2) UrhG; bien en relación con explotaciones concretas, como la grabación de emisiones (art. 35 CDPA) y la reproducción de obras en la enseñanza (art. 36 CDPA) en el ámbito inglés o la creación de antologías de acuerdo con el art. 70.2 LDA. En estos casos, por tanto, la exigencia de la remuneración no deriva, como en el caso de la nueva configuración española del límite, de la intensidad o cantidad de obra que puede ser explotada a su amparo. Veremos si esta idea del legislador español consigue equilibrar adecuadamente los intereses en juego.

Finalmente, el nuevo apartado 5 del art. 32 TRLPI recoge una serie de obras excluidas del ámbito de aplicación de ambas modalidades del límite.

Cabe destacar que no se planteó en ninguno de los textos señalados la modificación de la excepción de la cita para eliminar los fines docentes y de investigación, de modo que el legislador mantiene su errónea concepción de dicho límite, impidiendo que el mismo pueda desplegar su virtualidad conforme a la realidad social y dificultando la comprensión de su aplicabilidad y la del propio límite de la ilustración<sup>827</sup>.

Retomando el estudio de la modificación de la excepción de la ilustración, entre todas esas versiones, el Proyecto de ley presentado el 21 de febrero de 2014 y la ley finalmente aprobada, fueron muchas las modificaciones que sufrió su redacción: desde el cambio en su numeración (su posición ha sido desplazada del apartado 2 a los apartados 3-5 del art. 32 TRLPI<sup>828</sup>), hasta la inclusión de los fines de investigación, pasando por la constante incorporación de exigencias y excepciones a las excepciones que dificultan en gran medida su comprensión. En cualquier caso, cabe destacar que pese a la gran cantidad de enmiendas presentadas por grupos parlamentarios de distinto signo en relación con la excepción de la

---

<sup>827</sup> Sobre ello, *vid. supra*, epígrafe 1 del presente Capítulo.

<sup>828</sup> Ello fue consecuencia de la incorporación sorpresiva en el proyecto de ley del límite en favor de los agregadores de contenidos y buscadores, que fue recogido en el art. 32.2 TRLPI.

ilustración y con similar contenido<sup>829</sup>, ninguna de ellas fue atendida a excepción de la planteada por el propio Grupo Parlamentario Popular en el Senado<sup>830</sup>.

A diferencia del anterior art. 32.2 TRLPI que regulaba la excepción en tan solo dos párrafos, el texto final de la excepción dice así:

«3. El profesorado de la educación reglada impartida en centros integrados en el sistema educativo español y el personal de Universidades y Organismos Públicos de investigación en sus funciones de investigación científica, no necesitarán autorización del autor o editor para realizar actos de reproducción, distribución y comunicación pública de pequeños fragmentos de obras y de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo, cuando, no concurriendo una finalidad comercial, se cumplan simultáneamente las siguientes condiciones:

a) Que tales actos se hagan únicamente para la ilustración de sus actividades educativas, tanto en la enseñanza presencial como en la enseñanza a distancia, o con fines de investigación científica, y en la medida justificada por la finalidad no comercial perseguida.

b) Que se trate de obras ya divulgadas.

c) Que las obras no tengan la condición de libro de texto, manual universitario o publicación asimilada, salvo que se trate de:

1.º Actos de reproducción para la comunicación pública, incluyendo el propio acto de comunicación pública, que no supongan la puesta a disposición ni permitan el acceso de los destinatarios a la obra o fragmento. En estos casos deberá incluirse expresamente una localización desde la que los alumnos puedan acceder legalmente a la obra protegida.

2.º Actos de distribución de copias exclusivamente entre el personal investigador colaborador de cada proyecto específico de investigación y en la medida necesaria para este proyecto.

A estos efectos, se entenderá por libro de texto, manual universitario o publicación asimilada, cualquier publicación, impresa o susceptible de serlo, editada con el fin de ser empleada como recurso o material del profesorado o el alumnado de la educación reglada para facilitar el proceso de la enseñanza o aprendizaje.

d) Que se incluyan el nombre del autor y la fuente, salvo en los casos en que resulte imposible.

---

<sup>829</sup> En cuanto a este hecho, el diputado Joseba Andoni Agirretxea Urresti, del Grupo parlamentario vasco, hizo notar al Gobierno y al Partido Popular que «deberían considerar que muchos grupos hemos presentado las mismas enmiendas. Es importante saber a qué se responde cuando diferentes grupos presentan enmiendas de la misma índole, que van en la misma dirección...». DS. Congreso de los Diputados, nº618 de 22/07/2014, p. 5. Este comentario fue seguido por el diputado Carlos Martínez Gorriarán del Grupo Parlamentario UPyD, quien añadió que «no es casual ni es una cuestión trivial que grupos que tenemos diferencias importantes en otras cuestiones hayamos coincidido en muchas enmiendas de fondo, y no es casual porque realmente son defectos de la ley, porque es una ley que tiene más que ver con el intento de proteger un modelo de negocio y un statu quo que con poner al día la legislación española en una materia en la que viene acumulando un atraso importante». DS. Congreso de los Diputados, nº618 de 22/07/2014, p. 6.

<sup>830</sup> Enmienda nº170, BOCG. Senado, nº401 de 22/09/2014, p. 387.

A estos efectos, se entenderá por pequeño fragmento de una obra, un extracto o porción cuantitativamente poco relevante sobre el conjunto de la misma.

Los autores y editores no tendrán derecho a remuneración alguna por la realización de estos actos.

4. Tampoco necesitarán la autorización del autor o editor los actos de reproducción parcial, de distribución y de comunicación pública de obras o publicaciones, impresas o susceptibles de serlo, cuando concurren simultáneamente las siguientes condiciones:

a) Que tales actos se lleven a cabo únicamente para la ilustración con fines educativos y de investigación científica.

b) Que los actos se limiten a un capítulo de un libro, artículo de una revista o extensión equivalente respecto de una publicación asimilada, o extensión asimilable al 10 por ciento del total de la obra, resultando indiferente a estos efectos que la copia se lleve a cabo a través de uno o varios actos de reproducción.

c) Que los actos se realicen en las universidades o centros públicos de investigación, por su personal y con sus medios e instrumentos propios.

d) Que concorra, al menos, una de las siguientes condiciones:

1.º Que la distribución de las copias parciales se efectúe exclusivamente entre los alumnos y personal docente o investigador del mismo centro en el que se efectúa la reproducción.

2.º Que sólo los alumnos y el personal docente o investigador del centro en el que se efectúe la reproducción parcial de la obra puedan tener acceso a la misma a través de los actos de comunicación pública autorizados en el presente apartado, llevándose a cabo la puesta a disposición a través de las redes internas y cerradas a las que únicamente puedan acceder esos beneficiarios o en el marco de un programa de educación a distancia ofertado por dicho centro docente.

En defecto de previo acuerdo específico al respecto entre el titular del derecho de propiedad intelectual y el centro universitario u organismo de investigación, y salvo que dicho centro u organismo sea titular de los correspondientes derechos de propiedad intelectual sobre las obras reproducidas, distribuidas y comunicadas públicamente de forma parcial según el apartado b), los autores y editores de éstas tendrán un derecho irrenunciable a percibir de los centros usuarios una remuneración equitativa, que se hará efectiva a través de las entidades de gestión.

5. No se entenderán comprendidas en los apartados 3 y 4 las partituras musicales, las obras de un solo uso ni las compilaciones o agrupaciones de fragmentos de obras, o de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo».

Antes de analizar los elementos que componen las dos modalidades de la excepción de la ilustración con fines educativos y de investigación científica, conviene realizar la siguiente crítica en relación con los plazos de entrada en vigor establecidos en la norma. De acuerdo con la Disposición Final quinta a) de la Ley 21/2014, la excepción de la ilustración debía entrar en vigor al año de su publicación en el BOE, es decir, el 5 de noviembre de 2015. No

obstante, y en un descuido del legislador, el artículo primero, número veintidós de la misma ley, que vino a adecuar a la nueva enumeración de la limitación objeto de estudio el anterior art. 161.1 c)<sup>831</sup> relativo a la relación entre las medidas tecnológicas de protección, entró en vigor el 1 de enero de 2015<sup>832</sup>. Así, desde el 1 de enero de 2015 hasta el 5 de noviembre del mismo año, la norma relativa a la facilitación por parte del autor o titular de derechos para el disfrute de la excepción de la ilustración estuvo en vigor haciendo referencia a los apartados 2, 3 y 4 del art. 32, estando en vigor únicamente el apartado 2 de dicho precepto.

## 2.1 Elementos comunes de ambas modalidades

Las modalidades gratuita y remunerada de la excepción de la ilustración con fines educativos y de investigación científica comparten una serie de elementos comunes, en concreto, los derechos afectados, las finalidades que justifican su establecimiento, las obras excluidas de su ámbito de aplicación, el necesario respeto a los derechos morales del autor y la interpretación de la excepción de acuerdo con la regla, en este caso, de los dos pasos. Siendo ello así, se podría haber simplificado la extensa y farragosa redacción de la excepción mediante la previsión de los elementos particulares de cada modalidad, por un lado y en apartados distintos, y la previsión de los elementos comunes, por otro en un solo apartado aplicable a los dos anteriores, evitando así constantes reiteraciones que, además, al no ser completamente coincidentes en su redacción, podrían dar a lugar interpretaciones distintas de un mismo requisito.

### 2.1.1 Derechos afectados

Los arts. 32.3 y 32.4 TRLPI se refieren específicamente a la posible explotación de obras ajenas en la enseñanza y en la investigación a través de actos de reproducción, distribución y

---

<sup>831</sup> En la actualidad, dicho precepto se encuentra previsto en el art. 197.1 c) TRLPI, como consecuencia de la entrada en vigor de la reforma operada por el RD Ley 2/2018, de 13 de abril, por el que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el R.D. Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, y la Directiva (UE) 2017/1564 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de septiembre de 2017.

<sup>832</sup> De acuerdo con tal norma, «los titulares de derechos sobre obras o prestaciones protegidas con medidas tecnológicas eficaces deberán facilitar a los beneficiarios de los límites que se citan a continuación los medios adecuados para disfrutar de ellos, conforme a su finalidad, siempre y cuando tales beneficiarios tengan legalmente acceso a la obra o prestación de que se trate. Tales límites son los siguientes: c) Límite relativo a la cita e ilustración con fines educativos o de investigación científica en los términos previstos en el artículo 32.2, 3 y 4». Resulta criticable a este respecto que la norma se refiera a la cita, pero no al art. 32.1 TRLPI que contiene dicha excepción.

comunicación pública, dejando al margen de la excepción el derecho de transformación, al igual que ya lo hiciera la excepción conforme a su regulación dada en 2006.

#### 2.1.1.1 Los derechos de reproducción y distribución del autor

Los derechos de reproducción y distribución han sido exceptuados en favor de la enseñanza y la investigación por las legislaciones nacionales de nuestro entorno con carácter general, ya sea de forma expresa, como en el caso de los §§ 60a, b y c UrhG, o implícita, como sucede en el ámbito francés en el que la distribución no se reconoce como tal por entenderse absorbida por el derecho de reproducción. También los arts. 10.2) CB y 5.3 a) DDASI admiten la limitación del derecho de copia, si bien la restricción del de distribución únicamente es contemplada en el ámbito de la Directiva, *ex. art. 5.4*<sup>833</sup>. En línea, pues, con esta tendencia, también el legislador español ha excepcionado los derechos de reproducción y de distribución.

Como señala el art. 18 TRLPI, el derecho de reproducción es la facultad de explotación que permite al autor controlar «la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda la obra o de parte de ella». Así, la grabación de una conferencia, la fotocopia de un artículo o de un capítulo de un libro o su digitalización para tener una copia digital constituyen actos de reproducción respecto de los cuales, en principio, se requiere autorización del autor. No obstante, si se cumplen las condiciones establecidas por la limitación en cuestión, el sujeto amparado por la misma podrá hacer dicho uso de la obra ajena sin tal permiso.

Ciertamente, el derecho de reproducción es independiente y autónomo respecto del resto de facultades de carácter patrimonial del autor, al igual que las demás, *ex. art. 23 TRLPI*<sup>834</sup>. Así, no es infrecuente que en los ejemplos señalados anteriormente las copias se utilicen para el propio estudio de quien las lleve a cabo, para la preparación de una clase por parte del docente o el análisis de un artículo para el desarrollo de un trabajo de investigación. No obstante, lo más habitual en dichos ámbitos es que la copia de la obra ajena se lleve a cabo para que la obra en cuestión sea conocida por los efectivos beneficiarios de la excepción, fundamentalmente el alumnado y otros investigadores. En consecuencia, la reproducción de

---

<sup>833</sup> Como se señaló previamente, ello no se debe al carácter restrictiva del CB a este respecto, sino a que tal normal no reconoce el derecho de distribución con carácter general.

<sup>834</sup> Sobre la autonomía del derecho de reproducción, *vid.*, por todos, RIBERA BLANES, B., *El derecho de reproducción...*, *cit.*, pp. 208-211 y SÁNCHEZ ARISTI, R., «Art. 18», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Madrid, 4ª ed., 2017, pp. 327-337.

la obra ajena en estos ámbitos en general vendrá acompañada de un posterior acto de distribución o de comunicación al público.

En el ámbito analógico educativo, la relación entre reproducción y distribución se ha identificado, fundamentalmente, con la fotocopia de capítulos de libros y revistas para su estudio por parte de los estudiantes. Así, los tribunales españoles han resuelto numerosas demandas interpuestas por CEDRO contra empresas concesionarias del servicio de reprografía de la universidad, con causa en la fotocopia de materiales por indicación del profesorado del centro para que las copias fueran adquiridas por el alumnado<sup>835</sup>. No obstante, debe tenerse en cuenta que en el momento en el que fueron resueltos tales litigios o bien no estaba en vigor el límite de la ilustración con fines educativos o bien no se alegó por la parte interesada, no entrando el tribunal a valorar su posible aplicación en el caso concreto<sup>836</sup>. Consecuencia de tales circunstancias, y ante la imposibilidad de incluir en la cita este tipo de actos por la no «inclusión en una obra propia», las resoluciones fueron favorables para la entidad de gestión demandante<sup>837</sup>. De hecho, este tipo de sentencias impulsaron a los servicios de reprografía de las universidades a contratar la licencia ofertada al efecto por CEDRO, siendo frecuente encontrar el distintivo «conlicencia» que otorga dicha entidad de gestión en tales empresas concesionarias<sup>838</sup>.

Ahora bien, la fundamental diferencia que cabría destacar entre la situación en aquel momento y tras la reforma operada por la Ley 21/2014 es que antes de la entrada en vigor de esta última, la licencia conferida por CEDRO a los establecimientos de reprografía de los centros de enseñanza tenía carácter voluntario, mientras que, tras su entrada en vigor, el art.

---

<sup>835</sup> Así, la SAP Zaragoza, de 2 de diciembre de 1998, Id Cendoj: 50297370051998100554 (contra la Universidad de Zaragoza) fue la primera que resolvió este tipo de asuntos. Tras el mismo, se sucedieron los casos a que se hizo referencia en el epígrafe 1 del presente Capítulo.

FAJARDO FERNÁNDEZ, J. se refiere a estos supuestos como «casos de reprografía institucional», fundamentalmente universitaria. «Defensa y depuración...», *cit.*, pp. 23 y 24.

<sup>836</sup> Así, en la SAP Madrid de 22 de marzo de 2010, JUR(2010)206688, la Audiencia señaló que, de haber estado en vigor la excepción de la ilustración, tampoco habría sido posible apreciar el límite puesto que las compilaciones de fragmentos de obras quedaban excluidas de su ámbito de aplicación.

<sup>837</sup> Ello es así salvo en el supuesto de la SAP Sevilla de 30 de octubre de 2003, AC\2003\1828, en el que se absolvió a la empresa reprográfica concesionaria de la Universidad de Sevilla por apreciarse el límite de cita. Ahora bien, y como se señaló previamente, los fragmentos de obras ajenas que se reproducían eran comentados y explicados por los docentes, de modo que sí se cumplía el requisito de la inserción de la obra ajena en la obra propia.

<sup>838</sup> Así lo señala, DÍAZ DE OLARTE BAREA, J., «Usos permitidos por los titulares de derechos a través de licencias otorgadas por las entidades de gestión», en *Propiedad intelectual en las universidades públicas: titularidad, gestión y transferencia*, R. de Román Pérez (coord.), Granada, 2016, p. 206.

De acuerdo con la licencia ofertada en aquel momento por CEDRO, era posible reproducir por medios reprográficos hasta un máximo del 10% del total de una obra, a excepción de los capítulos de libros y los artículos de revista, que podían ser reproducidos en su integridad. Así se desprende de la información contenida en el artículo «Reprografía legal en la Universidad», *Boletín informativo de CEDRO*, nº 9, 1998, p. 4.

32.4 TRLPI configura esta licencia como legal al prever una excepción que lleva aparejada una remuneración en favor de autores y editores<sup>839</sup>.

Al margen de los supuestos de reproducción reprográfica y los conflictos que ha generado la misma en el ámbito de la enseñanza, cabe destacar que el límite de la ilustración previsto en los arts. 32.3-5 TRLPI no especifica ningún sistema específico de copia, de modo que deberán entenderse comprendidas todas las técnicas y formas de reproducción. Entre ellas, merece especial mención la copia digital, fundamental para el desarrollo de la enseñanza *online*, pues incluso cuando el artículo que quisiera subirse al campus virtual a los alumnos estuviera originariamente en este formato, el acto de subir o *upload* de ese archivo al servidor que nutra dicha intranet dará lugar a una reproducción de la obra<sup>840</sup>. Solo a partir de ese acto de reproducción, el estudiante podrá acceder a la creación a través del entorno virtual. Asimismo, cada vez es más frecuente el uso de plataformas de *Video on Demand* o VoD en la práctica docente. Las mismas permiten al profesor o al alumno escoger un vídeo para que sea visto en clase, en el momento que él decida y sin tener que ajustarse a los horarios de las programaciones. ¿Quién no ha ilustrado su enseñanza alguna vez con la visualización de un vídeo de *Youtube* en clase? En este caso, y al margen del derecho de comunicación al público implicado, este tipo de plataformas realizan una descarga o *download* del contenido al mismo tiempo que permiten su visualización o escucha, llevándose a cabo así un acto de reproducción en la memoria RAM del ordenador correspondiente<sup>841</sup>. No obstante, este tipo de reproducciones simultáneas a la visualización suelen ser provisionales en el sentido del art. 31.1 TRLPI, pues la reproducción que se va produciendo en la RAM se va eliminando conforme ha sido visualizado el fragmento en cuestión. Ahora bien, las plataformas de VoD también ofrecen la posibilidad de descarga del archivo para que pueda ser visualizado sin necesidad de conexión. Es en este supuesto en el que el límite de la ilustración podrá jugar un importante papel. En el ámbito de la investigación también puede resultar necesaria la reproducción digital de obras, como en el supuesto de los miembros de un grupo de

---

<sup>839</sup> Sobre ello, *vid. infra*, subepígrafe 2.3.4 del presente Capítulo.

<sup>840</sup> En cuanto a ello, cabe destacar que el límite de la ilustración configurado por el legislador de 2006 tampoco especificaba ningún modo de reproducción específica, razón por la cual también era posible que la copia realizada a su amparo fuera digital. No obstante, la exigencia de que la actividad educativa tuviera lugar «en las aulas» suponía un freno para la enseñanza *online*, de modo que la reproducción digital de pequeños fragmentos de obras al amparo de tal limitación perdía buena parte de su sentido.

<sup>841</sup> Un ejemplo de uso de este tipo de plataformas en la enseñanza es explicado por CETINA PRESUEL, R., indicando las dificultades para amparar su uso en el límite de la ilustración previsto en el art. 32.2 TRLPI conforme a la redacción de 2006. *Op. cit.*, pp. 423-433.



investigación que intercambian capítulos de libro o artículos de revista por email o, como ya es más habitual, en una nube.

En cuanto al derecho de distribución, el art. 19 TRLPI lo define como «la puesta a disposición del público del original o de las copias de la obra, en un soporte tangible, mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma». El carácter tangible del soporte que exige la norma limita su aplicabilidad a la enseñanza y la investigación que tienen lugar en el ámbito analógico y presencial. La cláusula abierta de medios de distribución prevista al final del precepto permitiría incluir los supuestos de donación como, por ejemplo, la entrega gratuita de fotocopias por parte del profesor al alumnado o entre investigadores<sup>842</sup>. La cuestión más conflictiva en cuanto a este derecho en relación con la ilustración de la enseñanza y la investigación es la de determinar si el grupo de alumnos de un curso o los integrantes de un grupo de investigación pueden ser considerados «público» a los efectos del derecho de distribución.

En cuanto a ello, el concepto de «público» ha sido especialmente desarrollado en el ámbito del derecho de comunicación al público<sup>843</sup>, no así en el de distribución, si bien se ha considerado que la interpretación en sede de esta facultad patrimonial puede ser aplicada *mutatis mutandis* en relación con la de aquella<sup>844</sup>. Así, y con carácter general, existe un público cuando la puesta a disposición en que consiste la distribución se destina a un grupo indeterminado y relativamente abierto de personas, que incluya un número considerable de ellas, excediendo la esfera privada o estrictamente doméstica<sup>845</sup>. En este contexto, ¿puede considerarse un acto de distribución la entrega de la fotocopia de un poema a los 25 alumnos que componen una clase de primaria? Aún más, ¿existe distribución cuando se entrega un artículo a los 6 miembros que componen un grupo de investigación? Siguiendo los criterios anteriores, no es posible admitir la existencia de un público relevante a los efectos del derecho de distribución en dichos supuestos. Los grupos del curso y de investigación están totalmente determinados, tanto cualitativamente, porque únicamente los conforman los sujetos que tengan la condición de alumno del curso y los que sean investigadores del grupo en cuestión

---

<sup>842</sup> En el mismo sentido, RIVERO HERNÁNDEZ, F., «Art. 19», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Madrid, 3ª ed., 2007, p. 315, a quien sigue SÁNCHEZ ARISTI, R., «Art. 19», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Madrid, 4ª ed., 2017, p. 359.

<sup>843</sup> Sobre el mismo, *vid. infra* subepígrafe 2.1.1.2 del presente Capítulo.

<sup>844</sup> Así, SÁNCHEZ ARISTI, R., «Art. 19»..., *cit.*, p. 354.

<sup>845</sup> Así, RIVERO HERNÁNDEZ, F., «Art. 19»..., *cit.*, p. 310, a quien sigue LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, A., «Art. 19», en *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual*, F. Palau Ramírez y G. Palao Moreno (dirs.), Valencia, 2017, p. 341.

en cada caso<sup>846</sup>, como cuantitativamente, puesto que el número de estudiantes e investigadores está perfectamente determinado. En cuanto al criterio numérico, cabría añadir que en estos casos la pluralidad de personas concernidas por el acto de distribución es demasiado pequeña e incluso insignificante, es decir, no supera el umbral *de minimis* que requiere el concepto de público según el TJUE en el caso Del Corso<sup>847</sup>, pese a la críticas vertidas sobre dicho pronunciamiento por la indeterminación de tal umbral<sup>848</sup>. Asimismo, ambos grupos son cerrados, esto es, están conformados por un conjunto de sujetos con una estabilidad, en este caso, casi absoluta<sup>849</sup>. En cuanto a la superación de la esfera privada o doméstica del autor, no existen criterios generales para su determinación, ni resulta deseable que los haya por cuanto podrían dar lugar a resultados indeseables<sup>850</sup>. Así, y en atención a las circunstancias en el ámbito de la enseñanza, se puede entender que existe una relación jurídica que vincula al docente con sus discentes, siendo el alumnado (sujeto activo) quien tenga la facultad de reclamar al docente (sujeto pasivo) la efectiva impartición de la materia<sup>851</sup>. Aunque esta relación jurídica sea de carácter público, debe recordarse que el concepto de «público» al que se refiere la definición del derecho de distribución es el relativo a la colectividad,

---

<sup>846</sup> De acuerdo con RIVERO HERNÁNDEZ, F., «Art. 19»..., *cit.*, p. 310, la determinación cualitativa requiere que los sujetos estén «precalificados». Entendemos que el caso en cuestión es un ejemplo claro de esta «precalificación».

<sup>847</sup> STJUE, de 15 de marzo de 2012, Società Consortile Fonografici (SCF) y Marco Del Corso, C-135/10, apartado 86. Comentan esta sentencia en la doctrina española, entre otros, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Remuneración por comunicación pública de fonogramas. Sentencia del TJUE, de 15 de marzo de 2012 (TJCE 2012, 57)», *CCJC*, nº 89, 2012, pp. 571 y ss. y RIVAS PRIETO, P., «El concepto de comunicación al público del TJUE: los criterios que informan los asuntos Del Corso y Phonographic Performance», *pe.i*, nº 43, 2013, pp. 49 y ss.

<sup>848</sup> Lo que es criticado por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Remuneración por comunicación...», *cit.*, p. 585. Efectivamente, y como señala RIVAS PRIETO, P., la comunicación al público se refiere al público potencial del acto y no al que efectivamente la recibe. *Op. cit.*, p. 73. En los supuestos señalados en el texto, no obstante, podríamos concluir que el público potencial y el receptor coinciden.

Ciertamente, en el ámbito universitario las clases son más numerosas, pudiendo superar incluso el centenar de matriculados. A pesar de ello, esta circunstancia no debe llevar a la conclusión necesariamente de que en este caso el acto está dirigido a «un número considerable de personas», expresión a la que se refiere el TJCE y posterior TJUE en reiteradas ocasiones desde su sentencia de 7 de diciembre de 2006, Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) y Rafael Hoteles, S.A., C-306/05, apartado 38, hasta, entre las más recientes, la sentencia de 14 de junio de 2017, Stichting Brein y Ziggo BV, XS4ALL Internet BV (más conocido como caso «The Pirate Bay»), C-610/15, apartados 27 y 42.

<sup>849</sup> Aunque ciertamente es posible que algún alumno se matricule en el curso en cuestión después de los plazos ordinarios o que se incorpore un nuevo investigador al grupo, debe recordarse que el grupo cerrado requiere «cierta» estabilidad, siguiendo a SÁNCHEZ ARISTI, R., y no un carácter cerrado absoluto, lo que permitiría acoger estos supuestos. «Art. 20», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Madrid, 4ª ed., 2017, p. 398.

<sup>850</sup> En el mismo sentido, RIVERO HERNÁNDEZ, F., «Art. 19»..., *cit.*, p. 310.

<sup>851</sup> Asimismo, debe tener en cuenta que, aunque es posible que el profesor no se sirva de ningún material adicional para que sea entregado a sus alumnos, lo cierto es que tal uso de obras ajenas resulta necesario para que pueda desempeñar adecuadamente su obligación. En consecuencia, la «distribución» que pueda hacer un docente en supuestos como el señalado lo es en el ámbito del cumplimiento estricto de sus obligaciones.

independientemente de la naturaleza jurídica del vínculo que una a los sujetos<sup>852</sup>. En el supuesto del grupo de investigación, su conformación normalmente se gesta sobre la base de un elevado nivel de confianza profesional entre sus miembros, además de que en caso de que le sea concedida alguna subvención, surgirán entre ellos toda una serie de derechos y obligaciones. En este contexto, el especial vínculo que existe entre los sujetos que conforman la clase, en el caso de la enseñanza y, el grupo investigador, en el ámbito de la investigación, permite considerar que los actos de “distribución” referidos en las cuestiones anteriores no suponen la puesta a disposición de un «público» de un ejemplar tangible, sino que tienen lugar en el ámbito «privado».

De todo lo anterior, cabría concluir que, pese a que las dos modalidades del límite prevén específicamente el derecho de distribución, los actos de entrega de copias a los alumnos o entre los miembros del grupo de investigación no pueden ser calificados como tales, por no suponer una puesta a disposición de la obra al público en formato tangible. En consecuencia, carecería de sentido técnico-jurídico, por ejemplo, lo previsto en el apartado 2º del art. 32.3 c) TRLPI, pues establece que únicamente será posible el uso de pequeños fragmentos de libros de texto, manuales universitarios o publicaciones asimiladas cuando se trate de «actos de *distribución de copias exclusivamente entre el personal investigador colaborador de cada proyecto específico de investigación y en la medida necesaria para este proyecto*» (la cursiva es nuestra).

Ahora bien, debe tenerse presente que el art. 17 TRLPI establece que «corresponde al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma», siendo la reproducción, distribución, comunicación pública y distribución modalidades ejemplificativas de tal derecho exclusivo. En consecuencia, aunque en los supuestos específicamente señalados no pueda entenderse que se haya producido un acto de distribución, la entrega de materiales podría constituir un acto de explotación igualmente sometido a la exclusiva del autor<sup>853</sup>. Como señala SÁNCHEZ ARISTI, «el dato de que cierta actividad quede situada fuera de los contornos de una de las cuatro actividades típicamente reservadas

---

<sup>852</sup> Así, por ejemplo, la entrega de una multa de tráfico deriva de una relación jurídico-pública, pero no se hace accesible a toda la colectividad o al público, sino únicamente al sujeto concernido.

<sup>853</sup> La configuración del art. 17 TRLPI es especialmente criticada por RAMS ALBESA, J., «Comentario al artículo 17 de la Ley de Propiedad Intelectual», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, M. Albaladejo García y S. Díaz Alabart (dirs.), t. V, vol. 4-A, Madrid, 1994, pp. 362 y 363. Como señala RODRÍGUEZ TAPIA, J. M., la atipicidad de derechos reales no es muy favorable a la seguridad y certidumbre que debe darse a los terceros. «Art. 17», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, J. M. Rodríguez Tapia (dir.), Cizur Menor, 2007, p. 152.

al autor, no necesariamente significa que dicha actividad pueda realizarse libremente, como si sobre la misma se proyectase un límite legal, por la sencilla razón de que a pesar de no inscribirse en el ámbito de una de las cuatro actividades de explotación típicas, podría acaso encajar (...) en la cláusula general de explotación»<sup>854</sup>. Por tanto, lo determinante en estos supuestos sería delimitar el concepto de «explotación». No obstante, para la doctrina ha sido complicado ofrecer ejemplos de usos que, al margen de los contornos de las modalidades de explotación específicamente previstas en el art. 17 TRLPI, puedan ser integrados en dicho concepto. Así, RIVERO HERNÁNDEZ señaló que no era un acto de explotación en puridad y en sentido jurídico la reproducción para uso personal (art. 31.2º TRLPI)<sup>855</sup>. Si ello es así, ¿por qué existe un límite que autoriza la reproducción de obras sin consentimiento del autor para uso privado? Si se entiende que un acto de carácter privado en relación con una obra no es un acto de explotación porque no supone una utilización colectiva<sup>856</sup>, el acto es libre por no estar comprendido en el derecho de exclusiva del autor. Por tanto, no se requiere autorización ni del autor ni de la ley para poder llevarlo a cabo de forma lícita.

Teniendo en cuenta la realidad del sistema de propiedad intelectual español, seguiremos hablando de “distribución” de las cantidades de obras que se pueden explotar al amparo del límite de la ilustración, pues igualmente será necesario respetar sus exigencias si no se quiere llegar a una solución insatisfactoria a nivel judicial, como ha sucedido en relación con el derecho de puesta a disposición del público<sup>857</sup>.

En este contexto, se produce un claro enfrentamiento entre el carácter expansivo y abierto de la facultad de explotación que el TRLPI confiere al autor y el limitado y taxativo catálogo de excepciones al que tienen que ajustarse los terceros para poder hacer uso de obras ajenas sin autorización del autor. A ello se une el hecho de que las limitaciones se refieren de forma específica a las modalidades de explotación desarrolladas en los arts. 18 y ss. TRLPI, pero no al derecho de explotación en general al que se refiere el art. 17 TRLPI. En consecuencia, todos aquellos actos constitutivos de explotación de la obra que no fueran subsumibles en las modalidades de reproducción, distribución o comunicación pública, quedan en todo caso

---

<sup>854</sup> «Sección 2ª», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Madrid, 4ª ed., 2017, pp. 285 y 286.

<sup>855</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F., «Art. 17», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Madrid, 3ª ed., 2007, p. 271.

<sup>856</sup> La utilización colectiva es una de las características que RIVERO HERNÁNDEZ, F. exige para considerar que un acto es constitutivo de explotación de la obra. «Art. 17»..., *cit.*, p. 271. Asimismo, SÁNCHEZ ARISTI, R., entiende que el acto de explotación requiere que la obra pueda ser accedida por el público, independientemente del uso o acceso efectivo a la misma. «Sección 2ª»..., *cit.*, p. 283.

<sup>857</sup> Sobre ello, *vid. infra* subepígrafe 2.1.1.2 del presente Capítulo.

sometidos a la exclusiva del autor por no existir excepción alguna que los limite. La solución a este desequilibrado sistema vendría dada por la adopción de un régimen igual en materia de derechos y límites, de modo que ambos fueran configurados bien de forma abierta, bien de forma cerrada.

#### 2.1.1.2 La conflictiva consideración de los usos autorizados por el límite como actos de comunicación al público

La comunicación al público se define en el art. 20.1 TRLPI como «todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas». De entre las distintas modalidades de comunicación al público previstas en el art. 20.2 TRLPI, interesan fundamentalmente tres: las representaciones escénicas, recitaciones, disertaciones y ejecuciones públicas (letra a); la proyección o exhibición pública de las obras cinematográficas y de las demás audiovisuales (letra b) y la puesta a disposición del público de obras (letra c).

El segundo párrafo del art. 20.1 TRLPI establece que «no se considerará pública la comunicación cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo»<sup>858</sup>. El legislador español ha seguido los modelos alemán e italiano al respecto, es decir, recoge el ámbito estrictamente doméstico como elemento definitorio en negativo del concepto de comunicación al público, de modo que la comunicación que tiene lugar en el ámbito doméstico no es un acto de comunicación pública. Además, conviene recordar que el art. 15 LDA específicamente deja fuera del ámbito de aplicación del derecho de comunicación al público presente las proyecciones o visualizaciones de obras que tienen lugar «entro la cerchia ordinaria della scuola»<sup>859</sup>. Por su parte, el legislador inglés establece en el art. 34 CDPA que no son comunicación al público presente las representaciones que tienen lugar en el ámbito educativo, de acuerdo con los requisitos que fueron analizados previamente. En este supuesto, llama la atención que el precepto se localice sistemáticamente en sede de excepciones al derecho de

---

<sup>858</sup> RAMS ALBESA, J. entiende que la terminología del legislador en este segundo párrafo es exageradamente restrictiva y por ella debe entenderse que no son actos de comunicación pública por tener lugar en un ámbito estrictamente doméstico «aquellos actos en los que las personas están presentes por razón de invitación personal, por la pertenencia a una institución o asociación, siempre y cuando no tenga por finalidad el recreo, el esparcimiento o el llevar a cabo alguno o algunos de los actos de comunicación de obras intelectuales comprendidos en este artículo». «Comentario al artículo 20 de la Ley de Propiedad Intelectual», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, M. Albaladejo García y S. Díaz Alabart (dirs.), t. V, vol. 4-A, Madrid, 1994, p. 401.

<sup>859</sup> Sobre ello, *vid. supra* subepígrafe 3.2.3.2 del Capítulo II.

autor, pero su redacción señale que el acto a que se refiere «is not a public performance». En cambio, la legislación francesa contempla las representaciones privadas y gratuitas que se llevan a cabo en un círculo familiar como excepción al derecho de autor en el art. L122-5 1º CPI<sup>860</sup>.

Al igual que sucedía en relación con el derecho de distribución, no es posible considerar como público al conjunto de alumnos que presencia la representación teatral de una obra por parte de un grupo ajeno al centro o realizado por los propios alumnos como consecuencia de la celebración de una semana cultural. Así como tampoco cabría calificar como un acto de comunicación al público la escucha de una canción o la visualización de un documental en clase, porque es un grupo determinado, cualitativa y cuantitativamente, cerrado y unido por una relación jurídica<sup>861</sup>. No obstante, el titular de derechos siempre podrá recurrir al art. 17 TRLPI para hacer valer su derecho de explotación. Ante tal situación, cabría cuestionarse si las representaciones y proyecciones de obras ante el público presente (en clase) pueden entenderse comprendidas en el «ámbito estrictamente doméstico». De hecho, así lo han hecho los legisladores inglés e italiano y en el ámbito alemán, ha sido la doctrina la que ha llegado a la misma conclusión a raíz de la interpretación del §15(3) UrhG. En cambio, y como se señaló previamente, la jurisprudencia francesa ha llevado a cabo una interpretación restrictiva de «les représentations privées et gratuites effectuées exclusivement dans un cercle de famille». Probablemente por la influencia de esta última en el ámbito español, RIVERO HERNÁNDEZ se muestra favorable a incluir este tipo de representaciones en el concepto de comunicaciones en el ámbito doméstico, pero advierte que «es muy posible que algunas de estas situaciones o casos desborden los términos más concretos y restrictivos de la expresión española, por culpa del “estrictamente” más que del “ámbito doméstico”, que también comprende, en mi opinión, las reuniones de centros docentes y sus actividades. El carácter gratuito y altruista (educativo) de algunas de estas representaciones y ejecuciones musicales podrían facilitar una interpretación benévola que permitiera incluirla en la excepción de que me ocupo aquí»<sup>862</sup>. Así las cosas, «el círculo estrictamente doméstico» referido en el segundo

---

<sup>860</sup> PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C. se refiere a la posible interpretación del ámbito estrictamente doméstico como límite al derecho de comunicación al público en España. «Aproximación al significado de la expresión “ámbito estrictamente doméstico” en la regulación legal de la facultad patrimonial de comunicación pública», *pe. i.*, nº 12, 2002, pp. 32 y 33.

<sup>861</sup> Sobre el análisis de cada uno de estos elementos en relación con el alumnado, *vid. supra* subepígrafe 2.1.1.1.

<sup>862</sup> «Art. 20», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Madrid, 3ª ed., 2007, p. 338. El autor, en definitiva, entiende que las representaciones de este tipo deberían ser libres y por ello aporta criterios para justificar su licitud. No obstante, reconoce que es complicado subsumirlas

párrafo del art. 20.1 TRLPI, de forma similar a la expresión francesa, ha llevado a la doctrina a considerar que entre los destinatarios debe existir un cierto grado de cercanía personal, lo que no existe en el ámbito docente e investigador<sup>863</sup>. Siendo ello así, únicamente será posible representar o proyectar obras de acuerdo con los estrictos condicionantes establecidos en el art. 32.3-5 TRLPI.

No obstante, entendemos que las representaciones en el ámbito educativo deberían ser libres<sup>864</sup>. Así, la visualización de un documental en una clase de historia, cuando dicha obra ha sido adquirida por el centro educativo o por el docente que decida proyectarla, en nada afecta al titular de derechos y en mucho coadyuva al aprendizaje, razón por la que no debería considerarse ni tan siquiera un acto de comunicación al público. Ello permitiría visualizar la obra completa, sin autorización del titular de derechos correspondiente y de forma gratuita, siempre y cuando se llevara a cabo en el ámbito de la educación presencial.

En cuanto a la puesta a disposición del público de obras, deben distinguirse, fundamentalmente, dos supuestos en el ámbito educativo y de investigación: el uso de la obra ajena en redes abiertas y el uso en redes cerradas o intranets. La diferencia entre dichas plataformas estriba en los sujetos que pueden acceder a ellas: mientras en las redes abiertas cualquier internauta puede hacerlo, aunque para ello haya de crear una cuenta, como es el caso de los blogs educativos, las redes sociales de investigación (como la plataforma *researchgate*) o los MOOC<sup>865</sup>, en las redes cerradas o intranets, únicamente pueden acceder a su contenido y a la propia plataforma las personas concretas a las que la empresa o sujeto encargado de su gestión autorice, mediante la concesión de un usuario y una contraseña (autenticación), como

---

en el concepto de «ámbito estrictamente doméstico». Lo mismo parece desprenderse de lo dicho por PERÉZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., «Aproximación al significado...», *cit.*, p. 43.

<sup>863</sup> En este sentido, SÁNCHEZ ARISTI, R., «Art. 20»..., *cit.*, p. 409.

<sup>864</sup> En relación con ello, la SGAE solicitó al instituto Zalaeta en Galicia el pago de un mínimo de 95 euros por llevar a escena la obra *Bodas de Sangre* de Federico García Lorca. La representación se llevaba a cabo por el propio alumnado del centro en el Forum Metropolitano y se cobraban dos euros de entrada. La vicedirectora del centro señaló que debía diferenciarse entre el teatro profesional y el escolar. En contestación a dicha declaración, la SGAE entendió que la representación en cuestión no tenía lugar «en el ámbito escolar sino en un recinto público y habitual en el circuito de teatro profesional y aficionado gallego e incluso estatal». Así lo señala la noticia «La SGAE quiere cobrar por la representación de “Bodas de Sangre” a los alumnos de un instituto coruñés», publicada en el diario digital *La Voz de Galicia* el 3 de febrero de 2010, disponible en: <https://www.lavozdeg Galicia.es/noticia/coruna/2010/02/03/sgae-quiere-cobrar-representacion-bodas-sangre-alumnos-instituto-corunes/00031265199248446474663.htm>. No se tiene constancia de cómo terminó este conflicto, pero parece probable que, en el caso de que la representación hubiera tenido lugar en el centro educativo, la entidad de gestión habría admitido su realización de forma libre y gratuita.

<sup>865</sup> Los MOOC se caracterizan precisamente por ser «open» o «abiertos», esto es, pueden ser seguidos *online* por cualquier sujeto, sin limitaciones en cuanto al número de matriculados, razón por la que son, asimismo, «massive» o «masivos».

en el supuesto de los campus virtuales, el Moodle o los denominados SPOC, en los que, a diferencia de los MOOC, se restringe el número de participantes<sup>866</sup>.

En el caso de que la obra ajena se utilice una web abierta, no cabe duda de que el uso será constitutivo de un acto de puesta a disposición del público<sup>867</sup>, pues la obra se hace accesible «por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija». En este caso, por tanto, sí existiría un «público», entendiendo por tal un grupo indeterminado, cualitativa y cuantitativamente, de personas sin especial vínculo personal o relación jurídica, y que sea relativamente abierto<sup>868</sup>. En contra, y como se señaló en el subepígrafe 3.2.3.3 del Capítulo II, el Abogado General en el *caso Córdoba* entendía que, incluso en los casos de páginas webs educativas, no podía considerarse que existiera un público relevante a los efectos del derecho de comunicación del art. 3.1 DDASI.

Ahora bien, imagínese que, en lugar de reproducir la obra ajena en el blog educativo o el MOOC, se provee al alumnado de un conjunto de enlaces en dicha plataforma que les dan acceso a obras ajenas. ¿Podría apreciarse un acto de comunicación al público en estos supuestos, de acuerdo con los criterios que ha ido incorporando el TJUE para la consideración de un enlace como un acto de puesta a disposición del público? En atención a la sentencia clave al respecto, la que resolvió el *caso Svensson*, un enlace únicamente es un acto de comunicación al público necesitado de autorización cuando se cumplen tres requisitos: que exista un acto de puesta a disposición, que el mismo se refiera al público y que dicho público sea nuevo<sup>869</sup>. De acuerdo con el análisis del propio Tribunal, «para que exista un “acto

---

<sup>866</sup> SPOC es el acrónimo de *Small Private Online Course*. Surgieron con posterioridad a los MOOC y como respuesta a uno de sus principales inconvenientes: la alta tasa de abandono. El hecho de que el MOOC fuera gratuito y se pudiera completar en el tiempo deseado por el estudiante, hacía que muchos lo comenzaran, pero pocos lo acabaran. Sobre ello, *vid.* BERNAL GONZÁLEZ, M<sup>a</sup> C., «El abandono de los estudiantes en los MOOC», *Ubicuo y Social: Aprendizaje con TIC. Jornadas Virtuales de Colaboración y Formación*, del 22 al 25 de junio de 2015. Disponible en: [https://www.researchgate.net/profile/M\\_Bernal\\_Gonzalez/publication/283205614\\_Abandono\\_de\\_los\\_estudiantes\\_en\\_los\\_MOOC/links/562dd74b08ae22b17034c842.pdf](https://www.researchgate.net/profile/M_Bernal_Gonzalez/publication/283205614_Abandono_de_los_estudiantes_en_los_MOOC/links/562dd74b08ae22b17034c842.pdf). Así, aunque el SPOC comparte con el MOOC su realización *online*, en este caso el curso está pensado para comunidades sujetas a la pertenencia a un grupo, como los alumnos de una determinada asignatura que sí han tenido que pagar por la misma y tienen un plazo determinado para superarla.

<sup>867</sup> Además de los actos de reproducción digital que sean necesarios para alojar el contenido en dicha plataforma.

<sup>868</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F., «Art. 20», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Madrid, 3<sup>a</sup> ed., 2007, p. 335.

<sup>869</sup> STJUE de 13 de febrero de 2014, Nils Svensson, Sten Sjögren, Madelaine Sahlman, Pia Gadd y Retriever Sverige AB, C-466/12. La comenta en la doctrina española, entre otros, SÁNCHEZ ARISTI, R., «La provisión de enlaces en internet y el derecho de puesta a disposición del público (Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de febrero de 2014 en el asunto C-466/12 [CASO Svensson]), *pe.i*, n<sup>o</sup> 46,



comunicación” basta con que la obra se ponga a disposición de un público de tal forma que quienes lo compongan puedan acceder a ella, sin que sea decisivo que dichas personas utilicen o no esa posibilidad»<sup>870</sup>. En consecuencia, «el hecho de facilitar enlaces sobre los que se puede pulsar y que conducen a obras protegidas debe calificarse de “puesta a disposición”»<sup>871</sup>. En cuanto al público nuevo, es aquel «que no fue tomado en consideración por los titulares de los derechos de autor cuando autorizaron la comunicación inicial al público»<sup>872</sup>, no siendo, por tanto, nuevo el público «cuando el conjunto de los usuarios de otra página, a los que se han comunicado las obras de que se trata mediante un enlace sobre el que se puede pulsar, podía acceder directamente a esas obras en la página en la que éstas fueron comunicadas inicialmente, sin intervención del gestor de esa otra página»<sup>873</sup>.

En este contexto, el docente o investigador que haya configurado una plataforma educativa o de investigación de carácter abierto, por ejemplo, tendrá dos opciones para incluir obras ajenas en el mismo. Por un lado, podrá reproducir las obras y alojarlas directamente en la entrada correspondiente del blog, en cuyo caso, al suponer un acto de comunicación pública en su modalidad de puesta a disposición, deberá ajustarse a las exigencias del límite de la ilustración, destacando, entre ellas, el carácter parcial del uso. Por otro lado, podrá enlazar a la obra ajena, de modo que si la misma ha sido puesta a disposición del público con autorización del autor en la página de origen, no habrá comunicación a un público nuevo y, por tanto, podría darse acceso a la obra en su integridad<sup>874</sup>. Ahora bien, incluso en el supuesto

---

2014, pp. 45 y ss. Cabe destacar que, en el caso en cuestión, los enlaces permitían el acceso a obras con autorización de los titulares de derechos.

Especialmente a raíz de esta sentencia, el TJUE ha tenido ocasión de pronunciarse y precisar su postura sobre los enlaces en distintos supuestos, como cuando la puesta a disposición de la obra en Internet se había llevado a cabo sin el consentimiento del titular de derechos (STJUE de 8 de septiembre de 2016, *GS Media BV y Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Enterprises International Inc., Britt Geertruida Dekker* caso *GS Media*, C-160/15, conocido como caso *GS Media*) o cuando dicho acto de explotación se produce en el ámbito de redes P2P (como en el caso *The Pirate Bay*). El análisis de los distintos casos en los que se ha interpretado el concepto de puesta a disposición del público en relación con los enlaces por parte del TJUE excede de los contornos de la presente investigación, haciéndose en este punto concreta una explicación sucinta del posible uso en la enseñanza y la investigación. Para un estudio detallado y actualizado de la materia, *vid.* EVANGELIO LLORCA, R., «Incidencia de la jurisprudencia del TJUE en la legitimación pasiva de los proveedores de enlaces a los efectos de la Ley española de propiedad intelectual», en *Problemática actual de la tutela civil ante la vulneración de la propiedad industrial e intelectual*, J. A. Moreno Martínez (coord.), Madrid, 2017, pp. 108-121.

<sup>870</sup> Apartado 19.

<sup>871</sup> Apartado 20.

<sup>872</sup> Apartado 24.

<sup>873</sup> Apartado 27.

<sup>874</sup> Así, en el caso Córdoba la fotografía había sido puesta a disposición del público en la página web de la agencia de viajes con autorización de su autor y sin establecimiento de ninguna medida de restricción, marca de agua, indicación de su autor, etc. Aunque en el supuesto en cuestión no había enlace a la fotografía, sino que había sido reproducida en el trabajo de la alumna, podría haberse considerado que el enlace a la misma en la

de que la obra hubiera sido puesta a disposición inicialmente sin autorización de su autor o titular de derechos, se podrá enlazar a las mismas en las páginas educativas y de investigación siempre que no se tenga conocimiento efectivo de la ilegalidad de la puesta a disposición inicial y que el acto del enlace no se hiciera con ánimo de lucro<sup>875</sup>. En relación con este último requisito, podría cuestionarse si las páginas educativas que ofrecen cursos de carácter privado pueden enlazar cuando la obra ha sido puesta a disposición del público inicialmente sin autorización, precisamente porque con dichos cursos se lleva a cabo una actividad fundamentalmente económica y comercial. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que el requisito del ánimo de lucro al que se refiere el TJUE se aplica al propio acto de enlazar y no al modo de financiación de la entidad que pueda incluir dicho enlace en su página web, de modo que este último criterio no debe ser determinante a la hora de apreciar el ánimo de lucro y habrá de analizarse la cuestión en función de las circunstancias del caso concreto.

En cuanto al uso de obras ajenas en las intranets educativas, como ya se señaló en el Capítulo anterior, no es posible considerar que se haya producido un acto de comunicación al público por la ausencia de un «público»<sup>876</sup>. Así, la estructura técnica del campus virtual que exige una autenticación para su acceso, otorgada por el propio centro educativo únicamente al alumnado y al profesorado, para que interactúen virtualmente, de forma equivalente a la docencia en el aula física, impide que pueda tener lugar un acto de comunicación al público de acuerdo con el art. 3.1 DDASI. No obstante, no parece que sea esa la solución aplicable al caso español.

Como se señaló previamente, las demandas interpuestas por CEDRO a la Universidad de Barcelona, la Universidad Autónoma de Barcelona y la Universidad Carlos III de Madrid traían como causa el uso de obras ajenas en los campus virtuales de dichos centros de enseñanza superior. La propia AP de Barcelona definió el campus virtual como «una red propia y *cerrada*», una «plataforma que aloja en la web de su titularidad, establece el código de uso, atribuye a los profesores la responsabilidad frente a ella por las eventuales infracciones, y *proporciona a profesores y alumnos las claves de acceso*. Se trata, en definitiva, de una *herramienta docente* de la propia Universidad» (las cursivas son nuestras)<sup>877</sup>. De los elementos destacados deriva que el grupo que puede acceder a las obras

---

página web educativa del centro, en un post dedicado al estudio de Córdoba, sería lícito sin necesidad de solicitar autorización al autor.

<sup>875</sup> Estos requisitos derivan, fundamentalmente, de los apartados 47 y 51 del caso *GS Media*.

<sup>876</sup> Sobre ello, *vid. supra* subepígrafe 3.2.3.3 del Capítulo II.

<sup>877</sup> FD quinto, SAP Barcelona de 29 de octubre de 2014, La Ley 148024/2014.

en el campus virtual es determinado, tanto cuantitativa como cualitativamente, pues únicamente se compone de «profesores y alumnos»; les une una relación jurídica, la docente, que se ve facilitada por la «herramienta» de la Universidad; y es cerrado, porque la propia red es, por definición, «cerrada», es decir, no es accesible por ningún sujeto al que no se le haya proporcionado la clave correspondiente<sup>878</sup>. Siendo ello así, parece claro que el acto llevado a cabo en el campus virtual no podría ser calificado como de comunicación al público. A pesar de ello, la Audiencia y los Juzgados de Primera Instancia no repararon en los términos destacados por nosotros y con los que ella misma definió las intranets. Así, sin analizar el concepto de comunicación al público, condenaron a la Universidad de Barcelona y la Universidad Autónoma de Barcelona por infracción de este derecho de explotación, junto al de reproducción<sup>879</sup>. Los jueces y magistrados deberían haber prestado una mayor atención al estudio de los elementos del acto de comunicación al público, razón por la que resulta especialmente criticable la resolución en este punto. Si a la ligereza de los juzgadores en la apreciación del acto de comunicación al público se une el poco estudio del TRLPI por parte de los abogados defensores, que, como se señaló, no alegaron el límite de la ilustración, cabe concluir que los casos enjuiciados únicamente sirvieron para satisfacer los intereses de los titulares de derechos y, en su representación, de los de CEDRO, y ello en detrimento de una interpretación adecuada del régimen de propiedad intelectual. Habría que ver si los tribunales españoles serían capaces de considerar la inclusión, ya no de obras, sino de enlaces a las mismas en los campus virtuales como actos de puesta a disposición del público, en contra de la jurisprudencia del TJUE<sup>880</sup>.

---

De acuerdo con ORTIZ, L. F., «los campus virtuales son el intento de situar un campus universitario en el marco de la virtualidad, que permita a los estudiantes acceder a la docencia, a la organización de la misma –aulas, matrícula, etc.- y a los demás espacios complementarios como la biblioteca, los servicios universitarios, etc.». «Campus Virtual: la educación más allá del LMS», *RUSC*, vol. 4, nº 1, 2007, p. 6. Disponible en: <http://rusc.uoc.edu/rusc/es/index.php/rusc/article/view/v4n1-ortiz.html>.

<sup>878</sup> A redes del mismo tipo se refiere el art. 37.3 TRLPI, sobre la consulta de obras mediante terminales especializados. Así, podría considerarse que tampoco en dichos supuestos tiene lugar un acto de puesta a disposición del público en puridad. No obstante, en este caso pueden acceder a la obra todas aquellas personas que vayan a desarrollar un trabajo de investigación. De este modo, el grupo es relativamente abierto, lo que podría generar mayores dudas. En cambio, en el caso del campus virtual únicamente pueden acceder a la sesión el alumnado y el docente del grupo en cuestión.

<sup>879</sup> Siguieron de este modo la postura de CEDRO, según la cual, en palabras de DÍAZ DE OLARTE BAREA, J., «en el fondo, la actividad que tiene lugar en este entorno digital es la misma que se desarrollaba en los servicios reprográficos de las universidades (...). Por todo ello, siendo idéntico o muy similar el punto de partida es también idéntico el problema: para llevar a cabo la reproducción y puesta a disposición a través de esa red cerrada universitaria de libros y otras publicaciones de un modo legal, es necesaria una autorización de los titulares de derechos sobre esas obras». «Usos permitidos...», *cit.*, p. 210.

<sup>880</sup> En cuanto a ello, cabe destacar que GENDREAU, Y. entiende que una de las dificultades para regular esta excepción, en general, es que los derechos de explotación se configuran en atención a criterios técnicos, de modo que, cuando se perfilan los contornos de la excepción de la ilustración, deben “traducirse” todos los actos que se

Al margen del concepto de público, cabe cuestionarse si el uso de obras ajenas en las intranets podría ser considerado como un acto desarrollado en el «ámbito estrictamente doméstico». En este caso y a diferencia de lo dicho en relación con la comunicación al público presente en clase, el propio párrafo segundo del art. 20.1 TRLPI exige que dicho ámbito «no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo». De este modo, el hecho de que la intranet funcione a través de la red de internet impide calificar los usos de obras ajenas en el campus virtual o el Moodle como actos del ámbito estrictamente doméstico<sup>881</sup>.

En definitiva, la capacidad expansiva de los derechos de autor en el ámbito español, consecuencia de la redacción del art. 17 TRLPI, desborda la configuración comunitaria del derecho de comunicación al público. Consecuencia de ello, el sujeto necesitado de obras ajenas para la enseñanza y la investigación en el ámbito español se ve limitado por las restrictivas exigencias de una excepción de la ilustración que poco tiene que ver con el texto de las limitaciones internacional y comunitaria de las que procede. Ello da lugar a una sobreprotección del autor, que genera incompreensión y rechazo al sistema de propiedad intelectual por parte de la sociedad en su conjunto. De nuevo, la solución pasaría por reconfigurar el sistema para que se cumpla el tan mencionado «equilibrio de intereses», de modo que a los derechos amplios del autor le siguieran límites del mismo tipo en favor del interés general o bien, que tanto unos como otros se ordenaran de forma restrictiva.

### 2.1.1.3 La no inclusión del derecho de transformación

No escapa a nadie que en el ámbito educativo y de la enseñanza se realizan numerosos actos de transformación de obras ajenas, esto es, traducciones, adaptaciones y otras modificaciones en la forma de dichas obras, como resúmenes<sup>882</sup>. Quizás el máximo exponente de este tipo de usos los encontremos en las enseñanzas de traducción e interpretación, así como en las artísticas. Además, en el concreto ámbito de la universidad es frecuente, y deseable si se quiere garantizar la calidad de la docencia y de la investigación, que el docente

---

llevan a cabo en los ámbitos educativos y de investigación a los términos de los derechos de explotación, lo que no siempre es posible. *Op. cit.*, p. 68.

<sup>881</sup> Aunque la expresión «no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo» tenía por objeto impedir el fenómeno de los «vídeos comunitarios» sin autorización del titular de derechos, el hecho de que se incluya «una red de difusión de cualquier tipo», permite aplicar este precepto a redes físicas, figuradas (como redes sociales), alámbricas, inalámbricas, etc. Sobre ello, *vid.* SÁNCHEZ ARISTI, R., «Art. 20»..., *cit.*, pp. 411 y 412. Ahora bien, y como señala GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., «lo relevante no es el requisito formal de si se usa una red de difusión para efectuar la transmisión de una obra o prestación protegida, sino si dicha transmisión se mantiene dentro de las condiciones de privacidad que justifican la existencia del privilegio». *El derecho de autor...*, *cit.*, p. 262.

<sup>882</sup> A tenor del art. 21.1 TRLPI, «la transformación de una obra comprende su traducción, adaptación y cualquier otra modificación en su forma de la que se derive una obra diferente».

e investigador utilice obras no solo en la propia lengua, sino también en lengua extranjera para ampliar sus conocimientos. En esos casos, y en función del destinatario de su lección o de su investigación, puede necesitar llevar a cabo ciertas transformaciones de la obra, como traducciones y resúmenes, para que sean adecuadamente entendidos<sup>883</sup>. Asimismo, el denominado EEES promueve la movilidad de estudiantes y docentes en el ámbito universitario, siendo frecuentes las estancias en distintas universidades europeas de unos y otros a través de instrumentos como los conocidos Teaching Staffs, en cuanto al profesorado, y las becas Erasmus y Erasmus prácticas, que pueden ser solicitadas por el alumnado.

Por su parte, las TIC y su aplicación al ámbito educativo también han contribuido a la transformación de obras en la web tanto por parte del profesorado como del alumnado. Quizá el ejemplo más paradigmático al respecto lo constituyen las denominadas *wikies* educativas. De acuerdo con el concepto que ofrece la *wiki* más conocida en la actualidad, *Wikipedia*, «el término wiki (del hawaiano wiki, «rápido») alude al nombre que recibe un sitio web, cuyas páginas pueden ser editadas directamente desde el navegador, donde los mismos usuarios crean, modifican o eliminan contenidos que, generalmente, comparten»<sup>884</sup>. Así, el contenido de la wiki es el resultado de las aportaciones de sus usuarios, siendo posible acceder y consultar las distintas modificaciones llevadas a cabo por cada uno de ellos. Se trata de un instrumento que facilita la creación de los denominados contenidos generados por usuarios (en adelante, CGU). Aunque las *wikies* normalmente tienen un carácter abierto, esto es, están abiertas al público en general y son editables por cualquier sujeto que navegue por internet, pueden ser cerradas, de modo que únicamente pueda acceder y modificar su contenido un grupo determinado de sujetos.

Tras su aparición, los pedagogos no tardaron en identificar las indudables ventajas que esta herramienta podía tener en el ámbito educativo<sup>885</sup>: se motiva al «alumnado digital», al

---

<sup>883</sup> En este sentido, VICENTE DOMINGO, E. señala que «la fragmentación de contenidos y la intensificación de los mismos obligan a los profesores a extraer, resumir, ofrecer lecturas breves de textos..., que en muchos casos se cuelgan en las plataformas digitales». «Los límites del derecho de cita y de ilustración con fines educativos o de investigación científica», en *La propiedad intelectual en las universidades públicas: titularidad, gestión y transferencia*, R. de Román Pérez (coord.), Granada, 2016, p. 116.

<sup>884</sup> <https://es.wikipedia.org/wiki/Wiki>. Wikipedia es una enciclopedia digital libre y abierta, cuyo contenido se alimenta, corrige y actualiza gracias a las aportaciones de los usuarios de la misma.

En cuanto a los elementos técnicos que componen una *wiki* y su funcionamiento, *vid.* SERENO RESTREPO, J. S., «Contenido generado por usuarios (UGC), wikies y derecho de autor», *Revista de la propiedad inmaterial*, nº 14, 2010, pp. 210-213.

<sup>885</sup> Existen otros ejemplos de plataformas virtuales que han sido aplicados a la enseñanza, como los blogs educativos. No obstante, en este caso existe un solo autor, que normalmente es el docente que introduce la entrada, respecto de la cual los alumnos deben hacer comentarios. En cambio, la *wiki* permite que su contenido

trabajar en grupo y por medio de las nuevas tecnologías<sup>886</sup>; la autoría compartida favorece el aprendizaje cooperativo; es posible revisar continuamente el trabajo de los alumnos conforme se va modificando; etc. De este modo esta herramienta permite, por ejemplo, que, a raíz de un tema propuesto por el docente, los alumnos elaboren los apuntes de este, siendo ellos supervisados y revisados, no solo por el profesor, sino por todos los miembros de la *wiki*. En definitiva, se trata de una plataforma que contribuye a la democratización del aprendizaje<sup>887</sup> y fomenta la participación activa del alumnado en dicho proceso, en línea con las metodologías docentes que impone la implantación del Plan Bolonia.

Pongamos por caso que un profesor de lengua de un colegio pone a disposición de sus alumnos de quinto curso en la *wiki* cerrada a la que únicamente tienen acceso ellos, dos páginas de una novela infantil y señala como tarea la modificación de la historia que se contiene en ellas por parte de los estudiantes. Cada uno de ellos tendrá que aportar nuevas oraciones y modificar las ya previstas en esas dos páginas, pudiendo ser corregidas por los compañeros cuando detecten faltas de ortografía, por ejemplo. De este modo, la obra original de la que el docente había extraído dos páginas podría verse transformada, siempre y cuando el resultado de las aportaciones de los alumnos tuviera la originalidad requerida para que fuera considerado como obra. Al margen de la complejidad para atribuir la autoría en los supuestos de CGU<sup>888</sup>, para poder llevar a cabo el uso concreto señalado sería necesaria la autorización del autor de la novela para la realización de tres actos de explotación distintos: la reproducción del texto de las dos páginas de la obra en la *wiki* por parte del docente y su puesta a disposición por medio de la publicación de esta entrada, y la transformación derivada de las aportaciones de los alumnos. Ello sería así, salvo que fuera de aplicación alguna excepción. En este caso concreto, y ante la inexistencia de un límite general en favor de la creación de CGU<sup>889</sup>, parece evidente que la única limitación aplicable sería la de la ilustración con fines educativos, al ser

---

sea modificado por todos los sujetos usuarios de la plataforma, de modo que las aportaciones de estos sujetos son incorporadas en el propio texto original y no al margen del mismo, como sucede en el blog.

<sup>886</sup> MORA VICARIOLI, F., «Posibilidades educativas de la wiki», *Tecnología en Marcha*, vol. 25, n° 3, 2012, p. 116, disponible en: <file:///C:/Users/Nuria/Desktop/Dialnet-PosibilidadesEducativasDeLaWiki-4835639.pdf>.

<sup>887</sup> BARBERÀ, E., «Filosofía wiki: compromiso de las soluciones», *Red U-Revista de Docencia Universitaria*, vol. 7, n° 3, 2009, p. 2, disponible en: <https://polipapers.upv.es/index.php/REDU/article/view/6257/6307>.

<sup>888</sup> Sobre ello, *vid.* SERENO RESTREPO, J. S., para quien «si se considera que cada versión de la entrada individual es una expresión literaria acabada (al menos transitoriamente), original (no copiada, y con un mínimo de creatividad) puede afirmarse que su usuario creador es el autor (autor de la obra originaria); por otro lado, el posterior usuario que modifica dicha versión de la entrada es el autor de la versión de la entrada modificada (autor de la obra derivada)». *Op. cit.*, p. 227.

Sobre ello en el ámbito inglés, *vid.* HOLMES, S.; GANLEY, P., «User-generated content and the law», *JIP&P*, n° 5, vol. 2, 2007, pp. 338-340.

<sup>889</sup> En cuanto a la creación de una excepción general en favor de la creación de CGU y su compatibilidad con el CB y los ADPIC, *vid.* GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., ¿Puede crearse...?, *cit.*, pp. 273 y ss.

imposible acudir a la cita ya que no ha tenido lugar la inclusión de esas dos páginas en una obra propia del docente, sino que simplemente se han reproducido en la plataforma y puesto a disposición de los alumnos para que los mismos las transformen.

Junto a las *wikies*, los programadores y productores también han creado plataformas destinadas a su aplicación en la enseñanza y que tienen por objeto específico la transformación de obras, en concreto, de contenidos audiovisuales. Este tipo de herramientas virtuales permite editar y modificar vídeos propios o ajenos, que estén alojados en internet, para convertirlos en tutoriales educativos<sup>890</sup>. Así, es posible unir fragmentos de distintos vídeos, eliminar el sonido original para incluir las explicaciones propias del docente o traducirlos si están en otro idioma, introducir cuestiones para comprobar el grado de seguimiento del alumnado, etc.

En coherencia con esta realidad, la excepción de la ilustración de acuerdo con las legislaciones alemana, inglesa, francesa e italiana ha comprendido también el derecho de transformación, aunque ello se haya llevado a cabo de formas distintas<sup>891</sup>.

En cambio, la excepción española en cuestión se refiere en exclusiva a los actos de reproducción, distribución y comunicación pública. Efectivamente, parece que ello puede ser el resultado de una trasposición literal de la DDASI que no limita el derecho de transformación por cuanto no puede excepcionar un derecho que no reconoce<sup>892</sup>. A pesar de ello, no puede llegarse a la conclusión de que la omisión del derecho de transformación haya sido el resultado de un descuido del legislador, pues tanto en las alegaciones llevadas a cabo por distintas entidades como en trámite parlamentario se hizo notar la necesaria incorporación de este derecho en la limitación<sup>893</sup>. Siendo consciente el legislador de esta circunstancia, cabe concluir

---

<sup>890</sup> Ejemplos de este tipo de plataformas son *Edpuzzle* o *Wevideo*.

<sup>891</sup> *Vid. supra*, subepígrafe 3.2.3.4 del Capítulo II.

<sup>892</sup> Sobre ello, *vid. supra*, epígrafe 3.2.3 del Capítulo II.

<sup>893</sup> Así, REBIUN, comisión sectorial de la CRUE, ya se cuestionaba en 2012 en relación con el límite anterior: «¿Por qué no se incluyen los actos de transformación?, ¿es una omisión voluntaria o involuntaria? Las prácticas docentes, por ejemplo, en disciplinas como las filologías, traducción e interpretación, entre muchas otras, necesitan poder reproducir textos con la omisión de partículas, reproducir fragmentos de audiovisuales sin sonido, o sin subtítulos. Estos usos no implican ningún perjuicio injustificado a los intereses legítimos de los titulares de derechos, ni suponen un detrimento a la normal explotación de las obras, mientras que son muy beneficiosos y necesarios en la enseñanza». «Temas para una reforma legislativa de la Ley de Propiedad Intelectual (Real Decreto Legislativo 1/1996). Documento elaborado por el grupo de trabajo de REBIUN del Plan estratégico 2020 Línea 2, objetivo general 5», octubre de 2012, p. 11 (documento incluido como Anexo IV en el documento de Alegaciones al Anteproyecto de Ley de modificación en su primera versión, elaborado por la CRUE). En el mismo sentido, el Grupo Parlamentario Entesa pel Progrés de Catalunya (GPEPC) propuso en el Senado una enmienda para incluir el derecho de transformación en la excepción justificándola, precisamente, con la reproducción del argumento planteado por REBIUN. Enmienda nº89, BOCG. Senado, nº401 de 22/09/2014, p. 296. A ello añadió que «la traducción entre lenguas es el paradigma de los actos de transformación de una obra de propiedad intelectual, por lo que es necesario amparar esta posibilidad para que la excepción

que la ausencia del derecho de transformación en la excepción ha sido deliberada y, por tanto, no es posible ampararse en esta excepción para hacer uso de obras ajenas en la ilustración de la enseñanza y la investigación<sup>894</sup>.

Dicha opción legislativa ha de ser valorada de forma negativa, pues una excepción de la ilustración que no contemple el derecho de transformación ha de calificarse de desfasada e inadecuada a la luz de los contextos educativo y de investigación actuales. Asimismo, debe tenerse en cuenta que en el caso del límite no remunerado únicamente es posible el uso de un «pequeño fragmento» de la obra ajena. Piénsese en la traducción de dos frases de la obra Guerra y Paz de León Tolstoi, con las que el docente pretende que los alumnos repasen la técnica del análisis sintáctico y, al mismo tiempo, introducirles en la materia de la literatura rusa<sup>895</sup>. Se da la paradójica situación en este caso de que sería posible utilizar esas dos frases si el docente extrajera dichas oraciones de una traducción ya hecha al español de la obra, pero no si es él mismo el que las traduce para adaptarlas al nivel educativo de su alumnado y ajustarlas a las estructuras gramaticales que pretende que sean reconocidas por los estudiantes. En este caso concreto, además, no habría ningún problema para entender que el test de las tres etapas podría superarse sin escollos.

A pesar de ello, es cierto que ciertas transformaciones de obras ajenas podrán llevarse a cabo al amparo del límite de cita que no determina los actos de explotación que pueden llevarse a cabo a su amparo, razón por la que se ha entendido que también cabría la cita por la

---

incluya la posibilidad de usar la obra en su lengua original o en cualquier otra oficial del Estado o de una Comunidad Autónoma». BOCG. Senado, nº401 de 22/09/2014, p. 300.

En cambio, la redacción propuesta por ORDUÑA MORENO, J. y PLAZA PENADÉS, J. tampoco contempla el derecho de transformación. Anexo V de las Alegaciones..., *op. cit.*

<sup>894</sup> Así lo ha entendido la doctrina mayoritaria, como, entre otros, SAIZ GARCÍA, C., «La reforma del límite de ilustración de la enseñanza del artículo 32 Texto Refundido de la Ley de propiedad intelectual», *RdP*, nº 34, pp. 109 y 110; RIBERA BLANES, B., «La nueva regulación...», *cit.*, p. 691; LÓPEZ MAZA, S., «Art. 32»..., *cit.*, p. 659 y SERRANO GÓMEZ, E., «La ilustración de la enseñanza en el Anteproyecto de reforma de la Ley de propiedad intelectual», en *En torno a la reforma de la Ley de propiedad intelectual*, L. A. Anguita Villanueva (coord.), Madrid, 2013, pp. 27 y 28. Asimismo, DE ROMÁN PÉREZ, R. incluye la transformación de una obra para la ilustración de la enseñanza o la investigación en el apartado de usos no permitidos por la excepción. *Guía de la propiedad...*, *cit.*, p. 92. En contra, y, por tanto, considerando que el derecho de transformación queda abarcado por el límite, FAJARDO FERNÁNDEZ, J., «Defensa y depuración...», *cit.*, p. 49.

Por su parte, XALABARDER PLANTADA, R. señala que en la práctica el límite se verá ampliado *de facto* para incluir el derecho de transformación, especialmente en zonas de lengua minoritaria. «La reforma del...», *cit.*, p. 132. Ello podría estar amparado, según CÁMARA ÁGUILA, P., como un supuesto de «excepción menor» de acuerdo con el CB, aunque no esté expresamente reconocido el derecho de transformación en el límite en cuestión. «El límite para...», *cit.*, p. 117.

<sup>895</sup> Aunque el concepto de «pequeño fragmento» será analizado con posterioridad (*vid. infra*, subepígrafe 2.2.2.1), téngase en cuenta que la obra en cuestión se compone de más de mil páginas, razón por la cual el uso de dos frases no puede plantear dudas en cuanto al cumplimiento de este requisito.



que se transforme la obra ajena<sup>896</sup>. Así, será posible traducir fragmentos de obras ajenas para su inclusión en un artículo científico o en la exposición de una clase por parte del docente, si la misma tiene la originalidad suficiente para ser considerada obra<sup>897</sup>. Pero debe recordarse que la cita no abarca todos los usos de obras ajenas que se llevan a cabo en la enseñanza y la investigación. En consecuencia, cuando la obra ajena transformada en el ámbito educativo no se incluya en una obra propia, como los supuestos planteados previamente en relación con las *wikies* educativas, por ejemplo, dicho uso no podrá quedar amparado ni en el límite de cita, por no caber en su concepto, ni en el de la ilustración, por no contemplar el derecho de transformación. Lo mismo cabría concluir en el caso, por ejemplo, del investigador que distribuyera o pusiera a disposición de sus compañeros del mismo grupo de investigación un resumen traducido de un artículo de interés para su tema de estudio, siendo él el único conocedor del idioma original del artículo.

En definitiva, el derecho de transformación no se contempla en la excepción de la ilustración con fines educativos y de investigación científica, ni en la modalidad no remunerada, ni en la remunerada<sup>898</sup>. A pesar de ello, se aboga en la presente investigación por la necesaria inclusión de este derecho en la excepción de la ilustración con fines educativos y de investigación científica por las siguientes razones. En primer lugar, porque la normativa internacional lo permite, tal y como se analizó en el Capítulo anterior, y así se ha entendido por los legisladores nacionales de Francia, Alemania, Reino Unido e Italia. En segundo lugar, porque, aunque el límite de cita pueda suplir en parte la ausencia del derecho de transformación en la excepción de la ilustración, el art. 32.1 TRLPI resulta insuficiente para satisfacer las necesidades reales de la educación y la investigación, sectores en los que el

---

<sup>896</sup> En el mismo sentido, SAIZ GARCÍA, C., «Artículo 32»..., *cit.*, pp. 549 y 550 y RIBERA BLANES, B., «La nueva regulación...», *cit.*, pp. 691 y 692.

<sup>897</sup> Sobre ello, *vid. supra*, epígrafe 1 del presente Capítulo.

<sup>898</sup> De hecho, el modelo de las licencias ofrecidas por CEDRO en su portal [www.conlicencia.com](http://www.conlicencia.com) para hacer efectivo el derecho a la remuneración equitativa previsto en el art. 34.4 TRLPI, establece que «la reproducción digital de los fragmentos de las obras se realizará de tal forma que se mantengan las características tipográficas y de presentación de la edición página por página. Queda por tanto prohibida la supresión, modificación o alteración en todo o en parte de la obra en cuanto a su contenido y forma».

Ahora bien, llama la atención que en el Anexo I al Acuerdo al que llegaron la CRUE, CEDRO y VEGAP para el desarrollo del límite de la ilustración en su versión remunerada se establezca la siguiente estipulación séptima: «1. La UNIVERSIDAD (...). Entre otras acciones, y en la medida de lo posible, incluirá un aviso informativo en su intranet, de obligada visualización, en el que aparezca el siguiente texto: “Las obras puestas a disposición en esta intranet están protegidas por el derecho de autor, y su reproducción y comunicación pública se han realizado bajo la autorización prevista en el artículo 32.4 de la Ley de Propiedad Intelectual. Cualquier reproducción, distribución, transformación y comunicación pública en cualquier medio y de cualquier forma, fuera del alcance de dicha autorización, deberán ser objeto de una licencia específica”» (la cursiva es nuestra). Teniendo en cuenta que la excepción de la ilustración no incluye el derecho de transformación en ninguna de sus modalidades, carece de sentido la referencia a tal facultad de explotación en la estipulación, pues todas las transformaciones quedan fuera del alcance de la autorización legal.

desarrollo y aplicación de las TIC exige la transformación de obras. Ello podría afectar gravemente al derecho fundamental a la educación reconocido en los textos fundamentales, tal y como se analizó en el primer Capítulo de la presente investigación, así, como, en general, al desarrollo económico de la sociedad por las trabas impuestas para desarrollar técnicas de investigación como la TDM en España, disminuyendo la capacidad competitiva del Estado, especialmente en el ámbito regional, en el que varios legisladores nacionales han autorizado expresamente este tipo de usos. En tercer y último lugar, y del lado de la protección del autor, porque dichos usos de la obra ajena no afectarían a sus derechos al superar el test de las tres etapas tanto en la modalidad del art. 32.3 TRLPI, porque la transformación lo sería de un «pequeño fragmento», como en la del art. 32.4, que prevé una remuneración en favor del autor.

#### 2.1.1.4 El art. 132 TRLPI y la posible aplicación de la excepción de la ilustración a los derechos conexos

De acuerdo con lo establecido por el art. 132 TRLPI, las excepciones previstas en sede derechos de autor podrán ser aplicadas, con carácter subsidiario, a los otros derechos de propiedad intelectual regulados en el Libro II del TRLPI, esto es, a los derechos conexos, vecinos o afines<sup>899</sup>.

Una disposición similar se contiene en el art. 71-*decies* LDA. Lo mismo señala el §83 UrhG en relación con los derechos de artistas intérpretes y ejecutantes. En cambio, los legisladores francés e inglés optaron por reproducir el límite en sede de derechos conexos. En el caso del legislador inglés, los arts. 1C, 1D y 4-6ZA del Anexo II CDPA prevén los límites en favor de la enseñanza y la investigación en relación con los derechos de los denominados performers, actualizados en 2014 de acuerdo con las modificaciones que sufrieron las excepciones equivalentes en el ámbito del *copyright*. En cambio, el legislador francés olvidó incorporar al art. L211-3 3º cuarto párrafo CPI referido a los derechos conexos las modificaciones que fueron introducidas en la excepción pedagógica a los derechos de autor por el art. 77 *LOI n° 2013-595 du 8 juillet 2013 d'orientation et de programmation pour la refondation de l'école de la République*. Ello podría haberse evitado con una simple remisión, tal y como lo han hecho los legisladores español, italiano y alemán.

---

<sup>899</sup> El tenor del precepto es el siguiente: «las disposiciones contenidas en el artículo 6.1, en la sección 2.ª del capítulo III, del Título II y en el capítulo II del Título III, salvo lo establecido en el párrafo segundo del apartado segundo del artículo 37, ambos del Libro I de la presente Ley, se aplicarán, con carácter subsidiario y en lo pertinente, a los otros derechos de propiedad intelectual regulados en este Libro». En concreto, el art. 32.3-5 TRLPI se contiene en el capítulo II del Título III del Libro I, dedicado a los límites al derecho del autor.

Volviendo al caso español, cabe precisar que el Libro II del TRLPI no solo contempla «los otros derechos de propiedad intelectual», sino también la «protección “sui generis” de las bases de datos». No obstante, el art. 132 TRLPI únicamente es aplicable a los otros derechos de propiedad intelectual o derechos conexos tal y como señala la propia norma. Ello es así porque la protección *sui generis* de las bases de datos no es un tipo de derecho conexo, sino una categoría jurídica independiente<sup>900</sup>. En consecuencia, el art. 132 TRLPI que remite, entre otros preceptos, al art. 32.3-5 TRLPI solo resulta de aplicación a los derechos conexos, mientras que en relación con la protección de bases de datos por medio de un derecho *sui generis*, sus usos en el ámbito de la enseñanza y la investigación quedarán regulados por su norma especial, por la excepción contenida en el art. 135.1 b) TRLPI<sup>901</sup>. En este sentido, nos parece más clarificadora la redacción del art. 71-decies LDA, pues establece que las limitaciones con fines educativos referidas a las obras protegidas por el derecho de autor serán igualmente aplicables a los derechos conexos, salvo en aquellos casos en los que exista una excepción especial, como es el caso del art. 91 LDA sobre la reproducción de meras fotografías en antologías<sup>902</sup>.

La técnica de la remisión escogida por el legislador a este respecto resulta acertada, pues supone una equiparación en el tratamiento de las obras y prestaciones en el ámbito de la enseñanza y la investigación y evita reiteraciones innecesarias<sup>903</sup>. De hecho, ¿de qué serviría que no fuera necesaria la autorización del autor de una obra de teatro para grabar (reproducir) un fragmento de la misma para ser utilizada en una clase de interpretación o en una investigación sobre la representación de las obras teatrales de un autor determinado si los artistas que participaran en ella pudieran impedir tal acto en virtud de su derecho de fijación?<sup>904</sup> Siendo ello así, cabe realizar las siguientes precisiones en cuanto a la aplicación del límite de la ilustración a los derechos conexos.

---

<sup>900</sup> Así lo entiende BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Art. 132», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Madrid, 4ª ed., 2017, p. 1787.

<sup>901</sup> Sobre dicho precepto, *vid. infra* subepígrafe 2.1.3.2.

<sup>902</sup> Sobre el mismo, *vid.* ZUDDAS, C., «Art. 71-decies»..., *cit.*, p. 1760.

<sup>903</sup> En cuanto a las bondades de la remisión legislativa en este ámbito concreto, *vid.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Art. 132»..., *cit.*, p. 1788.

<sup>904</sup> Como ya señalara OROZCO PARDO, G., «dado que el derecho del que traen causa (los derechos afines) está sometido a tales límites, por mera lógica, estos derechos no pueden extenderse en un ámbito superior del que posee el derecho principal del que se deducen». «Comentario al artículo 122 de la Ley de Propiedad Intelectual», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, M. Albaladejo García y S. Díaz Alabart (dirs.), t. V, vol. 4-B, Madrid, 1995, p. 587. En el mismo sentido, RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. y BONDÍA ROMÁN, F., en su comentario al art. 132 TRLPI señalan que «si los derechos que recaen sobre las obras están limitados, obligadamente y con más razón habrán de estarlo los derechos que recaen sobre unos objetos que, normalmente, incorporan dichas obras». *Op. cit.*, p. 498.

En primer lugar, la modalidad no remunerada del límite de la ilustración será aplicable a todos los derechos afines reconocidos por el Libro segundo del TRLPI, esto es, a los reconocidos a artistas intérpretes o ejecutantes (Título I), productores de fonogramas y de grabaciones audiovisuales (Títulos II y III, respectivamente), entidades de radiodifusión (Título IV), realizadores de meras fotografías (Título V) y editores de ciertas producciones (Título VI). No obstante, cabría cuestionarse si el límite de la ilustración, referido en exclusiva a los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública, podría aplicarse al derecho de fijación reconocido a los artistas intérpretes y ejecutantes (art. 106 TRLPI) y a las entidades de radiodifusión (art. 126.1 a) TRLPI). En efecto, este derecho se reconoce en exclusiva en el Libro II del TRLPI, no existiendo equivalente en sede de derechos de autor. No obstante, el derecho de reproducción del autor se define en el art. 18 TRLPI como «la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda la obra o de parte de ella, que permita su comunicación o la obtención de copias». Por tanto, la fijación es en sí misma la reproducción, en este caso, de la representación o ejecución<sup>905</sup>, razón por la que podrán serle de aplicación los mismos límites que al derecho de reproducción<sup>906</sup> y, por tanto, el de la ilustración. En cuanto a los derechos reconocidos en el art. 128 TRLPI, cabe destacar que en este caso será posible el uso completo, no fraccionado y sin remuneración de la mera fotografía, pues el art. 32.3 TRLPI autoriza la reproducción, distribución y comunicación pública de obras aisladas de carácter fotográfico. En efecto, la excepción se refiere a la obra fotográfica y no a la mera fotografía, pero ello es así porque la limitación ha sido redactada en sede de derechos de autor, lo que no impide que la remisión del art. 132 TRLPI al art. 32.3 TRLPI tenga efectividad en el caso de las meras fotografías.

En segundo lugar, la modalidad remunerada del límite, esto es, el art. 32.4 TRLPI, permite el uso de «obras o publicaciones, impresas o susceptibles de serlo». Siendo ello así, el único derecho conexo al que será de aplicación el art. 32.4 TRLPI será el reconocido en favor del editor de obras inéditas en dominio público y de obras no protegidas, de acuerdo con el art. 129 TRLPI<sup>907</sup>. Así, será posible aplicar la excepción remunerada en relación con una edición

---

<sup>905</sup> De hecho, MARTÍN VILLAREJO, A. llega a definir la fijación como «una reproducción de la actuación en vivo». «Art. 106», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, J. M. Rodríguez Tapia (dir.), Cizur Menor, 2007, p. 590.

Por ello, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. considera que es una torpeza del legislador introducir la fijación como una facultad autónoma. «Art. 132»..., *cit.*, pp. 1789 y 1790, nota 11.

<sup>906</sup> Así, SÁNCHEZ ARISTI, R., «Art. 106», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Madrid, 4ª ed., 2017, p. 1579.

<sup>907</sup> También podría hacerse mención al derecho reconocido al realizador de meras fotografías, pero como se vio previamente, su explotación íntegra podrá llevarse a cabo en virtud de la modalidad no remunerada del límite, dejando sin efecto la versión remunerada en este caso.

especial del Quijote, pues, aunque ya no existan derechos sobre la obra y no sea necesaria la autorización de su autor, el editor gozará de los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública sobre dicha edición especial por sus adornos, tipografía, etc.<sup>908</sup> Ello tendría una especial importancia en el ámbito de la enseñanza musical dado que buena parte del repertorio empleado en los conservatorios ya ha caído en el dominio público, pero es recopilado por los editores musicales para crear libros con obras de similares características, estilos, niveles educativos, etc.<sup>909</sup> No obstante, el art. 32.5 TRLPI excluye expresamente las partituras del ámbito de aplicación de la excepción de la ilustración en sus dos modalidades, razón por la que, en el caso de las ediciones especiales de música será en todo caso necesaria la autorización del editor<sup>910</sup>.

En conclusión, la excepción de la ilustración con fines educativos y de investigación científica resulta de aplicación también a los derechos conexos, de acuerdo con la remisión que a la misma lleva a cabo el art. 132 TRLPI. Ahora bien, cuando se trate de la modalidad remunerada del mismo, únicamente limitará los derechos previstos en el art. 129 TRLPI en relación con la protección de determinadas producciones editoriales.

### 2.1.2 Las finalidades previstas

La modalidad gratuita (art. 32.3 TRLPI) y la remunerada (art. 32.4 TRLPI) autorizan el uso de obras ajenas par la ilustración con fines educativos o de investigación científica, tal y como señala el propio título del precepto.

Una de las principales novedades introducidas por la Ley 21/2014 en el límite en cuestión fue la incorporación de los fines de investigación científica. Hasta la entrada en vigor de dicha norma, la excepción prevista en el entonces art. 32.2 TRLPI únicamente permitía el uso de obras ajenas para ilustrar la enseñanza, siguiendo el modelo del art. 10.2) CB. No obstante, dado que la Ley 23/2006 tenía por objeto la transposición de la DDASI, llamaba la atención que la excepción de la ilustración únicamente contemplara la finalidad de la enseñanza teniendo en cuenta que el art. 5.3 a) DDASI, que se pretendía incorporar a la legislación

---

<sup>908</sup> Ahora bien, conviene destacar a este respecto, que lo protegido por medio del derecho conexo es la propia edición y no la obra ya caída en el dominio público. Sobre ello, *vid.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Art. 129», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Madrid, 4ª ed., 2017, p. 1778. Asimismo, e indirectamente, también se protege la inversión económica para producir dicha edición, tal y como señala GUILLEM CARRAU, J., «Art. 129», en *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual*, F. Palau Ramírez y G. Palao Moreno (dirs.), Valencia, 2017, p. 1513.

<sup>909</sup> A ello se refiere FAJARDO FERNÁNDEZ, J., «Defensa y depuración...», *cit.*, p. 48.

<sup>910</sup> Sobre esta exclusión, *vid. infra* letra a. del subepígrafe 2.1.3.1.

española de propiedad intelectual, también permitía usos de obras ajenas en la investigación científica<sup>911</sup>. En esta situación, se planteó la necesidad de incorporar tal fin en el art. 32 TRLPI por dos razones: por un lado, porque los conflictos con las universidades llamaron la atención del legislador en cuanto a la necesidad de modificar el límite de la ilustración y por otro, porque en dichas instituciones, docencia e investigación están indisolublemente unidas<sup>912</sup>.

Ahora bien, ello se llevó a cabo de distintas maneras en las diferentes versiones del anteproyecto hasta llegar a la regulación finalmente aprobada. En la primera versión del Anteproyecto, la investigación únicamente se previó en la versión remunerada del límite, en aquel momento ubicada en el art. 32.3 TRLPI. Así la letra a) de dicho precepto establecía como requisito de la excepción que los actos autorizados se llevaran a cabo únicamente «para la ilustración con fines educativos y de investigación científica». No obstante, la letra c) exigía que los actos tuvieran lugar «en los *centros docentes universitarios* por su personal y con sus medios propios» (la cursiva es nuestra) y los apartados 1º y 2º relativos a los destinatarios de los actos de explotación, se referían a los alumnos y al personal docente, lo que limitaba en la práctica la aplicabilidad de la excepción a la finalidad educativa<sup>913</sup>. Tanto es así que el título de la excepción mantenía su redacción: «cita e ilustración de la enseñanza». Sería la tercera versión del Anteproyecto la que de forma específica regulara la excepción con finalidad de investigación. Así, y de acuerdo con tal redacción, el art. 32.2 TRLPI contemplaba el límite de la ilustración con fines educativos no remunerado; el apartado 3 del mismo precepto contenía la excepción equivalente para la investigación científica y en el apartado 4, se unificaban enseñanza e investigación en la versión remunerada del límite<sup>914</sup>. En este momento se produciría también la inclusión de esta finalidad en el propio título de la excepción: «cita e ilustración con fines educativos o de investigación científica». Llama la atención que se separara la enseñanza de la investigación en la versión no remunerada del límite y, en cambio, se contemplara conjuntamente ambas finalidades en la modalidad remunerada<sup>915</sup>. La distinción de ambas finalidades en excepciones independientes podría haberse aprovechado

---

<sup>911</sup> De hecho, este era el único elemento que caracterizaba y distinguía la excepción de la ilustración prevista en la DDASI respecto a la del CB. Sobre ello, *vid. supra* epígrafe 4 del Capítulo II.

<sup>912</sup> Como señala CUETO PÉREZ, M., en la universidad, la investigación es fundamento de la docencia. «La Universidad y la investigación», en *Comentarios a la Ley Orgánica de Universidades*, J. V. González García (dir.), Madrid, 2009, p. 704.

<sup>913</sup> La misma redacción se mantuvo en la segunda versión del Anteproyecto.

<sup>914</sup> Respecto de la modalidad remunerada, no obstante, cabe destacar que el apartado 4 reproducía lo previsto en la segunda versión del anteproyecto, razón por la cual seguía refiriéndose en exclusiva a los alumnos y al personal docente, guardando silencio en cuanto a los investigadores.

<sup>915</sup> Recuérdese, en cuanto a ello, que la regulación especial y diferenciada de ambos fines fue la opción preferida por los legisladores inglés y alemán, mientras que las excepciones de la ilustración en Italia y Francia se contemplaron de forma unitaria.

para especificar exigencias específicas en cada ámbito, como la posible explotación de obras no divulgadas en la investigación<sup>916</sup>. No obstante, y dado que se contemplaron los mismos requisitos en ambos casos, la versión prevista en el Proyecto y posteriormente aprobada de la excepción previó la versión no remunerada de la excepción de la ilustración de la enseñanza o de la investigación de forma conjunta en el apartado 3<sup>917</sup>. Asimismo, se añadió a los investigadores y a los centros públicos de investigación dentro del grupo de destinatarios de la excepción en su versión remunerada, junto a los alumnos y universidades<sup>918</sup>.

Así, el límite actual tiene dos modalidades: una no remunerada o gratuita (art. 32.3 TRLPI) y otra remunerada (art. 32.4 TRLPI), siendo ambas aplicables a las finalidades de enseñanza y de investigación científica. De este modo, el legislador español de 2014 ha adoptado los sistemas francés e italiano al respecto, al contemplar en una sola excepción las dos finalidades previstas en el art. 5.3 a) DDASI, pero con la particularidad de prever dos modalidades diferenciadas, fundamentalmente, por la existencia o ausencia de remuneración al autor y al editor<sup>919</sup>.

#### 2.1.2.1 Las diferencias de redacción en las modalidades del límite y el significado de los fines legitimadores de la excepción

El legislador no ha sido cuidadoso a la hora de redactar de forma unitaria los fines que justifican las modalidades gratuita y remunerada de la excepción. Así, mientras en el art. 32.3 TRLPI se refiere en su letra a) a «la ilustración de sus actividades educativas (...) o con fines de investigación científica», en el mismo literal del apartado 4 del precepto se establece que los actos autorizados deberán perseguir únicamente «la ilustración con fines educativos y de investigación científica» (las cursivas son nuestras). En relación con ello, consideramos que se trata simplemente de una mala redacción, pues, además de que no tendría sentido un tratamiento distinto, con ambas conjunciones lo que se pretende es acoger las dos finalidades, de modo que no sería adecuada una interpretación conforme a la que se entienda que el acto

---

<sup>916</sup> Sobre ello, *vid. supra* subepígrafe 3.2.5 del Capítulo II e *infra*, subepígrafe 2.1.4.1 del presente Capítulo.

<sup>917</sup> De este modo, se siguió la sugerencia del Consejo de Estado, que señalaba en su Dictamen sobre la tercera versión del Anteproyecto que «ambos apartados podrían refundirse en uno solo agrupando por tanto al profesorado y al personal investigador, evitando reiteraciones innecesarias, mejorando así su sistemática y teniendo en cuenta que en muchos casos en la misma persona concurre la condición tanto de profesor como de personal investigador y los actos de reproducción, distribución, etcétera, en unos casos se realizarán "para la ilustración de sus actividades educativas" y en otros "con fines de investigación científica"». Dictamen del Consejo de Estado nº 1064/2013 de 28 de noviembre de 2013, p. 46.

<sup>918</sup> Estos cambios condujeron a SAIZ GARCÍA, C. a valorar positivamente la formulación del precepto respecto a la última versión publicada del Anteproyecto. «La reforma del límite...», *cit.*, p. 108.

<sup>919</sup> Además de la remuneración, ambas modalidades se diferencian también por los sujetos amparados por el límite y la cantidad de obra a explotar, como será analizado posteriormente.

que se desarrolle tenga que ser necesariamente con una finalidad y no la otra (límite no remunerado), ni que tenga que llevarse a cabo con ambas finalidades en todo caso (límite remunerado)<sup>920</sup>. Así, basta con que concurra una de ellas, siendo «únicamente» estos los fines que autorizan el uso de obras ajenas y que justifican la excepción<sup>921</sup>.

a. Los fines educativos

La finalidad de la enseñanza estuvo presente en el límite en cuestión desde el ya derogado art. 32.2 TRLPI, si bien con una redacción distinta. En aquel momento, el precepto se refería en su título a la «ilustración de la enseñanza», lo que fue sustituido a raíz de la tercera versión del Anteproyecto por «ilustración con *finés educativos*» (la cursiva es nuestra)<sup>922</sup>. No obstante, no debe dejar de recordarse que el anterior art. 32.2 TRLPI no utilizaba el término «enseñanza» en la redacción de la propia excepción, sino que se refería a «la ilustración de sus actividades *educativas*» (la cursiva es nuestra), redacción que se mantiene en el literal a) del art. 32.3 TRLPI. Así, parece que el legislador español ha empleado ambos conceptos como sinónimos y el cambio señalado, por tanto, no restringe ni amplía la finalidad que justifica la excepción. La modificación al respecto deriva, por tanto, de la adopción de la redacción prevista en el art. 5.3 a) DDASI.

En cuanto a la finalidad educativa, debe ponerse de relieve que los tribunales españoles no han tenido ocasión de interpretar la misma en el ámbito de la excepción de la ilustración, pues ni ha sido aplicada en su versión de 2006, como se analizó (y criticó) previamente, ni se tiene conocimiento de que la excepción haya sido planteada a nivel judicial tras la reforma de 2014. En este contexto, solo es posible acudir a la interpretación literal y al contenido que debe darse al derecho a la educación. Ahora bien, los tribunales sí que han venido a dar algunas pistas del alcance de los fines docentes en el ámbito de la cita.

---

<sup>920</sup> En el mismo sentido, BOTANA AGRA, M., *op. cit.*, p. 449.

<sup>921</sup> El mismo adverbio emplea el art. 5.3 a) DDASI. Sobre ello, *vid. supra* subepígrafe 3.2.2 del Capítulo II.

<sup>922</sup> Por su parte, PLAZA PENADÉS, J. y ORDUÑA MORENO, J. redactan la finalidad que justifica la excepción de forma confusa, pues mientras exigen que el uso autorizado «tenga por objeto ilustrar, aclarar o instruir *con fines educativos o de investigación científica*», posteriormente se establece que dicho acto será posible «en la medida en que esté justificado por *la finalidad cultural, formativa, divulgativa o investigadora y no comercial perseguida*». Anexo V de las Alegaciones..., *op. cit.*

En efecto, la medida o cantidad de obra que pueda explotarse al amparo del límite deberá atender a y estará justificada por la finalidad perseguida con el uso, pero dicha finalidad, como se señala en un primer momento, únicamente puede ser la educativa o la de investigación científica, que son las que prevé el art. 5.3 a) DDASI. Por tanto, la referencia a las finalidades cultural o divulgativa exceden en exceso lo permitido por la DDASI, además de que podría llegar a atentarse al primer paso del test de las tres etapas (los determinados casos especiales), pues en la práctica cualquier acto de explotación de una obra ajena podría justificarse sobre la base de una finalidad cultural.



De acuerdo con el DRAE, «educar» es «desarrollar o perfeccionar las facultades intelectuales y morales del niño o del joven por medio de preceptos, ejercicios, ejemplos, etc»<sup>923</sup>. Así, la educación puede tener lugar en una institución educativa, pero también en el ámbito doméstico. No obstante, en atención a las normas de las que deriva este precepto, que requieren que la enseñanza tenga lugar en establecimientos educativos<sup>924</sup> y a la propia excepción en el ámbito español, que se refiere al «profesorado de la educación reglada impartida en centros integrados en el sistema educativo español», a las «universidades» o a los «alumnos», debe concluirse que los fines educativos contemplados en la limitación son los que se persiguen en el contexto de la educación formal, incluidos todos los niveles de enseñanza. De este modo ha sido interpretada la enseñanza en las legislaciones inglesa, alemana, francesa e italiana. Así, la excepción de la ilustración será aplicable al contexto docente<sup>925</sup> que se desarrolla al amparo de la normativa española de educación, esto es, la reguladora del tal derecho fundamental contenida en la LOE y la LOU.

Para que se consigan efectivamente los fines de la educación<sup>926</sup>, resulta necesario que quien eduque prepare el modo, los materiales, etc. con los que pretende llegar a conseguir tal resultado. Tras esta tarea, se lleva a cabo el acto propiamente de educar o enseñar, es decir, se explica un tema para que el destinatario de dicho acto amplíe sus conocimientos. Finalmente, para comprobar que en efecto se ha conseguido alcanzar el objetivo pretendido, lo habitual es que se lleve a cabo una prueba de evaluación, consistente en un examen, el desarrollo de un trabajo, etc. Así, educar no es una acción que se consume en el momento de la impartición de la docencia, sino un proceso, el proceso educativo, compuesto de distintas fases que se necesitan unas a otras. En consecuencia, la excepción deberá ser aplicable a los actos de explotación que se realicen en cualquiera de dichas etapas, desde la preparación<sup>927</sup> hasta la evaluación, momento en el que se verifica el nivel de aprendizaje alcanzado. En esta última fase del proceso educativo, entendemos que no debe plantear dudas el posible uso de obras ajenas en los exámenes que se desarrollan a lo largo del curso<sup>928</sup>. No obstante, y para evitar

---

<sup>923</sup> Así se prevé en su segunda acepción.

<sup>924</sup> Sobre ello, *vid. supra* subepígrafe 3.2.2.2 del Capítulo II.

<sup>925</sup> Dicho contexto, de acuerdo con FAJARDO FERNÁNDEZ, J. implica que el uso de la obra ajena se debe llevar a cabo en favor de los beneficiarios de la enseñanza, en el ámbito de la relación profesor-alumno. «Defensa y depuración...», *cit.*, pp. 33-35.

<sup>926</sup> El art. 2 LOE recoge los fines a los que se orientará el sistema educativo español.

<sup>927</sup> En este sentido, CASAS VALLÉS, R., en relación con el límite de la ilustración de la enseñanza en sede de bases de datos. «Spain», *cit.*, p. 205.

<sup>928</sup> Así lo admiten SAIZ GARCÍA, C., «Situación de la universidad...», *cit.*, p. 177, nota 314 y FAJARDO FERNÁNDEZ, J., «Defensa y depuración...», *cit.*, p. 53. De hecho, LÓPEZ MAZA, S. acepta en el ámbito español la aplicabilidad de la excepción de la ilustración en los exámenes porque se utiliza el término «educativo», a

interpretaciones restrictivas del concepto de la enseñanza que impidan tales usos, consideramos que habría sido preferible que el legislador hubiera previsto expresamente la posibilidad de explotar obras en las pruebas de evaluación, como así se ha hecho en el art. L122-5 3º e) CPI, el §63(1) UrhG o el art. 32 CDPA.

Ahora bien, parece más difícil que puedan comprenderse en los términos de la excepción las pruebas que aun desconectadas de un curso, tienen carácter oficial, como las de acceso a la universidad o una oposición. En estos casos, no puede apreciarse la existencia de un contexto docente, pues no hay relación entre profesores y alumnos, de hecho, aún no pueden tratarse de este modo unos y otros. De ahí que en trámite parlamentario se propusiera la inclusión específica del uso de obras ajenas en este tipo de exámenes<sup>929</sup>. No obstante, la enmienda en cuestión no fue aprobada, de modo que los tribunales podrían llegar a concluir que la práctica habitual del uso de, por ejemplo, una imagen de un cuadro en el examen de historia del arte en la prueba de acceso a la universidad requeriría la autorización del autor. Ello resulta, en efecto, criticable, pues incluso la excepción pedagógica francesa que, como se ha venido señalado, parte de una concepción fuertemente protectora del autor, contempla expresamente los «concoures organisés dans la prolongation des enseignements».

Al igual que en los arts. 10.2) CB y 5.3 a) DDASI, los «fines educativos» vienen precedidos del término «ilustración»<sup>930</sup>. Como se señaló en el Capítulo anterior, mientras tales fines justifican la excepción a los derechos del autor, la «ilustración» es un mecanismo de restricción de la cantidad de obra que puede ser empleada en la enseñanza que exige, asimismo, que exista una relación entre la obra empleada para conseguir tal fin y el tema que es objeto de explicación y que la obra ajena sirva para complementar o aclarar la explicación

---

diferencia de la «enseñanza» que le evoca a la mera transmisión de conocimientos (sobre su opinión en cuanto al límite en el CB, *vid. supra* subepígrafe 3.2.3.2 del Capítulo II). «Art. 32»..., *cit.*, p. 666.

<sup>929</sup> En este sentido, en la Enmienda nº 141 firmada por el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) se proponía la adición del siguiente texto: «4.bis. Lo establecido en los apartados 3 y 4 de este artículo también es de aplicación a los actos de reproducción, distribución y comunicación pública realizados por las administraciones educativas, en el marco de la organización de las pruebas de acceso a la universidad que desarrollen en coordinación con las universidades de su competencia». Según la justificación que acompañaba a la enmienda, con ello se pretendía «garantizar, a tenor de sus especiales características, la aplicación de las previsiones del artículo 32.3 y 4, en el ámbito de la realización de las pruebas de acceso a la universidad que desarrollen las administraciones educativas en coordinación con sus universidades». BOCG. Congreso de los Diputados, Serie A, nº 81-2 de 09/07/2014, p. 154.

<sup>930</sup> Junto a ilustrar, PLAZA PENADÉS, J. y ORDUÑA MORENO, J. incluían en su propuesta de excepción los términos «aclarar o instruir». Anexo V de las Alegaciones..., *op. cit.* Dado que el DRAE prevé entre las acepciones de «ilustrar» dichos términos, su inclusión nos parece innecesaria.

del tema tratado, de manera que la labor docente no sea sustituida por medio del uso de la obra ajena.

En cuanto a la primera función de la «ilustración», lo cierto es que su capacidad para limitar la cantidad de obra ajena a explotar en la enseñanza y en la investigación queda anulada con los criterios de «pequeño fragmento» y el porcentaje del 10% del total de la obra a los que se refieren las modalidades gratuita y remunerada del límite, respectivamente.

Sobre la segunda de ellas, la doctrina coincide en la necesidad de que la obra ajena esté vinculada a la materia que se pretende ilustrar con la misma<sup>931</sup>. Ahora bien, en cuanto a ello consideramos que ese nexo o relación no debe ser necesariamente estrecho<sup>932</sup>. De hecho, la habilidad para relacionar temas muy dispares debe ser valorada positivamente. También en el ámbito judicial se ha abogado por la consideración de que el uso de la obra ajena en el ámbito educativo puede tener tanto una relación directa como indirecta en relación con el tema en concreto a explicar, si bien ello ha sido en relación con el límite de la cita. Claro resulta a este respecto el FJ segundo de la SAP Madrid, de 23 de diciembre de 2003, en el que se señala que «el actual sistema educativo exige que la docencia se imparta de forma interdisciplinar, dado que establece un sistema pedagógico que se basa en la "educación integral". (...) Todo ello significa que si, por ejemplo, se está haciendo referencia en el texto de un libro de educación a la guerra civil española, es perfectamente lícito que se represente esta contienda bélica ilustrando el texto con la obra "Guernica" de Picasso. También es lícito ilustrar, si se habla de religión, con reproducciones de obras cuyos temas sean pasajes de La Biblia, puesto que la finalidad es la educación»<sup>933</sup>.

Por último, la «ilustración» impide que la explicación de un tema de biología, por ejemplo, se considere impartida con la mera provisión de un capítulo de una obra ajena. Aunque no es necesario que se detallan todos los aspectos de la materia, será necesario que, al menos, el docente haya proveído al discente de los conocimientos necesarios para poder estudiarla con dicho material, siguiendo en cuanto a ello a los tribunales alemanes<sup>934</sup>. Así, es

---

<sup>931</sup> En el mismo sentido, VICENTE DOMINGO, E., *op. cit.*, p. 127 y SAIZ GARCÍA, C., «La situación de la universidad...», *cit.*, p. 176.

<sup>932</sup> En cuanto a la posible relación indirecta entre el tema tratado y la obra con la que se ilustra y los beneficios para la enseñanza, *vid. supra* subepígrafe 3.2.4.1 del Capítulo II, siendo fuertemente defensora de esta posibilidad, DUSOLLIER, S., «The Limitations and Exceptions...», *cit.*, p. 361.

<sup>933</sup> La Ley 217591/2003. Cabe precisar, no obstante, que en la sentencia en cuestión se discutía la posible aplicación del límite de cita y no el de la ilustración, que, por otro lado, todavía no había sido incorporado al TRLPI en ese momento. En el mismo sentido, *vid.* FJ décimo SAP Barcelona, de 31 de octubre de 2002, JUR\2004\54771.

<sup>934</sup> *Vid. supra* subepígrafe 3.2.4.1 del Capítulo II.

admisible la remisión del temario mediante el uso de obras ajenas, siempre y cuando el destinatario de dicha ilustración sea capaz de comprender por sí mismo tales creaciones.

A pesar de que los fines educativos admiten esta amplia interpretación, las innumerables, farragosas y restrictivas condiciones impuestas por el legislador para la aplicación de la excepción en sus dos modalidades impiden que se pueda conseguir todo su alcance. De hecho, la propia enseñanza como tal se ve restringida en ambas modalidades del límite de forma distinta: en el ámbito de la no remunerada, porque la educación se limita a la que tiene carácter reglado<sup>935</sup>; y en relación con la remunerada, porque únicamente se admite el uso de obras ajenas en la enseñanza superior, la que tiene lugar en las universidades<sup>936</sup>.

#### b. La investigación científica

La finalidad de la investigación científica ya había sido contemplada con anterioridad en otras limitaciones del TRLPI, en concreto, en los arts. 32.1 y 37 TRLPI<sup>937</sup>. A pesar de ello, los autores que se han dedicado a su estudio no han desarrollado como tal el concepto de investigación científica, sino que han basado su análisis de la cuestión en la determinación de si el sujeto amparado por las excepciones persigue o no dicha finalidad en las circunstancias del caso concreto. En consecuencia, la doctrina ha considerado que es necesario, en el caso del art. 37.1 TRLPI, que el sujeto destinatario de la reproducción verifique su condición de investigador o bien que, aun no siendo esta su profesión, desarrolle un trabajo de este tipo, porque es un doctorando, un estudiante que realiza un TFM, etc.<sup>938</sup> Pero, ¿qué es la investigación?

---

<sup>935</sup> Sobre ello, *vid. infra* letra a) del subepígrafe 2.2.1.1 del presente Capítulo.

<sup>936</sup> En cuanto a dicha cuestión, *vid. infra* letra a) del Subepígrafe 2.3.1.2 de este Capítulo.

<sup>937</sup> De acuerdo con el art. 37 TRLPI: «1. Los titulares de los derechos de autor no podrán oponerse a las reproducciones de las obras, cuando aquéllas se realicen sin finalidad lucrativa por los museos, bibliotecas, fonotecas, filmotecas, hemerotecas o archivos de titularidad pública o integradas en instituciones de carácter cultural o científico y la reproducción se realice exclusivamente para *finés de investigación* o conservación.

3. No necesitará autorización del autor la comunicación de obras o su puesta a disposición de personas concretas del público *a efectos de investigación* cuando se realice mediante red cerrada e interna a través de terminales especializados instalados a tal efecto en los locales de los establecimientos citados en el anterior apartado y siempre que tales obras figuren en las colecciones del propio establecimiento y no sean objeto de condiciones de adquisición o de licencia. Todo ello sin perjuicio del derecho del autor a percibir una remuneración equitativa» (la cursiva es nuestra).

Asimismo, la investigación científica también fue contemplada en el límite de la ilustración que afecta a las bases de datos. No obstante, dado que tal excepción ha tenido una nula aplicabilidad práctica, no nos puede guiar en la interpretación de dicha finalidad. Sobre ello, *vid. infra* subepígrafe 2.1.3.2 del presente Capítulo.

<sup>938</sup> Así, MARTÍN SALAMANCA, S., «Art. 37», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, J. M. Rodríguez Tapia (dir.), Cizur Menor, 2007, pp. 307 y 308; RODRÍGUEZ TAPIA, J. M.; BONDÍA ROMÁN, F., *op. cit.*, pp. 189 y 190; DÍAZ ALABART, S., «Comentario al artículo 32 de la Ley de Propiedad Intelectual», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, M. Albaladejo García y S. Díaz Alabart (dirs.), t. V, vol.

A los efectos de este estudio, resultan de especial interés las acepciones primera y tercera de la voz «investigar» en el DRAE. De acuerdo con la primera, «investigar» es «indagar para descubrir algo», mientras que la tercera define dicho concepto como «realizar actividades intelectuales y experimentales de modo sistemático con el propósito de aumentar los conocimientos sobre una determinada materia». Pese a que LÓPEZ MAZA parece entender que ambas definiciones son coincidentes<sup>939</sup>, lo cierto es que entre ambas existe una relación de género-especie. De este modo, la indagación para el descubrimiento de algo puede aplicarse a cualquier ámbito y consiste en hallar lo ignorado, independientemente del modo en que se haya llegado a tal hallazgo. Así, el mal llamado descubrimiento de América derivaba de la indagación de una ruta alternativa para llegar a Oriente, lo que se llevó a cabo sin realizar estudios al respecto, sino simplemente viajando. En cambio, la tercera acepción de investigación es un tipo de indagación para descubrir algo, en concreto, la que tiene lugar a consecuencia de la aplicación del método científico. Dicho método implica, siguiendo la tercera acepción del DRAE, la realización de una serie de fases que requieren un trabajo intelectual y, en función de la materia, también experimental (la observación, la inducción, el planteamiento de hipótesis, la demostración o refutación de la misma y la tesis o teoría científica) con el objetivo de ampliar los conocimientos sobre la materia objeto de estudio<sup>940</sup>. En definitiva, la tercera acepción del DRAE se identifica con la investigación científica, que es, precisamente, la que se contiene en la excepción de los arts. 32.3 y 4 TRLPI, así como en el art. 5.3 a) DDASI del que deriva aquella. En consecuencia, la investigación criminal (que es a la que se refiere la segunda acepción del DRAE) o la periodística, por ejemplo, quedan excluidas del ámbito de aplicación del límite<sup>941</sup>.

---

4-A, Madrid, 1994, pp. 607 y 608 y PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., «Art. 32», en *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Madrid, 3ª ed., 2007, pp. 637 y 638.

<sup>939</sup> «Art. 32»..., *cit.*, p. 631.

<sup>940</sup> De ahí que las convocatorias públicas para la concesión de ayudas a la investigación requieran la elaboración de una propuesta científica o proyecto que normalmente incluye los siguientes apartados: antecedentes y estado actual de la cuestión y bibliografía básica (observación); hipótesis de partida, objetivos generales y específicos (planteamiento de hipótesis); metodología (que sirve a la inducción y a la demostración o refutación de la tesis) e impacto esperado de los resultados (qué se aporta al conocimiento científico). Como ejemplo de ello, véanse el modelo de memoria científico-técnica exigida por el MINECO y los criterios de valoración de la convocatoria de ayudas en el marco del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2013-2016, disponible en: <http://www.idi.mineco.gob.es/portal/site/MICINN/menuitem.29bfd64be21cddc5f09dfd1001432ea0/?vgnnextoid=f95505e42afee310VgnVCM1000001d04140aRCRD>.

Asimismo, el art. 13.2 LCTI define la actividad investigadora como «el trabajo creativo realizado de forma sistemática para incrementar el volumen de conocimientos, incluidos los relativos al ser humano, la cultura y la sociedad, el uso de esos conocimientos para crear nuevas aplicaciones, su transferencia y su divulgación».

<sup>941</sup> En cuanto a la investigación en un proceso penal, se señaló en el epígrafe 4 del Capítulo II, que no queda comprendida en la finalidad de investigación científica, siguiendo así a la jurisprudencia inglesa al respecto (*vid. supra*).

En este contexto, resulta evidente el solapamiento existente entre la cita, la excepción del art. 32.3 y 4 y la del art. 37.1 y 3 TRLPI. Conviene, por tanto, determinar el ámbito de aplicación concreto de cada uno para saber si la incorporación de este fin en el límite de la ilustración ha resultado valiosa a la investigación, por permitir nuevos usos en su favor, o, por el contrario, podrían conseguirse los mismos objetivos con las excepciones que ya existían con anterioridad, lo que haría inservible la excepción.

Uno de los elementos determinantes de la cita es la necesidad de incluir la obra ajena en la obra propia, como se analizó previamente<sup>942</sup>. Puede suceder, no obstante, que se reproduzca o se vea un documental sobre la materia objeto de estudio en la investigación, pero que finalmente no sea citado en la obra resultante tal trabajo científico. E incluso, puede suceder, especialmente en el ámbito de la ciencia experimental, que se utilice un gran volumen de obras ajenas para la reproducción de ensayos, pero que, a consecuencia de que no se obtienen los resultados esperados, no se escriba ningún artículo (obra propia) sobre ello. En estos casos, por tanto, no sería posible amparar tales usos en el art. 32.1 TRLPI porque en realidad no hay incorporación de obra ajena en la propia. Por su parte, el art. 37.1 únicamente autoriza la reproducción de obras que se encuentran en «los museos, bibliotecas, fonotecas, filmotecas, hemerotecas o archivos de titularidad pública o integradas en instituciones de carácter cultural o científico». Aunque es cierto que la doctrina ha realizado una interpretación amplia y no taxativa de esta lista que permita incluir nuevas instituciones que alberguen creaciones intelectuales en nuevos soportes<sup>943</sup>, la excepción no alcanza a otro tipo de bibliotecas o archivos especializados, como los que se albergan en organizaciones o empresas, pero que igualmente podrían ser útiles para la investigación<sup>944</sup>. Asimismo, y como se ha señalado, el único derecho afectado por la excepción es el de reproducción, de modo que el precepto en cuestión está pensado para su aplicación en la investigación individual, desconociendo la tendencia actual al favorecimiento del trabajo colaborativo y en grupo<sup>945</sup>. En consecuencia, no sería posible distribuir copias de un artículo reproducido al amparo del art. 37.1 TRLPI

---

<sup>942</sup> Sobre ello, *vid. supra* epígrafe 1 del presente Capítulo.

<sup>943</sup> En cuanto a esta cuestión en el ámbito del art. 37.3 TRLPI, EVANGELIO LLORCA, R., «La libre consulta de obras mediante terminales especializados», en *Límites a la propiedad intelectual y nuevas tecnologías: incidencias por la ley 23/2006*, de 7 de julio, J. A. Moreno Martínez (coord.), Madrid, 2008, p. 133.

<sup>944</sup> MARTÍN SALAMANCA, S. criticaba que la excepción no alcanzara la biblioteca especializada de un banco, por ejemplo. «Art. 37»..., *cit.*, p. 305.

<sup>945</sup> De hecho, la mayor parte de las ayudas públicas que se conceden en el ámbito de la investigación es a grupos y no a investigadores individuales.

entre los miembros de un grupo de investigación o comunicar partes de la misma en una conferencia científica.

En atención a todos estos preceptos, el investigador podrá realizar los siguientes actos de explotación de obras ajenas sin autorización del autor. En cuanto a las obras que se alberguen en las instituciones previstas en el art. 37.1 TRLPI, el investigador, entendiéndose como tal a los efectos de esta excepción a toda persona que desarrolle un trabajo de investigación científica, independientemente de si esta forma parte o no de sus funciones profesionales (incluyéndose un alumno que elabora un TFM, por ejemplo), podrá reproducirlas en su integridad y sin remunerar al autor<sup>946</sup>. Respecto de las que le interesen y no se encuentren en tales centros, podrá llevar a cabo el mismo acto de explotación para su estudio al amparo de los arts. 32.3 y 4 TRLPI. Ahora bien, en el supuesto de la modalidad gratuita del límite solo podrá reproducir un «pequeño fragmento» el personal de las Universidades y de los Organismos Públicos de Investigación, es decir, un tipo concreto y más restringido de investigadores que en el caso del art. 37.1 TRLPI<sup>947</sup>; mientras que en aplicación de la versión remunerada de la excepción, la reproducción podrá alcanzar el 10% de la obra, un artículo de revista o un capítulo de un libro, en favor del personal de las Universidades y de los centros públicos de investigación. Asimismo, y en virtud de la excepción de la ilustración, dicho personal podrá distribuir las obras así reproducidas entre los miembros de su grupo de investigación o ponerlas a su disposición a través de redes internas y cerradas. Y en cuanto a la transmisión de los resultados de la investigación a la sociedad por medio de publicaciones científicas o conferencias, el investigador, de nuevo esta vez entendido en sentido amplio incluyendo al alumnado que elabore un trabajo de investigación, podrá explotar la obra ajena al amparo del límite de cita, esto es, del art. 32.1 TRLPI. En este caso, y a diferencia de los actos llevados a cabo en las fases anteriores al amparo de los arts. 37 y 32.3-4, el investigador podrá, además, transformar la obra que cita.

Como se observa, el sistema resulta complejo e incomprensible para el investigador que tiene que preguntarse si está amparado o no por cada uno de los preceptos, si puede explotar o no la obra que necesita para su trabajo, en qué cantidad, si puede compartir o no tal creación

---

<sup>946</sup> Como señala BERCOVITZ ÁLVAREZ, G., «centrándose en la excepción del derecho de reproducción, en la práctica la copia por los investigadores universitarios o de centros públicos de investigación se producirá por dicho personal en sus bibliotecas y archivos». Por ello, la excepción prevista en el art. 32.3 y 4 TRLPI en cuanto a la reproducción de tales obras queda absorbida por la del art. 37.1 TRLPI. «La ilustración con fines educativos», en *Manual de Propiedad Intelectual*, coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Madrid, 2017, p. 110.

<sup>947</sup> Sobre ello, *vid. infra* subepígrafe 2.2.1.2.

intelectual, etc. En este contexto, el legislador debería clarificar esta situación y establecer una excepción concreta en el ámbito de la investigación que uniformizara los derechos de explotación afectados, los sujetos amparados por la misma y las obras y cantidad de las mismas susceptibles de explotación, de manera lo suficientemente flexible para que se autorizaran todos los usos posibles y necesarios en el ámbito de la investigación, incluyendo la técnica de la TDM, en línea con las últimas reformas que han tenido lugar en el ámbito europeo<sup>948</sup>. Ello no obsta a que, en atención a la regla de los tres pasos, debiera establecerse una remuneración en favor del titular de derechos correspondiente.

Dicho esto, conviene destacar dos aspectos que caracterizan la investigación científica cubierta por la explotación de obras ajenas en los arts. 32.3 y 4 TRLPI. Por un lado, la investigación que tiene lugar en el ámbito privado, a excepción de la desarrollada en las Universidades de este tipo, no está amparada por la excepción objeto de estudio. Ello deriva de que ambas modalidades del límite se refieren a las Universidades en general, sin distinción en atención a sus medios de financiación, entre cuyas funciones se encuentra la investigación<sup>949</sup>, y en cuanto a las instituciones que desarrollan actividades de investigación al margen de las universidades, el art. 32.3 TRLPI contempla los «Organismos *Públicos* de investigación» y el art. 32.4 TRLPI abarca los «centros *públicos* de investigación» (la cursiva es nuestra). De este modo, la investigación que se desarrolla en los centros privados de investigación, como las clínicas de reproducción asistida o los centros tecnológicos<sup>950</sup>, así como en los departamentos de I+D+i de las empresas no podrán ampararse en la excepción objeto de estudio en el desarrollo de sus actividades investigadoras.

En cuanto a ello, y como fue señalado en el Capítulo anterior, la investigación, ya sea financiada con fondos públicos o privados, contribuye de igual modo al desarrollo tecnológico, económico y social. De hecho, ante la disminución de los presupuestos en el ámbito de la investigación pública, es la privada la que puede contribuir en mayor medida a

---

<sup>948</sup> Sobre ello, *vid. supra* epígrafe 4.2 del Capítulo II.

<sup>949</sup> A tenor del art. 1.1 LOU, «la Universidad realiza el servicio público de la educación superior mediante la investigación, la docencia y el estudio».

<sup>950</sup> De acuerdo con la Federación Española de Centros Tecnológicos (FEDIT), «los Centros Tecnológicos son organismos de investigación *privados* sin ánimo de lucro que disponen de los recursos materiales y humanos propios necesarios para la realización de actividades destinadas tanto a la generación de conocimiento tecnológico como a facilitar su explotación ya sea por empresas existentes o mediante la generación de nuevas iniciativas empresariales y cuyo éxito se mide en función de la mejora competitiva de las empresas y de su contribución al desarrollo económico de su entorno» (la cursiva es nuestra). Disponible en: <http://fedit.com/que-son-los-centros-tecnologicos/>.



dicho progreso de la sociedad<sup>951</sup>. Asimismo, aunque el argumento para su exclusión de la excepción sea que la finalidad de la investigación en dichas instituciones es fundamentalmente comercial, no siempre es así. Por ejemplo, los centros tecnológicos a los que se ha hecho referencia son, por definición, organismos sin ánimo de lucro. Pero incluso aun existiendo dicho fin, a nadie se le escapa la importancia otorgada en la actualidad a la transferencia de conocimiento y al diálogo universidad-empresa, lo que también genera importantes ingresos a las instituciones de educación superior<sup>952</sup>. ¿Para qué encerrar el conocimiento generado en las universidades si su transmisión puede contribuir a la mejora de las condiciones de vida?<sup>953</sup>

Así, si incluso en las universidades públicas la investigación tiene un marcado carácter económico, ¿por qué no se admite la aplicación del límite en relación con el resto de las entidades de investigación? Cabe destacar que no se ha hecho una distinción de este tipo en el ámbito educativo, de modo que la excepción es aplicable tanto en los centros de enseñanza públicos como en los privados, siguiendo en cuanto a ello, lo previsto en el Considerando 42 DDASI, así como tampoco se excluye la investigación privada en el ámbito de la cita ni en el del art. 37.1 TRLPI<sup>954</sup>. Por todo ello, entendemos que la investigación debería haberse acogido en el art. 32.3 y 4 TRLPI al margen de sus medios de financiación, teniendo en cuenta que

---

<sup>951</sup> Muestra de ello es que el propio MINECO reconoce que la FEDIT es el órgano experto en I+D+i, así como su principal interlocutor de investigación aplicada en el Sistema Español de Innovación, tal y como se recoge en la página web del propio Ministerio.

<sup>952</sup> En cuanto a ello, el art. 39.3 LOU establece que «la universidad tiene, como *uno de sus objetivos esenciales, el desarrollo de la investigación científica, técnica y artística y la transferencia del conocimiento a la sociedad*, así como la formación de investigadores e investigadoras, y atenderá tanto a la investigación básica como a la aplicada» (la cursiva es nuestra). Asimismo, a tenor del art. 41.3 de la misma ley, «las universidades fomentarán la cooperación con el sector productivo».

En este sentido, CUETO PÉREZ, M. señala que «es necesaria la colaboración entre el sector productivo y los equipos de investigación consolidados en la Universidad o en los organismos públicos de investigación (OPIS), colaboración que pasa por emplear la infraestructura y el personal ya existente y por establecer una adecuada comunicación entre sector productivo y equipos de investigación para concretar las demandas de la industria en un determinado ámbito, de forma que la investigación que tenga lugar (o al menos una parte de la misma), en la medida de lo posible responda a las necesidades de Desarrollo e Innovación Tecnológica de las empresas. El incremento de la inversión privada en I+D+I mantiene un incremento constante en nuestro país, (...), pero tampoco podemos olvidar que la estructura empresarial de nuestro país con un porcentaje de PYMES aplastante, no permite siempre la existencia de departamentos de innovación, por lo que *resulta imprescindible el desarrollo conjunto de proyecto entre grupos de investigación y empresas y la posibilidad de trasvase de medios personales desde esos grupos hacia empresas*» (la cursiva es nuestra). «La Universidad...», *cit.*, p. 703.

<sup>953</sup> En este sentido, el art. 1.2 LOU recoge, entre las funciones de la universidad, la de «c) la difusión, la valorización y la transferencia del conocimiento al servicio de la cultura, de la calidad de la vida, y del desarrollo económico».

<sup>954</sup> Aunque el precepto en cuestión exige que las reproducciones se realicen sin finalidad lucrativa, como señala LÓPEZ MAZA, S., «el ánimo de lucro hay que referirlo a la obtención de un beneficio económico directo, derivado de la venta de la copia (...). Entender otra cosa dejaría fuera a entidades que, aun teniendo ánimo de lucro, se dedican a la investigación». «Art. 37»..., *cit.*, p. 728.

ello no habría perjudicado los intereses de autores y otros titulares de derechos dado el resto de requisitos exigidos para la aplicación de la excepción<sup>955</sup>.

En cualquier caso, conviene destacar que la exclusión de la investigación de carácter privado no es una novedad introducida por el legislador español, sino que ha seguido la línea de sus homólogos europeos al respecto. En este sentido, incluso el régimen de propiedad intelectual más atento a los intereses generales, el alemán, exige en los recientes §§60c y 60d UrhG que el uso de la obra ajena tenga lugar en el ámbito de la investigación de carácter no comercial, en la que ha sido incluida la de carácter privado. Así, las reticencias a incluir la investigación privada en la excepción favorecedora de su desarrollo son generales en el ámbito europeo, si bien entendemos que, desde una perspectiva excesivamente protectora del autor, dicho recelo a la investigación de este tipo no atiende a los objetivos generales de la UE, especialmente si se tiene en cuenta que el art. 179.2 TFUE establece que «la Unión estimulará en todo su territorio a las empresas, incluidas las pequeñas y medianas, a los centros de investigación y a las universidades en sus esfuerzos de investigación y de desarrollo tecnológico de alta calidad».

Por otro lado, cabe destacar que los fines de investigación, a diferencia de los educativos, no vienen precedidos por la «ilustración». Ello debe ser valorado positivamente porque como sucedía en el ámbito de la enseñanza, la capacidad de dicho término para restringir la cantidad de obra a explotar se desvanece con los criterios del «pequeño fragmento» y el porcentaje del 10% al que se refiere la excepción, en sus modalidades gratuita y remunerada respectivamente.

#### 2.1.2.2 Su carácter exclusivo y excluyente y la innecesaria inclusión del requisito de la «no concurrencia de finalidad comercial»

La ausencia de finalidad comercial ya se preveía en el anterior art. 32.2 TRLPI, como consecuencia de la transposición literal a este respecto del art. 5.3 a) DDASI. Aunque es cierto que solo se prevé en el art. 32.3 TRLPI y no así en el apartado 4 del mismo precepto, se trata de un requisito común a ambas modalidades del límite por la siguiente razón. Como se señaló

---

<sup>955</sup> En el mismo sentido, el Grupo Parlamentario de IU, ICV-EUiA, CHA: La Izquierda Plural y el diputado Joan Tardà i Coma propusieron en las Enmienda nº37 y nº54, respectivamente, que se incluyera la investigación que se desarrolla tanto en las instituciones privadas como en las públicas. BOCG. Congreso de los Diputados, Serie A, nº81-2 de 09/07/2014, pp. 53 y 68, respectivamente. Enmiendas en el mismo sentido fueron presentadas también en Senado, como la nº19 de la senadora Ester Capella i Farré (GPMX), BOCG. Senado, nº401 de 22/09/2014, p. 241, entre otras.

También considera injustificada la exclusión de los centros privados de investigación, RIBERA BLANES, B., «La nueva regulación...», *cit.*, pp. 709 y 710; XALABARDER PLANTADA, R., «La reforma del...», *cit.*, p. 135 y PÉREZ MORIONES, A., *op. cit.*, p. 94.

al inicio del subepígrafe anterior, la excepción de la ilustración ampara actos de explotación de obras ajenas cuando se lleven a cabo «únicamente» para la ilustración con fines educativos y de investigación científica. De acuerdo con el DRAE, el adverbio «únicamente» significa «solo». Por tanto, si «únicamente» o «solo» es posible llevar a cabo los actos en ambas modalidades del límite con una finalidad educativa o de investigación, no se incluye en ninguno de los dos límites ni la finalidad comercial, ni la de cualquier otro tipo. Se trata, en consecuencia, de un elemento reiterativo que nada aporta al precepto<sup>956</sup>.

En cualquier caso, y ya que se prevé de forma específica en la excepción, trataremos de dotar a este requisito de una interpretación razonable, teniendo en cuenta el único criterio que ha servido para ello, el Considerando 42 DDASI. En atención al mismo, la finalidad comercial vendrá determinada por el uso en sí mismo y no de forma determinante por los medios de financiación de la institución que provea la enseñanza o la investigación. En consecuencia, el carácter público o privado de tales establecimientos no es el criterio concluyente a la hora de apreciar este requisito, debiendo atenderse a si con el uso de la obra ajena se pretende conseguir o no un provecho de carácter comercial.

Así, y en relación con el ámbito de la enseñanza, el pago de una matrícula para cubrir los gastos que genera la enseñanza, incluidos los de entrega de materiales, no permitiría calificar el uso de obras ajenas que se lleve a cabo en la misma como tendente a la consecución de un fin comercial<sup>957</sup>. Por lo tanto, la relación de proporcionalidad entre la cuantía a satisfacer por el alumno para acceder al material educativo de que se trate y los gastos que su provisión genera podría ser un criterio de apreciación de este requisito. No obstante, es posible que la calidad de una enseñanza determinada requiera un aumento del precio de la matrícula para restringir el alumnado, que desborda las posibilidades del centro, lo que podría dar lugar a que la entidad consiguiera un beneficio que supere la cuantía necesaria para sufragar los gastos que conlleva la reproducción, distribución y comunicación pública de obras ajenas. En esos casos, no parece adecuado que los intervinientes en el proceso educativo no pudieran verse amparados por la excepción, pues ello supondría un castigo a la buena gestión de la enseñanza. Así, y aunque el criterio del pago del coste real del uso pueda ser importante, el mismo deberá ser limitado cuando las circunstancias del caso concreto determinen que el uso de la obra ajena

---

<sup>956</sup> En el mismo sentido, RIBERA BLANES, B., «La nueva regulación...», *cit.*, p. 698.

No obstante, PLAZA PENADÉS, J. y ORDUÑA MORENO, J. mantienen la referencia a la finalidad no comercial perseguida. Anexo V de las Alegaciones..., *op. cit.*

<sup>957</sup> Como señala FAJARDO FERNÁNDEZ, J., «repercutir el coste de la fotocopia a los alumnos no implica uso comercial». «Defensa y depuración...», *cit.*, p. 36.

en cuestión produce unos beneficios para la enseñanza tales que justifican la obtención de un cierto provecho económico que asegure la continuidad de tales programas formativos<sup>958</sup>.

Asimismo, la doctrina se ha cuestionado si puede ampararse por la excepción el docente que ha sido invitado a dar una clase en un máster, recibiendo por ello una remuneración específica. Cuando el profesor da una clase de un máster oficial en su entidad, no recibe una retribución específica porque la misma forma parte de su labor docente, ya remunerada mediante sueldo. Ahora bien, cuando es invitado a un máster de otra universidad, la docencia que imparte en el mismo no está contemplada en su salario. En ese caso, por tanto, la retribución que recibe el docente invitado remunera su trabajo y no el uso que haga de obras ajenas para impartir adecuadamente la clase. Así, no existe finalidad comercial alguna en el uso de obras ajenas en estos supuestos, sino una adecuada compensación de la labor docente que requiere, para su desempeño, el uso de tales obras<sup>959</sup>.

En cuanto a la ausencia de finalidad comercial en el ámbito de la investigación, puede que este requisito fuera el causante de la exclusión de los organismos privados de investigación como sujetos amparados por el límite del art. 32.3 y 4 TRLPI<sup>960</sup>. Parece, por tanto, que el legislador español ha desatendido el criterio de interpretación que el Considerando 42 DDASI prevé en relación con este requisito y ha presupuesto que todas las entidades de investigación privadas persiguen dicha finalidad. Si ello fuera así, el legislador habría otorgado al modelo de financiación de dichos organismos un carácter decisivo en la determinación de la naturaleza de su actividad, en contra de lo previsto en tal Considerando. En relación con ello, las convocatorias públicas de ayudas a la investigación del MINECO contemplan, entre sus posibles beneficiarios, a entidades privadas sin ánimo de lucro que realicen actividades de I+D+i, como es el caso de los centros tecnológicos<sup>961</sup>. Así, se trata de

---

<sup>958</sup> Esta tesis es defendida en Italia por VEZZOSO, S., *op. cit.*, p. 68. En contra, en España, FAJARDO FERNÁNDEZ, J. considera que cualquier sobrecoste respecto a los gastos efectivos que el uso de obras ajenas suponga para el centro educativo lleva aparejada necesariamente una finalidad comercial. «Defensa y depuración...», *cit.*, p. 37.

<sup>959</sup> Llega a la misma conclusión LÓPEZ MAZA, S., quien se limita a señalar que el hecho de que el profesor cobre por un curso no es motivo suficiente para excluirlo del límite «Art. 32»..., *cit.*, p. 665. Por su parte, SANJUÁN RODRÍGUEZ, N., considera que una interpretación contraria daría lugar a una situación extrema. *Op. cit.*, p. 94.

En contra, PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., «Art. 32»..., *cit.*, p. 597 y SAIZ GARCÍA, C., «Art. 32»..., *cit.*, p. 563.

<sup>960</sup> Sobre ello, *vid. supra* letra b) del subepígrafe 2.1.2.1 del presente Capítulo.

<sup>961</sup> De este modo lo prevé, por el ejemplo, el art. 4.2 f) y g) de la Resolución de la Secretaría de Estado de Investigación, Desarrollo e Innovación y de la Presidencia de la Agencia Estatal de Investigación, por la que se aprueba la convocatoria de tramitación anticipada para el año 2017 del procedimiento de concesión de ayudas a proyectos de I+D+I correspondientes al Programa Estatal de Investigación, Desarrollo e Innovación Orientada a

entidades de carácter privado que, además de no tener fin de lucro, pueden realizar trabajos de investigación con financiación pública. En estos casos se observa con mayor claridad si cabe el carácter injustificado de la exclusión de tales organismos del ámbito de aplicación de la excepción<sup>962</sup>. Del mismo modo, pero a la inversa, también las instituciones públicas de investigación pueden ser financiadas por entidades privadas para el desarrollo de trabajos de carácter científico, como el doctor de una universidad que consigue una beca de un banco para hacer una estancia de investigación en el extranjero.

En cualquier caso, y como se indicó previamente, el requisito aquí analizado resulta prescindible tanto por el carácter «único» de las finalidades que contempla la excepción, como por la necesaria interpretación restrictiva de la misma, que impide que se incluyan más finalidades que las expresamente previstas en el precepto.

### 2.1.3 Tipos de obras excluidas

El nuevo apartado 32.5 TRLPI contempla un conjunto de obras que no quedan comprendidas por la excepción de la ilustración con fines educativos en ninguna de sus dos modalidades. Junto a ellas, y como se mencionó anteriormente, la primera excepción de la ilustración con fines educativos y de investigación científica regulada en la ley española de propiedad intelectual se estableció en 1998 a consecuencia de la transposición de la DBD. En consecuencia, la excepción de la ilustración prevista en el art. 34 TRLPI en cuanto a las bases de datos originales supone una regla especial de aplicación preferente a ese tipo de obras respecto de la regla general contenida en el art. 32.

#### 2.1.3.1 Las exclusiones explícitas del art. 32.5 TRLPI

De acuerdo con el art. 32.5 TRLPI, «no se entenderán comprendidas en los apartados 3 y 4 las partituras musicales, las obras de un solo uso ni las compilaciones o agrupaciones de fragmentos de obras, o de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo». Así, se mantiene la imposibilidad de elaborar agrupaciones de fragmentos de obras que ya preveía el

---

los Retos de la Sociedad en el marco del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2013-2016.

<sup>962</sup> En el mismo sentido, LÓPEZ MAZA, S., «Art. 32»..., *cit.*, p. 661. Por su parte, en los casos en los que la institución privada de investigación es financiada con fondos públicos, CÁMARA ÁGUILA, P. aboga por la posible aplicación de la limitación a través de una interpretación analógica, al entender que existe una identidad de razón para ello. «El límite para...», *cit.*, p. 119. No obstante, resulta cuestionable justificar una interpretación de este tipo en el contexto de una norma limitativa, máxime si se tiene en cuenta que la propia autora ha defendido en su producción científica sobre el test de las tres etapas la necesaria interpretación restrictiva de las excepciones. Sobre ello, *vid. supra* subepígrafe 3.2.6 del Capítulo II e *infra*, subepígrafe 2.1.5 del presente Capítulo.

límite de la ilustración en su redacción de 2006, pero se elimina de la lista de exclusiones los libros de texto y los manuales universitarios, sometidos a un régimen particular de acuerdo con la nueva regulación del límite<sup>963</sup>.

#### a. Las partituras musicales

La exclusión de las partituras de la excepción de la ilustración con fines educativos y de investigación científica se introdujo ya en la primera versión del Anteproyecto de ley de reforma, manteniéndose desde ese momento a lo largo de todo el período de tramitación parlamentaria, hasta la aprobación de la ley<sup>964</sup>. Esta supresión no existía en el límite de 2006, si bien las licencias generales que CEDRO ofrecía a los servicios de reprografía vinculados al ámbito educativo también impedían la reproducción de partituras, siendo necesaria una licencia particular al respecto<sup>965</sup>. En el ámbito comparado, la exclusión de las partituras también se prevé en el art. L122-5 3º e) CPI, siendo la misma duramente criticada por la doctrina mayoritaria<sup>966</sup>. Se trata, en definitiva, de la imposibilidad de explotar al amparo de la excepción de la ilustración las obras musicales, pero únicamente en su formato escrito<sup>967</sup>.

De acuerdo con PILES, editor musical, el perjuicio que se deriva de fotocopiar partituras es diez veces superior al de la fotocopia de cualquier otro tipo de obra impresa por varias razones<sup>968</sup>. En primer lugar, porque el coste de editar una página de música es muy superior al de la edición de texto. En segundo lugar, porque el mercado de este tipo de obras es especialmente reducido y depende, fundamentalmente, de la enseñanza musical. En tercer y último lugar, son muy pocos los puntos de venta de partituras, razón por la que las tiradas de su edición son muy reducidas y, por tanto, su precio se ve incrementado<sup>969</sup>.

---

<sup>963</sup> *Vid. infra* subepígrafe 2.2.3.

<sup>964</sup> Ni en las enmiendas, ni en los debates parlamentarios anteriores a la aprobación de ley de reforma se hizo referencia a esta exclusión.

<sup>965</sup> Así se desprende de la información contenida en el artículo «Reprografía legal...», *op. cit.*, p. 4.

<sup>966</sup> Así se desprende de la postura de TAFFOREAU, P., quien se llega a cuestionar si «l'étude de la musique deviendra-t-elle l'apanage des riches? Car voilà de quoi grever inutilement le budget des conservatoires – déjà mis à mal par le désengagement des pouvoirs publics – ou bien de quoi éliminer de leurs programmes toute la musique qui n'est pas encore tombée dans le domaine public. Exit Ravel, exit Stravinski, exit Messiaen, exit Boulez... Pauvre musique du XXe s. et contemporaine! (...) En paralysant de fait l'enseignement vivant de la musique, par les méandres de textes pervers, on finira par éloigner son public et toutes les industries culturelles qui dépendent des créateurs». *Op. cit.*, pp. 147 y 148.

<sup>967</sup> Como señala FAJARDO FERNÁNDEZ, J., este trato diferenciado no tendría ningún sentido si se aplicara a la música de forma absoluta. «Defensa y depuración...», *cit.*, pp. 48.

<sup>968</sup> PILES, J., «La música se fotocopia más que cualquier otra materia», en *Boletín informativo de CEDRO*, nº 60, 2007, p. 23.

<sup>969</sup> En cuanto a ello, *vid.* SÁNCHEZ ARISTI, R., *La propiedad intelectual...*, *cit.*, pp. 134 y ss.

Es cierto que la mayor parte de las obras musicales que se utilizan en conservatorios de música pertenecen al periodo clásico y, en consecuencia, ya han caído en el dominio público. Por tanto, la exclusión en cuestión no deriva de la protección del autor, sino de la afectación a la explotación normal de la obra que sufre el editor que se dedica a esta industria, compilando partituras para su uso fundamentalmente educativo<sup>970</sup>.

Debe recordarse que la doctrina francesa fue especialmente crítica con la exclusión de las partituras del ámbito de aplicación de la excepción de la ilustración con fines educativos, sobre la base de que ello respondía únicamente a los intereses de un *lobby* que hizo prevalecer sus intereses en perjuicio de la enseñanza musical<sup>971</sup>. Asimismo, y si se tiene en cuenta que en el caso de la excepción no remunerada española el uso se restringe a un «pequeño fragmento», y en el caso de la prevista en el art. 32.4 TRLPI se remunera al titular de derechos, que en la mayoría de estos casos sería el editor, la exclusión carece de justificación suficiente. Además, si la razón de la exclusión en cuestión es el perjuicio que ocasiona la reproducción reprográfica de las partituras, no tiene sentido que el legislador las haya excluido también en relación con el resto de derechos de explotación previstos en la norma. Así, ¿en qué afectaría al editor que el docente que hubiera adquirido una partitura ejecutara en clase un fragmento de la misma para hacer un dictado musical o que copiara algunos compases en el aula para que fueran analizados? ¿Por qué no admitir su reproducción digital y su puesta a disposición?

En efecto, los legisladores francés y español han excluido las partituras del ámbito de aplicación de la excepción de la ilustración teniendo en cuenta lo previsto en el art. 5.2 a) DDASI<sup>972</sup>. Pero no repararon en que dicho precepto se refiere en exclusiva a la reproducción en papel u otro soporte similar por medios reprográficos. En cambio, el legislador alemán sí ha advertido esta circunstancia y, por ello, el §60a(3) 3. UrhG permite la reproducción de partituras en la enseñanza únicamente cuando la misma sea necesaria para poner la partitura a disposición del público<sup>973</sup>. En cuanto a los actos de comunicación pública y de distribución,

---

<sup>970</sup> Por ello la exclusión de las partituras del ámbito de aplicación de la excepción es valorada positivamente por XALABARDER PLANTADA, R., «La reforma del...», *cit.*, p. 132 y la aplaude CÁMARA ÁGUILA, P., «El límite para...», *cit.*, p. 116, a quien sigue LÓPEZ MAZA, S., «Art. 32»..., *cit.*, p. 659. Por su parte, DÍAZ DE OLARTE BAREA, J. entiende que la justificación de la exclusión de las partituras se encuentra en que la reproducción parcial no serviría para satisfacer el interés del usuario. «Usos permitidos...», *cit.*, p. 216.

Sobre el derecho conexo del editor de obras no protegidas, *vid. supra* subepígrafe 2.1.1.4 del presente Capítulo.

<sup>971</sup> *Vid. supra* subepígrafe 3.2.7.2 del Capítulo II.

<sup>972</sup> Sobre la combinación de la excepción de la ilustración con la de la reproducción reprográfica, *vid. supra* subepígrafe 3.2.7.2 del Capítulo II.

<sup>973</sup> Aunque ciertamente ello lo hace con una redacción confusa: «los apartados 1 y 2 no autorizan los siguientes usos: la reproducción de partituras en la medida en que dicha reproducción no sea necesaria para poner

las partituras se rigen por los mismos requisitos de la excepción que para el resto de obras prevén los §60a y §60b UrhG. En relación con su reproducción, solo será posible copiar la partitura en cualquier forma para su posterior puesta a disposición<sup>974</sup>. Cabe destacar, por otro lado, que la explotación de partituras en la investigación de acuerdo con los §60c y §60d UrhG se ha de ajustar al régimen común aplicable al resto de obras, no exigiéndose requisitos particulares para su uso en este ámbito.

En este contexto, no cabe más que concluir que el legislador ha tomado como referente la excepción pedagógica francesa sin plantearse siquiera que la exclusión de las partituras del ámbito de aplicación de la limitación objeto de estudio puede producir un efecto más nocivo para la industria editorial de la música que los efectos positivos que pueda generar, pues el profesorado seguirá llevando a cabo actos de reproducción de este tipo de obras sin que sea posible su control por parte del editor. En cambio, la inclusión de las partituras en la excepción les aseguraría una remuneración en el caso del art. 32.4 TRLPI y, además, se facilitaría y fomentaría la enseñanza de esta rama artística, en línea con la regulación internacional y comunitaria del límite en cuestión<sup>975</sup>.

#### b. Las obras de un solo uso

Las denominadas «obras de un solo uso» por el art. 32.5 TRLPI fueron incorporadas en la segunda versión del Anteproyecto de ley, pero el legislador olvidó definir las<sup>976</sup>. Ni el DRAE, ni la Ley 10/2007, de 22 de junio, de la lectura, del libro y de la biblioteca (en adelante, Ley de la lectura) ofrecen una definición de esta novedosa expresión, no existiendo tampoco referencia a esta tipología en el Derecho comparado. Lo más probable es que el legislador español de 2014 tomara la idea de este concepto de las licencias que CEDRO venía concediendo a los servicios reprográficos de los centros educativos antes de la reforma, pues

---

el contenido a disposición del público» (la traducción es nuestra). Habría sido más sencillo formular esta previsión en positivo, como se ha señalado en el texto.

<sup>974</sup> Aunque el hecho de que la reproducción esté justificada únicamente cuando con la misma se pretenda una posterior puesta a disposición podría parecer limitar la copia al formato digital, dado que ello no se impide expresamente en la excepción, sería posible reproducir reprográficamente una partitura que se encontrara en una biblioteca para su posterior reproducción digital y puesta a disposición.

<sup>975</sup> Lo mismo concluye DE ROMÁN PÉREZ, R. en relación con la exclusión de las partituras del art. 5.2 a) DDASI, llegando a afirmar que la inclusión de las mismas en dicho precepto comunitario «facilitaría el acceso de las obras a los estudiantes de música, pues no debe olvidarse que las partituras musicales son uno de los productos más caros del mercado, y que su coste elevado perjudica especialmente a aquellos cuyos derechos de acceso a la cultura (art. 44 CE), a la educación (art. 27 CE) y como futuros creadores (art. 20.1 b) CE) debieran tenerse en cuenta». *Obras musicales...*, cit., p. 420.

<sup>976</sup> Tampoco se hace mención alguna a este tipo de obras en las enmiendas y debates que precedieron la aprobación de la ley de modificación del TRLPI.



en las mismas también se excluían las obras de un solo uso, aunque tampoco eran definidas<sup>977</sup>. Nos encontramos, pues, ante un concepto jurídico indeterminado de difícil comprensión.

De acuerdo con lo establecido en las licencias que CEDRO concedía a los servicios de reprografía de los establecimientos de enseñanza antes de la reforma, no era posible explotar las obras de un solo uso, poniendo como ejemplos los «manuales de ejercicios escolares o publicaciones no reutilizables»<sup>978</sup>. Así, la doctrina ha ofrecido una interpretación del concepto señalando que las «obras de un solo uso» son aquellas obras no reutilizables<sup>979</sup>, es decir, se trata de obras fungibles, que se consumen por su uso<sup>980</sup>. En consecuencia, se ponen como ejemplos de este tipo de obras los cuadernillos de ejercicios escolares, libros de trabajo para enseñanzas de idiomas, cuadernillos de caligrafía o problemas, etc<sup>981</sup>.

En relación con ello, se ha de recordar que los libros de texto y manuales universitarios ya no son excluidos con carácter general del ámbito de aplicación del límite, a diferencia de lo que sucedía con su regulación de 2006. No obstante, quedan sometidos a un régimen especial y se definen, por primera vez, por el art. 32.3 TRLPI. Según el mismo, «se entenderá por libro de texto, manual universitario o publicación asimilada, cualquier publicación, impresa o susceptible de serlo, editada con el fin de ser empleada como recurso o material del profesorado o el alumnado de la educación reglada para facilitar el proceso de la enseñanza o aprendizaje». ¿Acaso los ejemplos puestos por la doctrina de «obras de un solo uso» no son subsumibles en el concepto legal de «libro de texto, manual universitario o publicación asimilada»?

Entendemos que la respuesta a esta cuestión podría ser sí y en concreto, se trataría de una publicación asimilada<sup>982</sup>, pero el legislador ha decidido dotar a las obras de un solo uso de un régimen propio, en concreto, el de la exclusión total del límite, a diferencia del resto de libros de texto, manuales universitarios y publicaciones asimiladas. A estos efectos, por tanto, será necesario determinar de forma precisa cuándo la publicación asimilada ha de ser calificada como «obra de un solo uso», pues mientras las obras del género «libros de texto, manuales

---

<sup>977</sup> «Reprografía legal...», *op. cit.*, p. 4.

<sup>978</sup> «Reprografía legal...», *op. cit.*, p. 4.

<sup>979</sup> Así, SAIZ GARCÍA, C., «La reforma...», *cit.*, p. 113, quien mantiene la misma interpretación en «Situación de la universidad...», *cit.*, p. 219. A ella parece seguirle RIBERA BLANES, B., «La nueva regulación...», *cit.*, p. 699, nota 18.

<sup>980</sup> CÁMARA ÁGUILA, P., «El límite para...», *cit.*, p. 116.

<sup>981</sup> LÓPEZ MAZA, S. no define este concepto, limitándose a señalar esas obras como ejemplos de lo que debería entenderse por «obra de un solo uso». «Art. 32»..., *cit.*, p. 659.

<sup>982</sup> Sobre este concepto, *vid. infra* subepígrafe 2.2.3.1 del presente Capítulo.

universitarios y publicaciones asimiladas» podrán ser utilizadas al amparo de la excepción, su especie consistente en la «obra de un solo uso» no podrá ser usada en la enseñanza y en la investigación sin autorización del autor. El elemento determinante para calificar una obra como de un solo uso es que la misma se componga fundamentalmente y casi en exclusiva de ejercicios para que sean completados o resueltos. Así, aunque el libro de texto pueda contener actividades, las mismas se prevén como complemento de la explicación del tema en cuestión.

En este contexto, cabría cuestionarse si efectivamente este tipo de obras «se consumen» por uso, pues tanto el lápiz como el bolígrafo pueden ser eliminados y, por tanto, es posible volver a realizar las actividades de la supuesta obra «de un solo uso». De hecho, no es infrecuente que los hermanos menores utilicen los mismos libros de texto y de ejercicios que sus hermanos mayores o incluso que el colegio preste los mismos cuadernos de actividades que se van a seguir en su docencia año tras año<sup>983</sup>. Asimismo, debe tenerse en cuenta que la doctrina ha definido el concepto de acuerdo con los medios clásicos de enseñanza, pero existen nuevas modalidades de obras de carácter pedagógico, como CDs con actividades o páginas web educativas, que pueden permitir no guardar los resultados y volver a resolver los ejercicios en ellas contenidas. Así, la denominación dada por el legislador a este tipo de obras no parece acertada.

En cualquier caso, y pese a las críticas señaladas, podría considerarse que la autorización legal para el uso de este tipo de obras afectaría a su explotación normal, en contra de la regla de los tres pasos<sup>984</sup>, pues no deja de tratarse de una publicación asimilada a los libros de texto o manuales universitarios, o de acuerdo con la terminología en Derecho comparado, una obra concebida con fines educativos<sup>985</sup>. No obstante, ello no puede justificar una exclusión general de este tipo de obras, pues no en todos los supuestos se afectará efectivamente al mercado de

---

<sup>983</sup> Así, por ejemplo, la Ley 7/2017, de 27 de junio, de Gratuidad de los Libros de Texto y el Material Curricular de la Comunidad de Madrid propone que, en cada curso, los alumnos que no renuncien expresamente a este sistema puedan acceder a los textos que necesiten, entre los que se incluyen los libros de ejercicios, que serán cedidos por otras familias a un banco de libros de texto. La cesión será gratuita, estableciéndose como única condición de participación en el sistema, devolver los libros en buen estado de conservación para que puedan ser reutilizados en el siguiente curso académico.

<sup>984</sup> Por ello considera acertada esta exclusión CÁMARA ÁGUILA, P., «El límite para...», *cit.*, pp. 115 y 116. También entiende que este fundamento justifica la imposibilidad de usar este tipo de obras en la enseñanza y en la investigación XALABARDER PLANTADA, R., si bien considera que las imágenes contenidas en las «obras de un solo uso» sí podrían ser explotadas al amparo de la excepción. «La reforma del...», *cit.*, p. 132. En favor de esta interpretación, el art. 32.3 TRLPI permite el uso libre de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico. En contra, LÓPEZ MAZA, S. considera que la prohibición se extiende a todo el contenido de la obra de un solo uso. «Art. 32»..., *cit.*, pp. 659 y 660, nota 189.

<sup>985</sup> Como se analizó previamente, este tipo de obras eran excluidas de la excepción de la ilustración en Francia y Alemania como consecuencia de la aplicación de la regla de los tres pasos. *Vid. supra* letra b. del subepígrafe 3.2.6.3.

la obra en cuestión. Imagínese una clase de la asignatura de inglés en un colegio o instituto, en la que se sigue un determinado libro de texto que viene acompañado de su correspondiente cuaderno de actividades u «obra de un solo uso». Dado que la resolución de los ejercicios de ambos libros sobre una cuestión concreta ha revelado que los alumnos no han llegado a comprender el tema tratado, el docente decide volver a explicar el tema y reproducir y distribuir entre ellos dos ejercicios de otro libro de actividades para asegurar su adecuada comprensión. En este caso, no se puede considerar que se haya afectado a la explotación normal de esta segunda obra de un solo uso, pues el alumnado entre el que se distribuyeron dichos ejercicios o más bien, sus progenitores, no se plantearon en ningún momento adquirirla.

En este contexto, cabría concluir que, ante la inadecuada denominación dada a este tipo de obras y su difícil conceptualización y delimitación, el legislador podría haber permitido el uso de las «obras de un solo uso» de acuerdo con el régimen especial previsto para el resto de libros de texto, manuales universitarios y publicaciones asimiladas. Ahora bien, entendemos que la opción más acertada habría sido la de incluir todo tipo de obras en la excepción, dando virtualidad al test de las tres etapas para determinar en el caso concreto si es lícito o no el uso de este tipo de obras en la enseñanza y en la investigación.

- c. La «creación» de compilaciones o agrupaciones de fragmentos de obras, o de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo

Aunque de la lectura del texto del art. 32.5 TRLPI habría que entender que lo que se impide es explotar fragmentos de obras u obras aisladas de carácter plástico o fotográfico que se encuentren compiladas o agrupadas, lo cierto es que la doctrina ha dado una lectura más adecuada a esta exclusión desde que ya se previera en el art. 32.2 TRLPI conforme a su redacción de 2006: no importa la fuente o de dónde se extraiga el fragmento o la obra aislada de carácter plástico, ya sea de la obra original aislada o de una compilación de obras en la que se inserte, sino que lo que se prohíbe es que se elaboren o creen tales compilaciones o agrupaciones a partir de obras ajenas<sup>986</sup>.

---

<sup>986</sup> Así lo entienden en cuanto a la excepción vigente SAIZ GARCÍA, C., «Art. 32»..., *cit.*, p. 551; LÓPEZ MAZA, S., «Art. 32»..., *cit.*, pp. 659 y 660; FAJARDO FERNÁNDEZ, J., «Defensa y depuración...», *cit.*, p. 67 y CAVANILLAS MÚGICA, S., «El uso educativo...», *cit.*, p. 160. Por su parte, XALABARDER PLANTADA, R. reconoce que dicha lectura tendría sentido, pero no es lo que formalmente establece el art. 35.2 TRLPI. «La reforma del...», *cit.*, p. 132.

Del mismo modo lo interpretaban, entre otros, MORENO MARTÍNEZ, J. A., *op. cit.*, pp. 424 y 425 y PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., «Art. 32»..., *cit.*, p. 598.

Hecha esta precisión, conviene definir lo que deba entenderse por compilaciones o agrupaciones a estos efectos. De los orígenes de esta previsión<sup>987</sup> deriva que lo que pretendía el legislador era evitar que los docentes elaboraran los denominados *course packs*, *dossieres* o listados de lecturas, esto es, una colección de fragmentos de obras ajenas, por el temor de que con ellos se pudiera sustituir el uso del libro de texto o manual como base del seguimiento de la asignatura<sup>988</sup>. Sea como fuere, parece difícil delimitar con precisión este concepto, pues son varias las cuestiones que pueden surgir al respecto: ¿cuántas obras como mínimo son necesarias para considerar que se ha llevado a cabo una compilación? Si en la agrupación de obras se utilizan mayoritariamente, póngase por caso un 80% del total de la compilación, obras ya caídas en el dominio público o bajo licencia *creative commons*, pero también se incorporan fragmentos de obras protegidas y no licenciadas, ¿se considera una agrupación a los efectos del art. 32.5 TRLPI? ¿Podría considerarse compilación una carpeta con fragmentos de vídeos que se comparta con los alumnos de un curso? ¿Es una compilación el conjunto de fragmentos de obras que, subidos de forma aislada e independiente, se contienen en la misma carpeta compartida con los alumnos del curso a través del campus virtual?<sup>989</sup>

A la conflictiva delimitación de este concepto se une el hecho de que las nuevas metodologías docentes, basadas en la mayor implicación del alumnado en su proceso de aprendizaje, requieren que se le provea de materiales adicionales, ya sea para que sean estudiados con anterioridad a la lección, ya sea como complemento de la que ya se ha impartido<sup>990</sup>. Asimismo, este uso se corresponde con el que dio origen al art. 10.2) CB y, de

---

<sup>987</sup> Sobre los precedentes de esta exclusión, *vid.* IGLESIAS, M. J., *op. cit.*, pp. 372 y 373.

<sup>988</sup> Así, DE ROMÁN PÉREZ, R. entiende que con esta exclusión se impide al profesorado la creación de una obra nueva a modo de manual a partir de capítulos de obras ajenas. *Guía de la propiedad...*, *cit.*, p. 91.

Precisamente por ese temor de sustitución del libro de texto o manual por la compilación docente, FAJARDO FERNÁNDEZ, J. denomina a estas agrupaciones prohibidas como «compilación-supermanual». «Defensa y depuración...», *cit.*, p. 67. Por su parte, DÍAZ DE OLARTE BAREA, J. se refiere a las mismas como «libro a la carta». «Usos permitidos...», *cit.*, p. 216.

<sup>989</sup> También se cuestiona SAIZ GARCÍA, C., «¿Podemos utilizar un pequeño fragmento para una clase nada más? -porque utilizar más fragmentos de obras es una agrupación-. Si estamos utilizando una presentación "ppt" ¿sólo podemos reproducir y comunicar públicamente un fragmento en cada sesión? O, para no contravenir el tenor literal de la norma, ¿mejor utilizamos varias presentaciones de carácter breve para que se considere utilización aislada y no grupal? Vemos que todos estos razonamientos nos llevan a un absoluto absurdo conductual». «Situación de la universidad...», *cit.*, p. 172.

<sup>990</sup> En este sentido, DÍAZ DE OLARTE BAREA, J. reconocía que «la calidad en la enseñanza y los estándares internacionales van en la dirección de promover la lectura, consulta y estudio por parte del alumno de contenidos cada vez más diversos y de orígenes más variados». «Copia privada e ilustración en la enseñanza: aislándonos de Europa en perjuicio de ciudadanos, autores y editores», *Diario La Ley*, nº 8128, 2013, La Ley 4410/2013 p. 10.

Asimismo, y como señala IGLESIAS, M. J., «no hemos de pasar por alto que, con frecuencia, especialmente en las enseñanzas universitarias, no existe un único "manual" que de manera completa desarrolle los contenidos de una asignatura, y es bastante "inocente" pretender que los alumnos adquieran las diferentes fuentes —especialmente si atendemos a los precios del mercado— o "todos a una" las consulten y tomen prestadas de

hecho, ha sido permitido, en lugar de excluido, en la legislación comparada, como se desprende de los arts. 70.2 LDA, 33 CDPa y §60b UrhG<sup>991</sup>.

Por otro lado, conviene recordar que el art. 32.5 TRLPI es también de aplicación a los actos de explotación llevados a cabo con finalidad de investigación, aunque esta exclusión fue incorporada por el legislador de 2006 cuando el límite hacía referencia exclusivamente a la finalidad educativa. Así, un investigador podría elaborar un listado que incluyera la introducción y las conclusiones de un conjunto de artículos de revistas que trataran el tema objeto de estudio en un proyecto de investigación concreto y se lo distribuyera a sus compañeros, ya fuera en formato papel o a través de una nube creada por el grupo para compartir sus avances en la investigación concreta. No obstante, ello no sería posible a tenor del art. 32.5 TRLPI, pese a la indudable utilidad práctica de dicha tarea, que permitiría a los investigadores del grupo acudir directamente a los artículos de su interés<sup>992</sup>.

En este contexto, resulta lógico que la exclusión de las compilaciones o agrupaciones de fragmentos de obras o de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico haya recibido importantes críticas, desde la redacción de 2006<sup>993</sup> hasta su mantenimiento en su regulación actual del límite<sup>994</sup>. De hecho, ya la doctrina en 2006 había encontrado dos posibles soluciones al respecto. O bien se podría trasladar el régimen aplicable a las recopilaciones de prensa, esto es, establecer una remuneración equitativa, pues se trataba igualmente de agrupaciones de fragmentos de obras ajenas<sup>995</sup>. De hecho, los arts. 70.2 LDA y §60b UrhG que permiten la creación de materiales docentes tienen aparejada una remuneración de este tipo, tal y como se señaló en el Capítulo anterior. O bien, no tendrían que excluirse con carácter general las

---

los fondos —necesariamente limitados— de los que disponen las bibliotecas para posteriormente utilizarlas en las clases». *Op. cit.*, p. 377.

<sup>991</sup> Sobre la creación de antologías y materiales docentes, *vid. supra* subepígrafe 3.2.3.2 del Capítulo II.

<sup>992</sup> De hecho, ello podría ir en contra de una de las utilidades ofrecidas por la técnica de la TDM. Sobre ello, *vid. supra* epígrafe 4.2 del Capítulo II.

<sup>993</sup> Como lamentaba MORENO MARTÍNEZ, J. A. en relación con la exclusión de las compilaciones en la excepción de 2006, «el claro interés académico debería haber primado respecto al posible perjuicio económico que se aducía». *Op. cit.*, p. 425.

<sup>994</sup> Desarrolla en detalle los inconvenientes de esta exclusión en el régimen actual de la excepción SAIZ GARCÍA, C., «Art. 32»..., *cit.*, pp. 551-553.

Asimismo, y en trámite parlamentario, fueron varias las enmiendas que proponían la supresión de las compilaciones de la lista de exclusiones del art. 32.5 TRLPI, tanto en el Congreso (*vid.* Enmiendas nº39 del Grupo Parlamentario de IU, ICV-EUiA, CHA: La Izquierda Plural y nº56 firmada por Joan Tardà i Coma del Grupo Parlamentario Mixto, BOCG. Congreso de los Diputados, Serie A, nº81-2 de 09/07/2014, pp. 55 y 71, respectivamente), como en el Senado (*vid.* Enmiendas nº21 y nº34 firmadas ambas por senadores del Grupo Parlamentario Mixto y nº69 propuesta por el Grupo Parlamentario Entesa pel Progrés de Catalunya, BOCG. Senado, nº401 de 22/09/2014, pp. 243, 253 y 280, respectivamente).

<sup>995</sup> Así, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Los derechos de autor...», *cit.*, p. 59, a quien sigue, entre otros, FAJARDO FERNÁNDEZ, J., «Defensa y depuración...», *cit.*, p. 68.

compilaciones y agrupaciones de obras, dejando que sea la regla de los tres pasos la que permita al juzgador en el caso concreto determinar si las mismas afectan a la explotación normal de las obras así compiladas o a los legítimos intereses de sus autores y otros titulares de derechos.

### 2.1.3.2 Las exclusiones derivadas del principio de *lex specialis*: las bases de datos

Tal y como se comentó previamente, la primera excepción en favor de la ilustración de la enseñanza y la investigación científica que se previó en la legislación española de propiedad intelectual fue la contenida en el art. 34.2 b) TRLPI, de aplicación exclusiva a las bases de datos<sup>996</sup>. En consecuencia, cuando la obra objeto de explotación en la enseñanza o en la investigación sea una base de datos original, serán los requisitos de este precepto y no los del art. 32 TRLPI los que hayan de guiar la conducta del sujeto que haga dicho uso, por aplicación del principio *lex specialis derogat legi generali*<sup>997</sup>.

Asimismo, el art. 135.1 b) TRLPI autoriza al usuario legítimo de una base de datos a extraer una parte sustancial del contenido de una base de datos protegida por un derecho *sui generis* «cuando se trate de una extracción con fines ilustrativos de enseñanza o de investigación científica en la medida justificada por el objetivo no comercial que se persiga y siempre que se indique la fuente»<sup>998</sup>, en transposición de lo previsto en el art. 9 b) DBD<sup>999</sup>.

Como se analizó a lo largo del Capítulo anterior, la excepción de la ilustración contenida en el art. 6.2 b) DBD tenía una redacción muy similar a la del art. 5.3 a) DDASI, razón por la

---

<sup>996</sup> A tenor del art. 12.2 TRLPI, «se consideran bases de datos las colecciones de obras, de datos, o de otros elementos independientes dispuestos de manera sistemática o metódica y accesibles individualmente por medios electrónicos o de otra forma». Por tanto, en estas obras lo que se protege es el continente y no el contenido, que, por otro lado, podrá estar o no protegido.

<sup>997</sup> En contra, MINERO ALEJANDRE, G. propone aplicar analógicamente los requisitos previstos en el art. 32.3 y 4 TRLPI a la excepción relativa a las bases de datos. «Art. 34»... *cit.*, p. 691. Aunque, como señala la autora, no existe diferencia cualitativa importante entre las bases de datos originales y el resto de obras, y por ello considera acertada dicha propuesta, no es posible apoyarla, dado que, si el legislador de 2014 hubiera querido que la excepción de la ilustración prevista en el art. 32 fuera aplicable a todas las obras incluidas las bases de datos, habría suprimido el art. 34.2 b) TRLPI.

<sup>998</sup> Tal y como señala el art. 133 TRLPI, lo que se tutela por medio de este derecho *sui generis* no es la originalidad de la base de datos, pues en ese caso la base de datos quedaría protegida como obra al amparo del art. 12.2 TRLPI, sino la «inversión sustancial, evaluada cualitativa o cuantitativamente, que realiza su fabricante ya sea de medios financieros, empleo de tiempo, esfuerzo, energía u otros de similar naturaleza, para la obtención, verificación o presentación de su contenido». En cuanto a este derecho, *vid.* BOUZA LÓPEZ, M. A., *El derecho «sui generis» del fabricante de bases de datos*, Madrid, 2001.

<sup>999</sup> En lugar de establecer una excepción específica en sede de bases de datos protegidas por un derecho *sui generis*, el legislador alemán optó, con acierto, por una remisión a las excepciones en favor de la enseñanza y la investigación previstas en relación con los derechos de autor. Así, el art. §87c(1) 3. UrhG remite a la excepción de la ilustración para la enseñanza contenida en los arts. §60a y §60b UrhG, y el apartado 2 del mismo precepto, lo hace a los arts. §60c y §60d, sobre investigación científica.

cual se vino a concluir que sus respectivos ámbitos de aplicación eran coincidentes. Con ello se conseguía que todas las obras, independientemente de su tipología, fueran objeto de un mismo régimen excepcional<sup>1000</sup>. No obstante, no sucede lo mismo en relación con las excepciones de la ilustración con fines educativos y de investigación científica previstas en el ámbito nacional español, como se explicará a continuación.

Dado que el art. 34.2 b) TRLPI reproduce lo previsto en la legislación comunitaria, resulta igualmente aplicable lo dicho en el Capítulo II sobre la excepción de la ilustración en la DDASI a los elementos del art. 34.2 b) TRLPI, a excepción de las obras susceptibles de explotación a su amparo, que, en este caso, quedan restringidas a las bases de datos originales. En consecuencia, los sujetos amparados pueden ser todos los participantes en el proceso educativo incluido el alumnado<sup>1001</sup>; habrá de explotarse «la medida justificada por el objetivo no comercial que se persiga», lo que no excluye que pueda explotarse en su integridad en determinados casos concretos; se podrán llevar a cabo todos los actos de explotación dado que se permite la «utilización», etc.<sup>1002</sup> Y lo mismo cabría concluir en relación con el art. 135.1 b) TRLPI en sede de bases de datos protegidas por un derecho *sui generis*<sup>1003</sup>, a excepción de los actos de explotación que podrán llevarse a cabo a su amparo, pues en este caso únicamente será posible la extracción de una parte sustancial de una base de datos, pero no su reutilización<sup>1004</sup>. Ello supone una importante traba para la aplicación práctica de esta excepción, pues la docencia y la investigación requieren, por su propia naturaleza, la puesta a disposición o reutilización, en este caso, de una parte sustancial de una base de datos para que sea conocida, comentada, aprendida o analizada por los destinatarios de tales labores<sup>1005</sup>.

---

<sup>1000</sup> Sobre ello, *vid. supra* subepígrafe 3.1.2 del Capítulo II.

<sup>1001</sup> En el mismo sentido, MORILLAS JARILLO, M. J., «Art. 34», en *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual*, F. Palau Ramírez y G. Palao Moreno (dirs.), Valencia, 2017, p. 591. En contra, CASAS VALLÉS, R. considera que la excepción solo cubre los usos llevados a cabo por los «enseñantes», concepto que no incluye a los estudiantes. «Spain»..., *cit.*, p. 203.

<sup>1002</sup> *Vid. supra* Capítulo II. En relación con todos los requisitos y en el mismo sentido, *vid.* IGLESIAS, M. J., *op. cit.*, pp. 484-490.

<sup>1003</sup> Por tanto, podrán estar amparados todos los sujetos intervinientes en la actividad educativa y de investigación; será aplicable la excepción en todos los niveles educativos, etc. En cuanto a ello, *vid.* CÁMARA LAPUENTE, S., «Art. 135», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, J. M. Rodríguez Tapia (dir.), Cizur Menor, 2007, pp. 760 y 761 y BOUZA LÓPEZ, M. A., *op. cit.*, p. 229.

<sup>1004</sup> Ello es consecuencia de la transposición literal del art. 9 b) DBD.

<sup>1005</sup> A esta conclusión llegan, entre otros, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «La protección jurídica...», *cit.*, p. 43 e IGLESIAS, M. J., *op. cit.*, pp. 498 y 499. Por su parte, y en un intento por dotar a la excepción de aplicabilidad práctica, CÁMARA LAPUENTE, S. propone, *de lege data*, entender que «no se producirá reutilización cuando se presente a los discentes o a otros investigadores que no sean usuarios legítimos partes sustanciales de la base a través de soportes que no les permitan una ulterior “disposición” o disponibilidad de estos materiales». *Op. cit.*, p. 135. Con la misma intención, MINERO ALEJANDRE, G. considera que la redacción del art. 9.b) DBD es consecuencia de un «error o despiste del legislador europeo» en relación con el derecho limitado y por ello, aun reconociendo que las excepciones deben ser interpretadas restrictivamente, señala que habría de

Asimismo, cabe destacar que la excepción de la ilustración prevista en relación con las bases de datos originales y las resultantes de una inversión sustancial requiere que, en todo caso, su uso en la enseñanza y en la investigación venga acompañado de la indicación de la fuente. Así, y a diferencia de lo previsto en el art. 5.3 a) DDASI, no se prevé que tal indicación no sea posible, así como tampoco se hace mención alguna respecto a la mención del nombre del autor<sup>1006</sup>. Como ya fue señalado en el Capítulo anterior<sup>1007</sup>, la indicación de la fuente siempre será posible por ser conocida por quien explote la base de datos en la enseñanza o en la investigación. Así, en el ámbito del Derecho, por ejemplo, siempre será posible la mención de la base de datos de la que se haya extraído la sentencia que se reparte a los estudiantes para ser comentada en clase.

Dicho esto, cabe concluir que el ámbito de aplicación del art. 34.2 b) TRLPI es mucho más amplio que el de la excepción de la ilustración prevista con carácter general para el resto de obras en el art. 32 TRLPI. Ello es así porque a diferencia de la transposición literal que se hizo de la excepción en sede de base de datos, el art. 32.3-5 TRLPI contempla una gran cantidad de requisitos y restricciones que lo alejan completamente de las posibilidades ofrecidas por el art. 5.3 a) DDASI<sup>1008</sup>. A pesar de ello, esta mayor amplitud de la excepción en sede de bases de datos originales se verá reducida en la práctica al mismo ámbito de aplicación que el art. 32 TRLPI, pues lo que normalmente interesará al usuario de dicho tipo de obras no será tanto su estructura, que es lo que podría utilizar con mayor facilidad conforme al art. 34.2 b) TRLPI, como su contenido, cuyo uso se verá restringido por las restricciones del art. 32. Ahora bien, si la base de datos se compone de contenidos no protegidos y de libre uso, como de obras que ya se encuentren en dominio público, obras licenciadas a través del sistema de *creative commons*, de datos, que, por su naturaleza, no se encuentran protegidos, etc., la excepción del art. 34.2 b) TRLPI recuperará su potencial para facilitar el desarrollo de

---

comprenderse el derecho de reutilización siempre y cuando se cumplieran una serie de garantías: que el público al que vaya dirigido dicho uso pertenezca al contexto académico y/o investigador y que acceda a esos contenidos a través de canales seguros, como una intranet. *La protección jurídica...*, cit., pp. 497 y 498.

<sup>1006</sup> En cuanto al nombre del autor, resulta lógico que no se requiera su mención en el art. 135.1 b) TRLPI dado que en este caso el titular del derecho sobre la base de datos es el fabricante. No existe, por tanto, el autor en los supuestos de bases de datos protegidas por un derecho *sui generis*, al no constituir obra este tipo de prestaciones por carecer de originalidad. En el mismo sentido, CÁMARA LAPUENTE, S., *op. cit.*, p. 762.

<sup>1007</sup> *Vid. supra* epígrafe 3.2.5 del Capítulo II.

<sup>1008</sup> Lo mismo sucedía en relación con la excepción de la ilustración prevista en el art. 32.2 TRLPI conforme a su redacción de 2006, considerablemente más restringida que la prevista en relación con las bases de datos originales. De hecho, ya en ese momento MARTÍN SALAMANCA, S. criticaba con acierto lo que consideró como una «indeseable incomunicación entre las excepciones generales y las particulares de las bases de datos». «Art. 34», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, J. M. Rodríguez Tapia (dir.), Cizur Menor, 2007, p. 285.



las actividades educativas y de investigación, en línea con lo permitido por la norma comunitaria.

### 2.1.3.3 Consideraciones críticas

El fundamento de las exclusiones explícitas de obras en el límite de la ilustración se encuentra en la consideración de que la autorización legal para el uso de tales obras en el ámbito educativo y de investigación afecta en todo caso a su explotación normal. Siendo esta la justificación del art. 32.5 TRLPI, también los libros de texto y manuales universitarios, cuyo público específico es el alumnado y el profesorado, tendrían que haber sido excluidos del ámbito de aplicación de la excepción, como ya lo hiciera el límite en su redacción de 2006 y algunas de las legislaciones de nuestro entorno, como la alemana y la francesa. Es cierto que en este caso se establece un régimen especial de uso, pero si ello se ha llevado a cabo en relación con un tipo de obras que ya había sido excluido con anterioridad y respecto de las que la legislación comparada también impide su uso en la enseñanza, ¿por qué no establecer un régimen similar para las obras excluidas, en lugar de negar en cualquier caso el uso de las partituras o las obras de un solo uso? Asimismo, el mercado propio de las revistas científicas lo constituyen, fundamentalmente, las universidades y los organismos de investigación. Por tanto, el argumento de la explotación normal de la obra tendría que haber llevado igualmente a la exclusión de este tipo de obras del ámbito de aplicación de la excepción con fines de investigación científica<sup>1009</sup>, lo que conduciría a la no consecución del fin que precisamente justifica la excepción: el desarrollo de la investigación.

Consideramos que la exclusión *a priori* de ciertos tipos de obras para su uso en la enseñanza y en la investigación impide la realización de tales fines en supuestos en los que el uso puede no afectar en la práctica a los derechos de los autores y otros titulares, máxime en aplicación de la excepción no remunerada, según la cual únicamente es posible explotar un «pequeño fragmento» de la obra ajena. Asimismo, este tipo de exclusiones pueden perjudicar el desarrollo de la investigación y la docencia de determinadas ramas de estudio, en especial, la de la música.

---

<sup>1009</sup> En contra, FAJARDO FERNÁNDEZ, J. considera que la reproducción, distribución o comunicación pública de artículos de revistas científicas especializadas no afecta a su explotación normal cuando dichos usos se hacen en favor del alumnado. De hecho, tampoco considera que el destinatario de dicho tipo de obras sea el profesorado, sino las instituciones a las que estos pertenecen. «Defensa y depuración...», *cit.*, pp. 46 y 47.

No obstante, ¿para qué suscribirían las universidades y centros de investigación revistas científicas si no fuera para su explotación por parte de su personal a la hora de desarrollar su propia investigación y docencia?

Como fue analizado en el Capítulo anterior, ni el art. 10.2) CB ni el art. 5.3 a) DDASI excluyen ningún tipo de la obra de la aplicación de la excepción objeto de estudio. De modo que los legisladores internacional y comunitario no han prejuzgado si el mercado de determinado tipo de obras puede verse comprometido en el caso de que se autorice su uso en la enseñanza o en la investigación, dejando el examen de dicha cuestión a su apreciación en el caso concreto por medio de la aplicación de la regla de los tres pasos<sup>1010</sup>. Y esta es la solución que resulta más acorde con la finalidad que justifica el establecimiento de la excepción<sup>1011</sup>.

Por otro lado, conviene recordar que el art. 32.5 TRLPI no solo está destinado a la exclusión de obras en cuanto a usos de carácter educativo, a los que parece prestar atención en exclusiva, sino que también resulta de aplicación a los actos de explotación que se lleven a cabo con una finalidad de investigación científica. En este contexto resulta todavía más cuestionable que se pueda considerar afectado el mercado de un cuadernillo de ejercicios, por ejemplo, cuya explotación parcial podría ser necesaria para el desarrollo de una investigación en el ámbito de la pedagogía.

En cuanto a la exclusión derivada de la *lex specialis* existente en materia de bases de datos, únicamente cabe destacar que nos parece más ajustada a la realidad educativa y de investigación la regulación de la excepción de la ilustración prevista en el art. 34.2 b) TRLPI, que viene a reproducir lo previsto en el art. 6.2 b) DBD. Por ello, la misma redacción debería haberse adoptado en relación con todo tipo de obras en el art. 32 TRLPI, siendo ello acorde con los arts. 10.2) CB y 5.3 a) DDASI de los que deriva esta última excepción.

---

<sup>1010</sup> Sobre dicha regla en el ámbito español, *vid. infra* epígrafe 2.1.5 del presente Capítulo.

<sup>1011</sup> Así lo entienden FAJARDO FERNÁNDEZ, J., «Defensa y depuración...», *cit.*, p. 48, en relación con las partituras musicales, y RIBERA BLANES, B., «La nueva regulación...», *cit.*, p. 699, en cuanto a todas las exclusiones.

En el mismo sentido, en la Enmienda nº 10, BOCG. Congreso de los Diputados, Serie A, nº 81-2, de 9/07/2014, p. 21 se proponía la siguiente redacción del límite: «No será necesaria la autorización del autor *de todo tipo de contenido susceptible de protección, sin realizar distinción alguna entre obras escritas, audiovisuales, fotográficas o meras fotografías*, pudiendo ser utilizadas para fines informativos, de creación de opinión pública, investigación, docencia o incluso entretenimiento siempre y cuando se *realicen teniendo en cuenta la naturaleza de la obra protegida, la cantidad y la importancia de la obra utilizada en relación con el conjunto y el efecto del uso sobre el potencial mercado* o el valor de la obra con derechos de propiedad intelectual; y siempre indicando la fuente y el nombre del autor de la obra utilizada» (la cursiva es nuestra). El firmante de la enmienda en cuestión fue Rafael Larreina Valderrama, del Grupo Parlamentario Mixto. Tampoco se excluía ningún tipo de obra en el tenor de la excepción sugerida por ORDUÑA MORENO, J. y PLAZA PENADÉS, J., Anexo V de las Alegaciones..., *op. cit.*

#### 2.1.4 El reflejo de los derechos morales del autor en los requisitos del límite

De acuerdo con el art. 14 TRLPI, el autor goza de una serie de derechos morales cuyas principales características son la irrenunciabilidad y la inalienabilidad, además de su particular duración<sup>1012</sup>. En consecuencia, el autor no puede renunciar a tales facultades con carácter general y previo, aunque sí pueda hacerlo en un caso concreto bajo ciertas circunstancias<sup>1013</sup>, y tampoco podrá transmitir las *inter vivos*. En este contexto, es posible afirmar que en la aplicación de cualquier límite a los derechos del autor habrán de ser respetadas todas sus facultades morales, en especial, las de divulgación, paternidad e integridad de la obra, independientemente de que dicha exigencia se haya previsto expresamente o no en la excepción en cuestión. Además, se debe tener presente que las excepciones establecidas en el Capítulo II del Título III del TRLPI limitan los derechos de carácter patrimonial del autor, pero no los de carácter moral. Estos últimos únicamente podrán verse restringidos por sus propios contornos y por los límites generales de los derechos subjetivos.

Así, aunque el art. 32.4 TRLPI no mencione derecho moral alguno, a diferencia de la versión no remunerada del apartado tercero del mismo precepto que exige la mención del nombre del autor y la fuente y que la obra haya sido divulgada, el sujeto amparado por la excepción de la ilustración habrá de respetar tales derechos tanto cuando utilice un «pequeño fragmento» como cuando el uso de la obra ajena sea «parcial». RIBERA BLANES señala que esta diferencia entre las versiones remunerada y no remunerada del límite puede ser consecuencia o bien de un «despiste» del legislador o bien de la convicción de este de que no era necesaria tal mención en el caso de la versión remunerada del límite porque ya se había previsto tal exigencia en la modalidad no remunerada<sup>1014</sup>. En cuanto a ello, la omisión de estos derechos morales en la versión remunerada probablemente se deba a la primera de dichas razones, porque el legislador de 2014 pretendía adecuar el anterior art. 32.2 TRLPI a las exigencias de la educación a distancia y, por tanto, mantuvo las exigencias de la mención del nombre del autor y la fuente y de que la obra utilizada para la enseñanza ya hubiera sido divulgada, acogiendo así lo que ya se preveía en la versión de 2006. En cambio, la versión remunerada de la excepción era de nuevo cuño y no tenía un texto anterior de referencia al

---

<sup>1012</sup> En cuanto a la perpetuidad de los derechos de paternidad e integridad de la obra y la temporalidad del resto de facultades morales, *vid.* CÁMARA ÁGUILA, P., *El derecho moral...*, *cit.*, pp. 22-49.

<sup>1013</sup> De acuerdo con MARTÍNEZ ESPÍN, P., será posible la renuncia cuando sea expresa y por escrito, provenga de una persona con plena capacidad de obrar y tenga carácter revocable. «Art. 14», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Madrid, 4ª ed., 2017, p. 229.

<sup>1014</sup> «La nueva regulación...», *cit.*, p. 693.

respecto, olvidándose en este caso el legislador de prever tales requisitos. Habría sido más adecuado un tratamiento uniforme de la materia en la redacción de la excepción, incluyendo, por ejemplo, un apartado de aplicación común a ambas modalidades del límite al respecto, como se hizo en relación con las obras excluidas en el art. 32.5 TRLPI o bien, no señalando nada, pues como se ha dicho, los derechos morales tendrían que ser igualmente respetados.

Asimismo, cabe destacar que ninguna de las dos modalidades del límite se refiere al necesario respeto a la integridad de la obra. Efectivamente, y como ya se señaló en el Capítulo anterior, normalmente los límites a los derechos del autor requieren una fragmentación de la obra, pudiendo afectarse, en consecuencia, a su integridad<sup>1015</sup>. De hecho, el límite de la ilustración requiere que el uso de la obra ajena sea solo de un «pequeño fragmento», en su versión gratuita, y «parcial», en su modalidad remunerada<sup>1016</sup>. Ahora bien, el derecho a la integridad de la obra configurado por el legislador español no es absoluto, sino que únicamente podrá ser considerado vulnerado cuando la deformación, modificación o alteración de la obra «suponga perjuicio a sus legítimos intereses (del autor) o menoscabo a su reputación»<sup>1017</sup>. Por tanto, para que se vea lesionado el derecho de integridad de la obra es necesario que se afecte a la esencia de la misma, es decir, que se «desnaturalice» la obra<sup>1018</sup>, ya sea físicamente o intelectualmente, de modo que su alteración transmita un sentido diferente al que el autor pretendía manifestar a través de la misma<sup>1019</sup>. En este contexto, puede concluirse que es compatible la fragmentación de la obra que requiere el límite de la ilustración con el derecho a la integridad de la obra que le corresponde al autor. Por ello, dado que no toda modificación de la obra puede ser impedida por el autor, sino únicamente la que afecte a la esencia de su obra, el sujeto amparado por la limitación de la ilustración habrá de escoger el «pequeño fragmento» o la «parte» de la obra ajena que no perjudique los legítimos intereses del autor, es decir, la que muestre su postura, crítica, idea, etc., sobre el tema de que se trate.

Dicho esto, se procederá a analizar los requisitos que sí recoge expresamente la versión no remunerada del límite de la ilustración en relación con los derechos morales del autor, y

---

<sup>1015</sup> Vid. *supra* subepígrafe 3.2.5.2 del Capítulo II.

<sup>1016</sup> A excepción de las obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo, que podrán ser explotadas en su integridad de acuerdo con la versión no remunerada del límite. Sobre ello, *vid. infra* subepígrafe 2.2.3.2.

<sup>1017</sup> Ex. art. 14.4º TRLPI.

<sup>1018</sup> De este modo se expresa RAMS ALBESA, J., «Comentario al artículo 14 de la Ley de Propiedad Intelectual», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, M. Albaladejo García y S. Díaz Alabart (dirs.), t. V, vol. 4-A, Madrid, 1994, p. 328.

<sup>1019</sup> Así, CÁMARA ÁGUILA, P., *El derecho moral...*, *cit.*, p. 281. En el mismo sentido, MARTÍNEZ ESPÍN, P., *op. cit.*, p. 241.

que, como se acaba de argumentar, son igualmente aplicables a la modalidad remunerada del art. 32.4 TRLPI.

#### 2.1.4.1 Obras ya divulgadas

A tenor del art. 32.3 b) TRLPI se autoriza la reproducción, distribución y comunicación pública de pequeños fragmentos de obras cuando, entre otros requisitos cumulativos, «se trate de obras ya divulgadas». En cuanto a ello, algunas de las legislaciones nacionales objeto de estudio en la presente investigación también contemplan este requisito en su excepción de la ilustración, como es el caso de los arts. L122-5 3º e) CPI y §60a y §60b UrhG, estos dos últimos relativos en exclusiva a la enseñanza.

De acuerdo con el art. 14.1º TRLPI, el autor tiene la facultad de decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma, siendo definida esta facultad moral del autor en el art. 4 TRLPI<sup>1020</sup>. En su virtud, se entiende por divulgación «toda expresión de la misma que, con el consentimiento del autor, la haga accesible por primera vez al público en cualquier forma». Lo determinante para que una obra sea considerada divulgada será la voluntad del autor de que la obra sea apta para ser accedida por el público, entendido este como un grupo indeterminado de personas, no restringiéndose la exteriorización de la obra a su examen por un grupo determinado de personas, al ámbito privado<sup>1021</sup>.

Son muchas los supuestos que pueden generar duda en cuanto a la divulgación de una obra, de modo que únicamente prestaremos atención a los casos que muestran una mayor conexión con el límite objeto de estudio.

En el ámbito de la investigación, no es infrecuente que un compañero entregue a otro un artículo que ha escrito para ser publicado en una revista para que se lo revise. Asimismo, ese mismo artículo será enviado, cuando así se requiera, a ciertos revisores, que harán los comentarios oportunos y determinarán si dicho trabajo de investigación cumple con los criterios de publicación exigidos por dicha revista. En efecto, en el caso en cuestión la obra (el artículo) se ha expresado con el consentimiento de su autor y la ha hecho accesible a ciertas personas. No obstante, no puede considerarse que en este supuesto la obra haya sido

---

<sup>1020</sup> Para un estudio exhaustivo de este derecho, *vid.* PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., *Derecho de autor: la facultad de decidir la divulgación*, Las Palmas de Gran Canaria, 1993.

<sup>1021</sup> En cuanto a ello, *vid.* CARBAJO CASCÓN, F., «Artículo 4», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Madrid, 4ª ed., 2017, p. 73 y MARTÍNEZ ESPÍN, P., *op. cit.*, p. 232.

divulgada, pues la accesibilidad ha sido reducida a un grupo determinado de personas para que la obra sea conocida solo por ellas. En consecuencia, el compañero y los revisores que recibieron el artículo en cuestión no podrán usar su contenido para ilustrar su enseñanza o su investigación al amparo del art. 32.3-5 TRLPI. Deberán solicitar la autorización al autor para realizar tal utilización o esperar a que el artículo sea efectivamente divulgado, por ejemplo, mediante su publicación en la revista. No sucederá lo mismo cuando los resultados de la investigación sean expuestos, por ejemplo, en un congreso científico, siendo posible la divulgación «en cualquier forma» y, por tanto, también oralmente.

Ahora bien, cuestión más compleja es la determinación del momento en que se produce la divulgación en el supuesto de las tesis doctorales. Evidentemente, no habrá divulgación cuando el doctorando entregue partes de la investigación a su director y a su tutor para que se las revisen, pues la obra permanece en el ámbito de lo privado. Una vez finalizada la tesis, el art. 13.3 RD 99/2011, de 28 de enero, por el que se regulan las enseñanzas oficiales de doctorado, establece que «la universidad garantizará la *publicidad* de la tesis doctoral finalizada a fin de que durante el proceso de evaluación, y con carácter previo al acto de defensa, *otros doctores puedan remitir observaciones sobre su contenido*» (la cursiva es nuestra). Se trata del periodo de depósito de la tesis doctoral. En este caso, consideramos que no llega a existir un «público» a los efectos del art. 4 TRLPI, pues el acceso viene restringido a un grupo determinado de sujetos: solo a los doctores.

Tras el periodo determinado por la universidad en cada caso, el depósito vendrá seguido de la defensa de la tesis doctoral, que tendrá lugar en «sesión pública»<sup>1022</sup>. En este caso, aunque sí exista público, no hay una expresión de la obra (la tesis), pues en la defensa de la tesis doctoral se lleva a cabo una exposición sucinta del tema objeto de estudio, la metodología empleada, la cuestión o pregunta de investigación, la tesis sostenida y los resultados alcanzados, pero no se divulga todo el contenido de la tesis escrita y así defendida. De hecho, la propia denominación del acto resulta ilustrativa al efecto, pues se trata de una «defensa» de la tesis doctoral, la defensa de una obra de investigación y no de su «lectura» completa, que, en ese caso, sí podría dar lugar a la divulgación de la obra. En el mismo sentido se pronunció la AP Madrid en sentencia de 21 de junio de 2012, en un supuesto de cita de una tesis doctoral no publicada<sup>1023</sup>.

---

<sup>1022</sup> Vid. art. 14.4 RD 99/2011.

<sup>1023</sup> AC 2012\1345. FD segundo.

Tras la superación de esta fase, el art. 14.5 RD 99/2011 establece que «la universidad se ocupará de su *archivo en formato electrónico abierto en un repositorio institucional* y remitirá, en formato electrónico, un ejemplar de la misma así como toda la información complementaria que fuera necesaria al Ministerio de Educación a los efectos oportunos» (la cursiva es nuestra). No cabe duda de que el cumplimiento de esta obligación por parte de la universidad dará lugar a que la obra científica sea accesible por el público. La cuestión en este punto es si tal divulgación se lleva a cabo «con el consentimiento del autor»<sup>1024</sup>. Según la interpretación de la SAP Madrid, sí existía consentimiento en el supuesto del archivo de la tesis doctoral puesto que el doctorando «se sometió libérrimamente a las consecuencias reglamentarias propias de la defensa de su tesis», de modo que «podrá, a lo sumo, argumentar que el que prestó no fue un consentimiento espontáneo pero no que no lo prestara, pues existe voluntad tanto cuando se desea algo como cuando ese algo simplemente se asume en evitación de un mal que al sujeto situado en el trance de optar le produce mayor rechazo (obligada renuncia a la defensa de la tesis doctoral y a la obtención de la titulación académica correspondiente)»<sup>1025</sup>. Radicalmente en contra de esta interpretación se manifiesta CARBAJO CASCÓN, para quien la obligación de la universidad debe restringirse al archivo de la tesis doctoral, siendo el autor de la misma el único legitimado para decidir su divulgación y, especialmente, en qué forma, no siendo posible que una norma de carácter reglamentario derogue un derecho irrenunciable e inalienable reconocido por una norma con rango de ley<sup>1026</sup>.

A este respecto, debe tenerse en cuenta que las normativas que desarrollan el RD 99/2011 en el ámbito universitario prevén la posibilidad de que el depósito, defensa y publicación de la tesis se efectúen bajo determinadas medidas de protección, a las que autoriza establecer el art. 14.6 de dicho RD. Así, en el caso de que la tesis vaya a ser publicada por una editorial científica, se podrá solicitar, por ejemplo, que el archivo de la tesis sea cerrado hasta que haya finalizado el denominado periodo de embargo de la editorial<sup>1027</sup>. En este caso, si el autor de la tesis doctoral solicita la aplicación de este tipo de medidas para publicar su obra, habrá

---

<sup>1024</sup> Lo mismo puede cuestionarse en el caso del art. 37.2 Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (en adelante, LCTI), que establece que «el personal de investigación cuya actividad investigadora esté financiada mayoritariamente con fondos de los Presupuestos Generales del Estado *hará pública una versión digital de la versión final de los contenidos que le hayan sido aceptados para publicación* en publicaciones de investigación seriadas o periódicas, tan pronto como resulte posible, pero no más tarde de doce meses después de la fecha oficial de publicación» (la cursiva es nuestra).

Ya apuntaba a esta problemática SAIZ GARCÍA, C., «La reforma...», *cit.*, pp. 125 y 126.

<sup>1025</sup> FD segundo.

<sup>1026</sup> «Art. 4»..., *cit.*, pp. 79-81.

<sup>1027</sup> Ejemplo de este tipo de medidas lo encontramos en el art. 11 de la Normativa para enseñanzas oficiales de doctorado de la Universidad de Alicante, de 31 de julio de 2012.

ejercitado su facultad de divulgación en la forma que él quería. De no ser así, entendemos que existe un consentimiento implícito de divulgación en relación con el archivo a que está obligada la universidad tras la aprobación de la tesis doctoral<sup>1028</sup>. Lo que parece negarse al autor de la tesis doctoral es la vertiente negativa del derecho de divulgación, es decir, su facultad de inédito, de decidir no divulgar su obra. Aunque ello pueda resultar cuestionable en relación con el art. 14 TRLPI, ciertamente el alumno asume al inicio de sus estudios de doctorado el compromiso de contribuir a la ciencia con su estudio, razón por la cual el interés general modula su derecho de divulgación y justifica que los resultados de la misma deban ser divulgados, ahora bien, en el modo que él decida y cuando este considere adecuadamente concluida su investigación, que será cuando la defienda y entregue a la universidad para su archivo<sup>1029</sup>.

En este contexto, cabe concluir que la tesis doctoral es divulgada tras la aprobación de la misma, es decir, cuando se produce o bien su archivo en formato electrónico abierto por parte de la universidad o bien su publicación a través de una editorial, a elección de su autor. Hasta ese momento, por tanto, no será posible explotar esta obra al amparo del límite de la ilustración.

Al margen de las tesis doctorales, en el ámbito de la investigación pueden llegar a tener una gran relevancia las obras inéditas. Así, podría ser un gran hallazgo encontrar un manuscrito inédito de Adolfo Suárez en el que se relatara que el 23-F no fue como se contó, por ejemplo. En este caso, la importancia de este documento para los historiadores contemporáneos sería fundamental para desarrollar dicha rama del conocimiento, así como también lo sería un poema no divulgado de Federico García Lorca para los estudiosos de la literatura. De hecho, debe recordarse que la exigencia de que la obra haya sido divulgada no

---

<sup>1028</sup> En el mismo sentido, SÁNCHEZ ARISTI, R. entiende que la tesis defendida y archivada habrá sido divulgada, pero no publicada. «Art. 19»..., *cit.*, p. 355.

<sup>1029</sup> Como señala TOMÁS MARTÍNEZ, G., uno de los rasgos que caracteriza a los autores científicos o académicos en contraposición a los literarios es que la razón misma de sus publicaciones es el desarrollo de la investigación y la ciencia. «Docencia e investigación en el marco de la propiedad intelectual», en *El copyright en cuestión*, J. Torres Ripa; J. A. Gómez Hemández (coords.), Bilbao, 2011, p. 84.

En contra, DE ROMÁN PÉREZ, R. considera que hay un consentimiento implícito para que la obra sea accedida por el tribunal y por las personas que la consulten durante el periodo de depósito, pero no para su comunicación pública en abierto en un repositorio. Por ello, entiende que el art. 14.5 RD 99/2011 va en contra del TRLPI en este sentido, de modo que la primera disposición carece de eficacia en este punto. «Propiedad intelectual y acceso abierto a artículos científicos», en *Propiedad intelectual en el siglo XXI: nuevos continentes y su incidencia en el derecho de autor*, I. Espín Alba (coord.), Madrid, 2014, pp. 118-120. En el mismo sentido, CAVANILLAS MÚGICA, S. entiende que todo doctor conserva su derecho de inédito sobre la tesis doctoral, pero que en virtud del art. 31bis TRLPI, es posible la divulgación de una obra para el correcto desarrollo de procedimientos administrativos, como el depósito y consulta de la tesis para su lectura. «Propiedad intelectual y ciencia e la Ley de Economía Sostenible y en la Ley de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación», *pe. i*, nº 41, 2012, p. 34.



se prevé ni en el 10.2) CB ni en el art. 5.3 a) DDASI. De ahí que, con acierto, el legislador alemán haya obviado este requisito en los arts. §60c y 60d UrhG, relativos al uso de obras ajenas en la investigación científica<sup>1030</sup>, así como tampoco se hace referencia expresa a tal requisito en el art. 29 CDPA<sup>1031</sup>. Es cierto, como se señaló previamente, que incluso aunque no se hubiera mencionado la necesidad de que la obra estuviera divulgada, habría que respetar igualmente dicha facultad moral del autor. No obstante, de no existir tal exigencia, habría sido posible sostener que, en ciertos casos, como los expuestos, sería posible explotar una obra inédita al amparo de la excepción de la ilustración, especialmente en el ámbito de la investigación<sup>1032</sup>.

#### 2.1.4.2 Mención del nombre del autor y de la fuente

De acuerdo con la letra d) del art. 32.3 TRLPI, el uso de la obra ajena en la enseñanza y la investigación podrá llevarse cuando «se incluyan el nombre del autor y la fuente, salvo en los casos en que resulte imposible», siempre y cuando se cumplan el resto de exigencias del límite. Ello es consecuencia de la obligación impuesta por los arts. 10.2) CB y 5.3 a) DDASI que establecen la necesidad de que se mencione el nombre del autor y la fuente, salvo que ello no sea posible, de modo que aunque el Estado sea libre para incorporar o no esta excepción, de optar por su inclusión sí que está obligado a prever esta exigencia<sup>1033</sup>.

Con la misma se pretende que el destinatario de la enseñanza y la investigación identifique los «pequeños fragmentos» o las reproducciones «parciales» que provienen de obras ajenas y no los confunda con lo explicado por quien ilustra a través de ellos<sup>1034</sup>, respetando así el derecho de paternidad de tales fragmentos. De este modo, se promueve el

---

<sup>1030</sup> Sobre esta cuestión, *vid. supra* subepígrafe 4.1.1 del Capítulo II.

<sup>1031</sup> El precepto en cuestión, analizado *supra* subepígrafe 4.1.2 del Capítulo II, requiere que el acto de explotación de la obra ajena sea constitutivo de *fair dealing* o uso honesto. Ciertamente, uno de los criterios valorados por los tribunales para su análisis es si la obra ha sido publicada con anterioridad o no, siendo menos probable que se supere el test de «honestidad» en el segundo supuesto. No obstante, ello no impide que las circunstancias del caso concreto conduzcan al tribunal a una conclusión distinta, pues todos los criterios de apreciación del *fair dealing* deben ser valorados en su conjunto, pudiendo compensarse unos con otros.

<sup>1032</sup> De hecho, esta circunstancia ya se da en relación con otras excepciones, como la prevista en el art. 31bis o 37 TRLPI. En el mismo sentido, la propuesta de redacción de la excepción elaborada por PLAZA PENADÉS, J. y ORDUÑA MORENO, J. no exige que la obra utilizada en la enseñanza y en la investigación haya sido previamente divulgada. Anexo V de las Alegaciones..., *op. cit.*

<sup>1033</sup> Así se desprende de la literalidad de la excepción prevista en el CB y la DDASI. El art. 10.3) CB señala que los usos autorizados por el mismo precepto en los apartados anteriores «deberán mencionar la fuente y el nombre del autor, si este nombre figura en la fuente» (la cursiva es nuestra). Por su parte, el art. 5.3 a) DDASI establece que la explotación de obras ajenas en la enseñanza y en la investigación será lícita «*siempre que*, salvo en los casos en que resulte imposible, se indique la fuente, con inclusión del nombre del autor» (la cursiva es nuestra). Sobre la distinta redacción de este requisito en el CB y la DDASI, *vid. supra* subepígrafe 3.2.5 del Capítulo II.

<sup>1034</sup> En el mismo sentido, RIBERA BLANES, B., «La nueva regulación...», *cit.*, p. 695.

acceso a dichas obras, aumentando así su fama y los beneficios económicos que pueda reportar al autor, así como se consigue que el destinatario de la enseñanza o la investigación aumente sus conocimientos sobre la materia en cuestión.

No obstante, la doctrina española ha advertido que este requisito, también previsto en relación con la cita, ha sido configurado de forma distinta en uno y otro supuesto. Efectivamente, del literal del límite de la cita se desprende que la mención del nombre del autor y de la fuente ha de llevarse a cabo en todo caso, mientras en la ilustración de la enseñanza se admite la licitud del acto sin dicha mención cuando la misma resulte imposible<sup>1035</sup>. Ello se debe a una incompleta transposición de este requisito en el ámbito de la cita por parte del legislador español, pues el art. 5.3 d) DDASI también exige de la obligación de realizar tal indicación «en los casos en que resulte imposible»<sup>1036</sup>, al igual que en la excepción de la ilustración. A pesar de tal divergencia en la regulación española de estas excepciones, no se puede exigir a un sujeto la realización de un acto imposible, de modo que el requisito en cuestión será exigible en los mismos supuestos tanto en la cita como en el límite de la ilustración, esto es, cuando ello sea posible tanto por razones prácticas como jurídicas<sup>1037</sup>.

Como se ha señalado, la indicación de la fuente siempre será posible, pues el que usa una obra ajena sabe en todo momento de dónde procede. En cuanto al nombre del autor, la doctrina ha identificado varios supuestos en los que no es posible llevar a cabo su mención por razones prácticas: las obras colectivas, en las que no es posible identificar al autor de cada parte; las conferencias o lecciones orales, pues la continua indicación de la fuente y el nombre del autor privarían de sentido y fluidez a aquellas y las obras en colaboración en las que colaboren un gran número de autores, bastando, por tanto con la referencia genérica AAVV<sup>1038</sup>. Asimismo, a estos supuestos habría que añadir las obras que se ponen a disposición del público en internet sin indicación alguna sobre su autoría. Esto es lo que sucedió, precisamente, en el *caso Córdoba*<sup>1039</sup>. En cuanto a la razón jurídica que justifica la no mención del autor, la decisión del creador de dar a conocer su obra en el anonimato o bajo pseudónimo impide que quien

---

<sup>1035</sup> En la propuesta de redacción del límite elaborada por PLAZA PENADÉS, J. y ORDUÑA MORENO, J. tampoco se prevé la posible no mención de la fuente, como en el ámbito de la cita. Anexo V de las Alegaciones..., *op. cit.*

<sup>1036</sup> Asimismo, el art. 10.3) CB que contiene esta exigencia es de aplicación tanto al límite de la ilustración como al de la cita.

<sup>1037</sup> En el mismo sentido, LÓPEZ MAZA, S., «Art. 32»..., *cit.*, p. 634. En contra, parte de la doctrina consiera que hubiera sido más adecuado mantener la regulación prevista en la cita. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., «Art. 32...», *cit.*, p. 597, a quien sigue RIBERA BLANES, B., «La nueva regulación...», *cit.*, p. 696, nota 12.

<sup>1038</sup> *Vid.*, por todos, GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., *El derecho de autor...*, *cit.*, pp. 444 y 445.

<sup>1039</sup> *Vid. supra*, subepígrafe 3.2.5.2 del Capítulo II.

ilustre la enseñanza o la investigación revele su identidad en contra de su voluntad. Se trata, en definitiva, de respetar el derecho moral de paternidad del autor, que precisamente fundamenta la exigencia de la mención de su nombre, en su vertiente negativa<sup>1040</sup>. Asimismo, cabría alegar como causa legal de imposibilidad de tal indicación la propia finalidad perseguida con el establecimiento del límite en cuestión. Mientras que el fin de la investigación exige con mayor rigor que se reconozca la autoría de las obras ajenas que han servido para el desarrollo de la propia, la efectiva consecución de la finalidad de la enseñanza podría verse truncada con la mención del nombre del autor en el caso fundamentalmente de los exámenes. Efectivamente, en ciertas pruebas de evaluación lo que se pretende es que sea el propio alumnado el que identifique la paternidad de la obra y la propia obra en sí. De modo que, en estos casos, no podría llegarse a la conclusión de que el docente que elaborara un examen de este tipo infringe esta facultad moral del autor, pues lo que pretende, precisamente, es que la autoría sea reconocida por el alumnado. No obstante, no dejamos de reconocer que es posible que, en una interpretación restrictiva de la excepción, los tribunales no admitieran esta posibilidad. Por ello, consideramos que tendría que haber sido incorporada por el legislador español, al igual que se ha introducido en el §63(1) UrhG.

#### 2.1.5 La interpretación del límite conforme al art. 40bis TRLPI: «la regla de los dos pasos»

La denominada regla de los tres pasos fue incorporada como disposición común aplicable a todos los límites previstos en el Capítulo II del Título II del Libro I TRLPI a raíz de la transposición de la DBD en el año 1998 y no ha sido modificada desde entonces.

Al igual que los legisladores francés e italiano<sup>1041</sup>, el art. 40bis TRLPI elude la primera de las etapas, probablemente porque se considera que los límites previstos en dicha norma son «determinados casos concretos»<sup>1042</sup>, lo que no genera ninguna duda en el ámbito de la excepción de la ilustración, dada la cantidad de requisitos y restricciones que la configuran. De ahí que se haya denominado a esta norma en el ámbito español como la «regla de los dos

---

<sup>1040</sup> Sobre la misma, *vid.* MARTÍNEZ ESPÍN, P., *op. cit.*, pp. 236 y 237.

<sup>1041</sup> Recuérdese, no obstante, que esta regla en el ámbito italiano se preveía únicamente en relación con las excepciones que contemplaran el derecho de puesta a disposición del público. Sobre ello, *vid. supra* letra a) del Subepígrafe 3.2.6.3 del Capítulo II.

<sup>1042</sup> Según XIOL RÍOS, J. A., la no previsión de la primera etapa del test en el caso español es consecuencia de que el art. 40bis TRLPI tiene como destinatario al juez y no al legislador. «La regla de los tres pasos en la jurisprudencia española», en *Los derechos de propiedad intelectual en la obra audiovisual*, X. O'Callaghan (coord.), Madrid, 2011, pp. 377 y 378.

pasos»<sup>1043</sup>. Así, el precepto en cuestión establece que «los artículos del presente capítulo no podrán interpretarse de manera tal que permitan su aplicación de forma que causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o que vayan en detrimento de la explotación normal de las obras a que se refieran»<sup>1044</sup>. Se trata, por tanto, de una regla de interpretación que el legislador aporta al juzgador a la hora de aplicar las excepciones del TRLPI<sup>1045</sup>. Ahora bien, ¿se trata de una regla de interpretación restrictiva en todo caso?

Aunque con carácter general, la jurisprudencia española ha aplicado esta regla como un criterio adicional de legitimación del uso autorizado por la excepción que exige una interpretación restrictiva de las limitaciones<sup>1046</sup>, de sus orígenes y de su literalidad entendemos que el art. 40bis TRLPI debe aplicarse como la balanza que permite equilibrar los intereses reflejados en las excepciones previstas por el legislador, así como herramienta para subsanar o corregir, en cierto modo, el conflicto régimen abierto de derechos vs. régimen cerrado de excepciones previamente analizado<sup>1047</sup>. En favor de esta postura, cabe destacar que el precepto

---

<sup>1043</sup> En el mismo sentido y por todos, *vid.* RODRÍGUEZ TAPIA, J. M., «Art. 40bis LPI», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, J. M. Rodríguez Tapia (dir.), Cizur Menor, 2007, p. 344.

<sup>1044</sup> Sobre la interpretación de estos pasos, *vid. supra* subepígrafe 3.2.6.2 del Capítulo II.

<sup>1045</sup> Ello es valorado positivamente por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Las limitaciones y excepciones...», *cit.*, p. 27.

<sup>1046</sup> De forma clara se desprende esta consideración del FD tercero SAP Madrid de 6 de julio de 2007, AC 2007\1146: «Además, aunque la demandada consiguiera superar ese filtro, todavía habría que considerar que el artículo 40 bis de la LPI (RCL 1996, 1382), introducido por Ley 5/1998, de 6 de marzo (RCL 1998, 620), de incorporación de la Directiva 96/9/CE (LCEur 1996, 640) (y que habría que relacionar con el artículo 13 del acuerdo ADPIC y con el artículo 10 del Tratado de la OMPI [RCL 1995, 192]), establece otro obstáculo adicional, cuál es que los preceptos relativos a los límites de los derechos de explotación de la propiedad intelectual -establecidos en los artículos 31 a 40 de la LPI- no podrán interpretarse de tal manera que causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o que vayan en detrimento de la explotación normal de la obra a que se refieran. Lo que desde luego pugnaría con un entendimiento excesivamente amplio de la limitación a que se refería el artículo 32.2 de la LPI». En el caso en cuestión, la entidad Periodista Digital SL copiaba a diario parte de los contenidos del diario «El Mundo del Siglo Veintinuno» y la página web elmundo.es. Ante la demanda interpuesta contra la primera entidad, esta alegó que su conducta era subsumible en el art. 32.2 TRLPI sobre las recopilaciones de prensa. No obstante, la Audiencia finalmente falló en su contra.

Del mismo modo se expresa la AP Barcelona en su sentencia de 3 de mayo de 2010, AC 2010\1025, en el conocido *caso Sé lo que hicisteis*. Los hechos que traían causa a este litigio consistían en la reproducción de fragmentos de programas de Telecinco por parte de la Sexta en su programa de zapping «Sé lo que hicisteis». A raíz del análisis de la excepción del art. 33.1 TRLPI sobre trabajos y artículos de actualidad, la Audiencia señaló en su FD duodécimo que «no debe olvidarse que, conforme dispone el art. 40bis TRLPI, la interpretación de los preceptos que establecen los límites a los derechos de propiedad intelectual ha de ser tal que no permita su aplicación de forma que causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos o que vayan en detrimento de la normal explotación de las obras a que se refieran, de modo que dicha interpretación debe ser restrictiva, criterio que aplicamos aquí en relación con los fines que legitimarían la difusión de prestaciones ajenas sobre temas de actualidad (que hemos considerado un requisito implícito en el art. 33.1, al entender que requiere unos fines puramente informativos), criterio que aplicamos aquí en relación con los fines que legitimarían la difusión de prestaciones ajenas sobre temas de actualidad (que hemos considerado un requisito implícito en el art. 33.1, al entender que requiere unos fines puramente informativos), y que sería aplicable también respecto del contenido atribuible al concepto "temas de actualidad" a que se refiere el art. 33.1 TRLPI, evitando así que una interpretación demasiado amplia pueda vaciar de contenido los derechos de propiedad intelectual».

<sup>1047</sup> *Vid. supra* subepígrafe 2.1.1.1 del presente Capítulo.

en cuestión impide que se haga una interpretación de las excepciones «de manera tal» que causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o que vayan en detrimento de la explotación normal de las obras a que se refieran. En consecuencia, la regla establece que debe tenerse en cuenta la figura del autor, sus derechos e intereses en la interpretación de las excepciones, lo que no excluye que se atienda al interés general que las justifique. De este modo, la norma viene a exigir que no solo se tenga en cuenta la finalidad perseguida con el establecimiento de la excepción en favor de los beneficiados por la misma, sino también y en especial, los del autor o titular de derechos correspondiente. En consecuencia, la regla de interpretación prevista en el art. 40bis TRLPI lo que exige es que se haga un análisis de proporcionalidad del uso de la obra ajena al amparo de una excepción, lo que no implica que esta pueda ser interpretada de forma amplia, sino que en su marco, los jueces puedan moverse con cierta libertad<sup>1048</sup>.

Ello parece desprenderse de la sentencia más polémica que se ha dictado en relación con el art. 40bis TRLPI por parte del TS. En concreto, en el conocido *caso Google* o *caso Megakini*<sup>1049</sup>, el titular de la página web Megakini demandó a la empresa Google por la reproducción de fragmentos aislados de la página y acceso a la copia caché al ofrecer los resultados de la búsqueda. Admitiendo el Alto Tribunal que los actos llevados a cabo por Google no podían quedar amparados por el art. 31.1 TRLPI, declaró que «no es menos cierto que el art. 40 bis LPI, como disposición común a todas las del capítulo primero del título III, (...), tiene un valor interpretativo no solo y exclusivamente negativo ( "Los artículos del

---

<sup>1048</sup> En el mismo sentido, XIOL RÍOS, J. A. señala que «la finalidad de la regla de los tres pasos no es, en consecuencia, una finalidad restrictiva, sino una finalidad de equilibrio y conciliación entre los derechos de autor y los principios y derechos constitucionales que garantizan la difusión de la cultura». *Op. cit.*, p. 388. De forma similar lo entiende CASAS VALLÉS, R., «Art. 40bis»..., *cit.*, p. 816.

Manifiestamente en contra de esta postura, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. señala que «desconocimiento este de nuestro sistema —el del Derecho comunitario— de numerus clausus de las limitaciones o excepciones a la propiedad intelectual, que se pretende también por algún sector de la doctrina cuando considera que la recepción de la regla de los tres pasos en el artículo 40 bis LPI no debe entenderse como un principio restrictivo sino como un principio de equilibrio con los principios constitucionales que propugnan la difusión de la cultura. Frente a semejantes interpretaciones del artículo 40 bis importa insistir en que las limitaciones o excepciones de la propiedad intelectual admitidas por nuestra LPI constituyen un numerus clausus que no admite ampliación alguna, que la doctrina del fair use es ajena a nuestro Derecho y que la regla de los tres pasos sólo puede valer para restringir el alcance de algunos de los supuestos de ese numerus clausus cuando el mismo pueda entrar en contradicción con la misma». «Las limitaciones y excepciones...», *cit.*, p. 28.

<sup>1049</sup> Dicho asunto fue resuelto mediante STS de 3 de abril de 2012, RJ 2012\5272. La comentan, entre otros, CÁMARA ÁGUILA, P., «L'application du test des trois étapes par le Tribunal Supremo Espagnol: l'affaire Google», en *Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas*, C. Bernault; J.-P. Clavier; A. Lucas-Scholotter; F.-X Lucas (dirs.), París, 2014, pp. 99 y ss.; SERRANO FERNÁNDEZ, M., «La doctrina del ius usus inocui y el principio de prohibición del abuso del derecho en el ámbito de la propiedad intelectual. Comentario a la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 3 de abril de 2012 (RJ 2012, 5272)», *RdP*, nº 32, 2013, pp. 469 y ss. y XALABARDER PLANTADA, R., «Spanish Supreme Court Rules in Favour of Google Search Engine...and a Flexible Reading of Copyright Statutes?», *JIPITEC*, nº 3, 2012, pp. 162 y ss.

presente capítulo no podrán interpretarse..." ), *sino también positivo*, en cuanto enuncia los principios que justifican la propia excepcionalidad de los límites o, si se quiere, la necesidad de la licencia del autor como regla general (...). *Esto permite que la denominada regla, prueba o test "de los tres pasos" contenida en el art. 40bis pueda considerarse como manifestación especial en la LPI de la doctrina del ius usus inocui, del principio general del ejercicio de los derechos conforme a las exigencias de la buena fe (art. 7.1 CC), del principio asimismo general de la prohibición del abuso del derecho o del ejercicio antisocial del mismo (art. 7.2 CC) y de la configuración constitucional del derecho de propiedad como derecho delimitado*, lo que a su vez exige, en caso de litigio, que el tribunal analice la concreta pretensión del autor demandante para comprobar si en verdad la reproducción puede causar algún perjuicio a sus intereses "legítimos", por remoto o indirecto que sea este perjuicio, o bien atentar contra la explotación "normal" de su obra, o, por el contrario, favorece esos mismos intereses y esa misma explotación "normal", pues de suceder esto último la pretensión formalmente amparada en la letra del art. 31 LPI y en el carácter cerrado de un sistema de excepciones carecerá de amparo en el ordenamiento jurídico por estar dirigida en realidad no a la protección del derecho de autor, finalidad del catálogo exhaustivo o cerrado de excepciones, sino a perjudicar al demandado no solo sin obtener el autor provecho alguno sino incluso sufriendo él mismo el perjuicio de una menor difusión de su página web» (la cursiva es nuestra).

De este modo, el TS corrigió el exceso en el que había incurrido la AP de Barcelona en la sentencia que precedió la casación, pues la Audiencia había interpretado erróneamente que el art. 40bis TRLPI permitía crear nuevas excepciones al margen del *numerus clausus* previsto en la legislación española<sup>1050</sup>. En cambio, el TS declaró que el art. 40bis TRLPI no es un mecanismo de apertura del sistema de excepciones, sino que es la vía que el legislador de propiedad intelectual ha escogido para trasladar los principios generales del *ius usus inocui*, el abuso de derecho o la actuación de buena fe al ámbito de los derechos de autor<sup>1051</sup>.

---

<sup>1050</sup> Así se desprende del FD 3º de la SAP de Barcelona de 27 de septiembre de 2008, JUR 2012\150848. Especialmente crítico a esta sentencia se manifiesta BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Las limitaciones y excepciones...», *cit.*, p. 27. En cambio, XIOL RÍOS, J. A. considera que la interpretación que hace la Audiencia de la regla de los tres pasos es acorde con su postura. *Op. cit.*, p. 383.

<sup>1051</sup> Así deriva de la afirmación de que «esto permite que la denominada regla, prueba o test "de los tres pasos" contenida en el art. 40bis pueda considerarse como *manifestación especial en la LPI* de la doctrina del *ius usus inocui*, del principio general del ejercicio de los derechos conforme a las exigencias de la buena fe (art. 7.1 CC), del principio asimismo general de la prohibición del abuso del derecho o del ejercicio antisocial del mismo (art. 7.2 CC) y de la configuración constitucional del derecho de propiedad como derecho delimitado» (la cursiva es nuestra). En cuanto a ello, CÁMARA ÁGUILA, P. considera que habría bastado con la aplicación de los principios generales del Derecho señalados, no siendo necesario acudir al art. 40bis TRLPI. «L'application du

La aplicación de esta acertada interpretación del art. 40bis TRLPI al límite de la ilustración permitiría compensar el desequilibrio generado por la no inclusión del derecho de transformación en el art. 32.3 y 4 TRLPI. Así, podría llegar a admitirse la traducción o el resumen de parte de una obra ajena en la enseñanza y en la investigación de acuerdo con los requisitos previstos en la limitación de la ilustración siempre y cuando, además, no se afectara a la explotación normal de la obra y no se perjudicaran de forma injustificada los legítimos intereses del autor y otros titulares de derechos. Asimismo, la aplicación de la regla contenida en el art. 40bis TRLPI habría sido el instrumento adecuado para determinar caso por caso si el uso de determinadas obras, como las partituras o las obras de un solo uso, podría quedar amparado en el art. 32.3-4, por concluirse que, aunque en abstracto tal explotación de acuerdo con el límite de la ilustración podría afectar a su mercado natural, en el caso concreto no se atendería contra los intereses de los autores. No obstante, y como fue criticado previamente, el legislador ha sido tajante al respecto y ha excluido tales obras del ámbito de aplicación de la excepción en el art. 32.5 TRLPI<sup>1052</sup>.

En consecuencia, a pesar del respiro que una interpretación adecuada del test de las tres etapas podría suponer, la rigidez de los términos empleados por el legislador en la regulación del límite de la ilustración con fines educativos y de investigación deja poco margen de actuación a los juzgadores para adecuar la farragosa y restrictiva redacción de la excepción objeto de estudio a las realidades educativa y de investigación.

## 2.2 La modalidad no remunerada: el art. 32.3 TRLPI como reforma del anterior 32.2 TRLPI

En palabras del entonces Ministro de Educación, Ignacio Wert Ortega, «la filosofía inspiradora de esta modificación (la de la excepción de la ilustración en su versión no

---

test...», *cit.*, p. 103. No obstante, entiende la misma autora que la aplicación del principio *de minimis no curat lex* al ámbito del ejercicio de los derechos patrimoniales del autor podría impedir que el titular de derechos solicitara una indemnización por daños y perjuicios, pero en ningún caso perdería su derecho a exigir la cesación del uso de su obra, aunque fuera mínimo. *Ibid.*, p. 104. Consideramos que, si ello fuera así, la aplicación del principio general señalado no tendría el mismo efecto en sede de derechos de autor que en el resto de derechos subjetivos, de modo que, a diferencia de lo que señala la autora, el test de las tres etapas sí podría jugar un papel importante. LÓPEZ MAZA, S. califica esta interpretación de «extrema», entendiendo el autor que el test solo puede llevar a una interpretación restrictiva de las excepciones. «La posibilidad de utilización...», *cit.*, p. 320. Por su parte, CASAS VALLÉS, R. entiende que esta STS deja intacta la doctrina tradicional sobre el papel de la prueba de los tres pasos en el sistema de límites a la propiedad intelectual en España. «Art. 40bis...», *cit.*, p. 818. En cambio, XALABARDER PLANTADA, R. ve en esta resolución una puerta para la flexibilización del sistema de límites y su posible aplicación a nuevos medios de explotación y usos no específicamente previstos en el texto de las excepciones. «Spanish Supreme Court...», *cit.*, p. 166.

<sup>1052</sup> *Vid. supra*, subepígrafe 2.1.3.3 del presente Capítulo.

remunerada) es una ampliación del llamado derecho de cita de la ilustración científica y académica en varios sentidos. El primero de ellos, el *extenderlo a todas las enseñanzas, regladas y no regladas*; el segundo, el *no limitarlo a los recintos académicos, es decir, sacar del aula el derecho de cita*, por tanto permitir su utilización en cualquier ámbito en el que esté *incluido, obviamente el de las enseñanzas on line*, y también establecer una modalidad de uso docente de este derecho de cita, de la *utilización de pequeños fragmentos de obras científicas o académicas cuando se enlace a webs en las que se ofrece legalmente el contenido de que se trate*» (la cursiva es nuestra)<sup>1053</sup>.

Al margen de la errónea calificación de la excepción como «cita», la justificación de la reforma de la excepción de la ilustración dada por el Ministro de Educación en la presentación del proyecto de ley ante el Congreso revela la intención del legislador de atender a las críticas que había venido recibiendo el límite conforme a su redacción de 2006, en especial, en relación con la limitación de su ámbito de aplicación a la «educación reglada»<sup>1054</sup> y a la realización de los actos de explotación «en las aulas»<sup>1055</sup>, pero manteniendo sus elementos esenciales. Así quedó reflejado, igualmente, en la Exposición de motivos de la Ley 21/2014<sup>1056</sup>.

El art. 32.3 TRLPI conserva varios de los rasgos que caracterizaban al anterior art. 32.2 TRLPI: se limitan los derechos de reproducción, comunicación pública y distribución; únicamente se puede explotar un «pequeño fragmento» de la obra ajena y obras completas de carácter plástico o fotográfico, siempre y cuando hayan sido previamente divulgadas y, salvo que resulte imposible, se indique el nombre del autor y la fuente. Aunque el art. 32.2 TRLPI no lo preveía de forma explícita, el límite en cuestión no llevaba aparejada remuneración alguna al autor, de modo que los usos realizados a su amparo eran gratuitos. Esta característica se mantiene en la actualidad, pero para distinguirla del novedoso art. 32.4 TRLPI, se

---

<sup>1053</sup> DS. Congreso de los Diputados, nº194 de 10/04/2014, p. 27.

<sup>1054</sup> Sobre ello, *vid. infra* letra a) del subepígrafe 2.2.1.1 del presente Capítulo.

<sup>1055</sup> En cuanto a dicho requisito, *vid. infra* letra b) del subepígrafe 2.2.1.1 de este Capítulo.

<sup>1056</sup> De acuerdo con el apartado III de dicha Exposición de motivos, «la actual regulación de la cita e ilustración de la enseñanza *queda prácticamente inalterada* con el alcance actual respecto a pequeños fragmentos de obras, salvo en el supuesto de obras en forma de libros de texto, manuales universitarios y publicaciones asimiladas, así como respecto a obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo. *Simplemente se produce una modificación respecto al ámbito de aplicación de la citada excepción, que a partir de ahora no se circunscribirá a las aulas* sino que se contempla de manera general para cubrir otros tipos de enseñanza como la enseñanza no presencial y en línea» (la cursiva es nuestra).



contempla expresamente en el último párrafo del art. 32.3 TRLPI<sup>1057</sup>. Como novedades, se incorporan los fines de investigación científica; un complejo, restrictivo e incomprensible régimen de uso de libros de texto y manuales universitarios, como se tendrá ocasión de analizar, y se permite el uso de obras ajenas en la enseñanza a distancia.

Antes de pasar al estudio de cada uno de estos elementos, conviene destacar que el art. 32.3 TRLPI señala que los sujetos amparados por la limitación «no necesitarán autorización del autor o *editor*» para realizar los actos de explotación referidos en dicha limitación, no teniendo derecho a remuneración por los mismos «los autores y *editores*» (la cursiva es nuestra). ¿Podría interpretarse, *a sensu contrario*, que el resto de titulares de derechos que no sean editores tendrían derecho a una remuneración? Evidentemente, la respuesta debe ser negativa y ello es así, por las siguientes razones. En primer lugar, porque a excepción de las obras excluidas del ámbito de aplicación de la excepción de acuerdo con el art. 32.5 TRLPI, la modalidad no remunerada del límite permite el uso de todo tipo de obras, de modo que no solo los editores, sino también los productores de fonogramas, los audiovisuales, los artistas intérpretes y ejecutantes, etc., ven limitados sus derechos con esta limitación<sup>1058</sup>. No tendría sentido que no se exigiera remuneración por estos usos en favor del autor y del editor y en cambio sí fuera así para el resto de titulares de derechos. Y, en segundo lugar, porque la remuneración aparejada a las excepciones debe preverse en la propia limitación. En definitiva, la técnica legislativa en este caso no ha sido rigurosa y refleja el clima de tensión entre las universidades y CEDRO, pues la incorporación de este concreto titular de derechos en el precepto se produjo en el proyecto de ley de reforma presentado el 21 de febrero de 2014<sup>1059</sup>, después de publicarse las resoluciones judiciales que resolvieron los litigios entre dichas instituciones<sup>1060</sup>.

---

<sup>1057</sup> Según el mismo, «los autores y editores no tendrán derecho a remuneración alguna por la realización de estos actos». Precisamente la ausencia de remuneración es lo que lleva a CAVANILLAS MÚGICA, S. a calificar esta modalidad del límite como la «excepción pura». «El uso educativo...», *cit.*, p. 158.

<sup>1058</sup> Precisamente por ello, fueron varias las enmiendas de distintos grupos parlamentarios en las que se proponía la sustitución de los «editores» por los «titulares de derechos». Entre ellas, *vid.*, en el Congreso, Enmiendas nº37 del Grupo Parlamentario de IU, ICV-EUiA, CHA: La Izquierda Plural y nº139 del Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió). BOCG. Congreso de los Diputados, Serie A, nº81-2 de 09/07/2014, pp. 53, y 151, respectivamente; y en el Senado, nº19 de la senadora Ester Capella i Farré (GPMX) y nº67 del Grupo Parlamentario Entesa pel Progrés de Catalunya (GPEPC). BOCG. Senado, nº401 de 22/09/2014, pp. 241 y 278, respectivamente.

<sup>1059</sup> Ninguna de las tres versiones del anteproyecto hacía referencia al editor.

<sup>1060</sup> En cuanto a ello, *vid. supra* epígrafe 1 del presente Capítulo. También critica la falta de rigor del legislador a este respecto, RIBERA BLANES, B., «La nueva regulación...», *cit.*, p. 701. LÓPEZ MAZA, S. señala que pueden verse afectados por esta limitación cualesquiera titulares de derechos de propiedad intelectual, y no solo el autor y el editor, aunque sean los únicos a los que se refiere expresamente el art. 32.3 TRLPI. «Art. 32»..., *cit.*, p. 662.

## 2.2.1 Sujetos amparados en función de la finalidad perseguida

De acuerdo con el art. 32.3 TRLPI, «el profesorado de la educación reglada impartida en centros integrados en el sistema educativo español y el personal de Universidades y Organismos Públicos de investigación en sus funciones de investigación científica» son los sujetos amparados por la limitación. Así, pese a que los fines educativos y de investigación se han regulado en un mismo precepto, el legislador español diferencia cada una de esas funciones<sup>1061</sup>, asignando al profesorado de la educación reglada las funciones docentes y al personal de universidades y de los Organismos Públicos de Investigación, el desarrollo de la investigación científica.

### 2.2.1.1 «El profesorado de la educación reglada impartida en centros integrados en el sistema educativo español», tanto en la enseñanza presencial como en la enseñanza a distancia

Sobre la base de una concepción restrictiva de los fines educativos, el legislador recoge como único sujeto amparado para explotar obras en la enseñanza al «profesorado», al colectivo de los docentes que, además, impartan educación reglada en centros integrados en el sistema educativo español. Sigue de este modo la redacción anterior de la excepción, pese a las críticas recibidas por parte de la doctrina al respecto<sup>1062</sup>. La mención en exclusiva de este colectivo trae como consecuencia la exclusión de otros que también pueden necesitar el uso de obras ajenas en la enseñanza, en especial, el alumnado<sup>1063</sup>.

---

<sup>1061</sup> De hecho, en el régimen especial de uso de los libros de textos, manuales universitarios y publicaciones asimiladas se establecen requisitos distintos en función de si el uso de la obra ajena tiene un educativo o de investigación.

<sup>1062</sup> Entre otros y por todos, *vid.* MORENO MARTÍNEZ, J. A., *op. cit.*, p. 411 y 412.

<sup>1063</sup> Lo mismo cabría decir de otros sujetos, como los logopedas o psicólogos de los centros educativos. Asimismo, a diferencia de los sujetos amparados en el ámbito de la investigación, en este caso no se hace mención al «personal» de las instituciones de enseñanza, entre el que podría considerarse incluido el PAS que, por indicación del docente, realizara ciertas fotocopias, por ejemplo. En consecuencia y aunque en la realidad práctica es frecuente este tipo de actos, los mismos no quedarían amparados en la redacción del art. 32.3 TRLPI. En el mismo sentido, VICENTE DOMINGO, E., *op. cit.*, p. 129.

Por su parte, FAJARDO FERNÁNDEZ, J. aboga por una interpretación en sentido lato del precepto, de modo que también se encuentren amparados por la excepción los servicios de reprografía de las universidades que realizan las copias por indicación del profesor. «Defensa y depuración...», *cit.*, pp. 56 y 57.

En contra, consideramos que, además de que el legislador solo ha hecho referencia al «profesorado» en el art. 32.3 TRLPI, la realización de fotocopias por parte de tales servicios tiene una clara finalidad comercial incompatible con la literalidad de la excepción. En el mismo sentido, CÁMARA ÁGUILA, P., «El límite para...», *cit.*, p. 121.

En cuanto a ello, debe recordarse que hasta los acuerdos que desarrollan la excepción pedagógica francesa, límite que puede ser considerado como de los más restrictivos en la materia, permiten que los actos sean realizados por cualquier persona que contribuya a la actividad de enseñanza, formativa o de investigación de los establecimientos amparados por la norma. Así, la excepción española se presenta como tremendamente restrictiva a este respecto. *Vid. supra* letra c) del subepígrafe 3.2.7.1.

De este modo, se ha vuelto a perder la oportunidad de ajustar la limitación a la realidad educativa derivada de la implantación del EEES en el ámbito de la educación superior y a las nuevas metodologías docentes que se aplican en todos los niveles de enseñanza. En la actualidad, el elemento central del proceso educativo se sitúa en la persona del alumno y no en la del docente<sup>1064</sup>, quien, no obstante, sigue desarrollando una función esencial en el desarrollo de dicho proceso<sup>1065</sup>.

Ello se refleja, entre otras metodologías, en el *flipped classroom* o aula invertida, consistente en el cambio de los elementos tradicionales de la lección impartida por el profesor, de modo que la materia no es explicada primero en clase por él y después es estudiada por los alumnos, sino que son estos lo que con carácter previo a la clase trabajan los materiales en casa y, luego, se explican en el aula<sup>1066</sup>. Para ello es necesario, evidentemente, que el profesor seleccione el material adecuado para que el alumnado pueda comprender los elementos esenciales del tema en cuestión, siendo necesaria la distribución o puesta a disposición de materiales de distinto tipo, actos que podrían quedar amparados por la limitación. Pero también es posible que el docente simplemente indique a los estudiantes cuáles son las fuentes de las que extraer la información y les pida que sean ellos mismos los que busquen artículos periodísticos o de investigación, películas, fotografías, etc., relacionados con el tema objeto de estudio. Imagínese que los profesores de lengua y literatura y de historia de un instituto se ponen de acuerdo para explicar la Guerra civil española desde esas dos ramas del saber. El de

---

<sup>1064</sup> Así se desprende del apartado VIII de la Exposición de motivos de la LOU, en el que se establece que los estudiantes son «*protagonistas activos* de la actividad universitaria» (la cursiva es nuestra).

Como señalan SANCHO, T.; BORGES F., «que la formación y la educación estén centradas en el estudiante es un acercamiento más eficiente a la realidad del aprendizaje, y también es la solución más beneficiosa para el estudiante en la sociedad red del siglo xxi. No se trata de preocuparse en dotar a las instituciones educativas o al alumnado de herramientas telemáticas, sino de aplicar el enfoque adecuado para que con dichas herramientas digitales los estudiantes puedan comunicarse desde cualquier lugar, puedan aprender a lo largo de la vida, aprendan en colaboración y desarrollen su competencia informacional». «El aprendizaje en un entorno virtual y su protagonista, el estudiante virtual», en *Evolución y retos de la educación virtual. Construyendo el e-learning del siglo XXI*, B. Gros (ed.), Barcelona, 2011, p. 41.

<sup>1065</sup> La cantidad de información existente en la actualidad hace que la educación ya no pueda basarse en la adquisición de conocimientos, a los que se puede acceder fácilmente, sino en la capacidad de manejarlos. Así, el EEES y el Plan Bolonia pretenden la “emancipación” del estudiante en el proceso de aprendizaje, es decir, que sea “autónomo” y sepa aprender por sí mismo a lo largo de la vida. Ello no significa, no obstante, que este se encuentre solo. Al contrario, el docente debe acompañarle, supervisarle y evaluarle para garantizar que efectivamente pueda desenvolverse en el mundo actual de forma independiente. En cuanto a cómo acompañar al estudiante, *vid.* BAUTISTA, G., «El acompañamiento del estudiante: profesorado para una nueva forma de aprender», en *Evolución y retos de la educación virtual. Construyendo el e-learning del siglo XXI*, B. Gros (ed.), Barcelona, 2011, pp. 51 y ss.

<sup>1066</sup> Junto a esta metodología docente destacan también otras como el aprendizaje basado en proyectos o ABP, cuya aplicación supone la adquisición de conocimientos a través de la elaboración de proyectos para la resolución de problemas por parte de grupos de estudiantes, o la gamificación, que emplea las técnicas y dinámicas del juego en el ámbito de la enseñanza.

lengua y literatura pide a los alumnos de su curso que busquen información sobre la vida y obra del poeta español de mayor relieve que murió en dicho periodo y que escojan dos poemas suyos para analizarlos. El de historia indica a sus estudiantes que deben hacer una línea temporal con los hitos más importantes que dieron lugar al estallido del conflicto, las batallas más importantes del mismo y el resultado de la contienda, pudiendo utilizar imágenes y vídeos. Tras la realización de dichos trabajos, los alumnos de lengua expondrán en clase lo que han aprendido a los alumnos de historia y viceversa. De este modo, se implica al alumnado en el estudio, aprende a identificar las fuentes fiables y a trabajar en equipo, así como se desarrolla su competencia oral y el conocimiento panorámico de la materia. Salvo que los trabajos resultantes de los estudiantes pudieran ser calificados como obras y, en consecuencia, el uso de obras ajenas pudiera ampararse en el límite de cita<sup>1067</sup>, dichos trabajos no podrían ser llevados a cabo porque el art. 32.3 TRLPI únicamente autoriza al «profesorado» a explotar creaciones intelectuales en la enseñanza. Ante tal situación y aunque se haya intentado amparar al alumno en la excepción sobre la interpretación de que en esos casos lleva a cabo una «labor docente» al explicar la materia<sup>1068</sup>, el legislador se ha referido al «profesorado» y a «sus actividades educativas», conceptos que tradicionalmente se contraponen a los de «alumnado» o «estudiantes».

En línea con la importancia que otorga esta metodología docente al alumno, la implantación del EEES supuso la sustitución del crédito antiguo por el crédito ECTS o sistema europeo de transferencia de créditos, siendo el crédito la medida del haber académico en el ámbito universitario. Así, mientras el crédito antiguo se basaba únicamente en las horas lectivas que impartía el profesor, el crédito ECT contabiliza además de las horas lectivas teóricas y prácticas, el tiempo que se aplica a otras actividades académicas dirigidas, como seminarios, proyectos o tutorías, con inclusión de las horas de estudio y de trabajo que el estudiante debe realizar para alcanzar los objetivos formativos en cada caso<sup>1069</sup>. Ello supone un claro reflejo del cambio de paradigma acerca de lo que debe entenderse por enseñanza. En el crédito antiguo, la educación era entendida como la transmisión de conocimientos del

---

<sup>1067</sup> Aunque pueda ser difícil que la creación del alumno sea original y, por tanto, pueda ser una obra propia a los efectos del límite de cita, ello no es imposible y habrá de determinarse caso por caso. En el mismo sentido, RIBERA BLANES, B., «La nueva regulación...», *cit.*, p. 704. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. considera que, en principio, las intervenciones en clase de los alumnos y sus trabajos carecen de altura creativa. «Reprografía de libros...», *cit.*, p. 376.

<sup>1068</sup> Así, LÓPEZ MAZA, S., «Art. 32»..., *cit.*, p. 667.

<sup>1069</sup> Así lo define el art. 3 Real Decreto 1125/2003, de 5 de septiembre, por el que se establece el sistema europeo de créditos y el sistema de calificaciones en las titulaciones universitarias de carácter oficial y validez en todo el territorio nacional. Al ser la misma la unidad de medida de las asignaturas en los 49 Estados integrantes del EEES, el sistema del ECTS ha favorecido la movilidad de los estudiantes y la convalidación de los estudios.

docente al alumno, mientras que en el caso del ECTS, el estudiante asume un papel activo y él, guiado y con la ayuda del profesor, participa en su propio proceso de aprendizaje.

En este contexto, resulta evidente que la excepción objeto de estudio supone un freno para que la enseñanza pueda desarrollarse adecuadamente, pues mientras la regulación educativa exige al alumno su implicación, la de propiedad intelectual le impide explotar obras ajenas para completar su proceso de aprendizaje. Así, el legislador se ha quedado anclado en una concepción trasnochada de la enseñanza y en lugar de seguir a sus homólogos europeos que, con buen criterio, han incluido al alumno como sujeto amparado por la excepción<sup>1070</sup>, ha restringido los sujetos amparados de la excepción al profesorado<sup>1071</sup>.

En nuestra opinión, el legislador ha desaprovechado la oportunidad de adecuar la limitación a las nuevas metodologías docentes y a la realidad de la enseñanza y se ha limitado a reproducir lo que establecía el anterior art. 32.2 TRLPI en relación con los sujetos amparados, sin reparar en que dicho elemento del límite tendría que haber sido modificado y ampliado para que se vieran acogidos como sujetos amparados todos aquellos que intervengan en el proceso educativo. Recuérdese a este respecto que los arts. 10.2) CB y 5.3 a) DDASI no especifican los colectivos que pueden hacer uso de obras ajenas en la enseñanza, permitiéndose de este modo que cualquiera que participara en la educación formal pudiera ampararse en la excepción objeto de estudio, al igual que sucede en las legislaciones nacionales de nuestro entorno jurídico<sup>1072</sup>. De hecho, la versión remunerada de la excepción

---

<sup>1070</sup> Sobre ello, *vid. supra* letra b) subepígrafe 3.2.7.1 del Capítulo II.

<sup>1071</sup> Especialmente crítica con la exclusión del alumno como sujeto amparado por la limitación se manifiesta XALABARDER PLANTADA, R., cuando señala que «¿quiere ello decir que cuando el uso de pequeños fragmentos lo realicen los propios estudiantes de la educación reglada, el límite no surtirá efecto? Una respuesta negativa sería ridícula, vaciaría de contenido al límite y lo dejaría en las antípodas del alcance permitido bajo el art. 5.3 a) de la Directiva 2001/29/CE; y, sin embargo, el articulado sigue refiriéndose tozudamente al “profesorado”». «La reforma del...», *cit.*, p. 132. En el mismo sentido, SAIZ GARCÍA, C., «Art. 32»..., *cit.*, p. 558; PÉREZ MORIONES, A., *op. cit.*, p. 93; VICENTE DOMINGO, E., *op. cit.*, p. 129; RIBERA BLANES, B., «La nueva regulación...», *cit.*, p. 703 y LÓPEZ MAZA, S., «Art. 32»..., *cit.*, p. 667.

Tal es la importancia del alumno en el proceso de aprendizaje que, en el propio Acuerdo entre la CRUE, CEDRO y VEGAP se declara en su apartado III que «la Comunidad Universitaria, entendida como el conjunto de estudiantes, docentes, investigadores y personal de administración y de servicios de la UNIVERSIDAD, requiere para desarrollar su actividad utilizar de muy diversas formas libros y otras publicaciones que cuentan con la protección otorgada por la propiedad intelectual». Aunque este acuerdo tiene por objeto desarrollar la remuneración prevista en el art. 32.4 TRLPI y en nada afecta a la modalidad gratuita del límite que se estudia en este momento, la declaración viene referida al contexto educativo en general.

Por su parte, FAJARDO FERNÁNDEZ, J. considera que todo acto de explotación de una obra que realice un alumno en el contexto de su aprendizaje debe ser consecuencia de la decisión del docente, de modo que la búsqueda independiente de información por su parte sobre un tema y su exposición en clase no debería quedar abarcada por la limitación de la ilustración. «Defensa y depuración...», *cit.*, p. 56.

<sup>1072</sup> De hecho, en el estudio de dicha cuestión se concluyó que hasta sujetos ajenos a los centros educativos podían realizar los actos establecidos en los arts. 5.3 a) DDASI y 10.2) CB siempre y cuando influyeran en el

no se refiere específicamente al profesorado, sino al personal de las universidades, ampliando el abanico de sujetos amparados a otros colectivos entre los que podría incluirse al PAS, técnicos de laboratorio, bibliotecarios, etc.<sup>1073</sup>.

Dicho esto, cabe cuestionarse cuál es el alcance del colectivo del «profesorado». Evidentemente formarán parte de este los profesores que se dediquen profesionalmente a la enseñanza, independientemente de la relación contractual o funcionarial existente o de su categoría. Así, por tanto, quedará amparado por el límite el profesor asociado de universidad cuando utilice obras ajenas en la ilustración de sus clases, pues, aunque no esté titulado en pedagogía y su profesión principal no sea la docente, se reconoce esta categoría docente en el ámbito universitario. Junto a ellos, otras personas no dedicadas a la enseñanza pueden realizar tareas docentes en supuestos concretos, como puede ser un sexólogo en una charla sobre educación sexual en un instituto, un técnico de la universidad que enseña a los estudiantes a utilizar el material de un laboratorio o un abogado que realiza una colaboración docente para desarrollar un tema concreto de su especialización en un máster. Siempre que dichas lecciones o clases se desarrollen en los centros integrados en el sistema educativo español<sup>1074</sup>, consideramos que nada impide que sean considerados como profesores, pues como señala el DRAE, son personas «que ejercen o enseñan una ciencia o arte». En consecuencia, el criterio para determinar si un sujeto es profesor o no a los efectos del art. 32.4 TRLPI no es el de su dedicación profesional a la docencia, sino el de la efectiva impartición de una enseñanza, sea esta tarea realizada de forma habitual o esporádica<sup>1075</sup>.

Una vez determinado el colectivo de sujetos amparados por la excepción, el profesorado, el legislador establece dos requisitos más que deben cumplirse para que el docente pueda utilizar una obra ajena en su labor educativa: de forma restrictiva, se exige que imparta su docencia en el ámbito de la «educación reglada impartida en centros integrados en el sistema educativo español» y de forma amplia, se le permite tal uso «tanto en la enseñanza presencial como en la enseñanza a distancia».

---

proceso de enseñanza, como las editoriales y otros productores que crean obras destinadas a la enseñanza. Sobre ello, *vid. supra* subepígrafe 3.2.7.1.

<sup>1073</sup> En cuanto a esta cuestión, *vid. infra* subepígrafe 2.3.1.1 del presente Capítulo.

<sup>1074</sup> Sobre ello *vid. infra* letra a) del este subepígrafe.

<sup>1075</sup> En el mismo sentido, RIBERA BLANES, B., «La nueva regulación...», *cit.*, pp. 702 y 703. En contra, SERRANO GÓMEZ, E., quien de forma restrictiva considera que el profesorado se compone únicamente de los sujetos que reúnan la condición de profesor reconocida de forma oficial, razón por la que excluye de su consideración a los auxiliares o becarios, aunque colaboren con tareas docentes. «La ilustración...», *cit.*, p. 27.

- a. Alcance de la «educación reglada impartida en centros integrados en el sistema educativo español»

Pese a las innumerables críticas que ya recibió este requisito en la excepción de la ilustración conforme a su redacción en 2006<sup>1076</sup>, el legislador español de 2014 ha decidido mantener la restricción del ámbito de aplicación de la modalidad gratuita del límite a la denominada «educación reglada»<sup>1077</sup>. Solo el profesorado que imparta ese tipo de docencia quedará amparado por la limitación. En consecuencia, resulta determinante conocer el alcance de la «educación reglada», pues los docentes que desarrollen su labor en el ámbito de una educación que no tenga tal carácter no podrá amparar su conducta en esta excepción y deberá, en todo caso, solicitar autorización al autor u otro titular de derechos para poder explotar obras ajenas en el desarrollo de sus clases «no regladas».

Pues bien, llama la atención que la LOE y la LOU, reguladoras de la enseñanza en los distintos niveles educativos, no definen ni lo que es la educación reglada ni lo que deba entenderse por educación no reglada<sup>1078</sup>, así como tampoco lo hace el TRLPI. En este contexto, ¿dónde encontrar una pista de lo que deba entenderse por enseñanza reglada?

---

<sup>1076</sup> Ya en el Dictamen que el Consejo de Estado emitió en 2005 sobre la limitación conforme a su redacción anterior señaló que: «No obstante, el anteproyecto de Ley limita la excepción - más allá de la normativa comunitaria- al profesorado de educación reglada, restricción que no comparte este Consejo de Estado, dada la importancia que la educación no reglada ostenta en la actualidad no sólo por los sectores que abarca (formación continua de trabajadores y empresarios, formación de candidatos al funcionariado y continua del propio funcionariado, idiomas, música, desarrollo sostenible, formación de profesores, sociedad de la información, etc.) sino por su importancia, reconocida entre otras organizaciones por la propia UNESCO». *Op. cit.* El Consejo de Estado ha reproducido dicha crítica en el Dictamen que emitió sobre la reforma de 2014, *op. cit.*, p. 44.

<sup>1077</sup> También fueron muchas las críticas vertidas sobre el carácter reglado que se exige a la educación amparada por la versión no remunerada del límite en sede parlamentaria, como se desprende, entre otras, en el Congreso, de las Enmiendas nº37 del Grupo Parlamentario de IU, ICV-EUiA, CHA: La Izquierda Plural y nº 54 del diputado Joan Tardà i Coma. BOCG. Congreso de los Diputados, Serie A, nº81-2 de 09/07/2014, pp. 53 y 68; y en el Senado, de las Enmiendas nº32 de los senadores Jesús Enrique Iglesias Fernández (GPMX) y José Manuel Mariscal Cifuentes (GPMX) y nº67 del Grupo Parlamentario Entesa pel Progrés de Catalunya (GPEPC). BOCG. Senado, nº401 de 22/09/2014, pp. 252 y 278, respectivamente.

<sup>1078</sup> La única referencia a este respecto se encuentra en el art. 66.4 LOE, de acuerdo con el cual «las personas adultas pueden realizar sus aprendizajes tanto por medio de *actividades de enseñanza, reglada o no reglada*, como a través de la experiencia, laboral o en actividades sociales (...)».

Por otro lado, se ha encontrado una explicación a nivel legal sobre este concepto. En concreto, el art. 4 f) Real Decreto 339/2015, de 30 de abril, por el que se ordenan las enseñanzas de perfeccionamiento y de Altos Estudios de la Defensa Nacional, establece que la enseñanza reglada es «la que se imparte en los centros de la estructura docente del Ministerio de Defensa o en universidades, centros de formación profesional e instituciones educativas, civiles y militares, nacionales o extranjeras con los que se haya acordado su colaboración mediante el correspondiente convenio, de forma presencial, a distancia o semi-presencial, de acuerdo con un currículo». Resulta evidente que esta no puede ser la enseñanza reglada a la que se refiere el art. 32.3 TRLPI, pues ello supondría una restricción inaceptable de la excepción, además de que el propio art. 4 del citado RD señala que sus definiciones lo son a los efectos de interpretación de la propia norma.

De acuerdo con la doctrina que estudió el concepto en cuestión en relación con la excepción de 2006, la educación reglada es aquella que tiene por objeto la obtención de un título oficial<sup>1079</sup>, es decir, la que autoriza a solicitar un título expedido y avalado por el Estado<sup>1080</sup>. A dicha interpretación contribuye la determinación de las instituciones en que debe desarrollarse la enseñanza reglada de acuerdo con la nueva redacción del art. 32.2 TRLPI, «en centros integrados en el sistema educativo español», pues estos son los únicos acreditados por el Estado para impartir la docencia de carácter oficial<sup>1081</sup>.

Las enseñanzas que ofrece el sistema educativo español, en atención al art. 3.2 LOE son la educación básica, compuesta por la enseñanza primaria y la secundaria obligatoria; la educación secundaria postobligatoria, es decir, el bachillerato y la formación profesional; las enseñanzas de régimen especial, esto es, las de idiomas, las artísticas y las deportivas<sup>1082</sup>; la educación de personas adultas y la enseñanza universitaria. Esta última, se estructura en tres ciclos de acuerdo con el art. 37 LOU: grado, máster y doctorado. En consecuencia, la enseñanza reglada es la que se imparte en los centros sometidos al ámbito de aplicación de la LOE y la LOU e incluye todos los niveles educativos. De acuerdo con tales normas, los centros educativos que integran el sistema educativo español pueden ser tanto públicos como

---

<sup>1079</sup> Así, entre otros, PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., «Art. 32»..., *cit.*, p. 596; ORTEGA DÍAZ, J. F., *op. cit.*, p. 90 y SANJUÁN RODRÍGUEZ, N., *op. cit.*, p. 90.

Además de por la obtención de una titulación oficial, la enseñanza reglada se caracteriza por basarse en un currículo prefijado por el Gobierno, de acuerdo con el Capítulo III del Título Preliminar LOE (objetivos, contenidos, criterios de evaluación, etc. para cada uno de los niveles educativos); los docentes que la imparten deben acreditar una serie de requisitos y formación específica, según lo previsto en los Títulos III LOE y IX LOU; y están sometidas al control de calidad del Estado, como deriva de los Títulos VI y VII LOE y V LOU. De este modo describe la enseñanza reglada NÚÑEZ ZORRILLA, C., *El contrato de enseñanza no reglada*, Madrid, 2006. Se ha accedido a la obra a través de Vlex, plataforma en la que no se señalan las páginas de la obra. Por ello, haremos referencia al capítulo de donde se ha extraído la información. En este caso, se trata del Capítulo II titulado «Marco conceptual de la enseñanza no reglada».

<sup>1080</sup> Ello deriva de lo previsto en el art. 35.1 LOU, según el cual los títulos universitarios de carácter oficial tienen validez en todo el territorio nacional y son expedidos en nombre del Rey por el Rector de la universidad correspondiente.

<sup>1081</sup> A tenor del art. 2bis.1 LOE, el sistema educativo español es «el conjunto de Administraciones educativas, profesionales de la educación y otros agentes, públicos y privados, que desarrollan funciones de regulación, de financiación o de prestación de servicios para el ejercicio del derecho a la educación en España, y los titulares de este derecho, así como el conjunto de relaciones, estructuras, medidas y acciones que se implementan para prestarlo».

De hecho, IGLESIAS, M. J. señalaba en relación con el límite de la ilustración conforme a su versión de 2006 que habría sido preferible que el legislador se refiriera a las instituciones del sistema educativo español, al igual que en el art. 37 TRLPI, en lugar de a la educación reglada. *Op. cit.*, p. 331. Del mismo parecer se mostraron MORENO MARTÍNEZ, J. A., *op. cit.*, p. 415 y DELGADO PORRAS, A., *op. cit.*, p. 29.

Mantienen esta postura conforme al límite actual, entre otros, SAIZ GARCÍA, C., «Art. 32»..., *cit.*, p. 558; PÉREZ MORIONES, A., *op. cit.*, p. 92 y LÓPEZ MAZA, S., «Art. 32»..., *cit.*, p. 596.

<sup>1082</sup> Su especialidad radica, fundamentalmente, en la existencia de instituciones específicas para su impartición, como los conservatorios de música y danza.



privados<sup>1083</sup>. *A sensu contrario*, la educación no reglada y que, por tanto, no quedará amparada por el límite gratuito de la enseñanza, es aquella que se imparte en empresas privadas y al margen de las exigencias legales previstas en la LOE y la LOU, como academias de repaso, de idiomas o de informática, la formación continua que se oferta en el ámbito de la empresa, la formación en autoescuelas, las escuelas de cocina, las academias privadas de música, danza, teatro, pintura, etc., no acreditadas por el Estado para la concesión de un título oficial, etc<sup>1084</sup>. En estos casos, además, el desarrollo de la enseñanza no se lleva a cabo como concreción del derecho a la educación previsto en el art. 27 CE, sino como actividad empresarial, cuya finalidad comercial jugaría en contra de la aplicación de la excepción<sup>1085</sup>.

Ahora bien, no toda la enseñanza que se desarrolla en las instituciones educativas integrantes del sistema educativo español conduce a la obtención de una titulación oficial. En cuanto a ello, el art. 34.1 LOU establece que «las universidades impartirán enseñanzas conducentes a la obtención de títulos oficiales y con validez en todo el territorio nacional y *podrán impartir enseñanzas conducentes a la obtención de otros títulos*» (la cursiva es nuestra). Así, es frecuente que las universidades oferten lo que se conoce como títulos propios de especialista o de Máster, no sometidos a los mismos procesos de control de calidad que la Administración educativa impone en el ámbito de las titulaciones oficiales. Asimismo, en el ámbito universitario se organizan cursos, tanto para estudiantes como para la formación de los docentes, cuya realización viene acompañada de un certificado<sup>1086</sup>. Dentro de los mismos, destacan los MOOC y los SPOC, cursos *online* que se hacen eco del movimiento de la enseñanza abierta que se ha visto facilitado por las TIC.

Parte de la doctrina ha concluido que los títulos propios no pueden quedar amparados por la excepción de la ilustración debido a que no conducen a la obtención de un título oficial,

---

<sup>1083</sup> Se sigue así el criterio del Considerando 42 DDASI, según el cual la finalidad comercial que impide la aplicación de la limitación no deriva, fundamentalmente, del carácter público o privado de la financiación del centro en el que se imparta la docencia, sino del acto educativo en sí. Ello contrasta con la restricción de la aplicabilidad de la excepción a la investigación que tiene lugar en el ámbito público, como se señaló previamente. *Vid. supra* letra b) del subepígrafe 2.1.2.1 del presente Capítulo.

Por su parte, VICENTE DOMINGO, E. critica este criterio de interpretación cuando se pregunta «por qué ha de sacrificarse el derecho de autor frente a quienes hacen de la enseñanza superior una actividad de lucro». *Op. cit.*, p. 131.

<sup>1084</sup> En el mismo sentido, SAIZ GARCÍA, C., «La reforma...», *cit.*, p. 117.

<sup>1085</sup> Sobre la ausencia de finalidad comercial, *vid. supra* subepígrafe 2.1.2.2 del presente Capítulo.

<sup>1086</sup> Los congresos y jornadas de estudio tienen una finalidad investigadora, más que docente, razón por la cual se regirán por los requisitos específicos previstos en relación con los fines de investigación científica.

aspecto que, según la misma, definía la «educación reglada»<sup>1087</sup>. En contra, algunos autores, aun sobre la base de tal definición, son favorables a la aplicación de la excepción a estas titulaciones, intentando justificar su inclusión atendiendo a la realidad universitaria y a la importancia práctica de este tipo de enseñanza, que, no sometida a los estrictos requisitos de los másteres oficiales, tiene mayor flexibilidad para llegar a acuerdos con empresas y, en consecuencia, suele dar lugar a una mayor empleabilidad del alumnado<sup>1088</sup>. Asimismo, consideramos que tendría poco sentido que un mismo profesor de universidad en su mismo centro de filiación estuviera sometido a dos regímenes diferentes para el uso de obras ajenas en función de la titulación en la que imparta su docencia. No obstante, no es necesario hacer una interpretación amplia del concepto de «educación reglada» para llegar a dicha conclusión, como ha hecho la doctrina tradicionalmente, sino que su conjunción con «las instituciones integradas en el sistema educativo español» debe interpretarse como «enseñanza formal», esto es, la que tiene lugar en entornos organizados y estructurados y reconocidos por la legislación educativa, dedicados específicamente al aprendizaje, y que, por lo general, da lugar a la concesión de una cualificación, oficial o no<sup>1089</sup>.

Ello es así por varias razones. En primer lugar, y como se ha señalado, la legislación educativa no define lo que deba entenderse por educación reglada. La vinculación de esta con la obtención de un título oficial ha sido una interpretación aportada por la doctrina. En segundo lugar, el VIII Convenio colectivo de enseñanza y formación no reglada de 17 de junio de 2017 establece en su art. 2 que «quedan expresamente excluidas del ámbito funcional de aplicación del presente convenio, las empresas autorizadas para impartir cualquiera de las enseñanzas reguladas en la Ley Orgánica 2/2006 de Educación». Aunque la LOE no desarrolla la regulación de la educación universitaria, también quedan excluidas de dicho Convenio las universidades, públicas o privadas, autorizadas para impartir las enseñanzas reguladas en la LOU por remitirse a esta norma la propia LOE. Así, el citado Convenio excluye de su ámbito de aplicación las empresas autorizadas para impartir la docencia regulada en la LOE y la LOU, sin distinción acerca del carácter oficial o no del título al que dé lugar la enseñanza que se desarrolle en las mismas. Es decir, el Convenio excluye todas las universidades públicas y

---

<sup>1087</sup> En el mismo sentido, entre otros, XALABARDER PLANTADA, R., «La reforma del...», *cit.*, p. 131 y LÓPEZ MAZA, S., «Art. 32»..., *cit.*, p. 660. Llega a la misma conclusión CÁMARA ÁGUILA, P., si bien critica esta opción de política legislativa. «El límite para...», *cit.*, pp. 119 y 120.

<sup>1088</sup> Así, SAIZ GARCÍA, C., «Art. 32»..., *cit.*, p. 558; FAJARDO FERNÁNDEZ, J., «Defensa y depuración...», *cit.*, p. 40; SERRANO GÓMEZ, E., «La ilustración...», *cit.*, p. 27; PÉREZ MORIONES, A., *op. cit.*, pp. 92 y 93, en cuanto al límite actual, y MORENO MARTÍNEZ, J. A., *op. cit.*, p. 414 e IGLESIAS, M. J., *op. cit.*, p. 330, en relación con la redacción anterior a la última reforma.

<sup>1089</sup> Sobre los conceptos de enseñanza formal, no formal e informal, *vid. supra* subepígrafe 3.2.2.1.

privadas de su ámbito de aplicación, aunque ofrezcan la docencia de títulos propios. En tercer lugar, la expresión «reglada», de acuerdo con la segunda acepción del DRAE, se refiere a aquello que está «sujeto a precepto, ordenación o regla», y como se ha señalado, los títulos propios pueden ser ofertados al amparo del art. 34.1 LOU y de acuerdo con los requisitos establecidos en tal norma, aunque sean menos exigentes que los previstos en relación con las titulaciones oficiales. Es decir, aunque tales enseñanzas no tengan validez en todo el Estado, el mismo reconoce su existencia y autoriza su implantación en el ejercicio de la autonomía universitaria. En cuarto y último lugar, la modalidad remunerada del límite permite el uso de obras ajenas en las Universidades, sin excluir los títulos propios, careciendo de sentido que se permitiera el uso del capítulo de un libro en un Máster propio, aunque fuera sujeto a remuneración, y en cambio, no se admitiera el uso sin remuneración de un «pequeño fragmento» de la misma obra, de acuerdo con el art. 32.3 TRLPI<sup>1090</sup>.

Dicho argumento es igualmente aplicable al ámbito de los cursos presenciales organizados tradicionalmente por parte de las universidades y los más novedosos MOOC y SPOC, caracterizados por su realización *online*. Ahora bien, debe recordarse, como se señaló previamente, que este tipo de cursos a distancia en red pueden ser ofertados por instituciones educativas o por empresas privadas<sup>1091</sup>. Así las cosas, únicamente sería posible aplicar la versión no remunerada del límite a los MOOC y los SPOC que se creen y oferten en el seno de los centros educativos integrados en el sistema educativo español, pues podrían considerarse ejemplos de «enseñanzas conducentes a la obtención de otros títulos», de acuerdo con el art. 34.1 LOU<sup>1092</sup>.

---

<sup>1090</sup> Asimismo, en la presentación del proyecto de ley ante el Congreso llevada a cabo por el entonces Ministro de Educación, Ignacio Wert Ortega, se señaló que con la modificación de la excepción de la ilustración «se extiende a todas las enseñanzas, regladas y no regladas», DS. Congreso de los Diputados, nº194 de 10/04/2014, p. 27. Ello podría ser revelador de la voluntad del legislador que, no obstante, hizo caso omiso de las enmiendas presentadas por los distintos grupos parlamentarios al efecto y se limitó a reproducir lo que preveía la anterior redacción de la excepción.

En relación con ello, cabe destacar que el portal [www.conlicencia.com](http://www.conlicencia.com) de CEDRO prevé, por un lado, la remuneración derivada de la limitación del art. 32.4 TRLPI en el ámbito de la enseñanza universitaria, y, por otro, la que tiene lugar en el ámbito de la enseñanza no reglada de nivel superior. En este segundo supuesto, el modelo de licencia disponible se refiere a las partes como CEDRO, de un lado, y ACADEMIA, del otro, no siendo esta, por tanto, una universidad.

<sup>1091</sup> Sobre ello, *vid. supra* subepígrafe 3.2.3.3 del Capítulo II.

<sup>1092</sup> Así, entre otras muchas universidades, la Universidad de Alicante tiene un portal de MOOC, el Portal de la Educación Digital del Futuro (UAedf) en el que se ofertan cursos de este tipo desarrollados e impulsados por la propia universidad.

Ciertamente, el apartado b) del Anexo de la Recomendación sobre validación del aprendizaje no formal e informal, el aprendizaje no formal contempla como ejemplo de la enseñanza no formal «el aprendizaje en línea estructurado (por ejemplo, utilizando recursos educativos abiertos)», concepto en el que pueden quedar comprendidos los MOOC y los SPOC y, en consecuencia, no podrán quedar cubiertos por la limitación (*vid. supra* subepígrafe 3.2.2.1 del Capítulo II). No obstante, y con el objeto de adecuar la excepción a la nueva

En conclusión, el profesorado que puede emplear obras ajenas en su enseñanza es aquel que desarrolla sus funciones en el ámbito de la educación formal, es decir, la enseñanza que se desarrolla en los centros que integran el sistema educativo español como concreción del servicio público de educación.

b. De «en las aulas» a la inclusión de la educación a distancia

Como se ha señalado en varias ocasiones, una de las principales críticas que recibió el límite de la ilustración conforme a su redacción de 2006 fue que las actividades educativas tuvieran que tener lugar «en las aulas». Cargados de buenas intenciones, algunos autores intentaron aportar una interpretación de la excepción acorde con la situación de la enseñanza en aquel momento, abogando por la inclusión en el concepto de «aula» del «aula virtual»<sup>1093</sup>. No obstante, la tramitación parlamentaria no ofrecía dudas acerca de que el legislador únicamente estaba pensando en la educación presencial<sup>1094</sup>, y ello pese a que el Considerando 42 DDASI permitía expresamente que el límite del art. 5.3 a) se aplicara a la educación a distancia.

En este contexto, uno de los principales objetivos de la reforma consistía en «sacar del aula el derecho de cita» y, por tanto, permitir su utilización en la enseñanza *online*, tal y como manifestó el Ministro de Educación del momento en el discurso de presentación del proyecto de ley y se destacó en la Exposición de motivos de la ley de reforma TRLPI<sup>1095</sup>. De ahí que la posibilidad de que los actos amparados por el límite después de la reforma puedan realizarse

---

realidad educativa, entendemos que los MOOC y los SPOC creados y gestionados desde los centros en los que se desarrolla la enseñanza formal y que integran el sistema educativo deben ser entendidos como parte de la oferta de dicho tipo de enseñanza y, por tanto, incluidos en la limitación.

En contra LÓPEZ MAZA, S., quien considera que únicamente podrían quedar abarcados por la limitación los usos de obras ajenas que se lleven a cabo en SPOC vinculados a un determinado Grado o Posgrado. *Op. cit.*, p. 661 y nota 194 de la misma página. Aunque no se refiere específicamente a este tipo de cursos, SAIZ GARCÍA, C. entiende que los usos autorizados por la limitación en ningún caso podrían ampliarse a una educación dentro de un sistema abierto en el que cualquier persona tuviera acceso a la información. «La reforma...», *cit.*, p. 123.

<sup>1093</sup> Así, MARTÍN SALAMANCA, S., «Art. 32»..., *cit.*, pp. 262 y 263, a quien siguen MORENO MARTÍNEZ, J. A., *op. cit.*, pp. 427 y 428; ROBLES LATORRE, P., «El mundo docente y la nueva regulación del límite», en *Los derechos de propiedad intelectual en la obra audiovisual*, X. O'Callaghan Muñoz (coord.), Madrid, 2011, p. 445 y SANJUÁN RODRÍGUEZ, N., *op. cit.*, pp. 94 y 95.

<sup>1094</sup> De este modo lo concluían XALABARDER PLANTADA, R., «Los límites a los derechos...», *cit.*, pp. 74 y 75 y DAVARA F. DE MARCOS, M. Á., «Los derechos de autor de los materiales docentes», *La Ley*, nº 7957, 2012, La Ley 17542/2012, p. 8.

<sup>1095</sup> Parte de dicho discurso se reproduce en la introducción de la versión no remunerada del límite, así como el fragmento relevante de la Exposición de motivos de la ley. *Vid. supra* epígrafe 2.2 del presente Capítulo.

«tanto en la enseñanza presencial como en la enseñanza a distancia», de acuerdo con el literal a) del art. 32.3 TRLPI, haya sido valorada positivamente por la doctrina<sup>1096</sup>.

Asimismo, uno de los pocos aciertos del legislador en la redacción de esta modalidad del límite se encuentra precisamente en la dicción de este requisito. Desde el primer momento el legislador tenía claro que era necesario acabar con la expresión «en las aulas» que se preveía en el límite del anterior art. 32.2 TRLPI, razón por la que ya en la primera versión del anteproyecto se sustituyó aquella por la de «tanto en el centro educativo como fuera del mismo». La segunda versión del anteproyecto mantuvo la misma redacción de este requisito y aunque el CGPJ valoró positivamente la intención del legislador, advirtió que la expresión empleada podría referirse en exclusiva a la enseñanza presencial, ya fuera dentro o fuera del aula, de modo que aconsejó una redacción alternativa: «tanto en la enseñanza presencial como en la enseñanza a distancia»<sup>1097</sup>. Efectivamente, aunque lo más frecuente es que la educación se desarrolle dentro del recinto educativo, también es posible que la misma tenga lugar en una excursión, en un teatro, etc<sup>1098</sup>. No cabe duda de que el uso de obras ajenas en esos casos quedaría abarcado por la expresión empleada por el prelegislador en ese momento. Ahora bien, que el acto educativo tenga lugar dentro o fuera del aula no implica que pueda desarrollarse cuando docente y estudiante no coinciden en tiempo y espacio, es decir, cuando la enseñanza tiene lugar a distancia. De ahí la conveniencia de la expresión recomendada por el Consejo de Estado.

Siguiendo su sugerencia, se acogió dicho giro en la tercera versión del anteproyecto y se mantuvo en el proyecto de ley, aprobándose finalmente sin modificaciones. Ello, unido a la declaración de la Exposición de motivos que señala que el límite alcanzará «la enseñanza no presencial y en línea» no deja dudas de que la nueva limitación, aun conservando una restrictiva consideración de quiénes deben estar amparados por ella, al menos ha abierto sus fronteras a la realidad de la educación *online*.

---

<sup>1096</sup> Así, SERRANO GÓMEZ, E., «La ilustración...», *cit.*, p. 29; RIBERA BLANES, B., «La nueva regulación...», *cit.*, pp. 706 y 707 y SAIZ GARCÍA, C., «La reforma...», *cit.*, p. 122.

<sup>1097</sup> «Esta extensión (la de la inclusión de la enseñanza dentro y fuera del aula en el límite en cuestión) tiene bastante sentido y pone la redacción del precepto acorde con el signo de los tiempos. Ahora bien, se recomienda emplear el giro “tanto en la enseñanza presencial como en la enseñanza a distancia”, pues actividades fuera del centro educativo también las hay en la enseñanza presencial, y debe despejarse cualquier duda acerca de cuál es la finalidad que se persigue con esta modificación normativa». *Op. cit.*, p. 113.

<sup>1098</sup> En el mismo sentido, FAJARDO FERNÁNDEZ, J., «Defensa y depuración...», *cit.*, p. 53 y LÓPEZ MAZA, S., «Art. 32»..., *cit.*, p. 666.

De este modo, la excepción de la ilustración en el ámbito español aprovecha el amplio margen permitido por los arts. 10.2) CB y 5.3 a) DDASI y se alinea con las limitaciones equivalentes contenidas en las legislaciones nacionales de nuestro entorno, entre las que destaca, por referirse específicamente al ámbito de internet, el criticado art. 70.1-*bis* LDA<sup>1099</sup>.

#### 2.2.1.2 La incorporación de la investigación científica llevada a cabo por el «personal de Universidades y Organismos Públicos de investigación»

Como se señaló previamente, la incorporación de los fines de investigación en el límite objeto de estudio fue una de las principales novedades introducidas por la reforma, en línea con el art. 5.3 a) DDASI del que deriva. No obstante, la investigación que puede beneficiarse del uso de obras ajenas de acuerdo con el art. 32.3 TRLPI se restringe considerablemente como consecuencia de la delimitación de los sujetos amparados por la misma: el personal de universidades y de Organismos Públicos de investigación.

Cabe destacar a este respecto que el legislador no ha empleado el término «investigador» o «personal investigador» de las universidades y los Organismos Públicos de investigación, sino que se refiere al «personal», en general, de dichas instituciones. De acuerdo con el DRAE, el «personal» es el «conjunto de las personas que trabajan en un mismo organismo»<sup>1100</sup>. En consecuencia, es posible sostener que todos los sujetos vinculados a las mismas, ya sea funcional o contractualmente, o por medio de una beca de investigación e independientemente de su función investigadora o de gestión podrían quedar amparados por la versión no remunerada del límite. En favor de esta interpretación y a diferencia de lo que sucede en el ámbito de la enseñanza en el que se exige que el acto tenga lugar «para la ilustración de *sus* actividades educativas» (la cursiva es nuestra), en este caso el acto de explotación se ha de llevar a cabo «con fines de investigación científica», pero no se especifica de quién. Por tanto, también el PAS, los técnicos de laboratorio, los bibliotecarios, etc., podrían quedar amparados por la excepción siempre y cuando realizaran tales actos por indicación de los sujetos que efectivamente tienen asignada la función de investigar<sup>1101</sup>. Así,

---

<sup>1099</sup> Sobre el mismo, *vid. supra* subepígrafe 3.2.3.3 del Capítulo II.

<sup>1100</sup> Así se define en su cuarta acepción.

<sup>1101</sup> Ello resulta acorde con las convocatorias de proyectos de investigación, en las cuales se puede pedir financiación específica para la contratación de personal de apoyo técnico o administrativo que, sin ser miembros del grupo de investigación ni tener asignada dicha labor, desarrollan funciones de colaboración para el adecuado desarrollo del proyecto, como búsquedas de material bibliográfico, creación de bases de datos, traducciones, etc. Como ejemplo de este tipo de convocatoria, *vid.* Anexo XI sobre Subvenciones programa Prometeo para grupos de investigación de excelencia de la Resolución de 2 de noviembre de 2017, de la Conselleria de Educación, Investigación, Cultura y Deporte, por la que se convocan, para el ejercicio 2018, subvenciones del Programa

el legislador ha sido más permisivo que en la enseñanza al permitir la inclusión de este colectivo en el precepto, pero ha generado una paradójica situación: cuando el PAS es personal de una universidad, puede realizar actos de explotación de obras ajenas para colaborar en los estudios científicos que desarrollen los investigadores, pero, en cambio, no puede hacer lo mismo cuando de docencia se trate, pues únicamente el profesorado está amparado por la limitación en ese ámbito.

Por otro lado, a pesar del acierto legislativo en cuanto a la inclusión del «personal» en los sujetos amparados por la limitación, el legislador se ha vuelto a olvidar, como en la enseñanza, de un colectivo importante de la universidad que también investiga: el estudiantil. Así, no podrá quedar amparado por la limitación en cuestión el estudiante que desarrolle una investigación para elaborar su TFG o TFM, por ejemplo<sup>1102</sup>. En este ámbito, merece especial atención un tipo concreto de alumno: el doctorando. Excepto en los casos en los que esté vinculado a la universidad por medio de un contrato, ya sea de la propia universidad o derivado de una beca, el estudiante de doctorado forma parte del colectivo del alumnado de dicha institución, no de su personal. Ello implica que, pese a que su tarea es la propiamente investigadora, no podría quedar amparado en el tenor de la limitación<sup>1103</sup>. En relación con los discentes en general y los doctorandos en particular, carece de sentido que no puedan verse amparados por la limitación en cuestión, máxime si se tiene en cuenta que la cantidad de obra a utilizar es «pequeña». Asimismo, esta situación contrasta con la redacción del art. 37.1 TRLPI que, con mayor acierto, permite la reproducción de obras para fines de investigación, independientemente de que quien la realice forme parte o no del personal de la institución. En estos casos se admite que tal acto de explotación se lleve a cabo en favor de personas que no se dedican profesionalmente a la investigación científica, pero que pueden desarrollarla en un momento determinado, como los estudiantes señalados, un abogado que decide escribir un artículo para una revista científica, etc.<sup>1104</sup> Lo mismo sucede, por ejemplo, con el nuevo §60c UrhG. El legislador alemán, mucho más atento a la realidad de la investigación, no ha especificado en la limitación quiénes pueden ampararse en la misma, señalándose en la

---

para la promoción de la investigación científica, el desarrollo tecnológico y la innovación en la Comunitat Valenciana [2017/9830].

Abogan por la misma interpretación, SAIZ GARCÍA, C., «Art. 32»..., *cit.*, p. 560; BOTANA AGRA, M., *op. cit.*, p. 449 y PÉREZ MORIONES, A., *op. cit.*, p. 94. En contra, LÓPEZ MAZA, S., «Art. 32»..., *cit.*, p. 661; RIBERA BLANES, B., «La nueva regulación...», *cit.*, p. 708 y ESPÍN ALBA, I., *op. cit.*, p. 127.

<sup>1102</sup> En el mismo sentido, RIBERA BLANES, B., «La nueva regulación...», *cit.*, p. 709 y LÓPEZ MAZA, S., «Art. 32»..., *cit.*, p. 667.

<sup>1103</sup> En contra, LÓPEZ MAZA, S. considera que los estudiantes de doctorado sí están amparados por la excepción. «Art. 32»..., *cit.*, p. 667.

<sup>1104</sup> *Vid.* por todos, LÓPEZ MAZA, S., «Art. 37»..., *cit.*, p. 725.

Exposición de Motivos de la UrhWissG que podrán incluirse todas las personas que desarrollen estudios de investigación científica, como pueden ser los estudiantes y los doctorandos, así como los sujetos que colaboren en la labor investigadora de aquellos<sup>1105</sup>.

En definitiva, el término «personal» en relación con los sujetos amparados por la limitación en favor de la investigación ha permitido incluir en su ámbito de aplicación a un colectivo más amplio que el del «profesorado» en el contexto de la enseñanza. No obstante, no ha llegado a alcanzar a todos los sujetos que pueden verse necesitados del uso de obras ajenas en su investigación, en concreto, a los estudiantes. Esta obstaculización para explotar obras ajenas en el caso de quienes empiezan a tener contacto con el ámbito de la investigación podría dar lugar a un peligroso efecto negativo: el rechazo de las nuevas generaciones al desarrollo de tareas de investigación científica.

Asimismo, el art. 32.3 TRLPI especifica las instituciones en las que deben prestar sus servicios los sujetos que componen el «personal»: la universidad y los Organismos Públicos de investigación. La doctrina ha sido unánime al considerar que el término «públicos» viene referido únicamente a los organismos de investigación y no a las universidades, de modo que los empleados de las instituciones de educación superior podrán quedar amparados por la limitación tanto cuando estas sean públicas, como cuando sean privadas<sup>1106</sup>. El argumento principal esgrimido al respecto es que los Organismos Públicos de investigación (en adelante, OPIs) son una categoría específica de institución pública de investigación de ámbito nacional que junto a las universidades, constituyen el cimiento del sistema de investigación español<sup>1107</sup>. En apoyo a este argumento, la norma fundamental que reglamenta el sistema español de investigación y ciencia, la LCTI, se refiere en numerosas ocasiones a las universidades y a los OPIs de forma conjunta del mismo modo que lo hace el art. 32.3 TRLPI, pero cuando ha pretendido regular en exclusiva las universidades públicas, ha utilizado la siguiente dicción: «universidades *públicas* y Organismos Públicos de Investigación»<sup>1108</sup> (la cursiva es nuestra).

---

<sup>1105</sup> Vid. *supra* subepígrafe 4.1.1 del Capítulo II.

<sup>1106</sup> Vid. por todos CÁMARA ÁGUILA, P., «El límite para...», *cit.*, p. 118 y SAIZ GARCÍA, C., «Art. 32»..., *cit.*, p. 560.

<sup>1107</sup> Así se desprende del apartado II de la Exposición de motivos LCTI.

<sup>1108</sup> Así, el Capítulo I del Título II de dicha ley se titula «Personal Investigador al servicio de las *Universidades públicas, de los Organismos Públicos de Investigación* y de los Organismos de investigación de otras Administraciones Públicas» (la cursiva es nuestra). La misma mención específica al carácter público de la universidad se hace a lo largo de todo el Capítulo, mientras que en el resto del articulado se utiliza el término «universidades».



Que se acoja tanto a la universidad pública como a la privada en cuanto a los fines de investigación resulta lógico teniendo en cuenta el Considerando 42 DDASI, así como que, en el ámbito educativo, la limitación tampoco distinga entre los establecimientos de enseñanza pública o privada. No obstante, resulta llamativo que la investigación que se desarrolla fuera de dichos centros únicamente pueda tener lugar en un concreto tipo de organismos de investigación de carácter público, en los OPIs. De acuerdo con la página web del MINECO, «son Organismos Públicos de Investigación los creados para la ejecución directa de actividades de investigación científica y técnica, de actividades de prestación de servicios tecnológicos, y de aquellas otras actividades de carácter complementario, necesarias para el adecuado progreso científico y tecnológico de la sociedad, que les sean atribuidas por la ley o por sus normas de creación y funcionamiento»<sup>1109</sup>. En concreto, y tal y como establece el apartado VII de la Exposición de motivos LCTI, los OPIs son: la Agencia Estatal Consejo Superior de Investigaciones Científica (CSIC), el Instituto Nacional de Técnica Aeroespacial (INTA), el Instituto de Salud Carlos III (ISCIII), el Instituto Geológico y Minero de España (IGME), el Instituto Español de Oceanografía (IEO), el Centro de Investigaciones Energéticas Medioambientales y Tecnológicas (CIEMAT), el Instituto Nacional de Investigación y Tecnología Agraria y Alimentaria (INIA) y el Instituto de Astrofísica de Canarias (IAC).

Conviene poner de relieve que en la LCTI y en la página web del MINECO se escribe en mayúsculas la expresión «Organismos Públicos de *Investigación*», mientras que en el art. 32.3 TRLPI se escribe «Organismos Públicos de *investigación*» (la cursiva es nuestra). Ello serviría como argumento para sostener la postura de que el límite no remunerado se aplica a cualquier centro o instituto de investigación financiado con fondos públicos y no solo a los OPIs, como pueden ser los centros de investigación propios de las comunidades autónomas, el Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), la Agencia Nacional de Meteorología (AEMET), centros de I+D dependientes de la Dirección General de Armamento y Material del Ministerio de Defensa, etc. Además, ello vendría a ser acorde con lo previsto en la versión remunerada del límite, que acoge los centros públicos de investigación en general<sup>1110</sup>. No obstante, el Grupo parlamentario catalán *Convergència i Unió* propuso tanto en el Congreso como en el Senado que junto a los OPIs se incluyeran «los centros de investigación propios de las Comunidades

---

<sup>1109</sup> [http://www.idi.mineco.gob.es/portal/site/MICINN/menuitem.7eeac5cd345b4f34f09dfd1001432ea0/?vg\\_nextoid=0a005b9ff8ab4410VgnVCM1000001d04140aRCRD](http://www.idi.mineco.gob.es/portal/site/MICINN/menuitem.7eeac5cd345b4f34f09dfd1001432ea0/?vg_nextoid=0a005b9ff8ab4410VgnVCM1000001d04140aRCRD).

<sup>1110</sup> Así parece interpretarlo CÁMARA ÁGUILA, P. cuando señala que «la actividad investigadora debe desarrollarse en un organismo público y no privado de investigación». «El límite para...», *cit.*, p. 119.

Sobre la relación entre los OPIs y los centros públicos de investigación, *vid. infra* subepígrafe letra a) del subepígrafe 3.2.1.2 de este Capítulo.

Autónomas»<sup>1111</sup>. Por su parte, el Consejo de Estado ya había manifestado con anterioridad que era «preciso reexaminar a fondo el artículo 32 del Anteproyecto y ponderar la posibilidad de establecer un régimen más específico para el ámbito de los centros educativos donde, por otro lado, no sólo deben incluirse las "Universidades y Organismos Públicos" a que hace referencia el artículo 32.2 sino también otros centros como fundaciones e instituciones donde se realiza también una importante labor docente e investigadora»<sup>1112</sup>. Así, el legislador era consciente de que los Organismos Públicos de Investigación u OPIs eran un tipo específico de centros de investigación de carácter público y, aun así, decidió mantener la expresión en cuestión.

En este contexto, no cabe más que concluir que el límite no remunerado se ha visto limitado a un grupo determinado de centros de investigación de carácter público, los OPIs<sup>1113</sup>, no quedando amparado por la limitación el personal del resto de centros de investigación de carácter público, además de los de carácter privado, lo que resulta tremenda e injustificadamente restrictivo teniendo en cuenta que, al fin y al cabo, el precepto solo autoriza a explotar «pequeños fragmentos» de obras<sup>1114</sup>. Además, cabe destacar que tampoco en el ámbito comparado se ha llevado a cabo una interpretación tan restrictiva de los centros donde puede desarrollarse la investigación amparada por el límite, al exigirse únicamente que la finalidad de la investigación no tuviera carácter comercial<sup>1115</sup>. Si ya criticamos que se excluyera la investigación privada del ámbito de aplicación de la excepción en sus dos modalidades<sup>1116</sup>, todavía es más censurable que la excepción no remunerada quede reducida a un tipo específico de investigación pública cuando se desarrolla al margen de la universidad.

---

<sup>1111</sup> Vid. Enmiendas nº139 BOCG. Congreso de los Diputados, Serie A, nº81-2 de 09/07/2014, p. 151 y nº118 BOCG. Senado, nº 401 de 22/09/2014, p. 339. La justificación que acompañaba ambas enmiendas era la siguiente: «la exclusiva referencia a los Organismos Públicos de Investigación estatales desconoce la diferente tipología de agentes de Investigación previstos en la Ley 14/2011, de 1 de julio, de la Ciencia, la Tecnología, en especial, los centros de investigación propios de las Comunidades Autónomas expresamente reconocidos en la disposición adicional vigésima de la Ley».

En cuanto a ello, el art. 53 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (en adelante, LES), establece que las disposiciones del Capítulo en cuestión son de aplicación, entre otras instituciones, a los Organismos públicos de investigación y otros centros de investigación dependientes de la Administración General del Estado. En consecuencia, los OPIs no son los únicos centros de investigación de carácter público.

<sup>1112</sup> Dictamen, *op. cit.*, p. 48.

<sup>1113</sup> Del mismo modo lo ha entendido la mayoría de la doctrina que ha estudiado el precepto en cuestión, como RIBERA BLANES, B., «La nueva regulación...», *cit.*, p. 710; LÓPEZ MAZA, S., «Art. 32»... *cit.*, p. 661, nota 198 y PÉREZ MORIONES, A., *op. cit.*, pp. 93 y 94.

<sup>1114</sup> Esta circunstancia resulta aún menos entendible si se tiene en cuenta que en la versión remunerada del límite sí se incluyen todos los centros públicos de investigación y no solo los OPIs.

<sup>1115</sup> Así, por ejemplo, el §60c y d UrhG y los arts. 29 y 29A CDPA. Sobre los mismos, *vid. supra* epígrafe 4.1 del Capítulo II.

<sup>1116</sup> Sobre ello, *vid. supra* letra b) del subepígrafe 2.1.2.1 del presente Capítulo.

En otro orden de cosas, la letra a) art. 32.3 TRLPI establece que los actos de explotación autorizados se han de hacer «únicamente para la ilustración de sus actividades educativas, tanto en la enseñanza presencial como en la enseñanza a distancia, o con fines de investigación científica». Destaca que el legislador haya contemplado de forma específica la educación *online* y, en cambio, guarde silencio en cuanto al uso de obras ajenas en red que pueda llevar a cabo un grupo de investigación compuesto por investigadores de distintas universidades, por ejemplo. Además, en el régimen particular de uso de los libros de texto, manuales universitarios y publicaciones asimiladas previsto en la letra c) del mismo precepto, también parece hacerse referencia a la enseñanza a través de internet en el apartado 1º, pues autoriza la realización de actos de comunicación pública, mientras que la investigación que puede desarrollarse con dicho tipo de obras ha de ser necesariamente analógica, pues el apartado 2º solo permite la distribución de copias<sup>1117</sup>. ¿Quiere ello decir que el legislador no admite el uso de obras ajenas con fines de investigación cuando el mismo tiene lugar en el ámbito digital o a distancia, a través, por ejemplo, de una nube? La respuesta debe ser no por dos razones. En primer lugar, porque si el legislador no lo ha excluido expresamente, no debe hacerse distinción al respecto. Y, en segundo lugar, porque en la versión remunerada del límite se admite la puesta a disposición de obras ajenas en redes cerradas e internas tanto en la enseñanza como en la investigación, según el art. 32.4 d) 2º TRLPI<sup>1118</sup>, de modo que un tratamiento diferente en la versión no remunerada del límite carecería de justificación suficiente. Lo que ha sucedido es que el legislador, en su deseo de subsanar la mayor crítica que recibía el precepto conforme a su redacción de 2006, únicamente prestó atención a la enseñanza *online*, pero no tuvo en cuenta que la investigación también puede tener lugar en red, especialmente cuando los grupos de investigación tienen relaciones con grupos de otros centros de investigación o, simplemente, cuando se componen de miembros de distintas instituciones.

### 2.2.2 La extensión de obra susceptible de utilización

A consecuencia de su derivación de los arts. 10.2) CB y 5.3 a) DDASI, el art. 32.3 TRLPI se rige por la regla general de uso fragmentario de las obras ajenas en la enseñanza y en la investigación<sup>1119</sup>. Ello se refleja en el establecimiento de dos elementos de la excepción: el «pequeño fragmento» (subepígrafe 2.2.2.1) y la «medida justificada por la finalidad no

---

<sup>1117</sup> En cuanto a dicha cuestión, *vid. infra* subepígrafe 2.2.3. de este Capítulo.

<sup>1118</sup> Esta cuestión es estudiada *infra* subepígrafe 2.3.3.2 del presente Capítulo.

<sup>1119</sup> Sobre ello, *vid. supra* subepígrafe 3.2.4.1 del Capítulo II.

comercial perseguida» (subepígrafe 2.2.2.2). Ello es así, no obstante, a excepción de las obras de carácter plástico o fotográfico, que podrán ser utilizadas en su integridad siempre que sea de forma aislada (subepígrafe 2.2.2.3).

#### 2.2.2.1 El «pequeño fragmento» y su nueva (e insuficiente) definición legal

La modalidad de la excepción objeto de estudio prevista en el art. 32.3 TRLPI limita el uso de la obra ajena a una «pequeña parte» de la misma, manteniendo la cantidad de obra que podía ser utilizada al amparo de la anterior excepción de la ilustración. Ello resulta lógico por cuanto, como se señaló previamente, la idea del legislador español era ampliar el límite del anterior art. 32.2 TRLPI a la educación a distancia, pero manteniendo sus elementos y características esenciales.

Cabría cuestionarse en este momento si el límite previsto en el art. 32.3 TRLPI limita en realidad o no el derecho de reproducción, pues pese a que se prevé expresamente esta facultad de explotación en dicho precepto, lo único que permite reproducir es un «pequeño fragmento». En cuanto a ello, el derecho de reproducción permite al autor controlar la fijación de «toda la obra o de parte de ella», *ex. art.* 18 TRLPI. No cabe duda de que la «reproducción parcial» a la que se refiere la modalidad remunerada de la excepción en el art. 32.4 TRLPI entronca en el concepto de reproducción del art. 18 TRLPI, pues el calificativo «parcial» deriva precisamente del sustantivo «parte». No obstante, puede plantear dudas que el «pequeño fragmento» al que se refiere la modalidad no remunerada pueda ser subsumido en la «parte» de la obra relevante a los efectos del derecho de reproducción. En este contexto, resulta de obligada mención la conocida STJUE en el caso *Infopaq*, en la que el Tribunal puso de manifiesto que el criterio para determinar la afectación o no del derecho de reproducción debe ser cualitativo y no cuantitativo. En consecuencia, en el caso en cuestión se determinó que incluso solo once palabras podrían ser consideradas como una reproducción parcial «si el citado extracto contiene algún elemento capaz de expresar la creación intelectual propia del autor»<sup>1120</sup>. Así, el «pequeño fragmento» que refleje la impronta del autor formará parte del

---

<sup>1120</sup> STJUE, de 16 de julio de 2009, *Infopaq International A/S y Danske Dagblades Forening*, C-5/08, apartado 48. Entre otros, comenta esta sentencia CÁMARA ÁGUILA, P., «La originalidad de la obra como criterio general de protección del autor en el derecho comunitario. La sentencia del TJCE de 16 de julio de 2009 que resuelve el asunto *Infopaq*», *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, vol. 2, nº 8, 2012, pp. 111 y ss.

Ya se manifestaba en este sentido RIBERA BLANES, B. cuando sostuvo que «no siempre la reproducción de una pequeña parte de la obra va a estar permitida; dependerá de si se ha copiado un fragmento en el que está reflejado el elemento esencial o la sustancia de la obra». *El derecho de reproducción...*, *cit.*, p. 207.

concepto de reproducción<sup>1121</sup>. Aunque es cierto que cuanto más breve sea el fragmento de la obra, más difícil será encontrar su originalidad<sup>1122</sup>, nadie dudaría de que el conocido «pienso luego existo» de Descartes, con tan solo tres palabras, es original. Pero ¿qué pasaría con el «pequeño fragmento» que no tenga esa originalidad? En este caso, debe recordarse que la legislación española de propiedad intelectual no contempla ningún principio que permita el libre uso de obras cuando el mismo sea *de minimis*, esto es, cuando el mismo revista poca importancia cuantitativa o en poco afecte al titular de derechos<sup>1123</sup>. Por ello, el uso de este «pequeño fragmento» de una obra en la enseñanza y la investigación constituye en todo caso un acto de reproducción de acuerdo con nuestra legislación, aunque efectivamente ello no deje de ser criticable.

Dicho esto, aunque el límite conforme a su redacción de 2006 no llegó a ser aplicado por los tribunales, la doctrina ofreció posibles interpretaciones al concepto de «pequeño fragmento». Lo primero que se vino a advertir era que el «pequeño fragmento» debía referirse al uso de una porción de la obra menor que el permitido por la cita, ya que esta autoriza la explotación de «fragmentos». Se trata de la situación inversa a la francesa, pues el art. L122-5 3º a) CPI autoriza la realización de «courtes citations», mientras que la excepción pedagógica, prevista en el apartado e) del mismo precepto, permite la explotación de «extraits d'oeuvres». En consecuencia, en el ámbito español debe tratarse de una porción más breve de la obra ajena que en el caso de la cita. De este modo, el legislador estableció un criterio cuantitativo estricto cuando incluyó «pequeño» antes del principio general de uso fragmentario de la obra ajena. De hecho, ello se corrobora por la definición legal de «pequeño fragmento» incorporada tras la reforma del precepto en 2014: «a estos efectos, se entenderá por pequeño fragmento de una obra, un extracto o porción *cuantitativamente* poco relevante sobre el conjunto de la misma» (la cursiva es nuestra).

De acuerdo con esta conceptualización, el «pequeño fragmento» tiene como finalidad limitar cuantitativamente la cantidad de obra que puede ser explotada en la enseñanza y la investigación sin remuneración. Ahora bien, dicho *quantum* es indeterminado, esto es, la

---

<sup>1121</sup> De hecho, cuando el título de una obra, que normalmente es breve, es original también es protegido como parte de ella, de acuerdo con el art. 10.2 TRLPI.

<sup>1122</sup> En el mismo sentido, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Art. 10», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Madrid, 4ª ed., 2017, p. 196.

<sup>1123</sup> Así, entre otros, SÁNCHEZ ARISTI, R., «Art. 18»..., *cit.*, p. 321 y LÓPEZ MAZA, S., «La posibilidad de utilización...», *cit.*, p. 337. Esta consideración, no obstante, podría verse corregida mediante la aplicación de la prueba de las tres fases, como ya ha apuntado el propio TS. Sobre ello, *vid. infra* epígrafe 2.1.5 del presente Capítulo.

extensión de la obra que puede ser utilizada al amparo de la limitación no se establece de forma numérica, sino que se hace depender de su proporción en relación con el total de la obra, siendo determinante al respecto la extensión de la misma<sup>1124</sup>. Ello contrasta con la opción adoptada por el legislador en la versión remunerada del límite, en la que se establece un porcentaje determinado de obra a explotar. Así, el sujeto amparado por la excepción sabe que la reproducción parcial a la que se refiere el art. 32.4 TRLPI se corresponde con el 10% del total de la obra<sup>1125</sup>. En consecuencia, el pequeño fragmento debe ser inferior al 10%, pero ¿cuánto?<sup>1126</sup> En este contexto, parece claro que en nada se parece el «pequeño fragmento» que se preveía en el anterior §52a UrhG, cifrado por el BGH en el caso *Meilensteine der Psychologie* como el 12% del total de la obra, al español que, por la definición de la reproducción parcial, debe ser inferior al 10%.

En cualquier caso, aunque deban ser los tribunales los que determinen qué será o no un pequeño fragmento en función de las circunstancias del caso concreto<sup>1127</sup>, el art. 32.3 TRLPI les ofrece un criterio adicional de interpretación: «la medida justificada por la finalidad no comercial perseguida». Así, la proporción de la obra deberá ser poco relevante respecto del total de la misma, pero suficiente para conseguir el fin educativo o de investigación perseguido<sup>1128</sup>. No obstante, y como se analizará en el próximo subepígrafe, la combinación de ambos criterios no resulta pacífica.

La aplicación de este concepto presenta importantes inconvenientes para que puedan ser empleadas en la enseñanza y en la investigación las obras cortas o de escasa extensión, como los poemas o, en la actualidad, un tuit o un videoclip. Piénsese en el ejemplo anterior de Descartes, ¿qué podría considerarse un «pequeño fragmento» de «pienso luego existo»? La utilización de solo una de las palabras, como «pienso» carecería de sentido alguno para el

---

<sup>1124</sup> Así, SAIZ GARCÍA, C., «Art. 32»..., *cit.*, p. 551 y RIBERA BLANES, B., «La nueva regulación...», *cit.*, pp. 715 y 716.

<sup>1125</sup> Como se analizará con posterioridad, el «fragmento» que puede ser explotado al amparo del art. 34.4 TRLPI no puede superar el 10% del total de la obra. *Vid. infra* letra b) del subepígrafe 2.3.2.2.

<sup>1126</sup> La indeterminación cuantitativa ha llevado a CÁMARA ÁGUILA, P., al considerar que la definición legal del concepto de «pequeño fragmento» no aporta nada para clarificar la aplicabilidad de la excepción. «El límite para...», *cit.*, p. 124.

<sup>1127</sup> Así, SERRANO GÓMEZ, E., «La ilustración...», *cit.*, p. 28 y PÉREZ MORIONES, A., *op. cit.*, p. 95.

<sup>1128</sup> Parte de la doctrina crítica que la imprecisión del concepto no genera la suficiente seguridad jurídica. Así, ROGEL VIDE, C.; SERRANO GÓMEZ, E.; ANGUITA VILLANUEVA, L. A. y CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, A., «Reforma de la propiedad intelectual por la Ley 21/2014», *Foro, Nueva época*, vol. 17, nº 2, 2014, pp. 374 y 375. En el mismo sentido, LÓPEZ MAZA, S., «Art. 32»..., *cit.*, p. 664. En contra, AYLLÓN SANTIAGO, H. valora positivamente la intención del legislador al entender que con la definición se clarifica qué se entiende por pequeño fragmento de la obra. «Luces y sombras de la reforma de la Ley de Propiedad Intelectual de 2014», *AC*, nº 4, 2015, La Ley 3028/2015, p. 7.

destinatario de la ilustración de la enseñanza y la investigación, además de que no podría considerarse un «pequeño fragmento», pues supondría un 33,33% del total de la obra (un tercio de la misma), lo que triplica lo considerado como «fragmento» en la modalidad remunerada de la excepción. Resulta claro, además, que el uso fragmentario de este tipo de obras impediría su plena comprensión<sup>1129</sup>, pudiéndose verse afectado en estos casos el derecho a la integridad de la obra<sup>1130</sup>. Parte de la doctrina ha intentado dotar a la excepción de una interpretación adecuada a este tipo de obras, según la cual, pese a que la letra de la limitación impide el uso integral de las creaciones intelectuales, debería poder admitirse la explotación completa de las obras cortas en aplicación del criterio de la medida justificada por el fin perseguido, es decir, en función de la necesidad docente o investigadora perseguida con el uso de la obra ajena<sup>1131</sup>. No obstante, el legislador ha sido claro al establecer que el concepto determinante al respecto es el cuantitativo indeterminado, esto es, el «pequeño fragmento», debiendo servir la medida justificada por el fin perseguido únicamente a los efectos de precisar sus contornos, pero no de ampliarlos hasta permitir el completo uso de la obra ajena. En favor de este argumento, debe tenerse presente que el legislador ha delimitado las obras que pueden ser explotadas de forma íntegra, en concreto, las de carácter plástico y las fotográficas, sin hacer mención alguna a las obras de escasa extensión<sup>1132</sup>.

Ante esta situación, lo que debería haber hecho el legislador de 2014 habría sido emplear en este concreto punto un criterio equivalente al previsto en el §60a (2) UrhG de la excepción alemana de la ilustración, que expresamente permite el pleno uso de las obras cortas, uso que, además, no está sujeto a remuneración del autor, *ex. §60h (2) 1.*, salvo en los supuestos en los que la obra es puesta a disposición del público<sup>1133</sup>. Asimismo, y aunque no sea en el texto de la excepción pedagógica francesa, recuérdese que también se permite el uso de «oeuvres en intégralité strictement limitée» en el contexto de los acuerdos que la desarrollan<sup>1134</sup>. De este

---

<sup>1129</sup> En el mismo sentido en relación con el límite de acuerdo con su versión de 2006, *vid. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C.*, «Art. 32»..., *cit.*, p. 596.

<sup>1130</sup> Así lo advierten FAJARDO FERNÁNDEZ, J., «Defensa y depuración...», *cit.*, p. 50, nota 115; RIBERA BLANES, B., «La nueva regulación...», *cit.*, pp. 713 y 714; SAIZ GARCÍA, C., «Art. 32»..., *cit.*, p. 551 y CÁMARA ÁGUILA, P., «El límite para...», *cit.*, p. 118.

<sup>1131</sup> Así lo apuntaba ya LLEDÓ YAGÜE, F., *op. cit.*, p. 516 en relación con el límite de cita, a quien siguen en relación con el límite de la ilustración en 2006, PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., «Art. 32»..., *cit.*, p. 596 y MORENO MARTÍNEZ, J. A., *op. cit.*, pp. 420-422 y en cuanto a su versión actual, SAIZ GARCÍA, C., «Art. 32»..., *cit.*, p. 551; RIBERA BLANES, B., «La nueva regulación...», *cit.*, p. 714; LÓPEZ MAZA, S., «Art. 32»..., *cit.*, p. 665 y FAJARDO FERNÁNDEZ, J., «Defensa y depuración...», *cit.*, p. 50.

<sup>1132</sup> Sobre la explotación completa de obras de carácter plástico y fotográfico, *vid. infra* subepígrafe 2.2.2.3 del presente Capítulo.

<sup>1133</sup> En el mismo sentido, CÁMARA ÁGUILA, P., «El límite para...», *cit.*, p. 118.

<sup>1134</sup> *Vid. supra* subepígrafe 3.2.4.2 del Capítulo II.

modo, se equilibrarían adecuadamente los intereses del autor, de un lado, asegurándose el respeto a la integridad de sus creaciones, y los de los destinatarios de la docencia y la investigación, del otro lado, al permitir que conozcan otros autores y comprendan adecuadamente su obra.

Asimismo, cabría cuestionarse dónde se encuentra el límite entre la obra corta y la obra larga. De acuerdo con FAJARDO FERNÁNDEZ, un criterio posible para diferenciarlas es si la explotación normal de la obra «tiene lugar de modo conjunto (agrupada junto a otras, en cuyo caso es corta) o es explotada de forma autónoma (en un volumen único, y por tanto el larga)»<sup>1135</sup>. En aplicación de esta regla, obras como el capítulo de un libro o el artículo de una revista científica podrían ser consideradas cortas por estar editadas junto a otras obras en la misma publicación, cuando su extensión podría tener más de 50 páginas, lo que no se ajusta a lo pretendido con el uso completo de obras de escasa extensión. Por ello, la determinación del carácter corto o largo de una obra debería realizarse en atención a la posibilidad o no de comprender efectivamente su sentido haciendo un uso parcial de la misma. De este modo, cuando la fragmentación de la obra permita conocer la voluntad de su autor solo con el acceso a dicha parte, la obra podrá ser considerada larga, mientras que será corta cuando tal apreciación solo sea posible mediante el uso completo de la creación<sup>1136</sup>. En cualquier caso, y como se acaba de señalar, el concepto de «pequeño fragmento» excluye implícitamente las obras de escasa extensión de la aplicación de la versión no remunerada del límite.

#### 2.2.2.2 El mantenimiento de la expresión «en la medida justificada por la finalidad no comercial perseguida»

La letra a) del art. 32.3 TRLPI establece que los actos de explotación por ella autorizados se han de realizar «en la medida justificada por la finalidad no comercial perseguida». Se trata de una expresión que ya se preveía en el límite conforme a su redacción de 2006, habiéndose mantenido en todas las versiones de anteproyecto, en el proyecto de ley y en la redacción finalmente aprobada. Se trata de una reproducción literal a este respecto del art. 5.3 a) DDASI<sup>1137</sup>.

---

<sup>1135</sup> «Defensa y depuración...», *cit.*, p. 51.

<sup>1136</sup> Sobre el concepto de obra de escasa extensión en la excepción alemana, *vid. supra* subepígrafe 3.2.4.2 del Capítulo II.

<sup>1137</sup> También contempla este requisito el art. 10.2) CB, si bien con una redacción distinta: «en la medida justificada por el fin perseguido».



Ahora bien, debe tenerse en cuenta que el límite de la ilustración previsto en los arts. 5.3 a) DDASI y 10.2) CB no se hace referencia alguna a «fragmentos», «porciones», etc. Es decir, la inclusión de la expresión objeto de estudio se justifica en dichos textos en que con la misma se establece un criterio para determinar la cuantía de obra a explotar, junto a la «ilustración»: el uso que sea necesario para conseguir la finalidad perseguida<sup>1138</sup>. En cambio, el legislador español ha establecido un criterio muy restrictivo al respecto, al autorizar únicamente en la modalidad no remunerada del límite el uso de un «pequeño fragmento» de la obra ajena, fragmento que no puede alcanzar el 10% del total de la misma. ¿Cómo conciliar un «pequeño fragmento» con lo que se necesite para conseguir el fin educativo o de investigación al que se refiere la «medida justificada por la finalidad no comercial perseguida»?

En efecto, este requisito permitía a la doctrina que estudió el límite conforme a su versión de 2006 ponderar el uso de la obra ajena en la docencia atendiendo a las circunstancias del caso concreto<sup>1139</sup>. Ello era posible porque el «pequeño fragmento» no estaba restringido cuantitativamente en su límite máximo, a diferencia de la regulación actual. De este modo, el «pequeño fragmento» en aquel momento era un concepto elástico que admitía variaciones y usos más o menos intensos en función de las necesidades efectivas de la enseñanza<sup>1140</sup>.

En cambio, la versión remunerada del límite ha supuesto una restricción de lo que debe entenderse por «pequeño fragmento», pues se impide que pueda alcanzar el 10% de la obra. En este contexto, cabría cuestionarse lo siguiente: si la necesidad de la enseñanza requiere un uso de la obra superior al «pequeño fragmento», ¿podría quedar amparado dicho uso por el límite en atención a la medida justificada por el fin perseguido? Como se señaló previamente, aunque ello sería lo adecuado, entendemos que el legislador ha sido deliberadamente restrictivo al respecto y muestra de ello es que se ha preocupado en definir, aunque de forma insuficiente, el concepto de «pequeño fragmento», primando este criterio de restricción sobre aquel<sup>1141</sup>. En apoyo de este argumento, cabe destacar que no se ha prestado atención en todo el proceso de redacción del precepto a la expresión objeto de estudio en este momento. El legislador simplemente se ha limitado a reproducir lo que ya contemplaba la excepción en su redacción de 2006, sin cuestionarse qué significado podía tener la «medida justificada por la finalidad no comercial perseguida». Tal es la incompatibilidad de este criterio con el del

---

<sup>1138</sup> Sobre ello, *vid. supra* subepígrafe 3.2.4 del Capítulo II.

<sup>1139</sup> Así, por todos, MORENO MARTÍNEZ, J. A., *op. cit.*, p. 430.

<sup>1140</sup> Lo mismo sucede en la actualidad en el art. 70.1 LDA.

<sup>1141</sup> Sobre ello, *vid. supra* subepígrafe 2.2.2.1 del presente Capítulo.

pequeño fragmento que la versión remunerada del límite no menciona tal exigencia, así como tampoco lo hace la excepción alemana prevista en el §60a UrhG que contempla un porcentaje de obra concreto<sup>1142</sup>. De hecho, tampoco la excepción pedagógica francesa, que no establece un porcentaje determinado de obra a explotar, sino que autoriza la utilización de «extractos», prevé esta exigencia de ponderación del uso.

Cabe concluir, por tanto, que la exigencia del uso de acuerdo con la medida que justifica el fin de la enseñanza y la investigación ha quedado vacía de contenido tras la nueva configuración del límite de la ilustración, razón por la que podría haberse suprimido sin que se hubiera alterado el ámbito de aplicación que pretendía dar a la norma. No obstante, consideramos que la opción de política legislativa seguida al respecto ha sido precisamente la contraria a la que debería haber adoptado el legislador. Atendiendo en exclusiva a los intereses de autores y otros titulares de derechos, ha olvidado que la excepción tiene como fundamento un derecho fundamental, el de la educación y una política pública necesitada de promoción, la de la investigación de calidad y que ello debería servir para delimitar la cantidad de obra ajena a explotar, la «medida justificada por la finalidad perseguida».

#### 2.2.2.3 La utilización de obras completas aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo

La explotación completa de obras aisladas de carácter plástico y fotográfico figurativo se prevé en el límite de la ilustración de la enseñanza desde su primera versión, la de 2006. De este modo, se acoge el mismo criterio en relación con el uso de este tipo de creaciones intelectuales que en el ámbito del límite de la cita, reproduciendo los mismos términos empleados por el art. 32.1 TRLPI. Ello resulta acorde con las posibilidades ofrecidas por los arts. 10.2) CB y 5.3 a) DDASI.

Así, el análisis de esta excepción a la regla general de explotación parcial de obras en la enseñanza y en la investigación requiere abordar dos aspectos fundamentales: la determinación de las obras a las que se aplica, por un lado, y el fundamento que la justifica,

---

<sup>1142</sup> En efecto, el precepto alemán autoriza el uso de hasta el 15% de una obra ajena en la enseñanza, habiendo considerado el legislador que esa es la medida que la finalidad de la enseñanza justifica usar. Por ello no prevé la exigencia de la «medida justificada por el fin perseguido», requisito al que sí hacía referencia el derogado §52a UrhG debido, precisamente, a que en ese precepto no se establecía una cuantía exacta de obra a explotar.

En cuanto a ello, XALABARDER PLANTADA, R. llega a concluir que el criterio de la medida justificada por la finalidad perseguida es el que dibuja la excepción, considerando, en consecuencia, inútil y peligrosa la referencia a «fragmentos» y «pequeños fragmentos». «La reforma del...», *cit.*, p. 132.

por otro lado. De este modo será posible determinar la adecuación o no de la misma al sistema de propiedad intelectual.

El art. 32.3 TRLPI permite la explotación «de obras aisladas de carácter plástico y fotográfico figurativo». Las obras de carácter plástico se prevén específicamente en el art. 10.1 e) TRLPI, que recoge una lista ejemplificativa de las mismas<sup>1143</sup>. Ahora bien, otros apartados del mismo precepto, como el f)<sup>1144</sup> y el g)<sup>1145</sup> también contemplan ejemplos concretos de obras de carácter plástico. Se trata, en definitiva, de obras expresadas a través de líneas, volúmenes, colores, formas, etc. Junto a las obras de carácter plástico, el legislador autoriza el uso completo de obras de carácter fotográfico «figurativo», calificativo este último inexistente en la letra h) del art. 10.1 TRLPI<sup>1146</sup>. El origen del mismo se encuentra en la regulación del límite de cita. La cita en la LPI de 1987 se refería a las «obras aisladas de carácter plástico, fotográfico, figurativo o análogo», lo que fue sustituido en 2006 por «obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo». Pero, ¿qué es el carácter «figurativo» de una fotografía?

De acuerdo con la primera acepción del DRAE, «figurativo» es algo «que es representación o figura de otra cosa», señalando que no es figurativo en el contexto artístico lo «abstracto». Siendo ello así, entendemos que las fotografías solo pueden ser figurativas debido a que, por definición, captan imágenes de la realidad. Que la composición pueda ser más o menos abstracta no supone que la fotografía lo sea. En consecuencia, el calificativo no aporta nada al concepto de fotografía, razón por la que el legislador debería haberlo suprimido<sup>1147</sup>. En el uso de los dos tipos de obras, el legislador requiere que la obra sea

---

<sup>1143</sup> A su tenor, «son objeto de la propiedad intelectual (...): las esculturas y las obras de pintura, dibujo, grabado, litografía y las historietas gráficas, tebeos o comics, así como sus ensayos o bocetos y las demás obras plásticas, sean o no aplicadas». BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. añade otros ejemplos como las obras de diseño y moda, la porcelana, la joyería, las ilustraciones, los decorados, etc. «Art. 10»..., *cit.*, p. 181.

<sup>1144</sup> En dicho literal se recogen «los proyectos, planos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas y de ingeniería».

<sup>1145</sup> De acuerdo con dicha letra, también son obras «los gráficos, mapas y diseños relativos a la topografía, la geografía y, en general, a la ciencia».

<sup>1146</sup> En atención al mismo, son obras protegidas por la propiedad intelectual «las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía», sin que se haga mención alguna a su carácter «figurativo».

<sup>1147</sup> Precisamente ante la reforma de 2006, VEGAP, a través de su Director General, Sr. Javier Gutiérrez Vicén, criticó el adjetivo «figurativo» al señalar que se trataba de «una descripción verdaderamente cacofónica, porque no sé lo que significa figurativo, pero ahí está, una pésima redacción». Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Cultura, Sesión núm. 18, 17/10/2005, nº 392, p. 31.

En relación con la reforma de 2014, el diputado Joan Tardà i Coma y la senadora Ester Capella i Farré, entre otros, repararon en el término en cuestión y propusieron la supresión del carácter «figurativo» de las fotografías. Enmiendas nº 54. BOCG. Congreso de los Diputados, Serie A, nº 81-2, 09/07/2014, p. 68 y nº 19 BOCG. Senado, nº 401 de 22/09/2014, p. 241, respectivamente. No obstante, en los argumentos esgrimidos por ambos para sostener su enmienda, se señaló que «se propone la eliminación de la mención “figurativo” referida a las obras de carácter fotográfico ya que impide que las fotografías abstractas o que, en general, no tengan carácter

explotada de forma «aislada», lo que ha venido a ser entendido por la doctrina como la imposibilidad de que se utilice la totalidad de la obra de un determinado autor<sup>1148</sup>.

Como se ha señalado, la explotación íntegra de las obras de carácter plástico y fotográfico en el ámbito de la ilustración es una translación a esta excepción de lo que ya se establecía en el ámbito de la cita. Ya en sede de esta última excepción, se vino a entender que la explotación fragmentaria de las obras de este tipo de obras suponía una vulneración del derecho moral del autor a la integridad de tales obras, razón por la que se permitió su uso completo<sup>1149</sup>. No obstante, y como se analizó en relación con el requisito del respeto a la integridad de la obra, únicamente se produce una infracción de dicha facultad moral del autor cuando los fragmentos que se utilicen de ella modifiquen su sentido<sup>1150</sup>. En este contexto, no se debe calificar cualquier fragmentación de las obras de carácter plástico o fotográfico como ilícita por esta razón, sino que ello debería hacerse en atención a las circunstancias del caso concreto, al igual que en relación con el resto de obras. De hecho, es frecuente que en los establecimientos de recuerdos de los museos se utilicen detalles de las obras cumbre en ellos albergados, como podría ser la reproducción del rostro de la infanta Margarita del cuadro de las Meninas de Velázquez en postales, libretas o camisetas. Si es posible utilizar fragmentariamente y, además, con una clara finalidad comercial una obra de carácter plástico o fotográfico en estos casos porque no se considera afectado el derecho moral a la integridad de la obra ¿por qué no en la enseñanza y en la investigación?

En ocasiones, la propia finalidad educativa y de investigación podría requerir el uso parcial de obras de carácter plástico y fotográfico, como la reproducción del detalle de los

---

figurativo estén incluidas en el límite regulado por este precepto y es que éstas pueden ser utilizadas de igual forma con finalidades docentes o ilustrativas». *Ibid.*, p. 69. Así, compartimos la propuesta de supresión del término en cuestión, pero no su fundamentación, tal y como se ha explicado en el texto.

<sup>1148</sup> A ello hacía referencia GÓMEZ LAPLAZA, M<sup>a</sup> C. en relación con el límite de cita, a quien le siguió la doctrina en la interpretación de este requisito en la excepción de la ilustración. *Op. cit.*, p. 549. *Vid.*, por todos, PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., «Art. 32»..., *cit.*, p. 597.

Además de la imposibilidad de utilizar toda la obra de un autor como consecuencia del requisito de que la obra de carácter plástico o fotográfico sea «aislada», cabe recordar en este momento que tampoco será posible agruparla o compendiarla con obras de este tipo de otros autores, de acuerdo con el art. 32.5 TRLPI (*vid. supra* letra c) del subepígrafe 2.1.3.1).

<sup>1149</sup> *Vid.*, por todos, GÓMEZ LAPLAZA, M<sup>a</sup> C., *op. cit.*, p. 548, en relación con el límite de cita, siguiendo el mismo argumento en relación con la excepción de la ilustración, LÓPEZ MAZA, S., «Art. 32»..., *cit.*, p. 628; CÁMARA ÁGUILA, P., «El límite para...», *cit.*, p. 117 y RIBERA BLANES, B., «La nueva regulación...», *cit.*, p. 734.

Lo mismo se consideraba en el ámbito francés. Sobre ello, *vid. supra* subepígrafe 3.2.4.2 del Capítulo II.

En cambio, MORENO MARTÍNEZ, J. A. y MARTÍN SALAMANCA, S. apuntaban como fundamento de la utilización íntegra de las obras de carácter plástico y fotográfico la imposibilidad de conseguir la finalidad de la enseñanza si no se hacía tal uso. *Op. cit.*, p. 423 y «Art. 32»..., *cit.*, p. 257, respectivamente.

<sup>1150</sup> *Vid. supra* epígrafe 2.1.4.

dedos que se unen en la Creación de Adán, del fresco de Miguel Ángel, para que la obra sea reconocida y analizada por el alumno en un examen. O que el mismo fragmento fuera reproducido por un investigador de historia del arte que analizara la técnica pictórica empleada, la obra de Miguel Ángel en general, o la significación de la representación de las manos en la pintura, por ejemplo.

En este sentido, una lectura atenta de la norma no impide la utilización parcial de las obras de carácter plástico y las obras fotográficas, pues lo que establece el art. 32.3 TRLPI es que no se necesitará autorización del autor o editor para realizar actos de reproducción, distribución y comunicación pública «de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo», esto es, se admite el uso completo de la obra de este tipo, sin que se prohíba el uso parcial<sup>1151</sup>. Así, quien puede lo más, puede lo menos. Ahora bien, ello vendrá modulado por el necesario respeto a la integridad de la obra. En este contexto, por tanto, será posible utilizar desde un «pequeño fragmento» de la obra hasta su totalidad de forma libre y gratuita<sup>1152</sup>. También es gratuito el uso completo de este tipo de obras conforme al §60a (2) UrhG, así como de acuerdo con el art. 70.1-*bis* LDA, referido al uso libre de imágenes y música en internet con finalidad educativa.

La gratuidad con la que se admite el uso de este tipo de obras de acuerdo con el art. 32.3 TRLPI hace que nos llame la atención que en el Acuerdo que desarrolla el límite en su versión remunerada haya participado, junto a la CRUE y CEDRO, VEGAP, entidad encargada de la gestión de los derechos de propiedad intelectual de los autores de obras plásticas y de la creación visual. Aunque ello pueda traer causa de la inclusión de imágenes en las obras impresas que puedan ser explotadas al amparo del art. 32.4 TRLPI<sup>1153</sup>, de modo que podrían considerarse como «no aisladas», sino integradas en otra obra, lo cierto es que la versión no remunerada del límite es clara al respecto: es posible la utilización íntegra y gratuita de las obras de carácter plástico y fotográfico. En consecuencia, este tipo de obras podrían

---

<sup>1151</sup> Del mismo modo lo entienden PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., «Art. 32»..., *cit.*, p. 587, nota 8 e IGLESIAS, M. J., *op. cit.*, p. 456, ambas en relación con este requisito en la cita.

<sup>1152</sup> No obstante, ello ha sido criticado por RIBERA BLANES, B., por considerar que la explotación de obras de carácter plástico y fotográfico debería haberse incluido en la versión remunerada del límite, de modo que se permitiera el uso integral de las mismas, pero se remunerara al autor por el posible perjuicio injustificado a sus intereses. «La nueva regulación...», *cit.*, pp. 734 y 735.

<sup>1153</sup> Así, DÍAZ DE OLARTE BAREA, J. señala que VEGAP tiene derecho a una remuneración equitativa al amparo del art. 32.4 TRLPI «por las obras de creación visual incorporadas a libros y otras publicaciones». «Usos permitidos...», *cit.*, p. 216.

En cuanto a ello, en la Enmienda nº102 del Grupo parlamentario Vasco en el Senado se proponía que la remuneración del art. 32.4 TRLPI fuera a favor de los autores «tanto de los textos como de las obras de la creación visual incorporadas en las obras o publicaciones mencionadas». BOCG. Senado, nº401 de 22/09/2014, p. 316.

considerarse excluidas implícitamente del ámbito de aplicación de la versión remunerada de la excepción. Siendo ello así, entendemos que VEGAP no tiene derecho de remuneración alguno que gestionar en el ámbito de la enseñanza y la investigación.

### 2.2.3 Los libros de texto, manuales universitarios o «publicaciones asimiladas» y los requisitos específicos para su utilización

El anterior art. 32.2 TRLPI excluía del ámbito de aplicación de la excepción objeto de estudio los libros de texto y los manuales universitarios, de manera que su uso para ilustrar la enseñanza estaba en todo caso sujeto a autorización del autor o titular de derechos correspondiente. La doctrina que estudió el precepto entendía que la exclusión en cuestión se fundamentaba en que el uso de dicho tipo de obras en la enseñanza podía afectar a su explotación normal, razón por la que dicha opción legislativa no fue objeto de crítica<sup>1154</sup>. Además, la prohibición de explotar obras concebidas con fines pedagógicos también se contemplaba en la regulación de la limitación en otros países de nuestro entorno jurídico como reflejo de la consideración de la segunda etapa de la prueba de los tres pasos y se ha mantenido tras las reformas operadas en tales excepciones con posterioridad. Es el caso del art. L122-5 3º e) CPI y del recién entrado en vigor §60a (3) 2. UrhG<sup>1155</sup>.

Bajo la vigencia del anterior art. 32.2 TRLPI y en un estudio elaborado en la Universidad de Granada sobre el grado de conocimiento de la propiedad intelectual en el ámbito de la docencia *online*, se preguntó al profesorado qué tipo de obras podían ser utilizadas al amparo de la limitación de la ilustración<sup>1156</sup>. Los resultados desvelaron que el 62% de los encuestados consideraban que los libros de texto y los manuales universitarios podían ser utilizados al amparo de la excepción en cuestión, siendo este el porcentaje más alto en comparación con el resto de obras que se ponían como ejemplo de creaciones susceptibles de uso de acuerdo con el art. 32.2 TRLPI<sup>1157</sup>. Además de que ello suponía un claro reflejo del desconocimiento total del ámbito de aplicación de la excepción, también lo era de que el profesorado considera que debe poder utilizar en su docencia las obras típicamente destinadas a su impartición, como lo son los libros de texto y los manuales universitarios. Y ello resulta lógico pues si el libro de

---

<sup>1154</sup> Entre otros, *vid.* MORENO MARTÍNEZ, J. A., *op. cit.*, p. 424 y PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., «Art. 32»..., *cit.*, p. 597.

<sup>1155</sup> Sobre los mismos, *vid. supra* letra b) del subepígrafe 3.2.6.3 del Capítulo II.

<sup>1156</sup> FÉRNANDEZ-MOLINA, J. C.; MURIEL, E.; VIVES-GRACIA, J.; RIERA, P.; MARTÍN, O., «Copyright and e-learning: professors' level of knowledge about the new Spanish law», *Aslib Proceedings*, vol. 63, nº4, 2011, pp. 340 y ss.

<sup>1157</sup> FÉRNANDEZ-MOLINA, J. C.; MURIEL, E.; VIVES-GRACIA, J.; RIERA, P.; MARTÍN, O., *ibid.*, p. 348.

texto seguido en clase, por ejemplo, no ha servido adecuadamente para que el tema en cuestión sea comprendido por el alumnado, lo que requiere el docente es una obra que sea más pedagógica en ese punto concreto, teniendo dicho carácter, normalmente, las creaciones que están destinadas a su uso en la enseñanza<sup>1158</sup>.

Siendo este el sentir del profesorado, parece que el prelegislador entendió desde la primera versión del anteproyecto que debía permitir ciertos usos de los libros de textos y manuales universitarios al amparo del límite de la ilustración, estableciendo un régimen de explotación distinto para cada tipo de obras. En cuanto a los libros de texto, el art. 32.2 c) de la redacción propuesta en dicho anteproyecto establecía que no era posible explotar obras que tuvieran tal consideración, «salvo que se trate de los libros de texto adoptados para utilizarse en el desarrollo de las enseñanzas en el centro». Efectivamente, si el libro de texto es el seguido por el centro de enseñanza en el curso de que se trate, todo el alumnado debería haberlo adquirido, de modo que la explotación de pequeños fragmentos del mismo, como la proyección de un ejercicio en la pizarra digital, no afectaría a su explotación normal<sup>1159</sup>. No obstante, en la segunda versión del anteproyecto se eliminó la exigencia de que el libro de texto fuera el utilizado en el desarrollo de la enseñanza del centro, pudiendo explotarse, por tanto, cualquiera que tuviera dicha consideración siempre y cuando se tratara de «actos de reproducción o comunicación pública que no supongan la puesta a disposición ni permitan el acceso de los alumnos a la obra o fragmento. En estos casos, deberá incluirse una localización desde la que los alumnos puedan acceder legalmente a la obra protegida». Esta redacción fue mantenida en la tercera versión del anteproyecto. Por su parte y en cuanto a los manuales universitarios, la letra d) del art. 32.2 de la primera versión del anteproyecto impedía el uso gratuito de pequeños fragmentos de manuales universitarios o publicaciones asimiladas, remitiéndose su régimen de uso al apartado 3 del precepto propuesto, esto es, a la versión remunerada de la limitación, redacción esta que se mantendría en la segunda y en la tercera versión del anteproyecto<sup>1160</sup>.

---

<sup>1158</sup> Por esta razón crítica ALLEAUME, C. la exclusión de las obras concebidas con fines pedagógicos en la excepción del art. L122-5 3º CPI. «Les exceptions à des fins...», *cit.*, p. 143.

<sup>1159</sup> En el mismo sentido, RIBERA BLANES, B. considera que si, por ejemplo, el profesor reproduce y distribuye entre los alumnos el primer tema del libro de texto que va a ser seguido en la docencia porque todavía no ha llegado la tirada de libros suficiente para satisfacer esa demanda, esa explotación del libro de texto «no afectaría a la explotación normal de la obra porque los alumnos ya han adquirido dicha obra, con lo cual, no se causa ningún perjuicio al titular del derecho». «La nueva regulación...», *cit.*, p. 724.

<sup>1160</sup> No obstante, en el caso de la tercera versión del anteproyecto, la remisión se hacía al apartado 4 del art. 32 TRLPI, apartado al que se había desplazado la versión remunerada del límite.

Finalmente, el proyecto de ley regularía de forma conjunta el uso de ambos tipos de obra en la versión no remunerada del límite, redacción que se mantuvo en la Ley 21/2014 aprobada. Así, el art. 32.3 c) TRLPI autoriza la explotación de pequeños fragmentos de libros de texto, manuales universitarios y publicaciones asimiladas en la enseñanza y la investigación de forma gratuita bajo ciertas condiciones. Pese a las contundentes críticas que ha recibido el régimen particular de uso de este tipo de obras por cierto sector doctrinal<sup>1161</sup>, debe tenerse en cuenta que los supuestos en los que ello está permitido son muy específicos, tanto que incluso su determinación resulta complicada teniendo en cuenta la farragosa redacción del apartado en cuestión<sup>1162</sup>, como se tendrá ocasión de comprobar. De hecho, en lugar de establecer que también será posible explotar pequeños fragmentos de tales obras siempre y cuando se cumplan las condiciones previstas en el precepto, el art. 32.3 c) TRLPI lo señala de forma negativa, esto es, dispone que no será posible hacer tales usos cuando las obras sean libros de texto, manuales universitarios o publicaciones asimiladas, salvo que se trate de los actos recogidos posteriormente<sup>1163</sup>. Después de recoger los requisitos para que tales obras puedan ser empleadas en la enseñanza (subepígrafe 2.2.3.2) y en la investigación (subepígrafe 2.2.3.3), el legislador define lo que debe entenderse por libros de texto, manuales universitarios y publicaciones asimiladas (subepígrafe 2.2.3.1), tratando de dar respuesta al debate que había generado la interpretación de tales conceptos en la doctrina<sup>1164</sup>.

### 2.2.3.1 Definición legal

De acuerdo con el art. 32.3 c) último párrafo TRLPI, «se entenderá por libro de texto, manual universitario o publicación asimilada, cualquier publicación, impresa o susceptible de serlo, editada con el fin de ser empleada como recurso o material del profesorado o el

---

<sup>1161</sup> Así, DÍAZ DE OLARTE BAREA, J., «Copia privada...», p. 9; ESPÍN ALBA, I., *op. cit.*, p. 135 y SERRANO GÓMEZ, E., «La ilustración...», *cit.*, p. 32. Todos ellos consideran que la autorización legal para permitir el uso de este tipo de obras, aunque se establezca un régimen especial al efecto, afecta a su explotación normal y a los legítimos intereses del autor.

También el CGPJ, *op. cit.*, p. 17, consideró peligrosa la regulación propuesta sobre la consideración de que «el límite pueda quedar sobredimensionado, dejando excesivamente desprotegidos los derechos de los titulares, en particular de algunos de ellos, como serían los titulares de derechos sobre los libros de texto, los manuales universitarios y las publicaciones a estos últimos asimiladas».

<sup>1162</sup> La doctrina ha coincidido en que el régimen en cuestión utiliza un lenguaje «nefasto y complejo», en palabras de XALABARDER PLANTADA, R., «La reforma del...», *cit.*, p. 133.

<sup>1163</sup> Así, en la justificación de la Enmienda nº89, el Grupo parlamentario Entesa pel Progrés de Catalunya (GPEPC) ya se criticaba esta cuestión del siguiente modo: «el juego de las oraciones positivas y negativas complica aún más la posibilidad de interpretar la norma. En concreto, el apartado «c)» resulta prácticamente incomprensible ya que a la anterior excepción a una regla general se añade una oración negativa a la que se le añaden excepciones positivas («Que las obras no tengan la condición de [...] salvo [...]»)). BOCG. Senado, nº401 de 22/09/2014, p. 296.

<sup>1164</sup> Por todos, *vid.* IGLESIAS, M. J., *op. cit.*, pp. 354-358.



alumnado de la educación reglada para facilitar el proceso de la enseñanza o aprendizaje». A nivel de redacción, conviene poner de relieve que, aunque el legislador ha utilizado la conjunción disyuntiva «o» entre los conceptos que pretende definir, lo que podría implicar la separación de realidades distintas, al conceptualizarlos de forma conjunta entiende que tienen el mismo significado. En este contexto, el legislador podría haber empleado un concepto general que abarcara todos ellos, como la obra concebida con fines pedagógicos a la que se refiere el art. L122-5 3º CPI, los «materiales curriculares» definidos en el art. 2.1 Real Decreto 1744/1998<sup>1165</sup> o el «material didáctico» contemplado en la Ley de la Lectura. No obstante, ha decidido mencionar de forma específica el libro de texto y el manual universitario, quizá porque se trata de los materiales que tradicionalmente han servido de base para el desarrollo de la educación primaria y secundaria en el primer caso, y de la superior o universitaria en el segundo<sup>1166</sup>. No se entiende, en cambio, la referencia expresa a la publicación asimilada, concepto de difícil comprensión, como será analizado en el presente subepígrafe.

En cuanto a los orígenes de esta definición a lo largo del periodo prelegislativo y de tramitación parlamentaria, cabe destacar que el libro de texto y el manual universitario no fueron definidos en ninguno de los tres anteproyectos, apareciendo su conceptualización en el proyecto de ley de reforma. En cambio, la conceptualización de la publicación asimilada a los manuales universitarios fue prevista en todas las versiones del anteproyecto<sup>1167</sup> y suprimida en el proyecto de ley, proyecto en el que la definición de la publicación asimilada se llevaría a cabo de forma conjunta con los conceptos de libro de texto y manual universitario. En atención a ello, estudiaremos, por un lado, lo que es un libro de texto y un manual universitario y, por otro lado, qué puede ser considerado como una publicación asimilada.

De acuerdo con la definición ofrecida por el legislador, el libro de texto y el manual universitario deben ser obras de carácter literario, pues se ha de tratar de una «publicación, impresa o susceptible de serlo» y, además, «editada». La posibilidad de que la obra no esté impresa, pero sea susceptible de serlo, abre el concepto del libro de texto o manual universitario a la versión más novedosa de este tipo de obras, al formato *e-book* o libro

---

<sup>1165</sup> Real Decreto 1744/1998, de 31 de julio, sobre uso y supervisión de libros de texto y demás material curricular correspondientes a las enseñanzas de Régimen General.

<sup>1166</sup> En el mismo sentido, CÁMARA ÁGUILA, P., «El límite...», *cit.*, p. 121 y RIBERA BLANES, B., «La nueva regulación...», *cit.*, pp. 723 y 724

<sup>1167</sup> Cabe destacar a este respecto que la definición de publicación asimilada al manual universitario se preveía en las tres versiones del anteproyecto en sede de la versión remunerada del límite, en lugar de la no remunerada. La justificación de su ubicación sistemática en aquel momento derivaba de que el régimen de uso de los manuales universitarios y las publicaciones asimiladas a estos quedaba remitido a la versión remunerada, siendo imposible su uso de acuerdo con la versión gratuita, tal y como se señaló previamente.

electrónico. De este modo se actualiza la concepción tradicional del libro de texto que mantenía el art. 1.2 Real Decreto 1744/1998, en virtud del cual ese tipo de obras únicamente podía ser «material impreso»<sup>1168</sup>. Junto a este requisito, el art. 32.3 c) último párrafo TRLPI exige que el libro de texto o manual universitario se edite «con el fin de ser empleada como recurso o material del profesorado o el alumnado de la educación reglada para facilitar el proceso de la enseñanza o aprendizaje». Esta definición permitiría considerar comprendidos como libros de texto o manuales universitarios los diccionarios, los atlas, las enciclopedias, etc., pues, efectivamente, tienen como fin facilitar el proceso de aprendizaje y su uso por parte de los intervinientes en el proceso educativo. En el mismo sentido, en la SAP Madrid, de 26 de febrero de 2007, se consideró que las enciclopedias y los diccionarios no son meros textos de consulta, sino obras orientadas a la finalidad docente a la que se refiere el art. 32 TRLPI<sup>1169</sup>. Téngase en cuenta, no obstante, que en el caso en cuestión se estaba aplicando el límite de cita y, dada la restrictiva configuración del mismo por parte del legislador<sup>1170</sup>, interesaba hacer una interpretación amplia de las obras en las que pudiera incluirse la obra ajena. En cambio, en el ámbito del art. 32.3 c) TRLPI, un concepto excesivamente amplio del libro de texto o manual universitario convertiría lo que se establece como un régimen especial de uso de determinado tipo de obras impresas en el general aplicable a varias categorías de creaciones literarias. Así, la amplitud con la que se ha configurado este concepto conlleva que un gran número de obras que se utilizan en la enseñanza, como las señaladas, se vean sometidas a un régimen de uso extremadamente restrictivo<sup>1171</sup>.

---

<sup>1168</sup> En cualquier caso, y teniendo en cuenta el año en que fue aprobado dicho RD, resulta lógico que únicamente se contemplara la obra impresa y no la que fuera susceptible de serlo, pues todavía no se había desarrollado la industria del *e-book*.

<sup>1169</sup> FD cuarto. JUR\2007\151600.

<sup>1170</sup> Sobre ello, *vid. supra* epígrafe 1 del presente Capítulo.

<sup>1171</sup> Las críticas en relación con ello se reflejan especialmente en la forma irónica con la que el Grupo Parlamentario Entesa pel Progrés de Catalunya (GPEPC) justifica su Enmienda nº89: «en esta redacción (la de libro de texto, manual universitario o publicación asimilada) cabe cualquier objeto, incluso hasta el plástico extrusionado de las impresoras 3D o de las más novedosas impresoras con técnicas estereolitográficas. Así pues, la posibilidad de imprimir piedras de resina se halla incluida en la redacción del proyecto, lo que no parece tener congruencia con lo perseguido por la norma, que es permitir que los profesores y los investigadores puedan ejercer su función educativa con los menores problemas posibles». BOCG. Senado, nº401 de 22/09/2014, p. 296. En la Enmienda en cuestión se eliminaba el régimen especial de uso de los libros de texto y las publicaciones asimiladas.

Aunque es cierto que la definición va más allá de lo que normalmente se considera un libro de texto, el ejemplo puesto por el Grupo parlamentario resulta excesivo, pues según la dicción de tal concepto no basta con que sea posible la impresión de la obra, sino que también se exige que la misma se edite con la finalidad de que sea usada en la enseñanza, lo que no se da en el ejemplo señalado.

Por su parte, PÉREZ MORIONES, A. valora positivamente el concepto amplio de libro de texto y manual universitario por considerar que ello genera una extensión práctica del límite de la ilustración. *Op. cit.*, p. 97. Efectivamente, se amplían los supuestos en los que se aplica el régimen especial de dicho tipo de obras, pero la autora no repara en que el mismo permite unos usos tan reducidos que casi impide la explotación de las mismas.

El legislador tendría que haberse fijado en las definiciones del libro de texto que ya había desarrollado en otras normas. Así, el art. 1.2 RD 1744/1998 exige que el libro de texto se destine «a ser utilizado por los alumnos y que *desarrolla, atendiendo a las orientaciones metodológicas y criterios de evaluación correspondientes, los contenidos establecidos por la normativa académica vigente para el área o materia y el ciclo o curso de que en cada caso se trate*» (la cursiva es nuestra). De forma similar, el art. 10.1 g) de la Ley de la lectura establece que los libros de texto y el material didáctico complementario deben editarse «principalmente *para el desarrollo y aplicación de los currículos correspondientes a la Educación Primaria y a la Educación Secundaria Obligatoria*» (la cursiva es nuestra). En definitiva, para calificar una obra como libro de texto no debería bastar con que el mismo facilitara el proceso de aprendizaje, sino que debería haberse exigido, al igual que en la normativa señalada, que la obra contuviera de forma sistemática y comprensiva el programa de la asignatura en cuestión<sup>1172</sup>.

La definición propuesta tendría que aplicarse igualmente a los manuales universitarios, obras que, a diferencia de los libros de texto, no han sido definidos en ninguna norma, salvo en el art. 32.3 c) TRLPI. Su determinación, además, resulta más compleja que la de los libros de texto, pues los currículos de las titulaciones universitarias no están tan unificados como los de las enseñanzas previas<sup>1173</sup>. Ello es así porque las universidades pueden crear las mismas titulaciones, pero con contenidos no coincidentes completamente en unas instituciones y en otras, incluso aunque pertenezcan a una misma comunidad autónoma. Como señaló DÍAZ DE OLARTE, las dificultades para definir los manuales universitarios y distinguirlos de otras obras que igualmente se utilizan en el ámbito de la educación superior son muchas<sup>1174</sup>. En

---

Por tanto, es preferible que las obras no puedan ser calificadas como libro de texto o manual universitario si se quiere facilitar su uso.

<sup>1172</sup> De este modo define los libros de texto y manuales universitarios FAJARDO FERNÁNDEZ, J., quien además añade que la obra ha de estar «pensada, adaptada y dirigida al alumno que va a cursar esa asignatura». «Defensa y depuración...», *cit.*, p. 42.

En contra de tener en cuenta a estos efectos la definición de libro de texto contenida en la Ley de la lectura se muestra CAVANILLAS MÚGICA, S., pues, como acertadamente señala, la finalidad de dicha norma es la determinación de los tipos de libros sometidos o no a precio fijo. «El uso educativo...», *cit.*, p. 161, nota 15. No obstante, tanto en aquella norma como en el TRLPI se considera que a este tipo de obras se les debe dar un tratamiento especial porque ellas juegan un papel determinante en el adecuado ejercicio del derecho fundamental a la educación. Por tanto, ya sea con el fin de regular su precio o con el de facilitar su uso por medio de una excepción a la propiedad intelectual, el fundamento último de las dos regulaciones es el mismo y, por ello, entendemos que la definición de tal concepto no debería variar en una y otra normativa.

<sup>1173</sup> Aunque estas también se ven influidas por la normativa autonómica

<sup>1174</sup> El autor señala que «no existe un concepto legal, ni siquiera técnico de manual universitario que sea pacífico. En el entorno universitario y cada vez más, los profesores recomiendan a sus alumnos distintas lecturas para la preparación de los diferentes temas de cada asignatura, módulo, etc. Y el profesor elige en función del contenido, sin importarle el tipo de obra o publicación del que procede. Esa presunta distinción entre «manuales

cualquier caso, la doctrina ha coincidido en que los manuales universitarios son obras de carácter general y no especializado especialmente destinadas a la explicación de una materia o asignatura a los estudiantes, no cumpliendo tales requisitos, por ejemplo, las monografías o los tratados<sup>1175</sup>.

El concepto más complejo en este punto es el de «publicación asimilada». Lo primero que cabe cuestionarse es si la publicación asimilada es en sí misma una tipología de obra o viene referida a otra, es decir, es asimilada a las que le preceden. La única opción posible es la segunda por dos razones fundamentalmente<sup>1176</sup>. En primer lugar, porque se define de forma conjunta con los libros de texto y los manuales universitarios, de modo que, si sus elementos definitorios son los mismos, significa que tales publicaciones se asimilan a aquellos<sup>1177</sup>. Y, en segundo lugar, porque en los orígenes de este concepto se utilizaba la expresión «manual universitario o publicación asimilada a este». Efectivamente y como se señaló con anterioridad, la publicación asimilada era la única expresión de las tres previstas en el actual art. 32.3 c) último párrafo TRLPI definida en las tres versiones del anteproyecto. De acuerdo con el art. 32.6 de la tercera versión, «se entenderán *asimiladas a los manuales universitarios las publicaciones* de contenido cultural, científico o técnico, impresas o susceptibles de serlo, siempre y cuando estén editadas en serie continua con un mismo título a intervalos regulares o irregulares, de forma que los ejemplares de la serie lleven una numeración consecutiva o estén fechados, con periodicidad mínima mensual y máxima semestral» (la cursiva es nuestra)<sup>1178</sup>. Resulta evidente que el prelegislador pretendía de este modo incluir en el régimen

---

universitarios» y otro tipo de obras, además de difícilísima definición, carece cada día más de fundamento y razón de ser». «Copia privada...», *cit.*, p. 10.

<sup>1175</sup> En el mismo sentido, SAIZ GARCÍA, C., «La situación de la universidad...», *cit.*, p. 211; LÓPEZ MAZA, S., «Art. 32»..., *cit.*, p. 662 y VICENTE DOMINGO, E., *op. cit.*, p. 134.

<sup>1176</sup> Lo mismo concluye RIBERA BLANES, B., «La nueva regulación...», *cit.*, p. 726.

<sup>1177</sup> En este sentido, la Enmienda nº90 firmada por el Grupo parlamentario Entesa pel Progrés de Catalunya (GPEPC) proponía la siguiente redacción: «c) Que las obras no tengan la condición de libro de texto, manual universitario o publicación asimilada a éstos» (la cursiva es nuestra). BOCG. Senado, nº401 de 22/09/2014, p. 300. Como justificación de la misma, se señalaba que «el concepto «publicación asimilada» implica un complemento del adjetivo «asimilada» que no puede ser de carácter general, como se pretende con la inclusión del último párrafo que, en su actual redacción, lejos de definir y concretar el concepto «publicación asimilada» lo generaliza *ad infinitum*, al entender por «publicación asimiladas» todo lo que sea impreso o susceptible de serlo, es decir, cualquier publicación en acto o en potencia. Por lógica «publicación asimilada» debe referirse a los libros de texto y manuales universitarios antes mencionados. La inclusión del pronombre demostrativo «estos» referido a los libros de texto y manuales universitarios lo deja claro».

<sup>1178</sup> Llama la atención que se haya empleado la misma definición en la Disposición transitoria primera del Real Decreto-ley 12/2017, de 3 de julio, por el que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, en cuanto al sistema de compensación equitativa por copia privada. Ahora bien, en dicha norma lo que se define no es una publicación asimilada a un manual universitario, sino las publicaciones asimiladas a libros.

especial de uso las revistas de carácter cultural y científico<sup>1179</sup>, pero ello fue objeto de importantes críticas, razón por la que finalmente se eliminó tal definición en el proyecto de ley<sup>1180</sup>. Ello nos lleva a concluir que la publicación asimilada que se prevé en la redacción actual del límite no puede ser la de las revistas científicas, aunque ciertamente ellas serían más útiles para los investigadores que los libros de texto y los manuales universitarios<sup>1181</sup>. De este modo, el uso de pequeños fragmentos de artículos de revista estará sujeto a los requisitos establecidos con carácter general en el art. 32.3 TRLPI, con exclusión de las exigencias específicas que se prevén en la letra c) para los libros de textos, los manuales universitarios y las publicaciones asimiladas.

Dicho esto, ¿qué debe entenderse por «publicación asimilada»? La respuesta es cualquier otra publicación impresa o susceptible de serlo, que no sea un libro de texto o un manual universitario, editada con el fin de ser empleada como material del profesorado o el alumnado para facilitar el proceso de enseñanza-aprendizaje. Sería lo que en la Ley de la lectura se denomina «material didáctico complementario», que incluyen las publicaciones editadas para el desarrollo y aplicación de los currículos correspondientes a la enseñanza primaria y la secundaria que sirvan de apoyo al alumno o al profesor<sup>1182</sup>. Así, en este concepto deben quedar abarcados los libros de esquemas, de preguntas tipo test, de casos prácticos, cuadernos de ejercicios, diccionarios, etc<sup>1183</sup>. Muchos de estos ejemplos nos recuerdan a las obras de un solo uso que, de acuerdo con el art. 32.5 TRLPI, están excluidas del ámbito de aplicación de la limitación de la ilustración en sus dos modalidades<sup>1184</sup>. Así, las obras de un solo uso son

---

<sup>1179</sup> En este sentido, FAJARDO FERNÁNDEZ, J., «Defensa y depuración...», *cit.*, pp. 46-48 y ESPÍN ALBA, I., *op. cit.*, p. 125.

<sup>1180</sup> Así, SAIZ GARCÍA, C., «La situación de la universidad...», *cit.*, p. 212 y DÍAZ DE OLARTE BAREA, J., «Copia privada...», *cit.*, p. 10.

<sup>1181</sup> Así lo ha puesto de relieve por RIBERA BLANES, B., «La nueva regulación...», *cit.*, pp. 726 y 727. Ahora bien, para el investigador es mejor que la revista científica no pueda quedar comprendida en el concepto de publicación asimilada, pues podrá hacer uso de la misma según el régimen general previsto en el art. 32.3 TRLPI y no el restringido de la letra c) del mismo precepto.

<sup>1182</sup> A ellos se refiere el art. 10.1 g) de la Ley de la lectura.

<sup>1183</sup> En este sentido, LÓPEZ MAZA, S., «Art. 32»..., *cit.*, p. 662 y CAVANILLAS MÚGICA, S., «El uso educativo...», *cit.*, p. 161.

En cambio, en el caso del material didáctico complementario al que se refiere el art. 10.1 g) de la Ley de la lectura, «no tendrán el carácter de material didáctico complementario, a los efectos de lo dispuesto en el presente apartado, los que no desarrollen específicamente el currículo de una materia, aunque sirvan de complemento o ayuda didáctica, tales como *diccionarios, atlas, libros de lecturas, medios audiovisuales o instrumental científico*» (la cursiva es nuestra). Tal y como se señaló previamente en relación con los libros de texto, la definición prevista en la Ley de la lectura es la que tendría que haber acogido el legislador en el seno del TRLPI. No obstante, en el precepto en cuestión no se exige que las publicaciones asimiladas se ajusten a los contenidos de la asignatura en cuestión, sino simplemente que faciliten el proceso de enseñanza-aprendizaje, de modo que la amplitud con la que han sido definidas permitiría incluir en su concepto obras tales como diccionarios, atlas, etc.

<sup>1184</sup> Sobre ello, *vid. supra* letra b) del subepígrafe 2.1.3.1 del presente Capítulo.

una especie dentro del género de las publicaciones asimiladas. La especificidad de aquellas respecto de estas se encuentra en que las obras de un solo uso necesitan ser completadas por sus destinatarios, mientras que el resto de publicaciones asimiladas son completas por sí mismas. En consecuencia, son obras de un solo uso los cuadernillos de ejercicios y no podrán explotarse al amparo de la limitación *ex art. 32.5 TRLPI*, y en cambio, son publicaciones asimiladas distintas a aquellas los diccionarios, los atlas o los libros de esquemas, que podrán ser utilizados en la enseñanza y en la investigación de acuerdo con los requisitos establecidos en el régimen especial de uso previsto en la letra c) del art. 32.3 TRLPI.

Determinadas las obras a las que es de aplicación el art. 32.3 c) TRLPI, pasemos al estudio de los requisitos específicos que deben cumplirse para poder utilizarlas gratuitamente, en función de si se usan con un fin educativo o de investigación científica<sup>1185</sup>.

#### 2.2.3.2 Exigencias en el ámbito educativo

De acuerdo con apartado 1º de la letra c) del art. 32.3 TRLPI, los libros de texto, manuales universitarios y publicaciones asimiladas podrán ser explotados a su amparo siempre que se trate de «actos de reproducción para la comunicación pública, incluyendo el propio acto de comunicación pública, que no supongan la puesta a disposición ni permitan el acceso de los destinatarios a la obra o fragmento. En estos casos deberá incluirse expresamente una localización desde la que los alumnos puedan acceder legalmente a la obra protegida». Ciertamente, la redacción no especifica que el uso permitido por la norma deba ser únicamente con fines educativos. No obstante, consideramos que la intención del legislador ha sido la de limitar ese apartado al ámbito educativo por dos razones. En primer lugar, porque en la segunda frase del precepto se refiere a un destinatario específico del acto de explotación que únicamente existe en la docencia: «los alumnos»<sup>1186</sup>. En segundo lugar, porque el apartado 2º de la misma disposición está destinado en exclusiva a permitir el uso de tales obras en el marco de proyectos de investigación<sup>1187</sup>.

Una interpretación literal del precepto en cuestión supone que solo se puedan llevar a cabo actos de reproducción cuando a los mismos les siga un acto posterior de comunicación pública del pequeño fragmento de tales obras, pero dicha comunicación no puede ser un acto

---

<sup>1185</sup> A ellos se unen, lógicamente, el resto de los previstos en el precepto, como que el uso sea de un «pequeño fragmento», que se trate de obras divulgadas y se indique el nombre del autor y la fuente.

<sup>1186</sup> Por su parte, SAIZ GARCÍA, C. considera que este precepto es igualmente aplicable en el ámbito de la investigación puesto que la referencia a los alumnos en su segundo inciso es «errónea». «Art. 32»..., *cit.*, p. 557.

<sup>1187</sup> Así se desprende de su literalidad, tal y como será analizado en el próximo subepígrafe (*vid. infra*).

de puesta a disposición ni permitir el acceso al pequeño fragmento de la obra a los destinatarios. En consecuencia, se excluye la posible distribución de este pequeño fragmento, así como la reproducción que no vaya seguida de un acto de comunicación pública, como, por ejemplo, copiar una frase del libro de texto en la pizarra para analizarla sintácticamente sin que la misma se lea<sup>1188</sup>. Asimismo, se imposibilita que la comunicación pública pueda dar acceso a la obra, pero ¿no es esa la finalidad de dicho acto de explotación? ¿Cómo ilustrar con una obra ajena si el destinatario de la explicación no puede acceder a ella? La comunicación al público, además, no puede adoptar la modalidad de puesta a disposición, lo que impediría que el estudiante pudiera acceder al pequeño fragmento en el momento y desde el lugar que quisiera, es decir, excluiría la educación *online* interactiva. Aunque el acto de explotación permitido no admite que los alumnos accedan a la obra, el mismo deberá ir acompañado de una localización que les dé acceso legal a la obra. Se trata, por tanto, no solo de la indicación de la fuente, sino de algún medio adicional que les permita acceder directamente y de forma lícita a la obra, como podría ser un enlace, pero ello entraría en conflicto con la primera frase del texto, pues impide que se dé acceso a la obra a los destinatarios.

Dicho esto, ¿qué autoriza exactamente este precepto, si es que autoriza algo? La doctrina ha aportado algunos ejemplos de usos que podrían quedar amparados por la norma. Así, sería posible leer un pequeño fragmento del libro de texto o el manual universitario en clase; incorporar tal fragmento en una presentación Powerpoint, siempre y cuando la misma no se pusiera a disposición de los alumnos y únicamente se utilizara en clase o el uso de la obra ajena en el marco de una clase virtual a la que únicamente se pueda acceder en el momento en el que se imparte<sup>1189</sup>. En dichos casos se deberá indicar al alumnado una «localización» que les permita acceder legalmente a la obra, bastando para ello con que se indique que la obra puede ser adquirida en librerías o en una página web, por ejemplo.

Dicho esto, no debe sorprender que el precepto haya sido objeto de innumerables críticas tanto en sede de tramitación parlamentaria como desde la doctrina. En cuanto a ello, resulta pertinente reproducir la justificación que el Grupo parlamentario Entesa pel Progrés de Catalunya (GPEPC) dio a su Enmienda nº89 en el Senado: «¿Cuáles son los “Actos de

---

<sup>1188</sup> En cuanto a ello, resultaba más acertada la redacción que se contenía en la segunda y en la tercera versión del anteproyecto, en la que se autorizaba la «reproducción o comunicación pública», lo que sería sustituido en el proyecto de ley por la «reproducción *para* la comunicación pública» (las cursivas son nuestras).

<sup>1189</sup> Así, LÓPEZ MAZA, S., «Art. 32»..., *cit.*, p. 663; CAVANILLAS MÚGICA, S., «El uso educativo...», *cit.*, p. 161; CÁMARA ÁGUILA, P., «El límite para...», *cit.*, pp. 122 y 123; RIBERA BLANES, B., «La nueva regulación...», *cit.*, p. 720 y FAJARDO FERNÁNDEZ, J., «Defensa y depuración...», *cit.*, p. 45.

reproducción para la comunicación pública incluyendo el propio acto de comunicación pública que no supongan la puesta a disposición ni permitan el acceso de los destinatarios a la obra o fragmento”? Se nos escapa el conocimiento de cuáles son esos actos. ¿A qué se refiere el término “localización”? Si este término hace referencia a una localización de la obra en internet, entonces es contradictorio con la primera parte del apartado 1.º, puesto que si se incluye una URL desde la que se puede acceder legalmente a la obra, entonces los “actos de reproducción para la comunicación pública” estarán permitiendo el acceso. La redacción de este párrafo en su estado actual no puede aceptarse dada la oscuridad que introduce»<sup>1190</sup>. En la doctrina, XALABARDER PLANTADA señala que son múltiples las «lecturas ridículas que se pueden derivar del nefasto y complejo lenguaje utilizado en el articulado»<sup>1191</sup>.

A pesar de los indudables inconvenientes para dotar de aplicabilidad a este régimen, es posible, atendiendo a las palabras del entonces Ministro de Educación, Ignacio Wert, pronunciadas en la presentación del proyecto de ley ante el Congreso, desentrañar la auténtica voluntad del legislador con el establecimiento de este farragoso e incomprensible precepto: con la modificación se ha pretendido «establecer una modalidad de uso docente de este derecho de cita, de la utilización de pequeños fragmentos de obras científicas o académicas cuando se enlace a webs en las que se ofrece legalmente el contenido de que se trate»<sup>1192</sup>. Ello serviría de argumento para defender la interpretación correctora del precepto llevada a cabo por RIBERA BLANES, según la cual «lo que no puede hacer el profesor es reproducir y comunicar al público la obra considerada en su totalidad o un fragmento más extenso de lo que debe entenderse por el pequeño fragmento, de modo que cuando el legislador utiliza los términos “obra o fragmento”, en realidad se refiere a la obra o fragmento del que proviene el pequeño fragmento y no al pequeño fragmento en sí mismo considerado»<sup>1193</sup>. Por tanto, el legislador no ha querido impedir el uso de pequeños fragmentos de libros de texto, manuales universitarios y publicaciones asimiladas en la enseñanza *online*, aunque la redacción haya sido absolutamente desafortunada<sup>1194</sup>. Recuérdese en cuanto a ello que una de las finalidades

---

<sup>1190</sup> BOCG. Senado, nº401 de 22/09/2014, p. 296. En la Enmienda en cuestión se propone la supresión del régimen especial de uso de los libros de texto, los manuales universitarios y las publicaciones asimiladas.

<sup>1191</sup> «La reforma del...», *cit.*, p. 133. En el mismo sentido, entre otros, SAIZ GARCÍA, C., «Art. 32»..., *cit.*, p. 556 y PÉREZ MORIONES, A., *op. cit.*, p. 97.

<sup>1192</sup> DS. Congreso de los Diputados, nº194 de 10/04/2014, p. 27.

<sup>1193</sup> «La nueva regulación...», *cit.*, p. 721.

<sup>1194</sup> Como consecuencia de dicha dicción, la doctrina mayoritaria ha entendido que la enseñanza a distancia queda excluída implícitamente como consecuencia de la prohibición de llevar a cabo actos de puesta a disposición. *Vid.* por todos, CAVANILLAS MÚGICA, S., «El uso educativo...», *cit.*, p. 161 y XALABARDER PLANTADA, R., «La reforma del...», *cit.*, p. 133.

Por su parte, CÁMARA ÁGUILA, P. sí entiende que el legislador está pensando en el uso *online* de este tipo de obras, pero dada la imposibilidad de realizar actos de puesta a disposición, considera que el acceso a las mismas



de la reforma era, precisamente, en la ampliación del límite a la enseñanza a distancia, lo que se vio reflejado en la letra a) del art. 32.3 TRLPI<sup>1195</sup>. Lo que se ha querido autorizar es que se reproduzca y ponga a disposición un pequeño fragmento de un manual en el campus virtual o se reproduzca en una presentación Powerpoint que se suba a dicha plataforma, por ejemplo, y que dicho uso venga acompañado de la indicación de un lugar en el que la obra pueda ser accedida legalmente, como el enlace a una página web donde se aloje la obra o de venta de la misma, o a la biblioteca de la universidad.

Siendo esta la interpretación que consideramos más acertada, no dejamos de reconocer que la literalidad del precepto podrá dar lugar a interpretaciones judiciales que impidan este tipo de uso, dejando prácticamente sin efecto la autorización legal para usar pequeños fragmentos de libros de texto, manuales universitarios y publicaciones asimiladas en el ámbito educativo. En definitiva, el miedo del legislador por que se pudiera dar acceso total a este tipo de obras a través de internet, le ha llevado a establecer toda una serie de condiciones que han hecho casi incomprensible este régimen especial de uso.

### 2.2.3.3 Requisitos en la investigación científica

El art. 32.3 c) 2º TRLPI autoriza el uso de libros de texto, manuales universitarios y publicaciones asimiladas siempre que se trate de «actos de distribución de copias exclusivamente entre el personal investigador colaborador de cada proyecto específico de investigación y en la medida necesaria para este proyecto».

Es cierto que las obras sujetas a este particular régimen de explotación, esto es, los libros de texto y los manuales universitarios, no son las que normalmente utilizan los investigadores en su labor, pues requieren obras más especializadas y técnicas<sup>1196</sup>. No obstante, ello no excluye que puedan serles útiles para adentrarse en la temática del proyecto en cuestión. Además, el uso de este tipo de obras puede adquirir un papel fundamental en el ámbito de la investigación educativa como, por ejemplo, aquella investigación que tuviera por objeto el estudio de la integración de la perspectiva de género o la importancia del uso de imágenes en los libros de texto de la enseñanza primaria.

---

debe estar limitado temporalmente, de modo que el alumno no pueda acceder a ellas en el momento y desde el lugar que decida. «El límite para...», *cit.*, p. 122.

<sup>1195</sup> Sobre ello, *vid. supra* letra b) del subepígrafe 2.2.1.1 del presente Capítulo.

<sup>1196</sup> Precisamente por ello, RIBERA BLANES, B. llega a concluir que el precepto en cuestión no tendrá ninguna aplicación en la práctica. «La nueva regulación...», *cit.*, p. 723. En el mismo sentido, *vid.* CÁMARA ÁGUILA, P., «El límite para...», *cit.*, p. 124.

En estos casos, a diferencia de lo que sucedía en relación con la enseñanza, se está pensando en exclusiva en la investigación “presencial”, esto es, la que tiene lugar entre miembros de un grupo de investigación que pertenecen a una misma institución o que, al menos, se encuentran físicamente en la misma. Esta conclusión deriva de que el único acto de explotación expresamente autorizado es el de distribución. La no inclusión de la comunicación pública impide que los miembros del grupo en cuestión puedan compartir esos pequeños fragmentos de libros de texto o manuales universitarios en una nube o que se los enviaran por correo electrónico, lo que dificulta el desarrollo de la investigación que tiene lugar en el seno de grupos de investigación compuestos por miembros de distintas instituciones. Aunque tampoco se menciona expresamente el derecho de reproducción, la distribución de «copias» exige que con carácter previo a dicho acto se fije en soporte tangible el fragmento del libro de texto o el manual universitario de que se trate. En consecuencia, debe interpretarse que el precepto en cuestión también autoriza la realización de actos de explotación.

Asimismo, cabe destacar que la distribución de las copias ha de llevarse a cabo únicamente entre los miembros del grupo de investigación, lo que no deja de generar dudas acerca de si ello podría ser considerado como un auténtico acto de distribución<sup>1197</sup>. En cualquier caso, resulta criticable que únicamente se puedan repartir las copias entre los miembros del grupo de investigación. Imagínese que, ya iniciado un proyecto de investigación con financiación pública, inicia su carrera investigadora una persona que se incorpora al departamento en cuestión para realizar su tesis doctoral sobre un tema relacionado con tal proyecto. No obstante, dado que no cumple los requisitos de la convocatoria en la que se preveía la financiación en cuestión, no puede entrar a formar parte del grupo investigador. ¿Tiene sentido que se pueda entregar la copia de un pequeño fragmento de un manual universitario sobre el tema objeto de estudio a los miembros del grupo de investigación, pero no al doctorando? En nuestra opinión, no.

#### 2.2.3.4 Consideraciones críticas

La difícil comprensión del régimen especial establecido para la explotación de libros de texto, manuales universitarios y publicaciones asimiladas ha dado lugar a que todos los sectores involucrados, desde el editorial hasta el educativo y el de la investigación, se pongan de acuerdo en la crítica hacia el mismo. Asimismo, cabe destacar que no existe en el ámbito comparado un régimen de similares características, pues o bien se ha optado por la exclusión

---

<sup>1197</sup> Sobre ello, *vid. supra* subepígrafe 2.1.1.1 de este Capítulo.

directa de este tipo de obras, como en los casos francés y alemán, o bien se someten al régimen general de la excepción de la ilustración, como sucede en las legislaciones inglesa e italiana.

Pero es que además de la incomprensible redacción del precepto, especialmente del relativo al uso de tales obras en la enseñanza, la labor llevada a cabo para configurar dicho sistema resulta totalmente inútil si se tiene en cuenta que este tipo de obras no solo no están excluidas del ámbito de aplicación de la versión remunerada del límite, sino que, además, están sujetas a las mismas condiciones y requisitos de uso que las demás. Siendo ello así, carece totalmente de sentido que el legislador se haya esforzado en establecer un régimen que se queda completamente vacío de contenido como consecuencia de la aplicación del art. 32.4 TRLPI. Si se puede reproducir, comunicar al público y distribuir hasta el 10% o un capítulo de un libro de texto, de un manual universitario o de una publicación asimilada conforme a la versión remunerada del límite, también es posible hacer lo mismo cuando se trate de un «pequeño fragmento», pues quien puede lo más, puede lo menos. Es cierto que en el caso del art. 32.3 c) TRLPI el uso es gratuito, a diferencia del art. 32.4, pero la explotación de ese tipo de obras se ha visto igualmente absorbida por el sistema de remuneración pactado entre la CRUE, CEDRO y VEGAP<sup>1198</sup>.

En definitiva, el legislador podría haber señalado como condición del art. 32.3 TRLPI que «las obras no tengan la consideración de libros de texto, manuales universitarios o publicaciones asimiladas, cuyo régimen de uso quedará sometido a lo previsto en el apartado 4»<sup>1199</sup>.

En cualquier caso y pese a las críticas provenientes fundamentalmente del sector editorial por el uso gratuito de tan solo «pequeños fragmentos» de este tipo de obras, no se debe dejar de desconocer el importante gasto que supone para las familias la compra del material didáctico que se va a utilizar a lo largo del curso. Además, el continuo cambio de edición, impide que dichas obras puedan ser reutilizadas por hermanos menores. La situación ha intentado ser aliviada a través de la aprobación de normas como la Ley 7/2017, de 27 de junio, de Gratuidad de los Libros de Texto y el Material Curricular de la Comunidad de Madrid, a la que se hizo referencia anteriormente, que permite la reutilización gratuita de libros de texto que se encuentran en un banco creado al efecto por las instituciones de enseñanza

---

<sup>1198</sup> En cuanto al mismo, *vid. infra* subepígrafe 2.3.4 del presente Capítulo.

<sup>1199</sup> Este tipo de remisión a la versión remunerada del límite se contenía en las tres versiones del anteproyecto en relación con los manuales universitarios y las publicaciones asimiladas a estos.

implicadas<sup>1200</sup>. Por su parte, la comunidad educativa también ha comenzado a reaccionar ante tal situación aplicando las políticas del movimiento del acceso abierto promovido desde el sector de la investigación al de la enseñanza. Ello ha dado lugar al nacimiento de los REA o Recursos Educativos Abiertos. Su creación y uso en el ámbito de la enseñanza es promovido incluso desde la UNESCO, organismo que los define como «materiales de enseñanza, aprendizaje e investigación en cualquier soporte, digital o de otro tipo, que sean de dominio público o que hayan sido publicados con una licencia abierta que permita el acceso gratuito a esos materiales, así como su uso, adaptación y redistribución por otros sin ninguna restricción o con restricciones limitadas»<sup>1201</sup>. También en la UE se ha destacado la importancia del desarrollo de los REA para lograr una mayor calidad de la educación y mejor accesibilidad a la misma<sup>1202</sup>. El propio MECD ha creado un repositorio de REA, denominado Procomún, en el que se pueden crear recursos educativos, buscarlos, descargarlos y usarlos de forma libre y gratuita. También existen iniciativas privadas que ofrecen libros de texto gratuitos y en abierto ajustados al currículum exigido por la normativa educativa<sup>1203</sup>. En este contexto, es el sector editorial el que debe ajustar su industria a esta nueva realidad educativa, pues si no lo hace, no será el uso gratuito de «pequeños fragmentos» de las obras concebidas con fines pedagógicos permitido por el art. 32.3 c) TRLPI el que afecte a la explotación normal de su negocio, sino la propia comunidad educativa. Los docentes ya están comenzando a desarrollar recursos educativos y en ejercicio de su derecho de autor, los licencian en abierto. Así, serán los REA y no el TRLPI el auténtico reto de la industria editorial del libro de texto y el manual universitario.

---

<sup>1200</sup> Vid. *supra* letra b) del subepígrafe 2.1.3.1 del presente Capítulo.

<sup>1201</sup> *Declaración de París de 2012 sobre los REA*. Congreso Mundial sobre los Recursos Educativos Abiertos (REA), UNESCO, París, 20-22 de junio de 2012. Disponible en: [http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CI/WPFD2009/Spanish\\_Declaration.html](http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CI/WPFD2009/Spanish_Declaration.html). Sobre las mismas, vid. D'ANTONI, A., «Open Educational Resources and Open Content for Higher Education», *RUSC*, vol. 4, nº1, 2007, pp. 1 y ss. Disponible en: <http://www.redalyc.org/pdf/780/78040104.pdf>.

Además de facilitar el acceso a tales recursos en favor de los estudiantes, los REA también permiten facilitar al profesorado la rápida adaptación y actualización de sus cursos de forma gratuita y a la vez, mantenerse al día de las informaciones y las ideas emergentes, tal y como señalan GARCÍA, I.; LÓPEZ, C., «Los recursos de aprendizaje», en *Evolución y retos de la educación virtual. Construyendo el e-learning del siglo XXI*, B. Gros (ed.), Barcelona, 2011, p. 97.

<sup>1202</sup> Vid. la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, de 25 de septiembre de 2013, titulada «Apertura de la educación: Docencia y aprendizaje innovadores para todos a través de nuevas tecnologías y recursos educativos abiertos», Com(2013) 654 final.

<sup>1203</sup> Es el caso de la plataforma [www.apuntesmareaverde.org.es](http://www.apuntesmareaverde.org.es), creada por un conjunto de profesores de enseñanza pública que ha elaborado materiales docentes de enseñanza primaria y secundaria ajustados al currículum de la Comunidad Autónoma de Madrid y los pone a disposición del público a través de una licencia *creative commons*.

### 2.3 El art. 32.4 TRLPI: la novedosa incorporación de la modalidad remunerada del límite de la ilustración

Tal y como se señaló previamente, desde la primera versión del anteproyecto el legislador decidió establecer una modalidad de la excepción que permitiera un uso más intenso de las obras que el que autoriza el art. 32.3 TRLPI (un «pequeño fragmento»). El origen de aquella opción legislativa puede encontrarse en el clima de tensión existente entre CEDRO y ciertas universidades como consecuencia de las demandas interpuestas por la entidad de gestión por la puesta a disposición de obras en los campus virtuales de dichas instituciones<sup>1204</sup>. Reflejo de ello es que en aquel momento la limitación en cuestión únicamente permitía la explotación de «manuales universitarios» cuando con la misma se perseguía una finalidad educativa y no todavía de investigación y, además, cuando el uso se llevaba a cabo en centros docentes universitarios, dejando al margen las instituciones dedicadas a la impartición de niveles inferiores de enseñanza. La realización de los actos permitidos por la norma con fines de investigación científica se admitiría en la tercera versión del anteproyecto y ello fue mantenido en la versión finalmente aprobada de la limitación.

Así las cosas, calificamos de «novedoso» el límite vigente previsto en el art. 32.4 TRLPI por dos razones. Desde la óptica del Derecho nacional, es la primera vez que se contempla una limitación para el uso de obras ajenas en la enseñanza y en la investigación que tiene aparejada una remuneración en favor del autor o editor. Desde la perspectiva del Derecho internacional y en comparación con las legislaciones nacionales que han contemplado este límite, el art. 32.4 TRLPI es el único que ha restringido su ámbito de aplicación a la enseñanza universitaria. Ahora bien, que algo sea novedoso no implica que sea positivo o acertado, como se tendrá ocasión de comprobar.

#### 2.3.1 Sujetos amparados: el «personal» de universidades y centros públicos de investigación

De acuerdo con el art. 32.3 TRLPI, los sujetos amparados para explotar un pequeño fragmento de obras ajenas son el profesorado, en el ámbito de la enseñanza, y el personal de las universidades y de los OPIs, en el de la investigación<sup>1205</sup>. A diferencia de la versión no remunerada del límite, en el caso del art. 32.4 TRLPI se unifica el colectivo autorizado para

---

<sup>1204</sup> Sobre esta cuestión, *vid. supra* epígrafe 1 de este Capítulo.

<sup>1205</sup> *Vid. supra* subepígrafe 2.2.1 del presente Capítulo.

utilizar creaciones ajenas para la consecución de ambos fines: el «personal» de universidades y centros públicos de investigación, *ex art. 32.4 c)*<sup>1206</sup>.

Como se señaló previamente, el «personal» permite incluir como sujeto amparado por la norma a todas aquellas personas que trabajen en la institución de que se trate, independientemente del tipo de relación laboral o funcionarial que le vincule a la misma y de las funciones asignadas a cada categoría profesional<sup>1207</sup>. En consecuencia, no solo los profesores y los investigadores de las universidades y de los centros públicos de investigación pueden llevar a cabo los actos autorizados por el art. 32.4 TRLPI, sino también los logopedas, psicólogos, técnicos de laboratorio, conserjes y cualquier otra persona que preste sus servicios en universidades y centros públicos de investigación, siempre y cuando colaboren en tareas propias de aquellos y bajo su dirección<sup>1208</sup>. Solo cuando actúen por indicación de docentes e investigadores se podrá garantizar que el uso está destinado a la consecución de los fines educativos y de investigación que justifican el establecimiento de esta excepción de acuerdo con la letra a) del precepto<sup>1209</sup>.

Ahora bien, ¿pueden ser considerados como personal de la universidad los trabajadores de los centros concesionarios del servicio de reprografía? En estos casos, el trabajador no está vinculado contractualmente con el centro de educación superior, sino con la empresa adjudicataria de la concesión. Por consiguiente, una interpretación estricta impediría que los trabajadores de dichos servicios pudieran verse amparados por la limitación cuando los investigadores les solicitaran la copia de un artículo relacionado con el tema objeto de su estudio o los profesores dejaran ciertos materiales en la misma para que fueran reproducidos y comprados por los estudiantes. Aunque se haya defendido una posible interpretación *lato sensu* para incluirlos en la excepción<sup>1210</sup>, entendemos que la empresa concesionaria del

---

<sup>1206</sup> A tenor de dicho literal, los actos de explotación permitidos por la norma se han de realizar «en las universidades o centros públicos de investigación, por su personal».

<sup>1207</sup> *Vid. supra* subepígrafe 2.2.1.2 de este Capítulo.

<sup>1208</sup> Como se señaló en relación con la versión no remunerada del límite, la inclusión del «personal» de las universidades cuando los actos se realizan con fines de investigación generaba una paradójica situación: el PAS de las universidades se encontraba amparado por el art. 32.3 TRLPI cuando llevara a cabo actos de explotación de obras ajenas para colaborar en una investigación determinada, pero no lo estaba cuando de contribuir a la docencia se trataba. Pues bien, en el caso de la versión remunerada del límite, el PAS estará autorizado para realizar los actos de explotación previstos en la norma tanto para colaborar en la enseñanza como en la investigación.

<sup>1209</sup> En el mismo sentido, BOTANA AGRA, M., *op. cit.*, p. 449 y PÉREZ MORIONES, A., *op. cit.*, p. 102. En contra, RIBERA BLANES, B., quien considera que únicamente están amparados por la limitación los sujetos que tienen asignadas funciones de docencia e investigación, esto es, el profesorado y los investigadores. «La nueva regulación...», *cit.*, p. 732. A ella le sigue LÓPEZ MAZA, S., «Art. 32»..., *cit.*, p. 669.

<sup>1210</sup> De este parecer, CÁMARA ÁGUILA, P., «El límite para...», *cit.*, p. 127 y FAJARDO FERNÁNDEZ, J., «Defensa y depuración...», *cit.*, pp. 56 y 57.

servicio de reprografía lleva a cabo los actos de explotación en cuestión con una finalidad comercial, que, aunque limitada como consecuencia de los términos de la concesión, resulta incompatible con la redacción del precepto<sup>1211</sup>. En cualquier caso, si se hubiera querido incluir a los servicios de reprografía cuando el precio no excediera el coste de la realización de la copia y los gastos de mantenimiento del servicio, el legislador español podría haber seguido la redacción de los arts. 35 y 36 CDPA, que de forma indubitada admiten esta posibilidad al autorizar que el acto de la grabación de emisiones, en el primer caso, y de reproducción de extractos de obras, en el segundo, se lleve a cabo por el propio establecimiento educativo o por otra institución en su nombre («on behalf of a educational establishment»).

Tampoco pueden ampararse en este límite los estudiantes de la universidad, ni con fines educativos, como cuando preparan un trabajo para su exposición en clase, ni cuando realizan ciertas tareas de investigación, como cuando elaboran un TFG o un TFM, o en el caso del doctorando, la tesis doctoral<sup>1212</sup>.

En este caso, al igual que en el ámbito de la versión no remunerada del límite, el legislador mantiene una postura restrictiva y excesivamente protectora de los intereses de autores y editores, desconociendo las nuevas metodologías docentes, las posibilidades ofrecidas por las

---

<sup>1211</sup> En contra, LÓPEZ MAZA, S. considera que como el art. 32.4 TRLPI no exige expresamente la ausencia de finalidad comercial, la empresa concesionaria podría cobrar un sobreprecio que vaya más allá del mero coste de la reproducción. «Art. 32»... *cit.*, p. 669. Por nuestra parte, entendemos que la letra a) del art. 32.4 TRLPI impide llevar a cabo tal interpretación, pues los únicos fines que admite la norma son los educativos y los de investigación científica, de modo que la ausencia de finalidad comercial es un requisito común a ambas modalidades de la limitación, aunque sea de forma expresa en el caso de la gratuita y de forma implícita, en la remunerada. Sobre ello, *vid. supra* subepígrafe 2.1.2.2 del presente Capítulo.

Además, y en favor de nuestra postura, cabe destacar que el apartado c) del art. 32.4 TRLPI exige que los actos de explotación se lleven a cabo con los medios e instrumentos propios de la universidad o centros públicos de investigación, no pudiendo ser considerados como tales los servicios concesionarios de reprografía. Lo mismo concluyen DÍAZ DE OLARTE BAREA, J., «Usos permitidos...», *cit.*, p. 217 y VICENTE DOMINGO, E., *op. cit.*, p. 137. Sobre este requisito, *vid. infra* subepígrafe 2.3.1.2 de este Capítulo.

Asimismo, en las últimas tarifas generales publicadas por CEDRO, actualizadas en 2017, se establece la tarifa para establecimientos reprográficos universitarios en el apartado de «licencias basadas en el ejercicio de derechos exclusivos», y no en el de «derechos de remuneración», en el que se contempla, precisamente, la cuantía a satisfacer por el uso de obras al amparo del art. 32.4 TRLPI. Las tarifas están disponibles en: <http://www.cedro.org/docs/default-source/Otarifas/tarifas.pdf?sfvrsn=32>. En cualquier caso, cabe destacar que el TS ha declarado nula en su reciente sentencia nº508/2018, de 22 de marzo de 2018, JUR 2018\94865, la Orden Ministerial ECD/2574/2015, de 2 de diciembre por la que se aprueba la metodología para la determinación de las tarifas generales en relación con la remuneración exigible por la utilización del repertorio de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual (en adelante, OM sobre tarifas generales), Orden conforme a la que fueron determinadas tales tarifas. El fundamento que ha dado lugar a dicha declaración de nulidad ha sido que, en el procedimiento de tramitación de la Orden, no se incluyó en la memoria de análisis de impacto, los efectos de dicha norma reglamentaria en la familia, de acuerdo con la Disposición adicional décima de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas. Efectivamente, se trata de un mero defecto de forma, de modo que lo que nos parece más interesante en relación con el asunto, es la entidad que interpuso el recurso contencioso-administrativo contra la referida Orden: la CRUE.

<sup>1212</sup> Así se puso de relieve *supra* subepígrafe 2.2.1.2 del presente Capítulo.

TIC para la impartición de la docencia y los incentivos públicos para la movilidad del personal investigador. Efectivamente, e incluso cuando un investigador tenga una vinculación contractual con una universidad o con un centro público de investigación, cuando el mismo realice una estancia de investigación en otra institución no podrá quedar amparado por el límite por cuanto el acto de explotación no se llevaría a cabo «en las universidades o centros públicos de investigación, por *su* personal» (la cursiva es nuestra).

Consideramos que, dado que el límite contempla una remuneración en favor de autores y editores y que la cantidad de cada obra que puede ser explotada a su amparo está limitada, tendría que haberse optado por permitir la realización de los actos de explotación por parte de todos los sujetos intervinientes en la enseñanza y en la investigación, del mismo modo que lo permite el art. 5.3 a) DDASI y las excepciones nacionales que han permitido el uso de obras ajenas en estos ámbitos, como el art. L122-5 3º e) CPI o los §§ 60a-60d UrhG. Solo así se facilitaría a los estudiantes su implicación activa en el proceso de aprendizaje, lo que les es exigido especialmente tras la implantación del EEES, así como se impulsaría la carrera investigadora entre los más jóvenes, pues favorecer la realización de sus primeros trabajos de carácter investigador, como el TFG o el TFM, podría impulsarles a optar por la investigación como carrera profesional.

#### 2.3.1.1 Diferencias con la modalidad no remunerada

Una de las principales diferencias entre el ámbito de aplicación del límite de la ilustración en su versión gratuita y en la remunerada es el conjunto de sujetos que pueden verse amparados por el mismo en cada caso. Ello implica que algunos sujetos pueden realizar los actos de explotación autorizados tanto por el art. 32.3 TRLPI como por el 32.4; otros, únicamente por el primero, y otros solo por el segundo, lo que complica de manera innecesaria e injustificada la comprensión del régimen de uso de obras ajenas en la enseñanza y la investigación. Asimismo, conviene destacar que las excepciones de la ilustración previstas en las legislaciones alemana, francesa, inglesa e italiana no hacen este tipo de distinción y unifican los sujetos amparados por la misma, con buena técnica legislativa.

- a. La limitación de los sujetos amparados en el ámbito educativo al personal de la Universidad y la no exclusión de la educación no reglada

El art. 32.3 TRLPI admite el uso de pequeños fragmentos de obras ajenas por parte del profesorado de los centros integrados en el sistema educativo español, es decir, de los docentes



que imparten su docencia en los distintos niveles de enseñanza que lo componen<sup>1213</sup>. En el ámbito de la educación, los únicos sujetos amparados por el art. 32.4 TRLPI son los que componen el personal de las universidades, esto es, los trabajadores de los centros de educación superior. Ni en ninguna de las versiones de los anteproyectos, ni en el proyecto de ley de reforma se previó la aplicación del límite a todos los niveles de enseñanza. En varias enmiendas provenientes de grupos parlamentarios de distinto signo político se propuso incluir al personal de todos los centros de educación formal y no solo a los que imparten docencia en el ámbito universitario, sobre el lógico argumento de que la necesidad de uso de obras ajenas es la misma en los distintos niveles educativos<sup>1214</sup>. La doctrina ha sido unánime al expresar su descontento en relación con la restricción injustificada de la limitación al ámbito de la docencia universitaria<sup>1215</sup>.

De hecho, este es uno de los aspectos por los cuales se ha calificado de novedoso el art. 32.4 TRLPI. El art. 5.3 a) DDASI y el art. 10.2) CB no especifican el nivel de enseñanza abarcado por tales limitaciones, así como tampoco lo hacen las legislaciones inglesa, francesa, alemana e italiana en sus respectivas transposiciones de la Directiva. En consecuencia, en el ámbito del Derecho internacional y del Derecho nacional de los Estados miembros cuya legislación ha sido objeto de estudio se entiende que el límite de la ilustración con fines educativos es aplicable a la enseñanza en todos sus niveles, desde el primario y obligatorio hasta el universitario y voluntario, incluida la formación profesional<sup>1216</sup>.

En este contexto cabría preguntarse por qué el legislador decidió establecer un límite que permite usos más intensos de obras ajenas únicamente en la universidad, al margen de la tendencia europea por equiparar el régimen de explotación de obras en los distintos niveles de enseñanza. Está claro que la razón es meramente circunstancial, pues la reforma fue fruto de las desavenencias entre CEDRO y las universidades. Pues bien, incluso desde el seno de dicha entidad de gestión se ha criticado esta decisión de política legislativa, pues se ha entendido que lo adecuado habría sido que se adoptara un régimen jurídico uniforme para todos los

---

<sup>1213</sup> Sobre ello, *vid. supra* letra a) del subepígrafe 2.2.1.1 del presente Capítulo.

<sup>1214</sup> *Vid.* en el Congreso, las Enmiendas nº29 del Grupo parlamentario Vasco (EAJ-PNV) y nº 105 del Grupo parlamentario Socialista, BOCG. Congreso de los Diputados, Serie A, nº81-2 de 09/07/2014, pp. 43 y 116, respectivamente; y en el Senado, la Enmienda nº139 del Grupo parlamentario Entesa pel Progrés de Catalunya (GPEPC), BOCG. Senado, nº401 de 22/09/2014, p. 356.

La justificación de la primera de las enmiendas señaladas señalaba que «con la enmienda se busca simplificar el régimen jurídico que sería el mismo para todos los centros de educación reglada, desde primaria hasta enseñanza universitaria, resultando indiferente el nivel de los mismos. Siendo las necesidades idénticas, nada justifica la existencia de una pluralidad de regulaciones sobre la materia». *Ibid.* p. 46.

<sup>1215</sup> *Vid.* por todos, XALABARDER PLANTADA, R., «La reforma del...», *cit.*, p. 135.

<sup>1216</sup> *Vid. supra* subepígrafe 3.2.2.2 del Capítulo II.

niveles de la enseñanza reglada, pues ello aporta tranquilidad y seguridad jurídica<sup>1217</sup>. Esas son las consecuencias de legislar atendiendo a conflictos concretos y no a los intereses en juego.

Por otro lado, las universidades a las que se refiere el art. 32.4 c) TRLPI son todas, las públicas y las privadas, lo que resulta acorde con el Considerando 42 de la DDASI, con la regulación del límite en las legislaciones nacionales de nuestro entorno jurídico y con lo previsto en la versión gratuita del límite.

Dicho esto, cabe destacar que de la combinación de las letras a) y c) del art. 32.4 TRLPI deriva que la docencia universitaria que justifica la realización de los actos previstos en la norma es cualquiera que tenga lugar en el ámbito de la educación superior, sea esta reglada o no<sup>1218</sup>. A este respecto, cabe únicamente poner de relieve que, aunque la doctrina haya visto en este aspecto una diferencia de trato injustificada en relación con la versión no remunerada del límite, entendiendo que la no reglada tendría que haberse acogido en ambas versiones del límite, nuestra interpretación de la enseñanza reglada permite incluir en el concepto toda aquella oferta formativa que se gestione y organice desde las universidades<sup>1219</sup>. En consecuencia, no existe diferencia alguna entre los arts. 32.3 y 32.4 TRLPI en relación con esta cuestión.

b. Los «centros públicos de investigación» y los «Organismos Públicos de investigación»: relación género-especie

De acuerdo con el art. 32.3 TRLPI, el personal de los OPIs puede reproducir, distribuir y comunicar públicamente pequeños fragmentos de obras ajenas y obras aisladas de carácter plástico o fotográfico con fines de investigación científica. Como se señaló al hilo del estudio de los sujetos amparados en el límite no remunerado, los OPIs constituyen una categoría específica de institución pública de investigación de ámbito nacional que se compone por 8 instituciones<sup>1220</sup>. Por tanto, es una especie dentro del género de los organismos de investigación de carácter público. Aunque no se ha llegado a admitir la aplicación del límite a la investigación que tiene lugar en centros de investigación privados<sup>1221</sup>, el legislador ha sido

---

<sup>1217</sup> Así, DÍAZ DE OLARTE BAREA, J., «Usos permitidos...», *cit.*, p. 215.

<sup>1218</sup> En el mismo sentido, CÁMARA ÁGUILA, P., «El límite para...», *cit.*, p. 125; RIBERA BLANES, B., «La nueva regulación...», *cit.*, p. 730 y LÓPEZ MAZA, S., «Art. 32»..., *cit.*, p. 668.

<sup>1219</sup> Sobre ello, *vid. supra* letra a) del subepígrafe 2.2.1.1 de este Capítulo.

<sup>1220</sup> *Vid. supra* subepígrafe 2.2.1.2 del presente Capítulo.

<sup>1221</sup> Aunque la letra del art. 32.4 c) menciona de forma específica a los centros públicos de investigación, cabe señalar que el apartado III de la Exposición de motivos de la Ley 21/2014 se refiere al «ámbito de las

más generoso en la regulación de la versión remunerada del límite que en la gratuita al incluir como sujetos amparados al personal de los centros públicos de investigación en general, en los que se incluirían tanto los OPIs, como los centros de investigación de las comunidades autónomas y otros centros e institutos que desarrollan investigaciones en el ámbito público pero no forman parte de los OPIs, como AEMET, el CIS, etc.

No sabemos si el legislador ha pretendido de forma deliberada privilegiar la investigación en un ámbito más amplio que en el caso de la versión no remunerada. Aunque puede que simplemente no se haya percatado de que el concepto de OPI tiene una significación concreta no coincidente con la de centro público de investigación y los haya empleado como sinónimos, lo cierto es que varias enmiendas relacionadas con el art. 32.3 TRLPI exigían que, además de los OPIs, se incluyeran los organismos de investigación de las comunidades autónomas<sup>1222</sup>. Por tanto, se había advertido al legislador de que los OPIs eran un restringido conjunto de organismos de investigación de carácter público. Quizá la inclusión de todos los centros de investigación de carácter público y no solo los de OPIs se deba a que el art. 32.4 TRLPI lleva aparejada una remuneración equitativa en favor del autor o editor. No obstante, entendemos que aunque ello podría justificar la ampliación de los sujetos amparados en la versión remunerada del límite, la inexistencia de tal remuneración en el ámbito del art. 32.3 TRLPI no es razón suficiente para que en el mismo únicamente se admitiera al personal de los OPIs, pues recuérdese que en ese caso el uso estaba limitado a un pequeño fragmento de la obra ajena.

Por otro lado, cabe destacar que, aunque los centros a los que se ha prestado atención en este apartado son los que de forma exclusiva se dedican a la labor científica, debe recordarse, como se señaló previamente, que estas instituciones unidas a las universidades conforman los cimientos del sistema español de investigación. En consecuencia, la investigación que se

---

universidades y centros de investigación». Asimismo, el último párrafo del art. 32.4 TRLPI contempla un derecho de remuneración en favor de autores y editores por los actos autorizados por la excepción, excepto, entre otras causas, que exista un «previo acuerdo específico al respecto entre el titular del derecho de propiedad intelectual y el centro universitario u *organismo de investigación*». El silencio en cuanto al sistema de financiación en ambos casos no permite, no obstante, sostener una interpretación que abarque la investigación que se desarrolle en los centros privados de investigación, aunque ello hubiera sido lo más adecuado. Ello es así por dos razones. En primer lugar, porque no tiene sentido que el legislador constriña el sujeto amparado en la versión gratuita del límite a un concreto tipo de centro público de investigación y en cambio amplíe el colectivo a todos los organismos de investigación, incluidos los privados, solo por la existencia de una remuneración. Y, en segundo lugar, porque la c) del art. 32.4 TRLPI que regula específicamente los sujetos amparados por la limitación, se refiere a los organismos públicos de investigación. Por tanto, la no mención al carácter público de los centros de investigación en la Exposición de motivos y en el último párrafo del art. 32.4 TRLPI es achacable a un descuido del legislador.

<sup>1222</sup> Así se expuso *supra* subepígrafe 2.2.1.2 del presente Capítulo.

desarrolla en las universidades también justifica la explotación de obras ajenas cuando se realiza por su personal para el desarrollo de sus tareas de investigación científica. De ahí que la letra c) del art. 32.4 TRLPI finalmente aprobada exija que los actos se lleven a cabo «en las universidades» en lugar de «en los centros docentes universitarios» a los que se había referido el prelegislador en la redacción de la versión remunerada del límite en las tres versiones del anteproyecto. Al igual que se ha criticado al legislador en muchos aspectos, este concreto cambio ha de ser aplaudido, pues si se hubiera mantenido la dicción de los anteproyectos, podría haberse argumentado que el personal de las universidades únicamente estaba amparado por la limitación remunerada para realizar actos de explotación de obras ajenas con fines educativos, quedando los fines de investigación asignados a los centros públicos de investigación. En cuanto a la investigación que tiene lugar en las universidades, y a diferencia de los centros dedicados en exclusiva a ello, el personal de aquellas, sean públicas o privadas, podrá hacer uso de obras ajenas en su labor científica de acuerdo con el art. 32.4 TRLPI.

#### c. Consideraciones críticas

Que sectores tradicionalmente enfrentados se pongan de acuerdo en las críticas a la regulación del límite en cuestión quizá sea uno de los mayores logros del legislador con esta reforma, aunque ello no lo deje en muy buen lugar. En efecto, no existe argumento suficiente para discriminar los usos de obras ajenas en función del nivel educativo en el que se utilicen, pudiendo considerarse ello contrario tanto al CB como a la DDASI, así como al derecho fundamental a la educación. Téngase en cuenta a este respecto que el art. 32.4 TRLPI solo autoriza el uso de obras ajenas en un nivel de enseñanza que es voluntario. Atendiendo al derecho a la educación, si el legislador tuviera que privilegiar ciertos usos de obras protegidas por el derecho de autor en la docencia debería hacerlo precisamente en relación con los niveles que son obligatorios, como la educación primaria y la secundaria, pues es en ellos en los que se concreta el derecho a la educación o, al menos, en ellos se encuentra el aprendizaje mínimo que el Estado ha considerado que debe tener todo ciudadano. No con ello queremos decir que el límite tendría que haberse establecido en favor de la enseñanza que tiene lugar en colegios e institutos y no en la universidad, sino que en ese caso habría, al menos, un posible argumento sobre el que sustentar la diferencia de trato.

En definitiva, la exclusión de los niveles de enseñanza que no son el universitario de la versión remunerada de la excepción son una muestra de que el art. 32.4 TRLPI ha sido regulado “en caliente”, esto es, a golpe de caso, con la mirada puesta en el revuelo que se

estaba ocasionando tras la condena de las Universidades de Barcelona y de la Autónoma de Barcelona al pago de indemnizaciones millonarias por la infracción de derechos de autor. ¿Es este el modo de legislar adecuado? Definitivamente, no. La reforma de este límite, especialmente sensible por cuanto afecta al derecho a la educación y al de los autores, merecía una reflexión sosegada cuyo resultado equilibrara adecuadamente ambos intereses, lo que no se puede decir que haya tenido lugar dadas las críticas recibidas desde los distintos sectores implicados.

La no coincidencia de los sujetos amparados por la limitación objeto de estudio en sus dos modalidades dificulta la comprensión del sistema. Además, la diferencia de trato no puede considerarse justificada simplemente porque el art. 32.4 TRLPI contemple una remuneración, a diferencia del art. 32.3 TRLPI.

En este contexto, entendemos que cuanto mayores son las dificultades para comprender el alcance de un límite, más difícil es actuar con seguridad jurídica y mayor es el rechazo que genera el ciudadano hacia el sistema de propiedad intelectual, lo que le puede llevar a ser más proclive a justificar ciertos actos ilícitos. Es cierto que el sistema de propiedad intelectual es complejo, razón por la no se puede exigir a los miembros de la sociedad que sean expertos en la materia. Pero si se quiere que el mismo sea aceptado y respetado, tendrá que ser debidamente explicado y para ello, lo más adecuado sería establecer un régimen uniforme de uso de obras en la enseñanza, sea del nivel que sea, y en la investigación, al margen del tipo de institución en el que se desarrolle y de su sistema de financiación.

#### 2.3.1.2 La realización de los actos autorizados por el personal «en las Universidades o centros públicos de investigación» y «con sus medios e instrumentos propios»

Desde la primera versión del anteproyecto, la redacción de la letra c) del art. 32.4 TRLPI ha previsto dos requisitos que han llamado la atención de la doctrina: que los actos se realicen «en las Universidades o centros públicos de investigación» y que se lleven a cabo por su personal «con sus medios e instrumentos *propios*» (las cursivas son nuestras).

La exigencia de que los actos de explotación se lleven a cabo «en» los centros docentes e investigadores abarcados por el límite recuerda al tan criticado requisito del anterior art. 32.2 TRLPI por el que se requería que el uso de las obras ajenas tuviera lugar «en las aulas». Una interpretación *stricto sensu* de la expresión podría conducir a la consideración de que ciertos

tipos de enseñanza e investigación a distancia no estarían cubiertos por el límite. Así, si la obra en cuestión se pusiera a disposición en el campus virtual o en la nube del grupo de investigación desde el despacho de la universidad o del centro público de investigación correspondiente, el acto de explotación en concreto estaría amparado por el art. 32.4 TRLPI porque se habría llevado a cabo «en» tales instituciones. No obstante, la conclusión sería la contraria en los supuestos en los que el docente o el investigador llevaran a cabo tales usos, pero desde su casa o desde el extranjero donde se encontrara en una estancia de investigación. Aunque ello supone un freno importante para el normal desarrollo de la enseñanza y la investigación *online*, lo cierto es que dicha exégesis también afecta a la que tiene lugar en el ámbito analógico o presencial. Por ejemplo, se impediría que el investigador realizara copias de un artículo de interés para su grupo de investigación que ha encontrado en la biblioteca de una institución privada para repartirlas entre los miembros del mismo, así como tampoco sería admisible que el docente descargara una píldora formativa en su casa y la guardara en una memoria externa para visualizarla en clase al día siguiente.

Resulta evidente que esta interpretación no es ni la más acertada ni la más acorde con la realidad actual, debiendo admitirse todos estos supuestos por varias razones<sup>1223</sup>. En primer lugar y en el supuesto de la investigación y la enseñanza a distancia, la exégesis señalada desconocería la tendencia actual al fomento del teletrabajo como medio para conciliar la vida laboral con la familiar. En este contexto, la interpretación correctora que ya había propugnado la doctrina en relación con el requisito de «en las aulas» es perfectamente trasladable a esta nueva redacción, de modo que sería posible sostener que el acto de explotación puede llevarse a cabo tanto en las universidades y centros públicos de investigación en sentido físico como en sentido virtual<sup>1224</sup>. En segundo lugar, porque el propio precepto prevé en el ámbito de las condiciones alternativas de la letra d) que el acceso a la reproducción parcial de la obra pueda tener lugar a través de cerradas e internas o programas de educación a distancia. Ello refleja la voluntad del legislador de admitir y facilitar el desarrollo de la investigación y la enseñanza en red, aunque, efectivamente, no haya sido certero a la hora de establecer los términos para

---

<sup>1223</sup> Por la misma interpretación abogan SAIZ GARCÍA, C., «Art. 32»..., *cit.*, pp. 565 y 566; LÓPEZ MAZA, S., «Art. 32»..., *cit.*, pp. 669 y 670 y PÉREZ MORIONES, A., *op. cit.*, pp. 104 y 105.

<sup>1224</sup> Con la finalidad de clarificar esta circunstancia, la Enmienda nº140 propuesta por el Grupo parlamentario Catalán (Convergència i Unió) en el Congreso rezaba del siguiente modo: «c) Que los actos se realicen en las universidades, organismos públicos de investigación, o centros de investigación propios de las Comunidades Autónomas, por su personal y con sus medios e instrumentos propios, *o en el ámbito de los mismos*» (la cursiva es nuestra). BOCG. Congreso de los Diputados, Serie A, nº81-2 de 09/07/2014, p. 152. Con dicha expresión, se permitiría sostener de forma más evidente que los actos pueden realizarse bien físicamente en las universidades y los centros públicos de investigación, bien en otros lugares en los que existiera un contexto docente o de investigación.

ello. En tercer lugar, en cuanto al uso de obras ajenas en el ámbito físico, si se admite el teletrabajo que tiene lugar en el ámbito virtual, de igual modo debe considerarse aplicable la limitación cuando se prepara la clase, por ejemplo, imprimiendo ciertas lecturas en casa, para su reparto en clase al día siguiente.

No obstante, la interpretación defendida en relación con dicho requisito podría verse truncada por la exigencia de que los actos de explotación se lleven a cabo «con sus medios e instrumentos propios», respecto de los cuales tendremos que cuestionarnos de quién. Si entendemos que tales herramientas deben ser de la universidad o el centro público de investigación, no sería posible admitir la realización de copias con la máquina fotocopidora de casa del docente o del investigador. Tampoco sería subsumible en el precepto la digitalización de una obra con dicho instrumento, pero sí su puesta a disposición a través del campus virtual, pues este puede ser considerado como un medio propio de la universidad. Asimismo, no cabría entender comprendido en el precepto la puesta a disposición de la obra en cuestión en una nube creada por el grupo de investigación no dependiente de centro de investigación de que se trate, como en Dropbox o Google Drive, por ejemplo. En cambio, si el medio o instrumento es del personal de tales centros, podría llegarse a la conclusión contraria en los supuestos anteriores.

En cuanto a este requisito, CÁMARA ÁGUILA considera que los medios a los que se refiere el precepto deben depender funcionalmente de la universidad, de modo que esta tenga potestad de control sobre aquellos<sup>1225</sup>. Ello le llevaba a concluir que también los servicios de reprografía de las universidades podían quedar abarcados por la limitación en cuestión. No obstante, consideramos que, aunque ciertos aspectos de la prestación del servicio puedan verse limitados por la concesión, en especial, el margen de beneficio, el servicio de reprografía no depende de la universidad ni esta puede controlarla más allá del cumplimiento de los términos de la concesión. Así, su funcionamiento, como el de cualquier otra empresa es autónomo y, en consecuencia, no se considera un medio a instrumento de la universidad.

Por otro lado, cabe destacar que no se encuentran requisitos similares en el CPI, la CDPA, la UrhG y la LDA, de modo que nuestro legislador no solo no ha tenido en cuenta la legislación

---

<sup>1225</sup> «El límite para...», *cit.*, p. 127. También SAIZ GARCÍA, C. considera que la voluntad del legislador es vincular los medios e instrumentos con la universidad y los centros públicos de investigación y no con su personal. «Situación de la universidad...», *cit.*, p. 215.

comparada a la hora de regular la excepción, sino que además ha decidido ser creativo mediante la incorporación de requisitos difícilmente comprensibles<sup>1226</sup>.

Dicho esto, aunque la literalidad del precepto genere muchas dudas de interpretación, parece evidente que la intención del legislador es garantizar que el uso permitido de las obras ajenas de acuerdo con en el art. 32.4 TRLPI no exceda el contexto docente universitario o el de la investigación de que se trate. De ahí que insista en vincular el personal y los medios e instrumentos con los que se llevan a cabo los actos de explotación con las universidades y centros públicos de investigación y reitere la necesidad de que se lleven a cabo en los mismos. No obstante, y como se observará posteriormente, esta garantía ya se consigue por medio del requisito previsto en la letra d) del precepto al limitar los destinatarios a los que puede llegar la obra que haya sido explotada a su amparo<sup>1227</sup>. En este contexto, consideramos que la letra c) podría simplemente haber recogido los sujetos amparados por la limitación y haber eliminado el resto de exigencias, pues solo dificultan la comprensión del precepto y no aportan nada que no pueda considerarse previsto en otros apartados del art. 32.4 TRLPI.

En nuestra opinión, por tanto, el art. 32.4 c) TRLPI contempla dos elementos del límite: los sujetos amparados por el mismo, por un lado, y la necesidad de que el acto de explotación se lleve a cabo en un contexto docente o de investigación y no exceda de los sujetos que intervienen en el mismo, por otro, aspecto este último que resulta reiterativo teniendo en cuenta la letra d) del mismo artículo.

### 2.3.2 Tipos de obra y limitación de la extensión de obra susceptible de utilización

El art. 32.4 TRLPI autoriza un uso más intenso de las obras que el del pequeño fragmento contemplado en el art. 32.3 TRLPI, pero en relación con un conjunto más restringido de obras que en la versión no remunerada del límite, pues el art. 32.4 TRLPI únicamente admite la reproducción parcial, la distribución y la comunicación pública de obras o publicaciones impresas o susceptibles de serlo.

#### 2.3.2.1 Las obras o publicaciones impresas o susceptibles de serlo

Al margen de las obras excluidas del ámbito de aplicación de la excepción en sus dos modalidades conforme al art. 32.5 TRLPI, el art. 32.3 TRLPI autoriza el uso de cualquier tipo

---

<sup>1226</sup> Lo mismo sucedía con la creación del concepto de «obra de un solo uso» o los requisitos exigidos para el uso de libros de texto, manuales universitarios y publicaciones asimiladas de acuerdo con la versión no remunerada del límite.

<sup>1227</sup> *Vid. infra* subepígrafe 2.3.3 del presente Capítulo.



de obra, como las literarias, las audiovisuales, las musicales, etc., incluidos los libros de texto, manuales universitarios y publicaciones asimiladas, si bien estos últimos sometidos a un régimen especial (y difícilmente comprensible)<sup>1228</sup>. En el caso del art. 32.4 TRLPI, el legislador ha adoptado una postura más restringida en cuanto a las tipologías de obras a explotar, pero más abierta en cuanto al uso de los libros de texto, manuales universitarios y publicaciones asimiladas.

Al amparo del art. 32.4 TRLPI es posible explotar «obras o publicaciones impresas o susceptibles de serlo». El art. 10 TRLPI no contempla como modalidad de obra aquella que tiene la capacidad de ser impresa. A pesar de ello, y del listado en él contenido, trataremos de determinar el tipo de obras que no pueden quedar comprendidas en tal concepto y aquellas que sí, analizando en este último caso si todas las obras que cumplan con tal requisito pueden ser explotadas al amparo de la limitación en cuestión.

De acuerdo con el DRAE, imprimir es «marcar en el papel o en otra materia las letras y otros caracteres gráficos»<sup>1229</sup>. De acuerdo con el art. 32.4 TRLPI, basta con que dicha impresión sea posible («susceptibles de serlo»), pero no será necesario que se haya llevado a cabo efectivamente. De este modo, la versión remunerada del límite también autoriza el uso de obras que se encuentren en formato digital, siempre y cuando sea posible su impresión. Así, por ejemplo, será posible explotar el artículo de una revista que únicamente se haya publicado en versión digital. En cambio, el art. 32.4 TRLPI impide el uso de obras audiovisuales (art. 10.1 d) TRLPI), entre las que se encuentran las nuevas formas de literatura, como la denominada ciberliteratura o literatura electrónica, caracterizadas, precisamente, por la imposibilidad de ser aprehendidas de forma completa en formato papel o en formato digital susceptible de impresión<sup>1230</sup>. Ciertamente, en el caso de las partituras, las obras de un solo uso y la creación de compilaciones, su uso podía ocasionar riesgos de afectación a la explotación normal de la obra y, por ello, el legislador optó por impedir su uso sin autorización del autor o titular de derechos en el ámbito de la educación y la investigación, *ex art. 32.5 TRLPI*<sup>1231</sup>.

---

<sup>1228</sup> Sobre este concreto punto, *vid. supra* subepígrafe 2.2.3 del presente Capítulo.

<sup>1229</sup> De este modo se define en la primera acepción.

<sup>1230</sup> En estos supuestos, aunque existe un texto cuya impresión es posible, la obra se compone de un conjunto de elementos sonoros, visuales, interactivos, etc. que requieren la activación de ciertas TIC. En consecuencia, la comprensión adecuada de la obra solo es posible cuando todos sus componentes se activan de forma simultánea. Así, esta nueva modalidad de literatura puede ser considerada como un ejemplo más de obra audiovisual, cuyo uso en la enseñanza universitaria y en los centros públicos de investigación requerirá la autorización de su autor, salvo que se trate de pequeños fragmentos y se cumplan el resto de requisitos del art. 32.3 TRLPI.

<sup>1231</sup> No obstante, y como se argumentó previamente, no compartimos la opción legislativa a este respecto, por considerar que no todo uso de tales obras en la enseñanza y en la investigación afecta a la explotación normal de la obra, habiendo bastado para satisfacer adecuadamente los intereses en juego con aplicar el test de las tres

No obstante, y salvo en el caso de obras audiovisuales específicamente diseñadas para su uso en dichos contextos, ¿qué razón justifica su exclusión al margen de su contenido? Nosotros no conseguimos encontrar ninguna otra que no sea la de que, de nuevo, el legislador tenía en mente los conflictos entre CEDRO y las universidades y, por ello, solo reguló el uso de las obras de carácter impreso en dicho ámbito.

En este contexto, no queda más que concluir que la exclusión implícita de las obras audiovisuales del ámbito de aplicación de esta modalidad del límite carece de fundamento legal alguno, desconoce la realidad de la enseñanza y de la investigación de ciertas ramas del saber y dificulta, en consecuencia, su desarrollo<sup>1232</sup>. Tanto es así que ninguna de las legislaciones nacionales objeto de estudio en la presente investigación ha contemplado tal exclusión, ni tan siquiera el CPI francés, que es la ley más protectora del autor y la más restrictiva a la hora de autorizar usos sin el consentimiento de aquel. Así, los únicos usos de este tipo de obras autorizados por la ley en la enseñanza y en la investigación son los previstos en el art. 32.3 TRLPI, lo que implica que, en el ámbito de la docencia universitaria la explotación solo podrá llevarse a cabo por el profesorado y no por el personal de la universidad a que se refiere el art. 32.4 TRLPI, y en el caso de la investigación, por los OPIs y no por todos los centros públicos de investigación. Además de que en ambos casos el uso quedará restringido a un «pequeño fragmento» de la obra audiovisual.

Por otro lado, podría considerarse que algunas obras de carácter plástico, como las esculturas o las maquetas, no son susceptibles de impresión, en el sentido de que no pueden reproducirse en un formato en dos dimensiones. Aunque las nuevas técnicas de impresión en tres dimensiones o impresión 3D permitirían incluir tales obras en el concepto de «obras susceptibles de impresión», lo cierto es que el término que el legislador utiliza junto al de «obras» refleja que el mismo está pensando en un tipo concreto de obra impresa: la «publicación», esto es, la obra escrita, la imagen, etc., que puede ser difundida por medio de la imprenta tradicional, como un libro o una revista. De hecho, el art. 32.4 b) TRLPI se refiere específicamente a capítulos de libros o artículos de revistas para determinar la cantidad de obra que puede ser explotada a su amparo. En consecuencia, las obras de carácter plástico en 3D no podrían quedar amparadas por la limitación. No obstante, debe recordarse que la obra

---

etapas al caso concreto, sin excluir *a priori*, ningún tipo de obra. Sobre esta cuestión, *vid. supra* subepígrafe 2.1.3.3 del presente Capítulo.

<sup>1232</sup> Coinciden en esta crítica, entre otros, CAVANILLAS MÚGICA, S., «El uso educativo...», *cit.*, pp. 171 y 172; LÓPEZ MAZA, S., «Art. 32»..., *cit.*, p. 668 y PÉREZ MORIONES, A., *op. cit.*, p. 103.

de carácter plástico y la fotográfica puede explotarse de forma completa y gratuita al amparo del art. 32.3 TRLPI. En consecuencia, las mismas quedan excluidas implícitamente del ámbito de aplicación de la versión remunerada del límite en relación con los sujetos amparados por ambas modalidades del límite, pero no porque no sean susceptibles de impresión<sup>1233</sup>, como sucede con las obras audiovisuales, sino porque su explotación completa ya ha sido prevista en la modalidad gratuita de la excepción. Ahora bien, el hecho de que los sujetos amparados no coincidan en el art. 32.3 y el 32.4 TRLPI genera una paradójica situación: el profesorado de la universidad y el personal de lo OPIs podrán ampararse en el art. 32.3 TRLPI y utilizar este tipo de obras de forma íntegra y gratuita, mientras que el resto del personal de las universidades que no sea el profesorado y el personal del resto de centros públicos de investigación que no tengan la consideración de OPIs podrían explotar hasta un 10% de tales obras, lo que devengaría la correspondiente remuneración al autor, no pudiendo en ningún caso hacer un uso completo de las mismas, pues no se prevé en el art. 32.4 TRLPI. La incoherencia del doble sistema de la limitación de la ilustración y de la no coincidencia de los sujetos amparados en sus dos modalidades queda patente en este ejemplo.

Al margen de las obras audiovisuales y las de carácter plástico que no son susceptibles de impresión en 2D, puede concluirse que el art. 32.4 TRLPI autoriza el uso de cualquier obra que se exprese mediante la escritura o la pintura. No obstante, existe un tipo de creación intelectual que, aun cumpliendo tal requisito, no podrá ser explotado al amparo de la versión remunerada del límite. Las obras musicales pueden adoptar una forma literaria, en concreto, la partitura, pero el art. 32.5 TRLPI excluye expresamente el uso de estas últimas del ámbito de aplicación de la limitación en sus dos modalidades. En consecuencia, en el ámbito universitario y en los OPIs se podrán explotar pequeños fragmentos de composiciones musicales ejecutadas cumpliendo los requisitos del art. 32.3 TRLPI, pero para usos más intensos de tales obras se requerirá en todo caso el consentimiento del autor y otros titulares de derechos. Con ello se dificulta la enseñanza musical superior y la investigación relacionada con la música, como, por ejemplo, los estudios sobre los efectos de la musicoterapia en las enfermedades, lo que, en nuestra opinión, carece de justificación, pues el mismo perjuicio se

---

<sup>1233</sup> En el mismo sentido, XALABARDER PLANTADA, R., «La reforma del...», *cit.*, p. 135.

En contra, RIBERA BLANES, B. considera que las obras de carácter plástico y fotográfico no son obras impresas o susceptibles de serlo, razón por la cual entiende que su uso únicamente tiene cabida al amparo del art. 32.3 TRLPI. «La nueva regulación...», *cit.*, p. 734.

puede ocasionar al autor de una obra literaria que al de una obra musical cuando las mismas se explotan con fines educativos o de investigación.

Asimismo, conviene poner de relieve que en la versión remunerada del límite no se menciona en ningún momento los libros de textos y los manuales universitarios. En cualquier caso, no cabe duda de que tales obras cumplen con el requisito de la susceptibilidad de impresión. Es cierto que este tipo de obras ha sido excluido expresamente del art. L122-5 3º e) CPI y del §60a (3) 2. UrhG sobre la base de una posible afectación a la explotación normal de la obra y así lo hacía también el art. 32.2 TRLPI antes de la reforma. Asimismo, su uso al amparo del art. 32.3 TRLPI se somete a un restrictivo y complejo régimen, derivado, como en el caso de las exclusiones en el Derecho comparado, del temor a la contravención de la segunda etapa del test de los tres pasos. A pesar de todo ello, la literalidad del art. 32.4 TRLPI no impide su uso y, de hecho, son varias las razones para entender que la intención del legislador era, precisamente, autorizarlo. El límite en cuestión fue diseñado para permitir el uso de «manuales universitarios y publicaciones asimiladas a estos» en la universidad, pues en las tres versiones del anteproyecto estas eran las únicas obras que se contemplaban. Con el proyecto de ley, se ampliaría el ámbito de aplicación de la excepción al recoger el concepto de «obras y publicaciones impresas o susceptibles de serlo», género en el que se incardina la especie de los libros de texto y los manuales universitarios. Teniendo en cuenta estos precedentes y que, si hubiera querido, el legislador podría haber excluido expresamente el uso de tales obras como lo ha hecho con las del art. 32.5 TRLPI, no cabe duda de que los libros de texto y los manuales universitarios pueden ser explotados al amparo del art. 32.4 TRLPI. De hecho, en el acuerdo celebrado entre la CRUE, CEDRO y VEGAP para la determinación de la remuneración por los usos autorizados por este límite, únicamente se excluye de su ámbito de aplicación las obras a las que se refiere el art. 32.5 TRLPI, pero no los libros de texto, los manuales universitarios y las publicaciones asimiladas<sup>1234</sup>.

---

<sup>1234</sup> En el mismo sentido, CAVANILLAS MÚGICA, S., «El uso educativo...», *cit.*, p. 171; SAIZ GARCÍA, C., «Situación de la universidad...», *cit.*, p. 212; RIBERA BLANES, B., «La nueva regulación...», *cit.*, p. 736; LÓPEZ MAZA, S., «Art. 32»..., *cit.*, p. 668 y VICENTE DOMINGO, E., *op. cit.*, p. 137.

En contra, CÁMARA ÁGUILA, P., quien entiende que, aunque se establezca una remuneración, la autorización para usar este tipo de obras en la enseñanza y la investigación iría en contra de su explotación normal. «El límite para la ilustración con fines educativos o de investigación científica en la universidad», en *Disquisiciones jurídicas sobre el ámbito universitario. Actas del "XIII Curso de régimen jurídico universitario y del Curso El régimen jurídico del personal del SUE y del SECTI: a estudio"*, A. Caro; C. Gómez-Otero; M. Galán (coords.), Cizur Menor, 2016, pp. 431 y 432. A la misma conclusión llega el Grupo de Gestión del Conocimiento y Propiedad Intelectual de la Universidad de Castilla-La Mancha en su Informe Técnico de 22 de diciembre de 2016, referencia 2016/010, disponible en: <https://ruidera.uclm.es/xmlui/bitstream/handle/10578/14206/Informe%20GPI%202016010.pdf?sequence=1&is>

Resulta evidente que en el ámbito de la enseñanza contemplada en la versión remunerada del límite los libros de texto no serán objeto de explotación, pues el art. 32.4 TRLPI únicamente admite el uso de obras ajenas en el ámbito universitario. En dicho nivel educativo, la obra de referencia para el seguimiento de una asignatura será el manual, al que la propia ley califica de «universitario» en su art. 32.3. No obstante, la reproducción parcial, distribución y comunicación pública de los libros de texto sí que podrá tener relevancia en el desarrollo de investigaciones de carácter educativo. En cualquier caso, conviene destacar que, en esta modalidad del límite, a diferencia de la prevista en el art. 32.3 TRLPI, no se establece un régimen especial para el uso de dichas obras pedagógicas, sino que el mismo está sometido a las mismas exigencias que el resto de obras impresas o susceptibles de impresión.

### 2.3.2.2 La reproducción «parcial» y los criterios para su delimitación

A tenor del art. 32.4 TRLPI, el personal de las universidades y de los centros públicos de investigación únicamente están autorizados a reproducir una obra de forma «parcial». El calificativo en cuestión deriva del sustantivo «parte», porción que, a diferencia del art. 32.3 TRLPI, ya no debe ser necesariamente «pequeña». En consecuencia, la modalidad remunerada del límite admite un uso más intenso de las obras impresas en el ámbito universitario y en el de los centros públicos de investigación. De ahí que el apartado III de la Exposición de motivos de la Ley 21/2014 señale que la excepción «se amplía» en estos supuestos.

Con la expresión de la «reproducción parcial» podría haber bastado para determinar la cantidad de uso de obra a explotar de acuerdo con el art. 32.4 TRLPI, pues con ella se permitiría un uso no completo de las obras impresas en función de las necesidades de la enseñanza y la investigación. No obstante, el legislador español ha decidido delimitar cuantitativamente y de forma exacta dicha «parte» de la obra ajena. Para ello, la letra b) del art. 32.4 TRLPI ha empleado dos criterios: un capítulo de un libro, artículo de una revista o extensión equivalente respecto de una publicación asimilada o una extensión asimilable al 10% del total de la obra. La elección de estos criterios también constituye un claro reflejo de

---

[Allowed=y](#). El informe en cuestión tenía por objeto resolver la siguiente cuestión: si se pueden entender incluidos en la excepción del art. 32.4 b) TRLPI los manuales universitarios, libros de texto o publicaciones asimiladas y por lo tanto amparados en el convenio CRUE, CEDRO y VEGAP. Los argumentos esgrimidos por el grupo en cuestión y por CÁMARA ÁGUILA, P. para considerar excluidos los libros de texto, los manuales universitarios y las publicaciones asimiladas del ámbito de aplicación de la excepción remunerada son fundamentalmente dos. Por un lado, que tales obras se excluyen de la versión no remunerada del límite, salvo que su explotación se ajuste a las restrictivas condiciones de uso previstas en el art. 32.3 c) TRLPI. Por otro, que en los anteproyectos el art. 32.4 TRLPI se refería de forma específica a los manuales universitarios y a las publicaciones asimiladas a estos y ello fue suprimido en la versión finalmente aprobada del límite.

que el art. 32.4 TRLPI fue gestado en el clima de tensión entre CEDRO y las universidades, pues los mismos coinciden con los previstos en las licencias que venía otorgando dicha entidad de gestión a las universidades hasta el momento de la reforma<sup>1235</sup>.

- a. El capítulo de libro, artículo de revista o extensión equivalente respecto de una publicación asimilada

De acuerdo con el art. 32.4 TRLPI, no se necesita la autorización del autor o editor para realizar actos de reproducción parcial que se limiten a un capítulo de un libro, un artículo de una revista o una extensión equivalente respecto de una publicación asimilada.

En cuanto a la redacción del precepto, lo primero que ha de ser criticado es que el legislador considere que hay una reproducción parcial de una obra en el caso de un capítulo de un libro o un artículo de una revista. Cuando un libro se compone de capítulos cuya autoría corresponde a autores diferentes e identificables, y cuando se trata de artículos de una revista, la reproducción del capítulo o del artículo no lo es de una parte de una obra, sino del total<sup>1236</sup>. El legislador parte de la errónea consideración de que un libro y el número de una revista son la obra y que sus fracciones en capítulos y artículos, respectivamente, son las partes que la componen. Aunque no en el texto de la ley, también en el ámbito francés se incurre en este equívoco, tal y como se desprende del art. 4.2.1 del Protocolo de acuerdo que desarrolla la excepción pedagógica en relación con el uso de obras impresas<sup>1237</sup>. En cambio, el legislador alemán ha sido técnicamente riguroso al respecto al prever en sus §§60a (2) y 60c (3) UrhG que las ilustraciones, las contribuciones individuales de una revista, otras obras menores y las obras fuera de comercio se pueden explotar en su totalidad en el ámbito de la enseñanza y de la investigación, respectivamente<sup>1238</sup>. En este contexto, ya que el legislador tuvo en cuenta el contenido de las licencias de CEDRO a la hora de establecer los criterios cuantitativos de esta modalidad del límite, podría haber atendido también a su redacción que, como en el ámbito

---

<sup>1235</sup> «Reprografía legal...», *op. cit.*, p. 4.

<sup>1236</sup> La misma crítica es vertida por SAIZ GARCÍA, C., quien llega a considerar que el legislador ha dado lugar a una «cosificación de la obra intelectual». «Situación de la universidad...», *cit.*, p. 213. En el mismo sentido, RIBERA BLANES, B., «La nueva regulación...», *cit.*, p. 738.

<sup>1237</sup> En el artículo en cuestión se establece que, para las obras concebidas con fines pedagógicos editadas en forma de publicación periódica, «l'extrait ne peut excéder 2 articles d'une même parution». Conviene poner de relieve que el artículo reproducido forma parte del contenido convencional del Protocolo, es decir, permite usos no autorizados por el art. L122-5 3º e) CPI, pues de acuerdo con este último, las obras concebidas con fines pedagógicos quedan excluidas del ámbito de su ámbito de aplicación.

<sup>1238</sup> Incluso antes de la reforma de 2017, las excepciones que admitían el uso de obras ajenas en la enseñanza y en la investigación también se referían a pequeños fragmentos de obras, a obras de escasa extensión y artículos individuales de una publicación periódica, como es el caso del derogado §52a UrhG.

alemán, preveía que en el caso de los artículos de revista la autorización de su uso suponía una explotación completa y no parcial de la obra<sup>1239</sup>.

Al margen de esta cuestión, lo que resulta evidente es que la voluntad del legislador al regular el art. 32.4 TRLPI es permitir usos más amplios que el del «pequeño fragmento», pero no completos de la obra, de modo que utiliza el capítulo de un libro o el artículo de una revista como meros ejemplos de la cantidad de obra a explotar, por ser estos las partes en las que tradicionalmente se dividen las obras impresas. De ahí que, junto a ellos, añada la expresión de la «extensión equivalente respecto de una publicación asimilada», pues no todas las creaciones impresas o susceptibles de serlo se fraccionan de ese modo<sup>1240</sup>. Por ejemplo, las obras de teatro escritas se fraccionan en actos y escenas, pero no en capítulos. Por su parte, un blog se compone de entradas y no de artículos. Así, la «extensión equivalente» podría corresponderse con una escena en el primer ejemplo, y con una entrada, en el segundo. Similares términos se utilizan en las licencias que el CLA concede como derivación del art. 36 CDPA, pues se admite la reproducción de un capítulo de un libro o un artículo de una revista, pero para el caso de que la obra no se divida en capítulos y artículos, se autoriza la copia de pequeños extractos que sean equivalentes a aquellos, teniendo en cuenta, especialmente, que la copia no puede sustituir en ningún caso la suscripción para el acceso al material licenciado<sup>1241</sup>. De este modo, el establecimiento educativo debe haber adquirido un ejemplar o tener suscrito el recurso electrónico de que se trate para poder llevar a cabo la copia en cuestión, no pudiendo evitar tal adquisición al amparo de la licencia.

En cualquier caso, conviene destacar en este momento que la publicación asimilada que se contempla en el art. 32.4 b) TRLPI no coincide con la que se prevé en el art. 32.3 c) TRLPI. En la versión gratuita del límite, la similitud de la publicación se refería a los libros de texto o a los manuales universitarios. En cambio, en la modalidad remunerada, la publicación se

---

<sup>1239</sup> De acuerdo con tales licencias, quedaba prohibida la fotocopia de «la totalidad de una publicación impresa o en una parte superior al 10 por ciento, salvo que se trate de artículos o trabajos de publicaciones periódicas, en cuyo caso podrá superarse dicho límite». «Reprografía legal...», *op. cit.*, p. 4.

De forma similar, en la estipulación cuarta del modelo de licencia actual que CEDRO oferta a los centros de enseñanza primaria se establece que «el máximo de reproducción autorizado de una obra se fija en el 10% de la misma. Si se trata de una publicación periódica se podrá reproducir *un artículo completo* con independencia de su extensión» (la cursiva es nuestra).

<sup>1240</sup> Pese a que consideramos que esa es la función de la expresión, varios grupos parlamentarios propusieron su supresión, como los Grupos parlamentarios socialista en el Congreso y vasco en el Senado. *Vid.* Enmienda nº105, BOCG. Congreso de los Diputados, Serie A, nº81-2 de 09/07/2014, p. 116 y Enmienda nº102. BOCG. Senado, nº401 de 22/09/2014, p. 316, respectivamente.

<sup>1241</sup> Los términos de tales licencias se encuentran disponibles en la página web de la CLA: [www.cla.co.uk](http://www.cla.co.uk). Explica el contenido de las licencias XALABARDER PLANTADA, R., *Estudio sobre las limitaciones...*, *cit.*, pp. 138 y 139.

asimila a un libro o a una revista. Así, las publicaciones asimiladas del art. 32.4 b) TRLPI son obras impresas o susceptibles de serlo distintas del libro o la revista, como pudieran ser un periódico, un folleto o un blog<sup>1242</sup>.

El capítulo de libro, artículo de revista o extensión equivalente respecto de una publicación asimilada es, por tanto, un criterio cuantitativo, pero indeterminado, al igual que el pequeño fragmento del art. 32.3 TRLPI, pero en este caso, más amplio.

b. El 10% del total de la obra

Ni en ninguna de las versiones del anteproyecto ni en el propio proyecto de ley de reforma se establecía porcentaje alguno sobre la cantidad de obra que se autorizaba a explotar. Sería la redacción definitiva de la Ley 21/2014 la que haría referencia a la «extensión asimilable al 10 por ciento del total de la obra», consecuencia de la aprobación de la Enmienda nº170 propuesta por el Grupo parlamentario popular en el Senado<sup>1243</sup>.

De este modo, se acepta a nivel legal la cifra que ya manejaba CEDRO en sus licencias, así como se acoge una postura intermedia en cuanto al porcentaje en cuestión, teniendo en cuenta los que se venían manejando a nivel europeo<sup>1244</sup>. A este respecto, Reino Unido restringe la reproducción de obras en la enseñanza a un «extracto», que de acuerdo con su art. 36(5) CDP, no puede ser superior al 5% del total de la obra. Ahora bien, aunque el CLA ofrece el mínimo exigido por la CDP del 5% para el caso de licencias aplicables a la enseñanza que tenga lugar en escuelas, academias de lenguas y para la formación profesional o enseñanza permanente de adultos, la proporción de obra que puede ser reproducida asciende al 10% cuando se trata de enseñanza superior.

En el caso francés, la excepción pedagógica del art. L-122.5 3º e) CPI también se refiere a los extractos, pero no se delimitan cuantitativamente, así como tampoco lo hacen los

---

<sup>1242</sup> RIBERA BLANES, B. señala la enciclopedia como ejemplo de publicación asimilada de acuerdo con el art. 32.4 b) TRLPI. «La nueva regulación...», *cit.*, p. 735.

<sup>1243</sup> BOCG. Senado, nº401 de 22/09/2014, p. 387. Con la incorporación de este criterio se pretendía conseguir una «mejora técnica», según deriva de la justificación que acompaña a la Enmienda en cuestión.

Conviene poner de relieve a este respecto que pese a la gran cantidad de enmiendas que fueron presentadas tanto en el Congreso como en el Senado por parte de los distintos grupos parlamentarios, solo esta fue aprobada.

En cualquier caso, no fue esta la única Enmienda que proponía establecer un límite máximo del 10% de la obra. Así, *vid.*, entre otras, en el Senado las Enmiendas nº102 y 139, BOCG. Senado, nº401 de 22/09/2014, pp. 316 y 356, respectivamente; y en el Congreso, las Enmiendas nº105 y 140, BOCG. Congreso de los Diputados, Serie A, nº81-2 de 09/07/2014, pp. 116 y 152.

<sup>1244</sup> Sobre esta cuestión, *vid. supra* subepígrafe 3.2.4.3 del Capítulo II.



acuerdos que la desarrollan<sup>1245</sup>. No obstante, estos últimos sí que definen el extracto en relación con usos de una obra al margen de los permitidos por la excepción, es decir, a nivel convencional. Así, y de acuerdo con su art. 4.2.1, en el caso de las obras concebidas con fines pedagógicos, el extracto abarca un máximo de 4 páginas consecutivas; cuando se trata de publicaciones periódicas, 2 artículos de un mismo número; y en relación con las partituras, 3 páginas consecutivas, teniendo todos estos extractos como límite máximo que no superen el 10% de la paginación total.

Por su parte, Alemania no había previsto porcentaje alguno al respecto hasta la reforma operada por la UrhWissG de 2017. Con anterioridad a la misma, la única referencia que se tenía era la que había señalado el BGH en la sentencia que resolvió el caso *Meilensteine der Psychologie*. De acuerdo con dicha resolución, un «pequeño fragmento» permitía la explotación de hasta el 12% de una obra. Como se observa, el juzgador alemán fue el más permisivo no solo porque se trata del porcentaje más elevado entre los señalados, sino también porque el mismo venía referido a un «pequeño fragmento», a diferencia del art. 36 CDPA o el actual art. 32.4 TRLPI que vinculan el porcentaje al concepto de «extracto» y «reproducción parcial», respectivamente. Tras la reforma de 2017, el legislador alemán aumenta el porcentaje al 15% en el §60a UrhG, en cuanto a los fines educativos, y al §60c (1) UrhG, en relación con los de investigación científica, cifra que alcanza el 75% en el supuesto de la reproducción para la investigación individual, de acuerdo con el apartado (3) del último precepto. En cambio, el porcentaje se reduce al 10% en el §60b UrhG en relación con la creación de materiales didácticos. En cualquier caso, cabe destacar que el legislador alemán de 2017 ha prescindido del uso de términos como fragmento o extracto, refiriéndose únicamente a la proporción sobre el total de la obra que puede ser explotado.

De forma distinta procede el legislador italiano en relación con la cantidad de obra a explotar en el caso de la creación de antologías del art. 70.2 LDA, pues el Reglamento de ejecución que lo desarrolla no contempla porcentajes, sino número concreto de palabras, versos y compases, en función del tipo de obra explotada.

Ciertamente, la inclusión de un porcentaje determinado y máximo de obra a explotar aporta un nivel de seguridad jurídica que no se conocía hasta el momento en el ámbito español.

---

<sup>1245</sup> En cuanto a ello, el art. 4.1.5 del protocolo para el desarrollo de la excepción pedagógica en relación con las obras impresas define el extracto como una parte, un fragmento de una obra de extensión razonable y no sustituible por la creación completa, tal y como se señaló en la letra b) del subepígrafe 3.2.4.3 del Capítulo II (*vid. supra*).

De hecho, este es el único límite del TRLPI que recoge un valor porcentual para determinar la cantidad de obra a explotar. No obstante, la seguridad jurídica no equivale necesariamente al equilibrio que pretende conseguirse con el establecimiento de las limitaciones, ni a resultados en todo caso satisfactorios para las partes<sup>1246</sup>. También es seguro no salir de la vivienda en un estado de toque de queda, pero a nadie se le ocurre concluir que ello genera una situación justa y equilibrada, sino al contrario.

Como ya se tuvo ocasión de analizar, el establecimiento de porcentajes determinados perjudica a los autores de obras de escasa extensión<sup>1247</sup>. Por su parte, SÁNCHEZ ARISTI considera que la determinación cuantitativa exacta de lo que es una reproducción parcial puede privar a los titulares de derechos de un circuito secundario para la explotación comercial de sus obras, en contra de lo previsto en el art. 40bis TRLPI<sup>1248</sup>. Asimismo, el legislador español ha establecido un porcentaje del total de la obra, pero no ha especificado cómo calcularlo. ¿En función de las páginas o de las palabras totales? Si se opta por la paginación, ¿qué sucede si se trata de un blog, que no se divide en páginas? En el caso de un poema que no tenga más de una página, ¿el 10% lo es de las palabras o de las estrofas? Otro de los problemas que genera el establecimiento de porcentajes fijos es que puede que los mismos no sean suficientes para ilustrar la enseñanza o para investigar, de modo que el límite impediría alcanzar el objetivo para el que se estableció. Asimismo, pueden dar lugar a fragmentaciones que hagan incomprendible la obra o, incluso, que afecten al derecho moral a la integridad de las mismas. En cuanto a ello, no obstante, debe repararse en que el legislador no ha exigido un máximo estricto del 10% del total de la obra, sino una extensión «asimilable» a dicho porcentaje, dejando así la puerta abierta para que la reproducción de la obra pueda abarcar algo más del 10% del total, en atención a las necesidades de la enseñanza y la investigación, del lado de los usuarios, y del necesario respeto al derecho moral a la integridad de la obra, del lado del autor.

En definitiva, el legislador ha de procurar alcanzar el mayor grado de seguridad jurídica a la hora de regular los límites al derecho de autor, pero no a costa de los intereses de las partes involucradas. El equilibrio de intereses no puede medirse en números, sino que se consigue poniendo en la balanza el peso que tiene cada uno de ellos en cada caso concreto. Así lo entendieron los legisladores internacional y comunitario en los arts. 10.2) CB y 5.3 a) DDASI

---

<sup>1246</sup> En el mismo sentido, FAJARDO FERNÁNDEZ, J. considera que a la pregunta de qué parte de una obra puede ser entregada a los alumnos, «cualquier respuesta cuantitativa es ya discutible por definición». «Defensa y depuración...», *cit.*, p. 52.

<sup>1247</sup> *Vid. supra* letra b) del subepígrafe 3.2.4.3 del Capítulo II.

<sup>1248</sup> «Art. 18»..., *cit.*, p. 322.

respectivamente, al permitir el uso de obras ajenas «en la medida justificada por la finalidad perseguida».

- c. La interpretación conjunta de los criterios como extensión máxima de la reproducción parcial

Como se ha analizado en los apartados anteriores, el art. 32.4 b) TRLPI contempla dos criterios cuantitativos para determinar la cantidad de obra que puede ser explotada en su virtud: uno de carácter indefinido («el capítulo de libro, artículo de revista o extensión equivalente respecto de una publicación asimilada») y otro, determinado (el 10% del total de la obra). Pero, ¿cómo han de aplicarse?

El precepto en cuestión une estas dos reglas con la conjunción disyuntiva «o», lo que podría dar lugar a dos interpretaciones, ambas igual de problemáticas. En primer lugar, la literalidad del precepto permitiría aplicar un criterio o el otro. Así, por ejemplo, el profesor de universidad podría optar entre el capítulo del libro o el 10% del mismo, en función de las necesidades de la enseñanza. Imagínese que se trata de una obra compuesta por tres capítulos extensos, de un número de páginas similar, de modo que cada uno de ellos supusiera el 33,33% del total de la obra. La posible elección daría lugar a que, escogiendo el criterio del capítulo, se explotara una parte importante de la obra. Aunque a nosotros nos parece criticable, esta es la fórmula que ha seguido el CLA en las licencias derivadas del art. 36 CDPA<sup>1249</sup>.

En segundo lugar, podría considerarse que en el caso de los libros y las revistas se aplica la regla del capítulo o el artículo, y en el de las obras no divididas de ese modo, se admite el uso del 10% del total. En este caso, y a diferencia del supuesto anterior, si el libro estuviera dividido en pequeños capítulos que abarcaran tanto solo el 5% del total de la obra, la norma permitiría explotar en esos casos menos cantidad de obra que en los supuestos de obras no fraccionadas. No obstante, y como se señaló previamente, el problema de las obras no fraccionadas en capítulos y libros se resolvía con la «extensión equivalente respecto de una publicación asimilada».

De todo ello, cabe concluir que, aunque el Grupo parlamentario popular propuso la incorporación de la expresión «o extensión asimilable al 10 por ciento del total de la obra»

---

<sup>1249</sup> Así deriva de la explicación del contenido de la licencia que se lleva a cabo en la página web del CLA: se autoriza «copy up to one article, chapter or 10% of the total, whichever is greater».

como «mejora técnica», la aprobación de la Enmienda en cuestión no lo fue tanto<sup>1250</sup>. Una adecuada interpretación del precepto sería la siguiente: el capítulo del libro y el artículo de la revista son ejemplos de hasta dónde puede alcanzar el uso de la obra ajena, siempre y cuando los mismos no superen el 10% del total de la publicación<sup>1251</sup>. Siendo ello así, quizá podría haber bastado con la referencia al porcentaje, de modo que la redacción de la letra b) se limitara a establecer «que los actos no superen el 10% del total de la obra». No obstante, ello daría lugar a que el artículo de una revista que, efectivamente, es una obra completa, no pudiera explotarse de forma íntegra al amparo del art. 32.4 TRLPI, lo que sí se admite de acuerdo con la literalidad del precepto.

En este contexto, entendemos que el legislador quería permitir el uso de capítulos de libros y de artículos de revistas, sabiendo que los mismos podían ser constitutivos en sí mismos de obras intelectuales protegidas y por ello, hizo referencia expresa a los mismos. No obstante, también era consciente de que las mismas podían ser extensas, de modo que, si se permitía el uso completo de los capítulos o artículos en cuestión, podría afectarse a la explotación de la publicación en la que estuvieran insertas. Por ello, se optó finalmente por establecer un límite máximo por medio de un porcentaje. Así, la norma permite usar obras completas como el artículo de una revista, aunque de forma técnicamente incorrecta se refiera a tales explotaciones como «parciales». Pero si dicho artículo es extenso en relación con el número en el que se publica, no podrá reproducirse más del 10% del mismo<sup>1252</sup>. En cualquier caso, la literalidad del precepto es la que es y esta interpretación correctora podría no ser acogida finalmente por los tribunales.

Al margen del capítulo del libro que sea obra y del artículo de revista, lo que no admite en ningún caso el art. 32.4 b) TRLPI es que mediante varias reproducciones parciales que puedan quedar amparadas por la limitación, se explote una cantidad superior a la

---

<sup>1250</sup> También critican la redacción del precepto RIBERA BLANES, B., «La nueva regulación...», *cit.*, pp. 737 y 738 y PÉREZ MORIONES, A., *op. cit.*, pp. 103 y 104.

<sup>1251</sup> Se seguiría así la fórmula empleada en el protocolo de desarrollo de la excepción pedagógica francesa en relación con la definición de extracto obras concebidas con fines pedagógicos y partituras (*vid. supra* letra b) de este subepígrafe). Asimismo, el BGH en el caso *Meilensteine der Psychologie* admitía el uso del 12% del total de la obra, siempre y cuando dicho porcentaje no superara un máximo de 100 páginas.

<sup>1252</sup> Esa parece ser la interpretación por la que abogaba el Grupo parlamentario catalán (Convergència i Unió) cuando propuso en su Enmienda 140 al Congreso la inclusión del porcentaje en cuestión. Así, en la justificación que acompañaba la Enmienda se señalaba que «se precisa el criterio del capítulo para el libro o el artículo para la revista, siempre que la extensión de los mismos ronde el 10% del total de la publicación. Esta modificación tiene su justificación en que en ocasiones un capítulo de un libro o un artículo de una revista pueden suponer el 25%, el 50% o hasta el 100%, en algún caso extremo, de una publicación. En otros, por el contrario, pueden suponer únicamente un 3%». BOCG. Congreso de los Diputados, Serie A, nº81-2 de 09/07/2014, p. 153.

expresamente señalada en el precepto o incluso la totalidad de la obra. De ahí que el último inciso de la letra b) establezca que, a la hora de realizar el cálculo del porcentaje, resulta indiferente «que la copia se lleve a cabo a través de uno o varios actos de reproducción». Aunque la finalidad de la norma sea evitar un posible abuso de derecho o, mejor dicho, un «abuso de limitación», no dejan de surgir dudas sobre su concreta aplicación. ¿Solo es posible reproducir el 10% a lo largo de un curso académico para todos los grupos o por asignatura? ¿Sería posible reproducir dos artículos del mismo número de una revista, pero uno con fines de investigación y otro para ilustrar la enseñanza, aunque con ambos se superara el porcentaje del 10%?

En fin, y como se suele decir, la realidad supera la ficción y será ella misma la que ponga sobre la mesa las insuficiencias del régimen establecido por el legislador. Habrá que esperar a ver qué resuelven los tribunales ante este tipo de situaciones, si bien entendemos que la solución debería venir dada por la aplicación del test de las tres etapas interpretado como un mecanismo de proporcionalidad y de equilibrio entre los intereses en juego<sup>1253</sup>.

d. La relación de la versión no remunerada del límite con la remunerada

Dicho todo lo anterior y dado que la cantidad de obra que puede explotarse al amparo del art. 32.4 TRLPI es mayor que en el caso del art. 32.3, así como que el colectivo de sujetos amparados en el contexto de la enseñanza universitaria y en la investigación del primero acoge el previsto en la versión gratuita del límite y lo amplía, puede concluirse que el uso de obras impresas o susceptibles de serlo en la universidad y en los centros públicos de investigación se ve sometido en exclusiva a la modalidad remunerada del límite. Es decir, se produce un solapamiento parcial entre los arts. 32.3 y 32.4 TRLPI que debe resolverse mediante la aplicación de la norma específica en los casos en que efectivamente coincidan sus ámbitos de aplicación<sup>1254</sup>. Así, por ejemplo, el régimen especial de uso de los manuales universitarios previsto en el art. 32.3 c) TRLPI pierde su virtualidad en el ámbito universitario, pues el art. 32.4 lo absorbe y amplía las posibilidades de explotación de los mismos.

Es cierto que la explotación autorizada por el art. 32.4 TRLPI devenga una remuneración inexistente en el seno del art. 32.3, pero el hecho de que el primero permita un uso que se limite al máximo del 10% del total de la obra impresa, supone que el mismo también autoriza

---

<sup>1253</sup> Sobre el mismo, *vid. supra* subepígrafe 2.1.5 del presente Capítulo.

<sup>1254</sup> En este sentido, el apartado III de la Exposición de motivos de la Ley 21/2014 señala que «para las obras o publicaciones, impresas o susceptibles de serlo, se amplía, en el ámbito de las universidades y centros de investigación, la excepción».

el uso del pequeño fragmento al que se refiere el segundo, pues quien puede lo más puede lo menos. La situación sería distinta si el pequeño fragmento también se hubiera determinado de forma numérica, de modo que, por ejemplo, el pequeño fragmento alcanzara un 5% de la obra y la reproducción parcial, del 5% al 10%. En ese caso, sería perfectamente posible deslindar los ámbitos de aplicación de las dos modalidades de la limitación, siendo gratuito el uso de hasta el 5% de la obra y remunerado, entre el 5% y el 10%. No obstante, el legislador español ha optado por establecer dos modalidades de un mismo límite en las que se emplean dos criterios distintos para la determinación de la cantidad de obra a explotar, lo que genera ciertos solapamientos entre las mismas.

Aunque se trata de una opción de política legislativa escasamente seguida en el ámbito del Derecho comparado<sup>1255</sup>, lo cierto es que tras la reforma de la CDPA de 2014 se ha producido una situación similar en Reino Unido. Con anterioridad a la misma, el art. 32 CDPA autorizaba la reproducción no reprográfica de obras, mientras que el art. 36 hacía lo propio en relación con la copia reprográfica. Tras la entrada en vigor de la reforma, el art. 32 CDPA admite el uso de obras para ilustrar la enseñanza siempre que el mismo pueda ser calificado como un acto de *fair dealing*. Ello supone que es posible explotar de cualquier forma, incluida la reproducción en sus distintas modalidades, y de forma intensa o incluso completa, una obra en la enseñanza, en función de las circunstancias del caso concreto<sup>1256</sup>. Por su parte, el actual art. 36 CDPA autoriza la copia, ya no solo reprográfica, sino en cualquier formato, de extractos de obras que se corresponden, de acuerdo con el apartado 5 de dicho precepto, con un 5% del total de la obra. Ciertamente, podría suceder que en virtud de la excepción del *fair dealing* se pudiera reproducir una cantidad de obra mayor que la permitida por el art. 36 CDPA, por ejemplo, un 15%. En este caso, se daría lugar a una paradójica situación: habría que pagar la tarifa correspondiente de la licencia por la reproducción del 5% de la obra, pero el restante 10% sería de uso gratuito. Todavía no sabemos cómo será resuelta esta conflictiva relación entre los arts. 32 y 36 CDPA, inexistente con anterioridad a la reforma de 2014 por restringirse el ámbito de aplicación del primero a la reproducción no reprográfica de obras, que quedaba

---

<sup>1255</sup> En dicho ámbito o bien se ha optado por el empleo de términos jurídicos indeterminados como fragmento o extracto, como sucede en el art. 70.1 LDA o el art. L122-5 3º e) CPI, o bien se ha establecido un límite cuantitativo exacto, como es el caso de los nuevos §§60a y 60b sobre la enseñanza y 60c UrhG en cuanto a la investigación, o del art. 70.2 LDA en cuanto a la creación de antologías, que remite al Reglamento de ejecución de dicha ley donde se determinan con estricta rigidez el número de palabras, compases, etc. que pueden ser explotados al amparo de dicha limitación. Sobre ello, *vid. supra* letra a) del subepígrafe 3.2.4.3 del Capítulo II.

<sup>1256</sup> BENTLY, L. y SHERMAN, B. señalan como ejemplos de actos que podrían quedar amparados por el art. 32 CDPA, la copia de materiales por parte del profesor para decidir qué enseñar en una lección o hacer una copia de un documento para llevar a clase por parte del estudiante. *Op. cit.*, p. 254.

cubierta por el por el segundo. Sin duda, muchos de los actos que podrían quedar amparados por el *fair dealing* de forma gratuita serán *de facto* remunerados por los establecimientos educativos por caer en el ámbito de aplicación del art. 36 CDPA.

La solución, tanto en el ámbito inglés como en el español, tiene que ser la misma: el art. 36 CDPA y el 32.4 TRLPI deben ser considerados como normas especiales o específicas, de aplicación preferente a los arts. 32 CDPA y 32.3 TRLPI, respectivamente<sup>1257</sup>.

### 2.3.3 La distribución y/o comunicación pública de la reproducción parcial

La literalidad del art. 32.4 TRLPI exige que sean parciales los actos de reproducción de obras ajenas, pero no los de distribución y comunicación al público. Aunque ello podría ser un argumento para sostener la posible distribución y comunicación pública de obras completas, tal interpretación no sería válida por tres razones fundamentalmente. Por un lado, debe tenerse presente que la limitación en cuestión viene delimitada por los contornos establecidos en los arts. 10.2) CB y 5.3 a) DDASI. En atención a los mismos, la regla general en cuanto a la cantidad de obra a explotar en la enseñanza y la investigación es el uso parcial de la obra ajena, lo que no excluye la utilización completa cuando así lo exijan tales finalidades<sup>1258</sup>. En consecuencia, una limitación nacional que admitiera con carácter general el uso íntegro de obras ajenas con fines educativos y de investigación contravendría las normas internacional y comunitaria de las que deriva. Por otro lado, la falta de rigor técnico del art.32.4 TRLPI parece corregirse en dos momentos posteriores: en la letra c) del precepto, en virtud de la cual, la limitación del capítulo de libro, el artículo de revista o la extensión del 10% del total de la obra se refiere a los «actos», en general, y en el último párrafo del mismo, se establece un derecho de remuneración en favor de los autores y editores de «las obras reproducidas, distribuidas y comunicadas públicamente de forma parcial». De modo que tanto la reproducción, como la comunicación pública y la distribución deben ser parciales, en el sentido de que con los mismos se explota solo una parte de la obra. Y, por último, aunque es cierto que los actos de explotación son autónomos y es posible que se realicen de forma independiente, lo más frecuente es que la distribución y la comunicación pública requieran un previo acto de reproducción, acto este último de explotación que, como dice la norma, debe

---

<sup>1257</sup> En el mismo sentido, BOTANA AGRA, M. se refiere al art. 32.4 TRLPI como un «régimen singular». *Op. cit.*, p. 447.

<sup>1258</sup> Sobre ello, *vid. supra* subepígrafe 3.2.4 del Capítulo II.

ser parcial. En conclusión, la distribución y la comunicación pública también están sometidas a los criterios cuantitativos establecidos en la letra b) del art. 32.4 TRLPI.

Relacionado con el último argumento, resulta llamativo que la letra d) del art. 32.4 TRLPI exija como condición *sine qua non* de su aplicación que, además del resto de requisitos, «concurra, al menos, una» de las dos condiciones que aparecen en los números 1º y 2º del mismo literal, referidos a la distribución y a la comunicación al público de las copias parciales, respectivamente. Ello significa que la reproducción parcial que se puede llevar a cabo al amparo de la limitación está supeditada a que posteriormente sea accedida por los destinatarios de la enseñanza o la investigación, lo que supone un desconocimiento del carácter autónomo del derecho de reproducción<sup>1259</sup>.

Ciertamente, una de las particularidades del límite de la ilustración es que su finalidad exige que la obra sea conocida no tanto por quien la explota, como por las personas para las que se explota, es decir, por los sujetos a los que se pretende ilustrar. Por ello, es necesario que el uso de la obra ajena no se circunscriba a su conocimiento por un sujeto, sino que sea accedida por la comunidad educativa y de investigación en cuestión<sup>1260</sup>. No obstante, una interpretación literal del precepto impediría que un capítulo de un manual universitario fuera reproducido por el docente para estudiarlo y servirse del mismo a la hora de preparar el tema o resolver ciertas dudas que le hayan podido surgir antes de explicarlo, si tal capítulo no fuera distribuido entre los alumnos ya fuera en soporte papel (distribución) o a través del campus virtual (comunicación al público). ¿Qué sentido tendría la exclusión de este acto de explotación del límite cuando, además, con el mismo se afecta en menor medida el derecho del autor y del editor del manual porque no se hace un uso colectivo del mismo?

Aunque la reproducción en ese caso podría ser lícita sin la autorización del autor por caer en el ámbito de aplicación del límite de copia privada<sup>1261</sup>, el contexto en el que se lleva a cabo dicho acto de explotación es el propio del art. 32.4 TRLPI, pues pese a que la copia se realice para la propia preparación de la clase por parte del docente, lo hace para su posterior uso en

---

<sup>1259</sup> Lo mismo sucedía en relación con el régimen especial de uso de los libros de texto, manuales universitarios y publicaciones asimiladas del art. 32.3 c) TRLPI.

De este modo parece entenderlo RIBERA BLANES, B. cuando señala que la reproducción parcial autorizada por el art. 32.4 TRLPI es una «reproducción instrumental». «La nueva regulación...», *cit.*, p. 738.

<sup>1260</sup> Esta era una de las características que diferenciaba el límite de la ilustración del de cita. Sobre ello, *vid. supra* epígrafe 1 del presente Capítulo.

<sup>1261</sup> Ello sería así siempre y cuando se cumplieran todos los requisitos del art. 31.2 TRLPI.



clase y para la mejora de la calidad de la docencia<sup>1262</sup>. Además, en el caso del art. 31.2 TRLPI, la copia privada autorizada lleva aparejada el pago de una «compensación equitativa», cuya cuantía se determina por Real Decreto según el art. 25.4 TRLPI<sup>1263</sup>, mientras que la ilustración de la enseñanza conforme al art. 32.4 TRLPI se supedita al pago de una «remuneración equitativa», habiéndose determinado en este caso el importa por acuerdo entre la CRUE, CEDRO y VEGAP. En consecuencia, los efectos del uso para el autor o editor no son los mismos si se subsumen en una limitación o en otra.

Así, entendemos que el legislador mantiene una concepción restrictiva de la enseñanza y la identifica con la mera transmisión de conocimientos, no admitiendo actos de explotación necesarios para que dicha transmisión sea lo más efectiva posible y, en consecuencia, se consiga una adecuada adquisición de los mismos. Además, exigir al personal de universidad que conozca los requisitos de usos establecidos en todos los límites previstos en el TRLPI para saber dónde puede encajar una conducta que, claramente, se lleva a cabo con una finalidad educativa, carece de sensatez<sup>1264</sup>. El límite debería ser configurado de un modo amplio que abarcara todo el proceso educativo y, además, sencillo y claro en cuanto a sus requisitos. En cuanto a la investigación, resulta evidente que la voluntad del legislador ha sido permitir por medio de esta excepción el uso de obras ajenas para el desarrollo de estudios científicos en grupo o en equipo<sup>1265</sup>, dejando de lado la de carácter individual, probablemente porque considera que, en ese último caso, los límites de los arts. 31.2, 32.1 y 37 TRLPI podrán cubrir todos los actos necesarios para su realización. Es cierto que los mismos podrían ser suficientes para permitir el desarrollo de la investigación individual, digamos, tradicional, pero en ningún caso alcanzarían a los actos de explotación que requiere la técnica de la

---

<sup>1262</sup> Recuérdese a este respecto que en una comprensión amplia del concepto de enseñanza el legislador inglés hacía referencia de forma específica a la fase de preparación de la docencia en el art. 32(1) (b) CDPA.

<sup>1263</sup> Hasta la aprobación del Real Decreto en cuestión, las cantidades que han de satisfacerse en concepto de compensación equitativa por copia privada están establecidas en la Disposición transitoria segunda del Real Decreto-ley 12/2017, de 3 de julio.

<sup>1264</sup> De hecho, ni siquiera el límite específicamente previsto para la docencia era conocido por los encuestados en el estudio elaborado por FÉRNANDEZ-MOLINA, J. C.; MURIEL, E.; VIVES-GRACIA, J.; RIERA, P.; MARTÍN, O. *Op. cit.*

<sup>1265</sup> CÁMARA ÁGUILA, P. también considera que el modelo de investigación que tiene en mente el legislador es el de la investigación en equipo. Aunque ello lo señala en relación con el art. 32.3 TRLPI. «El límite para...», *cit.*, p. 118.

Es cierto que, en el régimen especial de uso de los libros de texto, los manuales universitarios y las publicaciones asimiladas se exige que la reproducción se acompañe de un acto de distribución entre los miembros del grupo de investigación, según el art. 32.3 c) 2º TRLPI. No obstante, no existe una condición similar en relación con el uso en la investigación de pequeños fragmentos del resto de obras, razón por la que, en esos casos, también sería admisible la investigación individual.

TDM<sup>1266</sup>. Por tanto, cuando dicha herramienta se utilice en una investigación individual, ni los preceptos señalados, ni el art. 32.4 TRLPI permitirán su adecuado funcionamiento.

Dicho esto, conviene destacar que los actos de distribución y comunicación pública que siguen a la reproducción parcial están sometidos a ciertas condiciones previstas en los apartados 1º y 2º de la letra c) del art. 32.4 TRLPI, respectivamente. En cualquier caso, la realización de uno de ellos no excluye que también pueda llevarse a cabo el otro, pues como establece dicha letra c), debe concurrir «al menos, una» de las exigencias del precepto, lo que implica que basta con que se distribuya el capítulo del manual para que el límite sea aplicable, por ejemplo, pero además también se admite su envío a través del campus virtual. Así, la excepción de dichos actos de explotación permite que el uso de la obra ajena en la enseñanza y en la investigación pueda tener lugar tanto en el ámbito presencial o analógico, como en el *online* o a distancia<sup>1267</sup>.

#### 2.3.3.1 Límites

A excepción del art. 70.1-bis LDA que admite la publicación de música e imágenes a través de la red abierta de internet y no cerrada<sup>1268</sup>, el legislador español ha seguido la tendencia de sus homólogos europeos en cuanto a la restricción de los sujetos destinatarios del acto de explotación permitido en la enseñanza y la investigación. Ahora bien, de nuevo, con una visión mucho más restrictiva.

En el caso francés, el art. L122-5 3º e) CPI exige que la representación o la reproducción de extractos de obras se destinen a un público mayoritariamente conformado por alumnos, estudiantes, docentes e investigadores, que estén relacionados con el acto formativo o de investigación para el que se llevaron a cabo tales actos de explotación. Aunque fue muy criticada la indeterminación que se derivaba del término «mayoritariamente», el precepto admite que pueda asistir a la clase en la que se utilice una obra ajena un estudiante que realice un intercambio y que, por tanto, no esté matriculado en la misma, o que se entregue un extracto de una obra a un investigador que está de estancia, aunque no forme parte del grupo de investigación. En el ámbito de la enseñanza, el §60a (1) UrhG admite que el 15% de la obra sea reproducido, distribuido y comunicado en favor de cualquier de los participantes en un acto educativo, ya sean docentes, examinadores, alumnos e incluso los padres de estos últimos

---

<sup>1266</sup> Sobre ello, *vid. supra* epígrafe 4.2 del Capítulo II.

<sup>1267</sup> En cuanto a los argumentos que justifican esta conclusión, *vid. infra* subepígrafe 2.3.3.2 del presente Capítulo.

<sup>1268</sup> Sobre dicho precepto, *vid. supra* subepígrafe 3.2.3.3 del Capítulo II.

en eventos escolares, abriéndose el abanico de destinatarios de los actos de explotación. En cuanto a la investigación, el §60c (1) UrhG únicamente admite que la obra usada se comparta con un círculo estrictamente limitado de personas para el desarrollo de su investigación o con terceros concretos que supervisen el estudio para garantizar su calidad, como los revisores de las revistas. Aunque en este caso se restringe considerablemente el círculo en comparación con los amplios términos previsto en relación con la educación, no se exige que los destinatarios pertenezcan al mismo grupo de investigación, por ejemplo.

La limitación de los destinatarios de los actos de explotación permitidos constituye un reflejo de la toma en consideración de la segunda fase del test de las tres etapas, es decir, de la necesidad de impedir que los usos autorizados por la limitación puedan afectar a la explotación normal de la obra<sup>1269</sup>.

Pues bien, el legislador de 2014 también se hizo eco de esta circunstancia y exige que las reproducciones parciales solo sean distribuidas o comunicadas a los alumnos o al personal docente o investigador del centro en el que se lleven a cabo tales copias. Así, y en comparación con las excepciones nacionales de los Estados miembros señalados, el carácter restrictivo de la letra de la ley española se observa en dos aspectos.

Por un lado, el precepto no admite que personas que no pertenezcan al centro en cuestión, es decir, a la universidad o al centro público de investigación, puedan tener acceso a las obras reproducidas, impidiéndose, de este modo, que la copia del artículo de una revista pudiera entregarse al alumno de intercambio o al investigador que se encuentra de estancia. Aunque, con buena lógica, la doctrina ha entendido que bastaba con que se hubiera exigido que solo tuvieran acceso a la obra los destinatarios de la enseñanza, es decir, los matriculados en la asignatura en cuestión<sup>1270</sup>, la literalidad del precepto es tan poco acertada que no admite la entrega del artículo a un alumno que se encuentra una semana de intercambio en un grupo, pero sí permitiría que se entregara a un estudiante que no perteneciera al mismo, pues lo que se exige al destinatario es que sea miembro de la comunidad universitaria, pero no del grupo en el que se ilustra la docencia con la obra ajena. En el mismo sentido y a diferencia del art. 32.3 c) 2º TRLPI, la dicción del precepto no exige que la distribución o la comunicación

---

<sup>1269</sup> *Vid. supra* letra b) del subepígrafe 3.2.6.3 del Capítulo II.

<sup>1270</sup> En este sentido, SAIZ GARCÍA, C., «Situación de la universidad...», *cit.*, p. 216; RIBERA BLANES, B., «La nueva regulación...», *cit.*, p. 739 y LÓPEZ MAZA, S., «Art. 32»..., *cit.*, p. 670. Como consecuencia de tal interpretación, VICENTE DOMINGO, E. señala que, en el caso de la distribución, únicamente sería posible hacer tantas copias como alumnos o investigadores pertenezcan al grupo en cuestión. *Op. cit.*, p. 137.

pública se dirijan a los miembros de un mismo grupo de investigación, sino al personal investigador del centro, en general. En cuanto a este aspecto, el art. L122-5 3º e) CPI nos parece más acertado, pues tales ejemplos quedarían abarcados por la limitación al exigir que los actos de explotación se dirijan «mayoritariamente» a los estudiantes, docentes e investigadores «relacionados con el acto formativo o de investigación».

Por otro lado, el art. 32.4 d) 1º y 2º TRLPI exige que el acto de reproducción se lleve a cabo en el mismo centro en el que será posteriormente distribuida o comunicada la copia parcial de la obra. Esta redacción resulta acorde con la letra c) del precepto, que, como vimos, requiere que los actos se realicen «en las universidades o centros públicos de investigación, por su personal y con sus medios e instrumentos propios». No obstante, y como se señaló en aquel momento, carece de sentido que el investigador tenga que entregar el artículo de la revista a un compañero necesariamente en la universidad y, en cambio, no pueda enviárselo por correo electrónico desde su casa. Así como tampoco resulta razonable que sea subsumible en la limitación la puesta a disposición de un capítulo de un manual en el campus virtual cuando el acto de *upload* se lleva a cabo desde el despacho y no, cuando se hace desde otro lugar<sup>1271</sup>. Además, esta exigencia impide que tenga lugar la educación a distancia en su modalidad primigenia, esto es, a través del envío de materiales por correo, lo que posteriormente se vería complementado con la entrega de casetes y vídeos.

Resulta evidente que la intención del legislador era garantizar que los actos permitidos llegaran únicamente a las personas concernidas por la enseñanza o la investigación concretas<sup>1272</sup>. Pero su temor por que los usos de la obra ajena superaran el contexto docente e investigador le ha llevado a establecer este tipo de requisitos que, como se ha tenido ocasión de comprobar, constriñen en exceso la aplicabilidad de la excepción y la alejan de la realidad.

---

<sup>1271</sup> Sobre ello, *vid. supra* subepígrafe 2.3.1.2 del presente Capítulo. También consideran que estos supuestos deberían quedar abarcados por el límite SAIZ GARCÍA, C., «Situación de la universidad...», *cit.*, pp. 121 y 122 y RIBERA BLANES, B., «La nueva regulación...», *cit.*, p. 740.

Precisamente para evitar dichos resultados, la Enmienda nº140 firmada por el Grupo parlamentario Catalán (Convergència i Unió) proponía la sustitución de la exigencia de que la distribución tuviera lugar «en el mismo centro» donde se había efectuado la reproducción parcial, por la de que la misma se realizara «en el ámbito de la actividad docente o investigadora». BOCG. Congreso de los Diputados, Serie A, nº81-2 de 09/07/2014, p. 152.

<sup>1272</sup> Así, PÉREZ MORIONES, A., *op. cit.*, p. 106.

### 2.3.3.2 Exigencias para la realización de la comunicación pública

Además de la limitación de los destinatarios del acto en cuestión, el apartado 2º del art. 32.4 d) TRLPI establece unas condiciones adicionales para la comunicación pública de la reproducción parcial.

En la redacción de la versión no remunerada del límite se establecía de forma específica la autorización para explotar obras ajenas tanto en la enseñanza presencial como en la que tiene lugar a distancia<sup>1273</sup>. En cambio, en la dicción de la finalidad que justifica el establecimiento de la excepción en el art. 32.4 TRLPI simplemente se señala que los actos de explotación se habrán de llevar a cabo «con fines educativos y de investigación científica»<sup>1274</sup>. No obstante, ello no significa que el legislador haya querido excluir del ámbito de aplicación de la versión remunerada del límite la educación a distancia y dentro de la misma, la que se desarrolla en el ámbito *online*. Son varios los argumentos que sostienen esta conclusión. En primer lugar, porque no se excluye de forma concreta, de modo que, como sucedía con el art. 10.2) CB y 5.3 a) DDASI, debe admitirse el uso de obras ajenas en cualquier tipo de enseñanza e investigación, independientemente de los medios empleados para impartirla. En segundo lugar, porque la gestación de esta novedosa modalidad del límite coincidió en el tiempo con la resolución judicial de los litigios en los que se enfrentaron CEDRO y ciertas universidades por el uso de obras ajenas en los campus virtuales, es decir, en el ámbito de la docencia a través de la red<sup>1275</sup>. En consecuencia, el legislador tenía en mente dar solución a este tipo de conflictos a nivel legal. Y en tercer y último lugar, porque el apartado 2º de la letra d) del art. 32.4 TRLPI admite expresamente que la comunicación al público adopte la modalidad de la puesta a disposición del público siempre y cuando tal acto se lleve a cabo bien a través de redes cerradas e internas de la institución, bien en el marco de un programa de educación a distancia<sup>1276</sup>.

---

<sup>1273</sup> A tenor de la letra a) del art. 32.3 TRLPI, una de las condiciones de aplicación de la norma era que «tales actos se hagan únicamente para la ilustración de sus actividades educativas, tanto en la enseñanza presencial como en la enseñanza a distancia, o con fines de investigación científica».

Aunque tal precepto únicamente contempla la educación a distancia y no la investigación a través de la red, también se admite el uso de obras ajenas en la investigación de acuerdo con la versión gratuita del límite, de acuerdo con los argumentos expresados en *supra* subepígrafe 2.2.1.2 del presente Capítulo.

<sup>1274</sup> De acuerdo con la letra a) del art. 32.4 TRLPI, se autoriza la reproducción parcial, distribución y comunicación pública de obras ajenas cuando «tales actos se lleven a cabo únicamente para la ilustración con fines educativos y de investigación científica».

<sup>1275</sup> Sobre tales litigios, *vid. supra* epígrafe 1 del presente Capítulo.

<sup>1276</sup> La no mención de la enseñanza a distancia por parte del legislador en la versión remunerada del límite es considerada por RIBERA BLANES, B. como un «desliz», concluyendo igualmente que la misma queda abarcada

De hecho, el apartado 2º del art. 32.4 d) TRLPI podría ser interpretado de modo que únicamente se considere admitida la comunicación al público en su modalidad de puesta a disposición, pues según su dicción, los alumnos y el personal docente e investigador podrán acceder a la reproducción parcial a través de «actos de comunicación pública autorizados en el presente apartado, llevándose a cabo la puesta a disposición a través de...». No obstante, una exégesis adecuada del precepto permite sostener que el mismo autoriza la realización de actos de comunicación al público en sus distintas modalidades, pero que, cuando se lleve a cabo a través de una puesta a disposición, habrá que cumplir unos requisitos adicionales. De ahí que en el caso de los actos de comunicación al público se utilice el plural y en el caso de la puesta a disposición se emplee el singular. Así, el art. 32.4 d) 2º TRLPI autoriza tanto la proyección de varias páginas de un manual en clase, como su puesta a disposición a través del campus virtual.

Dicho esto, cuando la reproducción parcial se ponga a disposición de los alumnos o del personal docente o investigador, ello solo podrá tener lugar «a través de las redes internas y cerradas a las que únicamente puedan acceder esos beneficiarios o en el marco de un programa de educación a distancia ofertado por dicho centro docente».

a. Las redes internas y cerradas

La red consiste en un conjunto de ordenadores y equipos informáticos conectados entre sí, que pueden intercambiar información<sup>1277</sup>. La misma se considera cerrada cuando su funcionamiento se gestiona por parte de una entidad determinada, como una empresa o, en nuestro caso, la universidad o los centros públicos de investigación. Dicho control sobre la plataforma, no obstante, puede ser encargado a una empresa de informática, pero esta establecerá como criterios de uso los que determine la entidad que realice el encargo. Es decir, la responsabilidad última por el uso que se haga de la plataforma podría ser atribuida a esta última. El carácter cerrado implica que a la misma y a sus contenidos únicamente pueden acceder los sujetos a los que el gestor de la plataforma haya autorizado su entrada, mediante la concesión de un usuario y una contraseña. Cada vez que el sujeto quiera acceder a la misma, tendrá que introducir tales datos, es decir, la entrada solo se permite a través del proceso de autenticación, lo que garantiza el hermetismo de la red y la imposibilidad de que personas distintas de las autorizadas por el gestor de la plataforma puedan acceder a la misma. De ahí

---

por el art. 32.4 TRLPI. «La nueva regulación...», *cit.*, p. 730. Lo mismo entiende LÓPEZ MAZA, S., «Art. 32»..., *cit.*, p. 668.

<sup>1277</sup> Así la define el DRAE en su décima acepción.

que, la referencia a que dichas redes únicamente puedan ser accedidas por los beneficiarios resulta redundante. En definitiva, las redes internas y cerradas son lo que se conoce como intranets. Es a ellas a las que se refieren los legisladores inglés y francés. Así, el primero utiliza la expresión «secure electronic network accessible only by the establishment's pupils and staff» [arts. 35(2) y 36(3) CDPA]. Nótese que en el caso de la legislación inglesa se admite que tenga acceso a la obra el personal del establecimiento educativo y no solo el personal docente e investigador al que se refiere la excepción española. Así, el art. 32.4 TRLPI admite que el PAS pueda realizar los actos de explotación autorizados, pero no que tenga acceso posterior a la reproducción parcial<sup>1278</sup>. Aunque ello se fundamenta en que dicho personal no tiene asignadas las funciones docentes e investigadoras que justifican la autorización para el uso de la obra ajena, tendría poco sentido que el personal de apoyo a la investigación pudiera reproducir y poner a disposición del grupo de investigación a través de una red interna y cerrada un artículo y que, después, no se le permitiera acceder a dicha red para reproducirlo por encargo de alguno de los miembros de la red. Por su parte, el legislador francés emplea el giro «espace numérique de travail» [art. L122-5 3º e) CPI], que se contempla como un ejemplo de intranet en la definición que de este concepto se lleva a cabo en el Protocolo de acuerdo para el desarrollo de la excepción pedagógica francesa en cuanto al uso de obras impresas<sup>1279</sup>.

Como se ha señalado en varias ocasiones, la incorporación de la versión remunerada del límite estaba pensada, fundamentalmente, para dar respuesta al uso de obras en la enseñanza a través de los campus virtuales, como consecuencia de los conflictos que habían surgido entre CEDRO y ciertas universidades por tales actos de explotación. Así, el legislador podría haber exigido que la puesta a disposición se llevara a cabo a través del campus virtual, en lugar de redes internas y cerradas. No obstante, y entendemos que, en este caso con acierto, se ha optado por la expresión más amplia que acoge el campus virtual y otras plataformas similares de gran implantación en la enseñanza universitaria como el Moodle.

Ahora bien, en todo caso la red ha de ser interna, de modo que se excluye cualquier plataforma que, aun educativa o de investigación, no sea gestionada por la universidad o por la empresa informática encargada de dicha función. Esta exigencia constituye, pues, una

---

<sup>1278</sup> Así lo apunta PÉREZ MORIONES, A., *op. cit.*, p. 106.

<sup>1279</sup> El protocolo en cuestión define la intranet como una red informática de un establecimiento, cuyo acceso está protegido por procedimiento de identificación (código de acceso y contraseña) que limitan su uso únicamente a los sujetos autorizados.

concreción de la necesidad de que los actos de explotación se lleven a cabo con los medios e instrumentos propios de la universidad o los centros públicos de investigación. Así, no cabe poner a disposición de los alumnos varias páginas de un artículo en un blog educativo o en una red social<sup>1280</sup>, ni tampoco será posible que el investigador envíe por Gmail un artículo a otro miembro del grupo de investigación, aunque sí podría hacerlo a través del correo electrónico institucional, al estar este gestionado por la universidad o el centro público de investigación<sup>1281</sup>.

El carácter interno de la red, es decir, el poder de control sobre la plataforma por parte de la institución docente o investigadora en cuestión, es uno de los elementos clave para admitir que tales centros estén legitimados pasivamente ante una demanda por infracción de los derechos de autor por actos cometidos en tales redes. De hecho, esta circunstancia fue determinante para que los jueces y magistrados que conocieron de los litigios entre las Universidades de Barcelona y la Autónoma de Barcelona y CEDRO concluyeran que dichas instituciones educativas no podrían ser consideradas meras prestadoras de servicios a los efectos del art. 16 LSSI y que las mismas eran responsables directas por los actos infractores de la propiedad intelectual que se habían llevado a cabo a través del campus virtual por aplicación del art. 1903 CC<sup>1282</sup>. La única forma que tendría la Universidad de conseguir la

---

<sup>1280</sup> Y ello pese a que algunos blogs y redes sociales permiten crear grupos cerrados a cuyos contenidos, por tanto, únicamente pueden acceder los usuarios que sean admitidos como miembros.

<sup>1281</sup> En cuanto a ello, RIBERA BLANES, B. entiende que el envío por correo electrónico, independientemente de quién lo gestione, debería quedar abarcado en el ámbito de aplicación de la excepción porque «lo importante no es el medio que se utilice para hacer llegar la reproducción, sino el hecho de que a ella solo tengan acceso un núcleo cerrado de personas». «La nueva regulación...», *cit.*, p. 740.

<sup>1282</sup> En este sentido, la AP de Barcelona en el FD quinto de su sentencia de 9 de octubre de 2014 señaló que «la UAB tiene el dominio técnico de la plataforma que aloja en la web de su titularidad, establece el código de uso, atribuye a los profesores la responsabilidad frente a ella por las eventuales infracciones, y proporciona a profesores y alumnos las claves de acceso. Se trata, en definitiva, de una herramienta docente de la propia Universidad, para que sus profesores, de los que se vale para desarrollar su actividad docente, la ejecuten, bajo la jerarquía de la Universidad y consiguiente relación de dependencia (...). No cabe admitir, en consecuencia, que la Universidad ostente la condición de prestadora de servicios de la sociedad de la información con respecto a sus profesores, a los que no presta un servicio en relación con el uso del campus virtual. Como se ha dicho, es una herramienta docente de la propia Universidad, que es activada por los medios humanos con que cuenta para desarrollar su labor docente -los profesores». Pero incluso aunque se admitiera la aplicación del art. 16 LSSI, el art. 16.2 LSSI establece que el prestador del servicio no podrá eximirse de su responsabilidad cuando el destinatario del servicio «actúe bajo la dirección, autoridad o control de su prestador».

En cuanto a la consideración de la Universidad de Barcelona como infractora directa frente a CEDRO, al ser esta la creadora de la plataforma y la que procura su mantenimiento, «será responsable de los contenidos que a ella suban los profesores, que se encuentran bajo su responsabilidad. Resulta de aplicación al caso la culpa *in vigilando* o *in eligendo* del art. 1903 del Código Civil, debiendo considerar a la UB responsable de las infracciones de derechos de PI que pudieran cometerse a través de su campus virtual». FD cuarto de la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Barcelona de 2 de septiembre de 2013. La misma argumentación se siguió en el caso contra la Universidad Autónoma de Barcelona, respecto del cual, la AP de Barcelona añadió que «no se responsabiliza a la UAB porque haya incumplido un deber de comprobación o de implantación de medidas de control o filtrado, sino como responsable directa de las infracciones, al constituir un *acto propio* de ella los



exención de su responsabilidad sería la de informar de forma adecuada y a través de medios eficaces sobre el alcance de la limitación a la comunidad universitaria, de modo que un nivel elevado de diligencia en el actuar de la institución educativa justificara que esta, aun siendo responsable directa frente a los titulares de derechos, pudiera repetir contra quien actuara en contra de la legalidad en la plataforma en cuestión, de acuerdo con el art. 1903 CC. No bastará a este respecto con una advertencia genérica en la que se señale que el uso de obras ajenas en el campus virtual deberá ajustarse a lo previsto en el art. 32.4 TRLPI, sino que se requiere una actitud activa por parte de la institución educativa para inculcar en su personal el necesario respeto a los derechos de propiedad intelectual y el conocimiento efectivo del ámbito de aplicación de la excepción<sup>1283</sup>. No obstante, dados los numerosos requisitos de la misma y su deficiente redacción, parece difícil que esto último pueda llegar a conseguirse.

Pero además del carácter interno de la red, el hecho de que sea cerrada impide que la puesta a disposición de la obra ajena se lleve a cabo en plataformas que, aun gestionadas por la universidad o el centro público de investigación, permitan el acceso a cualquier internauta. El ejemplo más claro de ello es la página web de la institución en cuestión, pues, aunque se gestiona por la misma, su destinatario no está limitado técnicamente a los miembros de la comunidad universitaria, siendo posible que cualquier sujeto pueda acceder a ella a través de la red. Es precisamente en este tipo de plataforma en la que tuvo lugar el acto de explotación que dio origen al *caso Córdoba*.

Pues bien, teniendo en cuenta las conclusiones del AG en dicho conflicto y lo señalado con carácter previo en relación con el concepto de comunicación al público<sup>1284</sup>, entendemos que los actos que se llevan a cabo en las redes a las que se refieren los legisladores español, inglés y francés no constituyen actos de explotación sometidos a la exclusiva del autor por no producirse la comunicación en favor de un «público». A pesar de ello, someten el uso digital de obras en la enseñanza y la investigación a dicho requisito y, además, a una remuneración. Así, el TRLPI, la CDPA y el CPI han regulado la excepción desde la perspectiva de la protección del autor y han respondido al dilema de la apertura, mediante el “cerramiento” de

---

realizados por los profesores en el campus virtual, tiene a los terceros cuya posición jurídica está protegida por la Ley» (la cursiva es de la propia sentencia). FD quinto.

De este modo se subsana la consecuencia dudosamente acertada, a decir de DELGADO PORRAS, A., de que «en el caso de inobservancia de cualquiera de las condiciones mencionadas (en relación con el límite aprobado en 2006), la responsabilidad correspondiente a la infracción y su carga financiera recaerán sobre estos profesionales (los docentes), por lo general, menos solventes que su establecimiento». *Op. cit.*, p. 29.

<sup>1283</sup> Así lo entienden FAJARDO FERNÁNDEZ, J., «Campus virtual...», *cit.*, p. 4 y VICENTE DOMINGO, E., *op. cit.*, p. 139.

<sup>1284</sup> *Vid. supra* subepígrafe 2.1.1.2 del presente Capítulo.

la universidad y la investigación. Habrá que ver cómo afecta ello al futuro de dichas instituciones, pues parece que la realidad en cuanto a su desarrollo discurre sobre la base de concepciones más aperturistas<sup>1285</sup>.

Por su parte, la letra de las excepciones alemanas relativas a la enseñanza y a la investigación, de acuerdo con su última reforma, no exigen que la puesta a disposición se lleve a cabo a través de intranets, sino que únicamente limita los sujetos que puedan acceder a la obra ajena. La apertura, en este sentido, alcanza su máxima expresión en el art. 70.1-bis LDA, que admite el uso de imágenes y música «en internet»<sup>1286</sup>. Volviendo a la regulación germana, el círculo de los destinatarios del acto de explotación no es completamente «cerrado», pues se admite que sujetos que no forman parte de la actividad educativa o de investigación en cuestión puedan ser destinatarios de los actos de explotación, como los padres o los revisores de artículos científicos. Asimismo, debe destacarse que la solicitud de cuestión prejudicial del caso *Córdoba* proviene, precisamente, del BGH alemán y que en la vista que se celebró en relación con dicho caso, las partes coincidieron en que si el trabajo de la alumna se hubiera subido a una intranet, no habría habido acto de comunicación al público<sup>1287</sup>. Por tanto, es evidente que, al menos en el ámbito alemán, el límite de la ilustración con fines educativos se aplica en la enseñanza o la investigación que se desarrollan *online* cuando se trata de redes

---

<sup>1285</sup> En este sentido, DANS, E., señala que «las instituciones educativas deben replantear su función de cara a la transmisión de conocimiento, y llevar a cabo un proceso de reflexión interna acerca de su estrategia con respecto al nivel de apertura o cierre que deseen establecer para sus contenidos y los de sus alumnos. La adopción de metodologías de «plataforma sin plataforma» en las que los alumnos trabajan en un entorno abierto es una consecuencia natural de la evolución del entorno y de la disponibilidad de herramientas sencillas de publicación en la Red, y tiene un efecto en las metodologías de trabajo –acostumbrarse a vivir en un entorno de hiperabundancia de contenidos– y en la definición del entorno competitivo entre diferentes instituciones educativas. Para algunas instituciones, la disponibilidad de sus contenidos y los producidos por sus alumnos en la Red se está convirtiendo en un claro escaparate y en un indicador de su calidad, que puede ser evaluada además de manera continua en función de su visibilidad en los motores de búsqueda: para muchas instituciones, esta visibilidad se convertirá en un factor competitivo de primera magnitud. Debemos tener en cuenta que la decisión de abrir contenidos no depende exclusivamente de la voluntad de una institución, sino que se verá sin duda afectada por las acciones que lleven a cabo aquellas que considere sus competidoras naturales: las que tarden más en tomar la decisión verán cómo un número creciente de alumnos prospectivos toman opción por aquellas instituciones de las que perciban una visibilidad mayor en el área que les resulte más interesante». «Educación *online*: plataformas educativas y el dilema de la apertura», *RUSC*, vol. 6, nº 1, 2009, p. 28. Disponible en: <http://www.uh.cu/static/documents/AL/Educaci%C3%B3n%20online%20plataformas%20educativas%20dilema.pdf>.

La iniciativa pionera a este respecto se encuentra en el *Open Courseware* del MIT, el prestigioso Instituto Tecnológico de Massachusetts. Este centro ha optado por hacer accesible sus materiales de estudio con variados niveles de apertura a través de licencias Creative Commons y él le han seguido varias instituciones por comprender que el éxito y la ventaja competitiva de la institución no dependen tanto del material como de las metodologías con las que se utilizan. *Ibid.*, pp. 26 y 27.

<sup>1286</sup> En cualquier caso, son muchas las críticas vertidas sobre dicha excepción, entre otros aspectos, por tal circunstancia. Además, la falta de desarrollo reglamentario ha dejado el precepto, hasta el momento, en papel mojado. Sobre ello, *vid. supra* subepígrafe 3.2.3.3 del Capítulo II.

<sup>1287</sup> Apartado 117 de las conclusiones del AG.

abiertas, siendo libres los usos que tienen lugar en las redes cerradas controladas por los centros educativos y de investigación. Entendemos que esta es la interpretación que se ajusta al concepto de comunicación al público contenido en el art. 3.1 DDASI.

b. Los programas de educación a distancia

El art. 32.4 d) 2º TRLPI admite que la puesta a disposición de reproducciones parciales se lleve a cabo a través de redes cerradas e internas o en el marco de un programa de educación a distancia ofertado por el centro docente donde se realice la reproducción parcial.

Cabe destacar que el segundo medio admitido por la norma únicamente resulta aplicable para la enseñanza y no en el ámbito de la investigación, pues de su propio texto deriva que el programa ha de ser «de educación» y ofertado por un «centro docente». Son varias las críticas que pueden llevarse a cabo respecto de esta dicción. En primer lugar, la expresión «centro docente» abarca toda institución educativa, cuando el art. 32.4 TRLPI únicamente admite la explotación de obras impresas en la enseñanza universitaria. En consecuencia, habría sido más acertado emplear el término «universidad». No obstante, y dado que en la universidad también se desarrollan labores de investigación, el empleo de aquella expresión puede ser un argumento más para entender que el legislador ha pretendido limitar la aplicación del límite a los usos que dicho centro realiza solo en su actividad «docente». En segundo lugar, los centros de investigación también pueden llevar a cabo actividades formativas, aunque esta no sea su función principal, razón por la que no se entiende que la norma únicamente se refiera al ámbito educativo. En tercer y último lugar, una interpretación literal del precepto impide que la puesta a disposición de la obra se realice en el marco de un seminario de investigación *online* o *webinar*, incluso aunque este sea desarrollado desde una universidad, pues no puede ser considerado como un «programa de educación». Por todo ello, entendemos que lo más adecuado habría sido admitir la puesta a disposición de la reproducción parcial de la obra impresa en aquellos actos formativos o de investigación que tengan lugar a distancia y que fueran organizados por las universidades o los centros públicos de investigación.

En otro orden de cosas, resulta llamativo que el legislador haya unido las redes cerradas e internas y los programas de educación a distancia con la conjunción disyuntiva «o». Dado que el carácter cerrado e interno se exige respecto de las redes y no en cuanto a los programas de educación a distancia, podría llegar a pensarse que el segundo podría ser abierto<sup>1288</sup>. Ello

---

<sup>1288</sup> Aunque no se exija expresamente, el carácter interno del programa en cuestión deriva de la necesidad de que el mismo sea ofertado por el centro docente.

permitiría abarcar los actos de puesta a disposición de obras impresas que se lleven a cabo a través de los denominados MOOCs y SPOCs ofertados por las universidades. Es cierto que el requisito común para la realización de los actos de distribución y de comunicación al público es que únicamente accedan a la obra los alumnos y el personal docente e investigador del centro en el que se realice la reproducción parcial, de modo que ello podría interpretarse como que el programa de educación a distancia debería ser «cerrado».

No existen dudas de que la limitación podrá ser aplicable en el caso de los SPOCs vinculados a una titulación, pues en este caso, únicamente podrán acceder a la obra puesta a disposición en ese programa de educación, los estudiantes del título en cuestión. Mayores dificultades podrían plantear los usos de capítulos de manuales universitarios, por ejemplo, en el marco de un MOOC que, por definición, es «open» o «abierto». En este caso, debe tenerse presente que la apertura que caracteriza al MOOC no se refiere a que el material que se utiliza en el mismo esté abierto para su uso por cualquier internauta, sino que cualquiera de ellos puede matricularse o inscribirse en el mismo de forma gratuita. Una vez inscrito, el alumno puede realizar el MOOC y acceder a los contenidos que lo componen sin tener que pagar remuneración alguna por los mismos<sup>1289</sup>. En consecuencia, el acceso libre y abierto a los contenidos únicamente se permite a los inscritos en el curso en cuestión, es decir, a sus alumnos. Siendo ello así, entendemos que el art. 32.4 d) 2º TRLPI autoriza el uso parcial de obras ajenas en los MOOC que se oferten por parte de las universidades públicas y privadas, que son las instituciones acogidas en el precepto, dado que tales programas de educación a distancia únicamente permiten el acceso a los contenidos a sus alumnos, aunque estos puedan ser, efectivamente, muchos<sup>1290</sup>. Así, es precisamente en este contexto y no en el del campus virtual en el que tiene lugar un auténtico acto de comunicación pública para cuya ejecución se requiere de autorización, ya sea por parte del titular de derechos o por disposición legal.

#### 2.3.4 La remuneración

Como se destacó al inicio del estudio de esta modalidad del límite, una de las razones por las que el art. 32.4 TRLPI es novedoso en el sistema español de propiedad intelectual es precisamente porque el mismo lleva aparejado una remuneración que, hasta la reforma, no se había exigido en el ámbito de la enseñanza y la investigación. Además, su establecimiento fue

---

<sup>1289</sup> Con estos cursos se reduce la brecha para acceder a la educación en función de la capacidad económica del estudiante, pues cualquier persona puede matricularse en ellos.

<sup>1290</sup> En contra, DE ROMÁN PÉREZ, R. entiende que este tipo de usos en los MOOC están prohibidos. *Guía de la propiedad...*, cit., p. 91.

previsto desde la primera versión del Anteproyecto de ley de reforma hasta la Ley 21/2014, pasando por todos los textos que fueron redactados entre los mismos.

De acuerdo con el último párrafo del art. 32.4 TRLPI, los actos de explotación autorizados por el mismo están sujetos al pago de una remuneración equitativa en favor de los autores y editores de las obras así utilizadas que se hará efectiva a través de la entidad de gestión correspondiente, salvo que exista un acuerdo específico al respecto entre el titular del derecho y la universidad o el centro público de investigación o que sean estas instituciones las titulares de los derechos sobre tales creaciones intelectuales. No obstante, la norma no determina ni la cuantía de tal remuneración, ni los criterios para su cálculo, así como tampoco se remite a un posterior desarrollo reglamentario en el que se establezcan tales términos, a diferencia de lo que acontece en el ámbito de la copia privada y del préstamo de obras en establecimientos accesibles al público del art. 37.2 TRLPI<sup>1291</sup>. Ante tal situación, son las partes interesadas las que deben convenir el precio de la remuneración y, en caso de no hacerlo, corresponderá su determinación a la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual, de acuerdo con el art. 194.3 TRLPI<sup>1292</sup>.

En este caso, al permitirse únicamente el uso de obras impresas o susceptibles de serlo, la entidad de gestión concernida es esencialmente CEDRO, pues a ella corresponde la misión de representar y defender los legítimos intereses de autores y editores de libros y publicaciones periódicas, y del lado de los usuarios, destaca la CRUE, asociación sin ánimo de lucro formada por un gran número de universidades públicas y privadas y principal interlocutor del sistema universitario español. Estas entidades lograron finalmente alcanzar un acuerdo en cuanto a la

---

<sup>1291</sup> En el caso de la copia privada, las cantidades que han de satisfacerse en concepto de compensación equitativa están establecidas en la Disposición transitoria segunda del Real Decreto-ley 12/2017, de 3 de julio y en el supuesto del préstamo público, en el Real Decreto 624/2014, de 18 de julio, por el que se desarrolla el derecho de remuneración a los autores por los préstamos de sus obras realizados en determinados establecimientos accesibles al público.

<sup>1292</sup> A tenor del segundo párrafo de tal precepto, «la Sección establecerá el importe de la remuneración exigida por la utilización de obras y demás prestaciones del repertorio de las entidades de gestión, la forma de pago y demás condiciones necesarias para hacer efectivos los derechos indicados en el párrafo anterior, a solicitud de la propia entidad de gestión afectada, de una asociación de usuarios, de una entidad de radiodifusión o de un usuario especialmente significativo, a juicio de la Sección, cuando no haya acuerdo entre ambas, en el plazo de seis meses desde el inicio formal de la negociación».

En contra, CAVANILLAS MÚGICA, S. entiende que el carácter equitativo de la remuneración exige que la misma se determine por una instancia neutral, como podría ser el Gobierno o la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual. «El uso educativo...», *cit.*, p. 107.

remuneración derivada del art. 32.4 TRLPI en 2016, con una duración inicial de dos años, prorrogable a un tercero<sup>1293</sup>.

Ahora bien, conviene destacar dos aspectos respecto a los sujetos que intervinieron (y que no lo hicieron) en dicho acuerdo. El convenio en cuestión fue suscrito por la CRUE, CEDRO y VEGAP. Esta última entidad, se encarga de la gestión de los derechos de los artistas plásticos. Como se tuvo ocasión de analizar, el art. 32.3 TRLPI autoriza el uso completo de obras aisladas de carácter plástico y fotográfico en la enseñanza y en la investigación de forma gratuita<sup>1294</sup>. En consecuencia, entendemos que VEGAP no tiene derecho a la remuneración prevista en el art. 32.4 TRLPI, puesto que el uso más intenso de las obras de su repertorio puede llevarse a cabo al amparo de la versión no remunerada del límite. Ahora bien, ello sería así únicamente en relación con el profesorado de la universidad y el personal de los OPIs, que son los sujetos amparados por el art. 32.3 TRLPI. En cuanto al PAS de la universidad y al personal del resto de centros públicos de investigación autorizados por el art. 32.4 TRLPI para actuar de acuerdo con sus exigencias, el uso de obras de carácter plástico por su parte podría dar lugar al nacimiento de tal remuneración. No obstante, lo cierto es que no parece que el art. 32.4 TRLPI haya sido ideado para el uso de tales obras pues, a diferencia del art. 32.3 TRLPI, así como del art. 32.1 respecto a la cita, no admite la explotación completa de obras de carácter plástico y fotográfico. Del lado de los usuarios, únicamente participó en la negociación la CRUE, pero no se tuvo en cuenta que la excepción en cuestión admite el uso de obras ajenas no solo en la investigación que tiene lugar en las universidades, sino también en los centros públicos de investigación. Así, los representantes de estos últimos no han tenido ocasión de

---

<sup>1293</sup> Así se desprende de la noticia que sobre el acuerdo llevaron a cabo tanto CEDRO como la CRUE en sus páginas web (<http://www.cedro.org/actualidad/noticias/noticia/2016/07/12/acuerdo-CRUE-CEDRO-VEGAP> y <http://www.crue.org/Comunicacion/Noticias/Acuerdos%20de%20la%20Asamblea%20General.aspx>, respectivamente). También la prensa nacional se hizo eco de esta noticia, como en el periódico *El País* ([https://elpais.com/cultura/2016/03/15/actualidad/1458066248\\_393225.html](https://elpais.com/cultura/2016/03/15/actualidad/1458066248_393225.html)) o el *ABC* ([http://www.abc.es/cultura/abci-universidades-pagaran-3-millones-euros-materiales-derechos-autor-201607121640\\_noticia.html](http://www.abc.es/cultura/abci-universidades-pagaran-3-millones-euros-materiales-derechos-autor-201607121640_noticia.html)). En cuanto a la valoración que del acuerdo hacen la Directora General de CEDRO y el Presidente de CRUE en el momento de su elaboración, *vid.* «Acuerdo CRUE-CEDRO», *Unelibros*, nº 33, 2016, pp. 3-7. Disponible en: <http://www.une.es/media/Ou1/Image/weboctubre2016/UNelibros%2033%20DIG.pdf>.

Ahora bien, ni CEDRO ni la CRUE han hecho público dicho acuerdo en tales webs. El acceso al mismo ha sido posible gracias a la aprobación por parte de numerosas universidades de la suscripción a tal acuerdo, que lo han incluido como anexo a los acuerdos de aprobación. Así, entre otras, la Universidad Politécnica de Cataluña ([https://govern.upc.edu/ca/cs/comissio-economica-del-consell-social/sessio-de-la-comissio-economica-2-2016/4-aprovacio-de-la-suscripcio-del-contracte-amb-cedro-i-vegap/4\\_acord-cs-conveni-cedro-vegap-1.pdf/@display-file/visiblefile/](https://govern.upc.edu/ca/cs/comissio-economica-del-consell-social/sessio-de-la-comissio-economica-2-2016/4-aprovacio-de-la-suscripcio-del-contracte-amb-cedro-i-vegap/4_acord-cs-conveni-cedro-vegap-1.pdf/@display-file/visiblefile/)) y la Universidad Miguel Hernández de Elche (<http://secretariageneral.umh.es/files/2016/04/125-16-FECHA-23-03-2016-1.pdf>).

Sobre el proceso de negociación que dio lugar al acuerdo, *vid.* RIBERA BLANES, B., «La nueva regulación...», *cit.*, p. 750.

<sup>1294</sup> *Vid. supra* subepígrafe 2.2.2.3 del presente Capítulo.

mostrar su opinión en cuanto a los criterios de determinación de la remuneración. Esta circunstancia es un reflejo más de que la gestación de la excepción en cuestión tenía como telón de fondo el conflicto entre las universidades y CEDRO. De hecho, no se tiene constancia de que, al margen de las universidades, este acuerdo haya sido suscrito por centros públicos de investigación ni que se hayan iniciado negociaciones con los mismos<sup>1295</sup>.

Dicho esto, debe ponerse de manifiesto que el acuerdo alcanzado entre CRUE y CEDRO fue considerado como un «final feliz»<sup>1296</sup> a los conflictos que habían enfrentado a la entidad de gestión con ciertas universidades y que habían desprestigiado la imagen de ambas partes: de CEDRO, porque se consideró que actuaba en contra del interés de la enseñanza y de las universidades, por haber sido tildadas por los medios como «piratas»<sup>1297</sup>. Aunque posteriormente se analizarán los criterios que fueron acordados para la determinación de la cuantía de la remuneración derivada del art. 32.4 TRLPI porque es el único documento del que disponemos al respecto, debemos recordar que las tarifas en cuestión podrían ser modificadas debido a la declaración de nulidad de la OM sobre tarifas generales por parte del TS, de la que derivan. Y ello, como consecuencia del recurso interpuesto por la CRUE contra la legalidad de tal Orden. En palabras de DE LA CUEVA, asesor jurídico de la CRUE, «el interés de Crue en este asunto es que, además de ser las universidades grandes productoras de obras de propiedad intelectual, también se hallan afectadas por los precios marcados prácticamente de forma unilateral por estas entidades»<sup>1298</sup>. Ante tales hechos, consideramos que el conflicto CRUE-CEDRO no ha alcanzado el «final feliz» al que se hizo referencia, sino que se mantiene en estado de «continuará».

Al margen de esta situación, nos encontramos ante un ejemplo de conversión de la licencia voluntaria, que hasta la reforma de 2014 había sido el mecanismo que había reglamentado el uso de obras en la enseñanza a través de las licencias ofertadas por CEDRO a los centros educativos, por un sistema de licencia legal<sup>1299</sup>. Ello se traduce para el autor o titular de derechos en la imposibilidad de evitar los usos autorizados por la norma, pero sin

---

<sup>1295</sup> Asimismo, las tarifas generales de CEDRO se refieren al derecho de remuneración debido por las universidades y centros adscritos en atención al art. 32.4 TRLPI, pero en ningún momento se contiene la cuantía debida por los centros públicos de investigación por los mismos usos.

<sup>1296</sup> De este modo se trataba el acuerdo en la portada de la revista *unelibros*. *Op. cit.*

<sup>1297</sup> Así, entre otras noticias, *vid.* FRAGUAS, A., «Demanda por 'piratería' contra la Universidad Carlos III», *El País*, 22 de marzo de 2012. Disponible en: [https://elpais.com/cultura/2012/03/22/actualidad/1332436582\\_025279.html](https://elpais.com/cultura/2012/03/22/actualidad/1332436582_025279.html).

<sup>1298</sup> <http://derecho-internet.org/2018/04/09/nulidad-tarifas-entidades-de-gestion.html>.

<sup>1299</sup> En el mismo sentido, CAVANILLAS MÚGICA, S., «El uso educativo...», *cit.*, p. 166 y RIBERA BLANES, B., «La nueva regulación...», *cit.*, p. 742 y SAIZ GARCÍA, C. califica esta modalidad del límite como una licencia legal remunerada. «Situación de la universidad...», *cit.*, p. 207.

privarle completamente de su derecho de exclusiva dado que mantiene la facultad de negociar uno de los aspectos fundamentales relacionados con el uso de su obra: la remuneración<sup>1300</sup>. Por su parte, los usuarios, en este caso, las universidades y los centros públicos de investigación, se ven obligados a someterse a tales licencias, pero, al menos, la ley garantiza unos usos mínimos permitidos que no deberían poder ser restringidos como consecuencia del proceso de negociación<sup>1301</sup>.

De este modo, el legislador español sigue la tendencia de sus homólogos europeos en cuanto a la necesidad de remunerar a los autores por el uso de sus obras en la enseñanza y la investigación. En cuanto a ello, el Considerando 35 DDASI admite que «en determinados casos de excepciones o limitaciones, los titulares de los derechos deberían recibir una compensación equitativa para recompensarles adecuadamente por el uso que haya hecho de sus obras o prestaciones protegidas». En la misma línea, el Considerando 36 DDASI autoriza a los Estados miembros a que establezcan una compensación de este tipo cuando transpongan excepciones o limitaciones facultativas previstas en la propia Directiva, respecto de las que no se prevea compensación alguna. Ahora bien, lo que admite la Directiva es el establecimiento de una «compensación equitativa», concepto no equivalente al de la «remuneración equitativa» empleada en el precepto<sup>1302</sup>. Efectivamente, KÉRÉVER explica que el primer concepto no es un derecho a una remuneración derivado del derecho de autor, sino un derecho indemnizatorio que surge de la generación de un perjuicio al titular de derechos<sup>1303</sup>, mientras que, en el segundo caso, el derecho de autorizar o prohibir en que consiste el derecho de autor se transforma en un derecho de crédito<sup>1304</sup>. En consecuencia, la compensación

---

<sup>1300</sup> En cuanto a los caracteres de los derechos de simple remuneración, *vid.*, entre otros, SERRANO GÓMEZ, E., *Los derechos de remuneración de la propiedad intelectual*, Madrid, 2000., pp. 44-47.

<sup>1301</sup> No obstante, puede generar dudas en cuanto a este respecto la excepción al derecho de remuneración consistente en el acuerdo previo específico. Sobre ello, *vid. infra* letra a) del subepígrafe 2.3.4.2 del presente Capítulo.

<sup>1302</sup> A este respecto, cabe destacar que todas las versiones del anteproyecto se referían igualmente a una remuneración equitativa y no a una compensación.

Es cierto que el concepto de remuneración equitativa también es conocido en el ámbito del Derecho comunitario, como en el caso del art. 5.1 Directiva de alquiler y préstamo. No obstante, en el seno de la DDASI únicamente se contempla la expresión «compensación equitativa».

<sup>1303</sup> De ahí que la DDASI en su Considerando 35 aporte como criterio para la determinación de la «compensación equitativa», el posible daño que el acto de explotación autorizado por la limitación haya causado a los titulares de derechos.

<sup>1304</sup> «La Directiva europea relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información», *BDA*, nº 1, 2001, p. 13.

También el Consejo de Estado en su Dictamen nº 187/2005 de 10 de marzo de 2005 tuvo ocasión de pronunciarse sobre ambos términos en relación con la copia privada del siguiente modo: «ciertamente, desde el punto de vista jurídico la noción de "compensación" es distinta del concepto de "remuneración". En efecto, la remuneración es el pago por una contraprestación o adquisición de un derecho, mientras que la compensación es el restablecimiento de un desequilibrio patrimonial objetivamente causado por la conducta de un tercero». Como consecuencia de dicha aclaración, el legislador de 2006 sustituyó todas las referencias a la «remuneración



equitativa debe calcularse en atención al daño causado y depende del caso concreto y la remuneración se calcula con arreglo a criterios fijos y tasados, haciéndose abstracción del supuesto de hecho.

¿Quería el legislador intencionadamente crear un derecho de crédito o en realidad estaba pensando en compensar al titular de derechos por el perjuicio que pudiera causarles el uso de obras en la enseñanza y en la investigación? Aunque ello haya sido objeto de crítica<sup>1305</sup>, no cabe duda de que la respuesta se corresponde con la primera opción planteada en la cuestión y ello es así por varias razones. En primer lugar, porque tanto el CGPJ como el Consejo de Estado advirtieron al prelegislador de la incongruencia en la que incurría al establecer esta remuneración al mismo tiempo que se proponía sufragar la compensación equitativa por copia privada con cargo en los presupuestos generales del Estado<sup>1306</sup>. En segundo lugar, porque en sede de tramitación parlamentaria se propuso la sustitución del término «remuneración» por el de «compensación», sobre la base del distinto significado y alcance de tales conceptos<sup>1307</sup>. En tercer lugar, porque el legislador español ha seguido la tendencia europea que, asimismo, contempla el término «remuneración» con carácter preferente al de la «compensación» en el ámbito de la excepción de la ilustración. Es el caso, por ejemplo, del art. L122-5 3º e) CPI, que somete los usos autorizados al pago de una «rémunération négociée» o del §60h UrhG<sup>1308</sup>. En este sentido, parece que el legislador español ha acogido fundamentalmente la fórmula francesa, pues, como se ha tenido ocasión de destacar, la remuneración ha sido «negociada» por las partes interesadas. En consecuencia, el legislador era plenamente consciente de que con el establecimiento de una «remuneración equitativa» estaba empujando a las partes a negociar un pago por el uso de las obras en las universidades y en los centros públicos de investigación, independientemente del perjuicio causado o no a los titulares de derechos con

---

equitativa» por copia privada por la de «compensación equitativa». En cambio, mantuvo el establecimiento de una «remuneración equitativa» en el ámbito del art. 37.3 TRLPI.

<sup>1305</sup> Así, RIBERA BLANES, B., quien entiende que el establecimiento de una remuneración equitativa en lugar de una remuneración va más allá de lo permitido por la DDASI. «La nueva regulación...», *cit.*, p. 743.

<sup>1306</sup> A decir del Consejo de Estado, «sin dejar de compartir el reconocimiento del derecho de autores y editores a una remuneración equitativa hay algo de contradictorio en que el legislador se proponga establecer un sistema de compensación equitativa como es la del límite de copia privada, pasando a sufragarla con cargo directo a los Presupuestos Generales del Estado, y sin embargo introduzca una nueva remuneración equitativa a reclamar de las correspondientes entidades usuarias en el sector de la enseñanza universitaria, máxime en el ámbito de las Universidades públicas». *Op. cit.*, p. 47. En el mismo sentido el CGPJ, *op. cit.*, pp. 112 y 113.

<sup>1307</sup> *Vid.* Enmiendas nº89 y 92, ambas firmadas por el Grupo parlamentario Entesa pel Progrés de Catalunya (GPEPC) en el Senado. BOCG. Senado, nº401 de 22/09/2014, pp. 296 y 305.

<sup>1308</sup> En cambio, el art. 70.2 LDA supedita el uso de obras ajenas para la elaboración de antologías al pago de un «equo compenso», siguiendo la terminología de la DDASI. En buena lógica, la determinación de su cuantía se determina por Decreto del Presidente del Consejo de Ministros, si bien solo será aplicable salvo que las partes lleguen a un acuerdo distinto. *Vid. supra* letra d) del subepígrafe 3.2.7.3 del Capítulo II.

tal explotación, lo que podía dar lugar a establecer tarifas en ocasiones más elevadas que las que hubieran derivado de la aplicación del criterio del daño<sup>1309</sup>.

A pesar de que no cabe duda de que los conceptos de «remuneración» y «compensación» no tienen el mismo alcance en el ámbito nacional, cabe destacar que el TJUE en el *caso Luksan* señaló que «es cierto que el legislador de la Unión utilizó el término “remuneración” en las Directivas 92/100 y 2006/115, en lugar del término “compensación” utilizado por la Directiva 2001/29. No obstante, este concepto de “remuneración” tiene por objeto establecer igualmente una indemnización para los autores, ya que se destina a compensar un perjuicio causado a éstos»<sup>1310</sup>. Ante tal declaración, sería conveniente que los tribunales españoles preguntaran al TJUE si el establecimiento de esta remuneración equitativa debería calcularse sobre la base del posible perjuicio, entendiendo que la misma se corresponde con el concepto de compensación equitativa<sup>1311</sup>.

Aclarada esta cuestión y el contexto en el que ha sido determinada la remuneración examinada, cabe destacar que el legislador, con carácter previo al reconocimiento de este derecho, establece dos circunstancias que enervan su nacimiento: un acuerdo previo específico entre los titulares del derecho y los sujetos amparados por la limitación o que la obra sea titularidad de la propia Universidad o centro público de investigación. No obstante, consideramos que la colocación de dichos elementos en el último párrafo del art. 32.4 TRLPI debería ser la contraria: en primer lugar, reconocer el derecho y determinar sus características y, en segundo lugar, establecer las excepciones al mismo, haciendo así más sencilla su comprensión. Por ello, pasaremos a analizar ambos aspectos en el orden señalado.

#### 2.3.4.1 Características

De acuerdo con el último párrafo del art. 32.4 TRLPI, el derecho de remuneración que se deriva del uso de obras impresas o susceptibles de serlo al amparo de esta modalidad del límite

---

<sup>1309</sup> En el mismo sentido, CÁMARA ÁGUILA, P. considera que en este caso «no se trata de compensar un daño, sino de fijar un precio». «El límite para...», *cit.*, p. 129. Le sigue en este punto LÓPEZ MAZA, S., «Art. 32»..., *cit.*, p. 671. De ahí que se haya denominado a este derecho como un «canon universitario» por algunos autores, como, entre otros, BOTANA AGRA, M., *op. cit.*, p. 450 y RIBERA BLANES, B., «La nueva regulación...», *cit.*, p. 747. También se hace mención a este concepto en la justificación de algunas enmiendas, como la nº91 del Grupo Parlamentario Entesa pel Progrés de Catalunya (GPEPC) en el Senado. BOCG. Senado, nº401 de 22/09/2014, p. 301.

En contra, CAVANILLAS MÚGICA, S. considera que la remuneración prevista en el art. 32.4 TRLPI debe calcularse en atención al posible daño que pudiera causarse. «El uso educativo...», *cit.*, p. 167.

<sup>1310</sup> Párrafo 103 de la STJUE de 9 de febrero de 2012, Martin Luksan y Petrus van der Let, asunto C-277/10.

<sup>1311</sup> Además, cabe destacar que el art. 4.4 de la Propuesta de Directiva MUD admite que los Estados miembros establezcan una «indemnización justa por el perjuicio causado» en relación con el límite para la utilización de obras y otras prestaciones en actividades pedagógicas digitales y transfronterizas.

corresponde al autor y al editor, es irrenunciable, de gestión colectiva obligatoria y ha de ser equitativo.

a. Derecho irrenunciable del autor y editor

Una de las primeras cuestiones que deben realizarse en relación con el derecho de remuneración reconocido en el art. 32.4 TRLPI es quién es el titular de tal derecho. En las dos primeras versiones del anteproyecto de la ley de reforma, únicamente se reconocía este derecho a los autores. Teniendo en cuenta la crítica que al respecto se llevó a cabo por el CGPJ en su informe sobre la segunda versión del anteproyecto, en la tercera versión fueron añadidos los editores<sup>1312</sup>. Además, las obras que pueden explotarse al amparo del art. 32.4 TRLPI son las que propiamente se publican por medio de la industria editorial, de modo que la inclusión de los editores resultaba justificada. A pesar de ello, la específica mención de los mismos en el Proyecto de Ley de reforma fue objeto de varias enmiendas tanto en el Congreso como en el Senado, sobre el acertado argumento de que el editor no es el único sujeto que puede llegar a ostentar los derechos de explotación de una obra, siendo por ello, preferible, el término de «titular de derechos», que puede abarcar también a posibles licenciarios<sup>1313</sup>. No obstante, ninguna de las enmiendas señaladas fue acogida y el último párrafo del precepto finalmente aprobado establece que quien tiene derecho a la remuneración por los usos autorizados por la excepción en cuestión son «los autores y editores» de las obras explotadas conforme a la misma<sup>1314</sup>.

---

<sup>1312</sup> De acuerdo con tal informe, «cabe decir, en primer lugar, que no debería beneficiar únicamente a los “autores”, pues también sus cesionarios, los editores, se verán afectados por la clase de usos que el artículo permite hacer. El reconocimiento de un derecho de simple remuneración ceñido estrictamente a favor de los autores, tiene sentido cuando ese derecho se concede a modo de facultad residual que queda en poder del autor a pesar de haber cedido a su contraparte contractual –editor, productor– el derecho exclusivo correspondiente, pero el reconocimiento debe ser genérico, a favor de todos los titulares de derechos implicados, cuando la razón de ser de la remuneración sea la existencia de un límite legal que a todos ellos afecta por igual». *Op. cit.*, p. 113.

En el mismo sentido, DÍAZ DE OLARTE BAREA, J. criticaba la primera versión del anteproyecto del siguiente modo: «no se encuentra explicación para que no se reconozca derecho de remuneración al editor. Los titulares de los derechos de explotación de libros y manuales, revistas y otras obras impresas o susceptibles de serlo son el autor y el editor y ambos se verían perjudicados por estos actos de explotación de sus obras, al amparo de esta excepción. No se entiende la ausencia del colectivo de editores entre los acreedores de esta remuneración». «Copia privada...», *cit.*, p. 12.

<sup>1313</sup> *Vid.*, entre otras, Enmiendas nº20 y 119 en el Senado (BOCG. Senado, nº401 de 22/09/2014, pp. 242 y 340, respectivamente) y nº38 y 55 en el Congreso (BOCG. Congreso de los Diputados, Serie A, nº81-2 de 09/07/2014, pp. 54 y 69, respectivamente).

En favor de esta redacción se manifiestan XALABARDER PLANTADA, R., «La reforma del...», *cit.*, p. 136 y RIBERA BLANES, B., «La nueva regulación...», *cit.*, p. 744.

<sup>1314</sup> Ciertamente, el primer inciso del último párrafo del art. 32.4 TRLPI se refiere al titular del derecho de propiedad intelectual y no al autor y al editor. No obstante, en ese momento el artículo regula la exclusión del derecho remuneración por medio de pacto entre el titular del derecho y las universidades o los centros públicos de investigación de que se trate y no los sujetos a los que corresponde el derecho de remuneración equitativa.

Asimismo, el precepto en cuestión determina los sujetos deudores del pago de esta remuneración: «los centros usuarios», esto es, las universidades y los centros públicos de investigación. En efecto, ello genera un nuevo gasto para los presupuestos de tales instituciones, que se han visto mermados de forma importante durante la crisis económica. Esta circunstancia unida al hecho de que los centros en cuestión son los que fundamentalmente financian la investigación que da lugar a las obras por las que después se les exige una remuneración para su uso, ha hecho que parte de la doctrina criticara el establecimiento de esta remuneración<sup>1315</sup>, lo que también se ha visto reflejado en las enmiendas que pretendían la supresión de la misma<sup>1316</sup>. Ello contrasta, por ejemplo, con lo previsto en el Protocolo que desarrolla la excepción pedagógica francesa, en el que se establece que la remuneración ha de ser abonada por el Ministerio de la Educación Nacional, con cargo a sus propios presupuestos.

Pues bien, el derecho de remuneración equitativa que se reconoce en favor de autores y editores tiene naturaleza «irrenunciable», de modo que, en principio, la realización de reproducciones parciales y su distribución y comunicación pública conforme al art. 32.4 TRLPI daría lugar al nacimiento de ese derecho al margen de la voluntad de su acreedor. No obstante, esta interpretación podría dar lugar a que la norma impidiera al autor ejercer sus derechos exclusivos de carácter patrimonial como él decida<sup>1317</sup>. Ello entra en conflicto tanto con la facultad de los autores de ofrecer sus obras, por ejemplo, mediante una licencia *creative commons*, como con la política de promoción del acceso abierto que se está desarrollando en

---

<sup>1315</sup> En cuanto a ello, se cuestiona RIBERA BLANES, B. «¿acaso no se les está haciendo pagar tres veces por lo mismo (a las universidades y centros públicos de investigación)?». «La nueva regulación...», *cit.*, p. 747.

<sup>1316</sup> Así, entre otras, la Enmienda nº91 del Grupo parlamentario Entesa pel Progrés de Catalunya (GPEPC) en el Senado. BOCG. Senado, nº401 de 22/09/2014, p. 301. En la justificación de esta Enmienda, se señala que «Este canon universitario representaría además un muy inoportuno gasto añadido a las Universidades en el actual momento de crisis económica y reducción notable de presupuestos. Finalmente, debe también tomarse en consideración que las universidades y los organismos públicos son los grandes financiadores de la investigación científica, que será luego publicada en revistas o libros; que las editoriales no costean, sin embargo, los gastos de la investigación, sino tan sólo los de edición, aunque tampoco suelen pagar a los expertos que realizan las revisiones por pares o de calidad que a menudo proceden de universidades o centros de investigación. Las universidades, sin embargo, financian la investigación, pagan por adquirir y suscribir los libros y revistas en donde se publica, y ahora, además, si se aprobara este nuevo canon, tendrían que volver a pagar para poder realizar usos docentes del resultado de la investigación. Utilizando la expresión del Consejo de Estado, «hay algo de contradictorio» en ello, y más cuando existe un interés general, reconocido constitucionalmente, de protección de los fines educativos y docentes concretado en la misión de servicio público de la educación superior mediante la investigación, la docencia y el estudio que corresponde a las universidades, según la Ley Orgánica que las regula (Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre)». *Op. cit.*, p. 304.

<sup>1317</sup> En este sentido, la CRUE señaló en sus alegaciones a la primera versión del anteproyecto que «mediante el texto propuesto en el Anteproyecto, se le impide al autor ejercitar uno de sus derechos esenciales como es el de disponer como quiera de sus derechos de explotación. La creación de un derecho irrenunciable, lejos de suponer una ventaja para el autor, supone un atentado a la posibilidad de que se incorpore a movimientos como el del acceso abierto». Disponible en: <http://blogs.ujaen.es/abiertobuja/wp-content/uploads/2014/02/Alegaciones-CRUE-Anteproyecto-TRLPI-2013.pdf>, p. 13.

los ámbitos europeo<sup>1318</sup> y español<sup>1319</sup> y que ha dado lugar a que la publicación en abierto se establezca en ciertos casos como obligatoria.

No obstante, esta aparente contradicción entre la irrenunciabilidad del derecho y la decisión del autor de publicar su obra en abierto, de manera que el acceso a la misma sea gratuito, no existe si se lleva a cabo una interpretación adecuada de la norma. Así, el precepto no impide al autor renunciar a su facultad de decidir sobre la forma en que ha de ser divulgada su obra y, de este modo, a su derecho de remuneración en su relación con los usuarios. De hecho, una de las excepciones al derecho de remuneración equitativa que establece el último párrafo del art. 32.4 TRLPI es el acuerdo previo específico entre el titular del derecho y la universidad o centro público de investigación. Es decir, el autor puede decidir licenciar de forma gratuita el uso de su obra con fines educativos o de investigación científica en favor de su universidad, por ejemplo, y, en ese caso, renunciará al derecho de remuneración que se prevé en el art. 32.4 TRLPI<sup>1320</sup>.

La irrenunciabilidad en cuestión se refiere a la relación entre autores y titulares de derechos de explotación de la obra. De este modo, y siguiendo en este punto a CAVANILLAS MÚGICA, lo que prohíbe el precepto es que el autor ceda su derecho a la remuneración equitativa en favor del editor, de manera que el último pueda hacer efectiva tanto su propia cuota como la del autor frente a la entidad de gestión<sup>1321</sup>. Para llegar a dicha conclusión, el autor aporta fundamentalmente dos argumentos. Por un lado, ello es coherente con el carácter tuitivo del TRLPI respecto de la transmisión de los derechos de los autores a los editores<sup>1322</sup>. Por otro, también el art. 25.2 TRLPI establece que el derecho de compensación equitativa por

---

<sup>1318</sup> Así, todas las publicaciones científicas resultantes de los proyectos financiados por el programa Horizonte 2020 han de serlo en acceso abierto, de acuerdo con el art. 18 del Reglamento (UE) nº1291/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2013 por el que se establece Horizonte 2020, Programa Marco de Investigación e Innovación (2014-2020) y por el que se deroga la Decisión nº1982/2006/CE).

<sup>1319</sup> En cuanto a ello, el art. 37.2 LCTI establece que «el personal de investigación cuya actividad investigadora esté financiada mayoritariamente con fondos de los Presupuestos Generales del Estado hará pública una versión digital de la versión final de los contenidos que le hayan sido aceptados para publicación en publicaciones de investigación seriadas o periódicas, tan pronto como resulte posible, pero no más tarde de doce meses después de la fecha oficial de publicación».

<sup>1320</sup> Por la misma interpretación abogan RIBERA BLANES, B., «La nueva regulación...», *cit.*, p. 744; SAIZ GARCÍA, C., «Art. 32»..., *cit.*, p. 569; BOTANA AGRA, M., *op. cit.*, p. 450 y XALABARDER PLANTADA, R., «La reforma del...», *cit.*, p. 136.

<sup>1321</sup> «El uso educativo...», *cit.*, p. 169. Le sigue en este punto LÓPEZ MAZA, S., quien aclara que la irrenunciabilidad tiene sentido cuando las dos partes de la relación están en una relación desigual, como es el caso de la relación entre autor y editor. «Art. 32»..., *cit.*, p. 671.

<sup>1322</sup> «El uso educativo...», *cit.*, p. 169.

copia privada es irrenunciable para los autores y los artistas intérpretes o ejecutantes, pero no para los editores, aunque estos también sean acreedores de tal compensación<sup>1323</sup>.

#### b. Derecho de gestión colectiva obligatoria

De acuerdo con el último párrafo del art. 32.4 TRLPI, el derecho de remuneración equitativa de autores y editores surgido de la realización de los actos autorizados por dicho precepto «se hará efectiva a través de las entidades de gestión». En consecuencia, se trata de un derecho de gestión colectiva obligatoria, al igual que en el caso del §60h (4) UrhG, lo que impide que su titular pueda ejercitar de modo individual su derecho.

En efecto, la gestión colectiva se establece con carácter obligatorio cuando la realidad práctica impide a los titulares gestionar individualmente sus derechos, como sucede, por ejemplo, en relación con la copia privada<sup>1324</sup>. La consecuencia principal que se deriva de la obligatoriedad de la gestión colectiva es que el derecho será gestionado por la entidad de gestión correspondiente con independencia de que su titular sea miembro o no de la entidad, de manera que esta última deberá recaudar el derecho en nombre de todos los titulares de las obras cuya gestión correspondería al tipo de obras que componen el repertorio de la entidad.

Es cierto que, como señala RIBERA BLANES, esta dificultad se desvanece en el ámbito digital, especialmente en el caso de redes cerradas como los campus virtuales, pues la plataforma guarda un registro no solo de las obras que han sido publicadas en la misma, sino también del número de accesos al archivo<sup>1325</sup>. Por esta circunstancia, la autora critica duramente la decisión del legislador de impedir al autor o editor que gestione por sí mismo su derecho de remuneración derivado del art. 32.4 TRLPI, imponiéndole su recepción por medio del reparto que haga la entidad de gestión correspondiente (CEDRO)<sup>1326</sup>. Dicha crítica se fundamenta, asimismo, en el Informe sobre la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual de diciembre de 2009 de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, CNC)<sup>1327</sup>.

---

<sup>1323</sup> «El uso educativo...», *cit.*, p. 170.

<sup>1324</sup> En este sentido, FICSOR, M. señala que la gestión colectiva obligatoria debe entenderse como una condición necesaria para poder ejercitar el derecho de remuneración. *Collective Management of Copyright and Related Rights*, Ginebra, OMPI, 2002, p. 138.

<sup>1325</sup> «La nueva regulación...», *cit.*, pp. 745 y 746.

<sup>1326</sup> *Ibid.*, pp. 746 y 747.

<sup>1327</sup> Disponible en: <http://estaticos.expansion.com/esticas/documentos/2010/01/cncderechospi.pdf>. Entre las recomendaciones que incluye este Informe se encuentra la de que se elimine la obligatoriedad de la gestión colectiva a través de entidades de gestión en los casos en los que se impone legalmente, salvo cuando ello sea exigido por una Directiva europea (p. 87), no siendo este el caso.

No obstante, debe tenerse en cuenta que la explotación que se lleva a cabo de la obra ajena en la enseñanza y la investigación no solo tiene lugar en el ámbito digital en el que sí se puede controlar el uso efectivo de la obra, sino que también se admite la explotación en el ámbito analógico. En este caso, surge la misma dificultad para gestionar el derecho que en el caso de la copia privada, razón por la que podría considerarse justificada esta opción de política legislativa. De ahí que el legislador alemán haya previsto unos criterios de cálculo de la remuneración para el caso de la reproducción, en concreto, los mismos que venían establecidos en relación con la compensación equitativa por copia privada (§§54-54c UrhG), y otros, para el supuesto de la comunicación pública y la distribución de las obras ajenas, como son el pago de una cuantía a tanto alzado o el establecimiento de un criterio que permita determinar la remuneración en función de una muestra representativa del uso efectivo (§60h (3) UrhG)<sup>1328</sup>.

En cualquier caso, y como señala la CNC en su informe, aunque la gestión colectiva obligatoria podría fundamentarse en la garantía para los titulares del cobro de sus derechos, en los supuestos en los que la gestión colectiva es voluntaria no se impide al autor o editor, en este caso, que pueda ceder su gestión en favor de la entidad correspondiente si se viera desprotegido<sup>1329</sup>. Asimismo, existen supuestos en los que tales titulares de derechos pueden preferir la gestión individual por distintas razones, como, por ejemplo, cuando considera que podría obtener más renta por sus obras por este medio, cuando entiende que la entidad de gestión está alargando las negociaciones con los usuarios más de lo que ellos hubieran deseado o cuando el nivel de las tarifas no se corresponda con lo que ellos estuvieran dispuestos a percibir<sup>1330</sup>. De hecho, no todos los autores han encomendado la gestión de sus derechos a la entidad de gestión correspondiente. De modo que la imposición de la gestión colectiva obligatoria del derecho derivado del art. 32.4 TRLPI va en contra de la decisión de tales creadores que, con carácter general, prefieren la gestión individual de los mismos. Además, en los supuestos de gestión colectiva obligatoria, el efectivo cobro del derecho de remuneración por parte del autor que no sea miembro de la entidad dependerá

---

En el mismo sentido, FICSOR, M. concluye que el establecimiento de la gestión colectiva obligatoria debe ser evitado siempre que sea posible, de modo que la posible gestión individual de los derechos sea la regla general. *Collective Management...*, *cit.*, p. 138.

<sup>1328</sup> Sobre ello, *vid. supra* letra c) del subepígrafe 3.2.7.3 del Capítulo II.

<sup>1329</sup> Informe sobre la gestión..., *op. cit.*, p. 39. Ciertamente, la gestión colectiva presenta como ventajas que se reduce la carga que supone la búsqueda de los titulares de derechos, así como se reducen los costes que implica la negociación individual de licencias. Así lo señala CAVANILLAS MÚGICA, S., «El uso educativo...», *cit.*, p. 170.

<sup>1330</sup> Informe sobre la gestión..., *op. cit.*, pp. 37-39.

fundamentalmente del esfuerzo que lleve a cabo esta última por localizarlo, pues lo normal es que el autor no sea consciente de que la entidad gestiona su derecho y no se lo reclame<sup>1331</sup>.

Esta crítica de la CNC al establecimiento de un sistema de gestión colectiva obligatoria, en general, se viene a reiterar en el concreto ámbito de la modalidad remunerada del límite de la ilustración, pues en el informe que elaboró dicha Comisión en cuanto a la primera versión del anteproyecto de la ley de reforma señalaba que «en el APL propuesto no solo se mantienen los supuestos anteriores sino que introduce injustificadamente un nuevo derecho de gestión colectiva obligatoria con el derecho de cita con fines docentes. El artículo 32.3 del APL, prevé que, en relación con ese derecho de cita, los autores de las obras reproducidas parcialmente, distribuidas y comunicadas públicamente tendrán un derecho irrenunciable a percibir de las entidades usuarias una remuneración equitativa, que se hará efectiva a través de las entidades de gestión. No cabe sino reiterar que esta supresión de la gestión colectiva obligatoria debería acometerse en próximas revisiones de la LPI y, en relación con el APL propuesto, no deberían introducirse nuevos derechos de gestión colectiva obligatoria»<sup>1332</sup>.

Por todo ello, consideramos que no era necesario el establecimiento de la gestión colectiva con carácter obligatorio, pudiendo haberse configurado con carácter voluntario<sup>1333</sup>.

### c. El carácter equitativo de la remuneración

Aunque el precio de la remuneración deba ser pactado por las partes, las mismas no son totalmente libres a la hora de establecerlo, pues su determinación se debe realizar de forma «equitativa». Ello exige que la remuneración sea moderada y se ajuste, en la medida de lo posible, a los usos efectivos de las obras impresas o susceptibles de serlo de acuerdo con el art. 23.4 TRLPI<sup>1334</sup>.

---

<sup>1331</sup> Sobre ello, *vid.* MARISCAL GARRIDO-FALLA, P., «Las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual: breve comentario acerca de la inadecuación de su régimen jurídico», *pe. i.*, nº 34, 2010, p. 31.

<sup>1332</sup> IPN 102/13 Anteproyecto de ley de modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de 4 de septiembre de 2013, p. 21.

<sup>1333</sup> En el mismo sentido, CAVANILLAS MÚGICA, S. señala que «en la relación entre titulares y entidades de gestión no encuentro ninguna razón –ni de orden público ni de defensa de la parte más débil de la relación– por la que tuviera sentido esta limitación de la autonomía de la voluntad». «El uso educativo...», *cit.*, pp. 167 y 168. Aunque admite que la gestión colectiva obligatoria puede comportar seguridad para el autor, BOTANA AGRA, M. considera que se trata de «una medida en exceso rígida». *Op. cit.*, p. 451.

En contra, SERRANO GÓMEZ, E. considera que la obligatoriedad de la gestión colectiva de este derecho es adecuada para garantizar su percepción y entrega. «La ilustración...», *cit.*, p. 31. En el mismo sentido, DÍAZ DE OLARTE BAREA, J., «Copia privada...», *cit.*, p. 12.

<sup>1334</sup> En cuanto a ello, señala RIBERA BLANES, B. que «la equidad obliga a que la tarifa aplicada se ajuste en lo posible al criterio de efectiva utilización del repertorio de la sociedad de gestión». «La nueva regulación...», *cit.*, p. 747.



La exigencia de que la remuneración sea equitativa también se prevé en el §60h UrhG y en el art. 70.2 LDA. En cambio, llama la atención que el legislador francés no exija este requisito en el art. L122-5 3º e) CPI. En este caso, la remuneración ha de negociarse sobre una cuantía a tanto alzado. No obstante, el hecho de que el deudor de la remuneración y negociador de la misma sea el Ministerio de Educación francés podría, de alguna manera, asegurar que la cuantía pactada atiende a los intereses de la enseñanza y la investigación, pues su capacidad negociadora es fuerte frente a la de las entidades de gestión<sup>1335</sup>.

Como se señaló previamente, las TIC y, en concreto, los campus virtuales facilitan la tarea de control de la explotación de las obras que se llevan a cabo a través de los mismos. En efecto, la plataforma registra qué obras han sido explotadas y con qué intensidad por parte del profesorado, así como cuántas veces ha sido descargado el material por parte del alumnado. La posibilidad de conocer las obras que han sido empleadas en la enseñanza y la investigación permite deslindar los usos que se ajustan a los términos de la excepción y deben ser consecuentemente remunerados, de aquellos que deban ser gratuitos por darse alguna de las excepciones a la remuneración previstas en el último párrafo del art. 32.4 TRLPI. Esta circunstancia era la que llevaba a la CRUE en el proceso de negociación de la licencia a exigir que el pago se llevara a cabo en función del uso efectivo de la obra<sup>1336</sup>. En relación con ello, algunas enmiendas propusieron el establecimiento de un sistema de control de los usos de obras ajenas que se llevan a cabo en los campus virtuales, de modo que los centros usuarios no pudieran negarse al pago de la remuneración sobre el argumento de que no realizan los actos de explotación previstos en el art. 32.4 TRLPI o que solo se utilizan obras que se encuentran en acceso abierto, y, al mismo tiempo, se pudiera determinar de forma exacta la remuneración correspondiente, en favor tanto de titulares de derechos, pues a cada uno se daría lo suyo, como de los centros usuarios, que no pagarían más de lo debido<sup>1337</sup>. En el mismo

---

<sup>1335</sup> Resulta evidente que, en este caso, las partes se encuentran en posición de igualdad negociadora, lo que contribuye a que el precio pactado sea efectivamente equitativo.

<sup>1336</sup> Así, en las Alegaciones que la CRUE presentó a la primera versión del Anteproyecto se señalaba que «un sistema de pago en el que se satisfaga una tarifa por tanto alzado en lugar de un pago por cada obra concretamente utilizada supone una barrera de entrada para la implantación de sistemas competitivos puesto que no hace transparente el repertorio ofrecido por la entidad de gestión encargada de la recaudación». *Op. cit.*, p. 10.

<sup>1337</sup> Como ejemplo de este sistema de control, en la Enmienda nº178 del Grupo parlamentario Socialista en el Senado se incorporaba un apartado 6 al art. 32 TRLPI con el siguiente tenor: «El Ministerio de Educación, Cultura y Deporte podrá acordar con las entidades de gestión las oportunas fórmulas de colaboración que contemplen el establecimiento de los medios humanos y materiales necesarios para la comprobación del cumplimiento de lo establecido en los apartados 3, 4 y 5 de este artículo, preservando, en todo caso, la autorización y el control de su actividad». BOCG. Senado, nº401 de 22/09/2014, p. 394. Como justificación de esta propuesta se señalaba que «Por último, se incluye en un nuevo párrafo 32.6 la facultad de control para asegurar el perfecto cumplimiento de lo establecido en los apartados, 3, 4 y 5 del art 32. Resulta imprescindible introducir mecanismos que, bajo el control y supervisión del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte,

sentido, la estipulación octava del acuerdo entre la CRUE, CEDRO y VEGAP establece que dichas entidades «constituirán a principios del año 2016 una comisión conjunta y paritaria para la definición y desarrollo informático de una herramienta para la determinación y seguimiento de los usos que se efectúan a partir de las obras (libros, revistas y periódicos) objeto de este convenio puestas a disposición en los campus virtuales».

No obstante, el establecimiento de estos sistemas de control también genera gastos<sup>1338</sup>, y como se señaló previamente, no todos los usos pueden ser efectivamente controlados y determinados, especialmente en el ámbito analógico. En relación con tales gastos, cabe destacar que la misma estipulación octava del acuerdo impone su asunción a la CRUE, lo que nos parece desproporcionado, pues, además de que las universidades tienen que pagar esta remuneración, se les exige asimismo que costeen la creación de una herramienta que no solo les favorece a ellas, sino también a las entidades de gestión en cuestión.

Dados los inconvenientes que genera el seguimiento de tales usos, entendemos que con acierto se hayan previsto como criterios para la determinación de la cuantía de la remuneración en el ámbito alemán, de acuerdo con el §60h (3) UrhG, fundamentalmente dos: el pago de una cuantía a tanto alzado, como en el caso francés, o el establecimiento de un criterio que permita determinar la remuneración en función de una muestra representativa del uso efectivo, es decir, en atención a estudios sobre los usos efectivos de la obra ajena<sup>1339</sup>. Dado que la norma entró en vigor el 1 de marzo de 2018, no tenemos constancia de cuál será el criterio finalmente adoptado o si se hará una combinación de ambos. En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que la excepción alemana es un ejemplo de licencia legal y no de licencia obligatoria, como en el supuesto español, pues es la propia UrhG la que establece los criterios que deben guiar la cuantificación de la remuneración.

Finalmente, cabe destacar que el acuerdo entre la CRUE, CEDRO y VEGAP estableció como cuantía a abonar por el conjunto de las universidades un total de 3.000.000 de euros

---

permitan conocer el uso real de reproducciones de libros, revistas y otras publicaciones en los centros de educación reglada. Estos mecanismos benefician tanto a los titulares de derechos que tendrán la seguridad de que se cumple la ley como a los usuarios del sector educativo que tendrán la certeza de que están abonando una remuneración ajustada a los usos que efectúan de obras protegidas sobre las que no ostentan derechos ni licencia de ningún tipo. Además, permitirán conocer a las autoridades educativas la realidad del uso de fragmentos de libros, revistas en entornos educativos». *Ibid.*, p. 396.

También abogaba por el establecimiento de un sistema de inspección de los usos de obras en la universidad y los centros públicos de investigación DÍAZ DE OLARTE BAREA, J., «Copia privada...», *cit.*, p. 12.

<sup>1338</sup> De ahí que el BGH señalara que «el establecimiento de un registro para la cuantificación de los usos individuales solo estará justificado si ello no supone un esfuerzo desproporcionado» (la traducción es nuestra). Caso I ZR 84/11, párrafo 90.

<sup>1339</sup> Sobre ello, *vid. supra* letra c) 3.2.7.3 del Capítulo II.

anuales, casi el doble de lo previsto en el Protocolo de acuerdo que desarrolla la excepción pedagógica francesa en relación con las obras impresas (1.700.000 euros). Para ello, CEDRO ha establecido una tarifa por alumno y curso que, para el curso académico 2017/2018, ha sido de 3,25 euros<sup>1340</sup>. Por su parte, VEGAP recoge en sus tarifas generales la cantidad de 0,77 euros por estudiante al año<sup>1341</sup>. Nada se establece en las tarifas de una y otra entidad en cuanto a la cantidad que deban satisfacer los centros públicos de investigación, salvo que a ellos se refieran las entidades de gestión cuando establece que las tarifas señaladas se han de satisfacer por las universidades y los «centros adscritos»<sup>1342</sup>. En definitiva, se ha optado por un sistema de “tarifa plana”, de modo similar al sistema del «blanket licence» inglés<sup>1343</sup>. Ahora bien, la similitud viene referida al sistema para el cálculo de la remuneración, pero recuérdese que en el caso inglés, los límites previstos en los arts. 35 y 36 CDPA únicamente eran aplicables cuando no existía una licencia disponible y ofertada por parte de la entidad correspondiente, mientras que el art. 32.4 TRLPI convierte la limitación en una licencia obligatoria.

En cualquier caso, deben tenerse en cuenta dos aspectos fundamentales en relación con el acuerdo. Por un lado, que el mismo tiene carácter transitorio, tal y como se desprende del texto de los antecedentes del acuerdo, debiéndose en 2018 revisar tales tarifas en función de los resultados que se deriven de la aplicación de la herramienta informática de control de uso que las partes se comprometían a desarrollar y cuyos gastos de creación, recordemos, se imputaban en exclusiva a la CRUE. Hasta el momento, no tenemos constancia de que dicha plataforma haya sido desarrollada. Lo que sí sabemos es que la CRUE ha conseguido que el TS declare en sentencia de 22 de marzo de 2018 la nulidad de la OM sobre la que se establecieron las tarifas de las distintas entidades de gestión. Qué casualidad que el acuerdo entre CRUE, CEDRO y VEGAP expire el mismo año que se ha declarado la nulidad de dicha

---

<sup>1340</sup> De acuerdo con las tarifas generales de CEDRO, la tarifa debe ser de 5,90 y su aplicación se ha llevado a cabo de forma progresiva, siendo la tarifa en los cursos 2015/2016 y 2016/2017 de 2,95 euros. Ello supone una reducción importante de la tarifa que venía cobrando CEDRO por las licencias que concedía con anterioridad a la reforma: 5 euros por alumno al año.

<sup>1341</sup> Las mismas se encuentran disponibles en: [http://www.vegap.es/Info/Documentos/TARIFAS/Catalogo\\_de\\_Tarifas\\_Generales\\_2018.pdf](http://www.vegap.es/Info/Documentos/TARIFAS/Catalogo_de_Tarifas_Generales_2018.pdf). En cuanto a la tarifa establecida, se señala que «se ha establecido únicamente una tarifa de uso por disponibilidad promediada, ya que no es posible fijar una tarifa de uso efectivo por la dificultad y coste para verificar la información precisa en la determinación del grado de uso efectivo del repertorio de la Entidad».

<sup>1342</sup> En este sentido, los institutos universitarios de investigación pueden adoptar la forma de centros públicos de investigación y estar adscritos a una Universidad, en cuyo caso la tarifa señalada sería aplicable a dichos institutos. No obstante, también pueden ser independientes y de carácter privado, en cuyo caso, no quedarían amparados por el art. 32.4 TRLPI.

Sobre los institutos universitarios de investigación y sus modalidades, *vid.* CUETO PÉREZ, M., «La Universidad...», *cit.*, pp. 719 y 720.

<sup>1343</sup> En cuanto al mismo, *vid. supra* letra a) del subepígrafe 3.2.7.3 del Capítulo II.

OM a instancia de la CRUE. Como dijimos, el conflicto CEDRO-CRUE parece seguir existiendo. Por otro lado, el acuerdo en cuestión no es de obligado cumplimiento por parte de las universidades, pues se trata de un acuerdo marco. Así, la CRUE, como asociación representante de la mayoría de las universidades públicas y privadas españolas, se ha erigido como el interlocutor natural al respecto, pues tiene una capacidad negociadora más próxima a la de las entidades de gestión en cuestión. No obstante, las universidades pueden suscribir tal acuerdo, y así someterse a sus condiciones, o no hacerlo. En este último caso, estarían obligadas igualmente al pago de la remuneración prevista en el art. 32.4 TRLPI, de modo que tendrían que entablar negociaciones individuales con las entidades de gestión en cuestión. No obstante, las condiciones previstas en el acuerdo con la CRUE, en principio, deberían ser más beneficiosas que las que las universidades pudieran conseguir en una negociación individual con CEDRO y VEGAP, precisamente por la menor capacidad negociadora de las instituciones educativas aisladas.

#### 2.3.4.2 Excepciones a la remuneración

El art. 32.4 TRLPI es el único, entre las limitaciones de la ilustración estudiadas en la presente investigación, que contempla de forma específica dos circunstancias que excluyen el nacimiento de la remuneración equitativa derivada de la excepción. Es cierto que en el caso del §60h UrhG también se elimina este derecho cuando el uso de la obra ajena se lleva a cabo en eventos escolares y cuando se trata de obras de carácter plástico, artículos de revista, otras obras de escasa extensión y obras fuera del comercio. No obstante, existe una diferencia esencial entre la exclusión de la remuneración en el caso alemán y el español, pues mientras en el primero se admite la gratuidad de determinados usos que darían lugar al nacimiento de este derecho, en el segundo, no se excluyen explotaciones concretas, sino circunstancias que hacen inviable que el derecho de remuneración pueda hacerse efectivo o que lo llevan a su extinción.

Así, en el supuesto del previo acuerdo específico, el derecho de remuneración derivado de la excepción se vería sustituido por el derecho de remuneración pactado entre las partes en el caso concreto. No obstante, también sería admisible entender sustituido tal derecho por una licencia concedida por el titular de derechos de forma gratuita, como pudiera ser a través de una licencia *creative commons*. En los casos en los que la universidad o centro público de investigación es titular del derecho de la obra que va a ser explotada en la enseñanza universitaria o en la investigación de los mismos centros, dichas instituciones serían al mismo

tiempo acreedoras y deudoras en relación con el derecho de remuneración previsto en el art. 32.4 TRLPI. De modo que la confusión de las condiciones de sujeto activo y pasivo en esta relación obligatoria extinguirían el derecho de crédito en cuestión<sup>1344</sup>.

Dicho esto, nos parece que, aunque el resto de excepciones de la ilustración nacionales estudiadas no contemplan estas exclusiones de forma expresa, también en los Derechos estudiados deberían ser aplicables simplemente por aplicación de las normas generales que regulan las obligaciones y los contratos. En definitiva, no era necesario que se establecieran las excepciones al derecho de remuneración que serán analizadas a continuación<sup>1345</sup>. No obstante, el legislador español, presionado por las críticas que se habían vertido en fase prelegislativa sobre la incompatibilidad de la remuneración con la LCTI y el movimiento del acceso abierto, decidió incorporar de forma expresa tales excepciones<sup>1346</sup>.

#### a. El acuerdo previo específico

La primera circunstancia que excluye el nacimiento del derecho a la remuneración equitativa prevista en el art. 32.4 TRLPI es que las partes interesadas, esto es, el titular de derechos y la universidad o el centro público de investigación, hayan suscrito un previo acuerdo específico que autorice a estos últimos a explotar la obra en el ámbito de la docencia y la investigación. Ahora bien, ¿ese acuerdo específico debe admitir, como mínimo, los usos

---

<sup>1344</sup> A esta forma de extinción de las obligaciones se refiere el art. 1192 CC.

<sup>1345</sup> De hecho, tales exclusiones no se previeron en ninguna de las versiones del anteproyecto y fueron incorporadas directamente en el Proyecto de ley de reforma.

En el mismo sentido, SAIZ GARCÍA, C. señala que la exclusión del acuerdo previo específico es una «obviedad, toda vez que la previa titularidad del derecho por parte de la universidad legitimaría este tipo de actuaciones en las condiciones pactadas directamente entre el centro y el autor/titular derivativo de los derechos necesarios». «Situación de la universidad...», *cit.*, p. 217. Del mismo parecer se muestra PÉREZ MORIONES, A., *op. cit.*, p. 107.

<sup>1346</sup> En este sentido, el Consejo de Estado señaló en su informe que «no se puede desconocer que existe una tendencia cada vez más arraigada, más allá de la Unión Europea, tanto de autores como de universidades con relación al hecho de que la difusión del conocimiento debe circular libremente, en particular cuando se financia con fondos públicos, permitiendo que sus obras tengan la máxima difusión sin barreras entre las que se encuentran universidades e instituciones muy relevantes como Harvard, Berkeley, Stanford Columbia, Cambridge, Oxford, Centre National de la Recherche Scientifique, etcétera.

A su vez es preciso señalar que la naturaleza del ámbito sobre el que opera el artículo 32 exige que la reforma proyectada se cohoneste con lo establecido en la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (...). La necesaria coordinación del sistema normativo exige que el Anteproyecto tenga en cuenta el régimen ya contenido en la Ley 14/2011, sin que se haya invocado motivo en el expediente que justifique la aparente alteración del régimen que contiene la Ley 14/2011 por la norma proyectada». *Op. cit.*, p. 48. Por ello, se prevé en el mismo informe que «debe pues necesariamente señalarse que dicho artículo 32 no será aplicable a los supuestos en los que bien la legislación, bien los titulares, hayan optado por ofrecer a toda la humanidad el acceso abierto de datos y documentos científicos supuestamente sometidos a derechos de propiedad intelectual». *Ibid. loc. cit.*

permitidos por el art. 32.4 TRLPI o puede establecer cualesquiera condiciones de uso, restringiendo incluso lo permitido por el límite?

En este sentido, los arts. 29(4B), 32(3), 35(4) y 36(6) CDPA y el §60h UrhG prevén específicamente la imposibilidad de que por acuerdo entre las partes se vean limitados los usos autorizados en el ámbito de la enseñanza y la investigación por los límites objeto de estudio. En cambio, el legislador español no ha establecido una prohibición similar al respecto.

Entendemos que una interpretación adecuada del precepto exige que la licencia que pueda ser pactada por las partes no pueda restringir el contenido que contempla el art. 32.4 TRLPI. Así, las condiciones de uso que se establezcan en el acuerdo al que pueden llegar las partes deben autorizar, como mínimo, los usos previstos en la modalidad remunerada del límite, siendo este último, en consecuencia, indisponible<sup>1347</sup>. Ello es así fundamentalmente porque, teniendo en cuenta el contexto en el que se gestó esta limitación, resulta evidente que la intención del legislador era zanjar los conflictos que habían enfrentado a CEDRO y a las universidades, de modo que no tendría sentido sostener la disponibilidad del límite si aquel era el objetivo pretendido con el establecimiento de esta nueva modalidad.

Determinados los usos mínimos que deben ser permitidos por el acuerdo previo o licencia, cabe destacar que el mismo puede ser tanto oneroso, normalmente por un precio inferior al derivado del derecho de remuneración del art. 32.4 TRLPI<sup>1348</sup>, como gratuito. Este segundo supuesto permite cohesionar la excepción en cuestión con el movimiento del acceso abierto que se está impulsando en los ámbitos de la investigación, donde surgió en un primer momento, y de la docencia, en este último caso por medio de los denominados REA<sup>1349</sup>. Ello implica que, cuando el autor publique su obra en acceso abierto a través, por ejemplo, de una

---

<sup>1347</sup> También considera que este límite es indisponible LÓPEZ MAZA, S., «Art. 32»..., *cit.*, p. 672. Por la misma interpretación aboga XALABARDER PLANTADA, R., si bien señala que «no sería esta la primera vez que el legislador español optara por límites completamente disponibles –cuya efectividad se deja en manos exclusivas del titular de derechos (véase, sin ir más lejos, el nuevo límite de copia privada en la exclusión prevista en el art. 31.3(a) del TRLPI o el límite del *press clipping* del art. 32.1 del TRLPI». «La reforma del...», *cit.*, p. 136.

En cuanto a ello, y con anterioridad a la reforma, cabe destacar que el informe español que dio respuesta al Cuestionario de la ALAI en 2006 venía a señalar que «en principio, el “sistema” de excepciones no puede ser alterado por la aplicación de disposiciones contractuales». VIVANT, M., «La restricción de las excepciones al derecho de autor por medio de contratos o medidas tecnológicas de protección. ¿Posibles contrapesos?», en *Derecho de Autor y Libertad de Expresión. Congreso ALAI 19-20 de junio de 2006 en Barcelona*, Barcelona, 2008, p. 505.

<sup>1348</sup> Aunque nada impide que la licencia pueda establecer una remuneración superior a la derivada del art. 32.4 TRLPI, parece lógico que la universidad o el centro público de investigación en ese caso preferirá no contratar con el titular de derechos y someterse al art. 32.4 TRLPI. Salvo, claro está, que la licencia voluntaria en cuestión admitiera usos más intensos de la obra.

<sup>1349</sup> Sobre los mismos, *vid. supra* subepígrafe 2.2.3.4 del presente Capítulo.

licencia *creative commons*, ya sea de forma voluntaria o por imperativo legal<sup>1350</sup>, su uso por parte de las universidades y centros públicos de investigación deberá ajustarse a los términos de dicha licencia que, por definición, es gratuita, lo que excluye el derecho de remuneración previsto en el art. 32.4 TRLPI. En este caso se observa con claridad que el derecho de remuneración del autor es renunciable cuando se trata de autorizar usos en favor de los usuarios de las obras<sup>1351</sup>.

Fueron muchas las Enmiendas que proponían la inclusión explícita de los supuestos de licencias *creative commons* como exclusión al nacimiento del derecho de remuneración, así como se criticaba en sus justificaciones que el art. 32.4 TRLPI desconocía el movimiento del acceso abierto pese a previsión relativa al acuerdo previo específico<sup>1352</sup>. No obstante, entendemos que el acuerdo previo específico al que se refiere el art. 32.4 TRLPI admite precisamente la facultad del autor de decidir publicar su obra en acceso abierto y renunciar de este modo al derecho de remuneración previsto en el art. 32.4 TRLPI<sup>1353</sup>, además, evidentemente, de los supuestos de las licencias voluntariamente pactadas de carácter oneroso.

b. La titularidad de la obra por parte de la Universidad o el organismo de investigación

Cuando la universidad o el centro público de investigación es titular de la obra que va a ser explotada para ilustrar la enseñanza o para investigar en la misma institución, resulta lógico

---

<sup>1350</sup> Así, por ejemplo, por aplicación del art. 37.2 LCTI, en relación con los resultados de la actividad investigadora que esté financiada mayoritariamente con fondos de los Presupuestos Generales del Estado, o del art. 14.5 del Real Decreto 99/2011, de 28 de enero, por el que se regulan las enseñanzas oficiales de doctorado, en relación con el archivo en abierto de la tesis doctoral. Sobre tales preceptos, *vid.*, entre otros, DE ROMÁN PÉREZ, R., «Propiedad intelectual...», *cit.*, pp. 116-128 y de la misma autora, «Acceso abierto en la legislación española», en *Propiedad intelectual en las universidades públicas: titularidad, gestión y transferencia*, R. de Román Pérez (coord.), Granada, 2016, pp. 358-371 y TODOLÍ SIGNES, A., «El *open access* en la regulación española», en *Investigación, docencia universitaria y derechos de propiedad intelectual*, J. A. Altés Tárrega (coord.), Valencia, 2015, pp. 129-134 y

<sup>1351</sup> Sobre el carácter irrenunciable del derecho de remuneración del art. 32.4 TRLPI, *vid. supra* letra a) del subepígrafe anterior.

<sup>1352</sup> Así, la Enmienda nº38 del Grupo parlamentario de IU, ICV-EUiA, CHA: La Izquierda Plural en el Congreso proponía la inclusión de las siguientes exclusiones al derecho de remuneración: «salvo que se trate de obras que expresamente autoricen su uso para fines educativos o de investigación, o que se trate de obras de uso libre y gratuito». BOCG. Congreso de los Diputados, Serie A, nº 81-2 de 09/07/2014, p. 54. La misma literalidad se recoge en la Enmienda nº20 de la senadora Ester Capella i Farré en el Senado. BOCG. Senado, nº401 de 22/09/2014, p. 242.

Asimismo, ESPÍN ALBA, I. considera que el legislador tendría que haber sido más claro al respecto. *Op. cit.*, pp. 132 y 133.

<sup>1353</sup> En el mismo sentido, SAIZ GARCÍA, C., «Situación de la universidad...», *cit.*, p. 218; RIBERA BLANES, B., «La nueva regulación...», *cit.*, pp. 748 y 749; XALABARDER PLANTADA, R., «La reforma del...», *cit.*, p. 136 y LÓPEZ MAZA, S., «Art. 32»..., *cit.*, pp. 671 y 672. Incluso DÍAZ DE OLARTE BAREA, J., que pertenece a CEDRO, considera que así debe interpretarse esta excepción. «Usos permitidos...», *cit.*, p. 218.

que el establecimiento educativo o de investigación en cuestión no tenga que remunerarse a sí mismo por tales usos<sup>1354</sup>. Lo determinante en este punto será identificar los supuestos en los que los centros usuarios son titulares de las obras en cuestión.

No resultan problemáticos los supuestos en los que la universidad o el centro público de investigación son los titulares originarios de la obra en cuestión, lo que sucede, por ejemplo, cuando tales instituciones toman la iniciativa y divulgan bajo su nombre una obra colectiva que, de acuerdo con el art. 8 TRLPI, se constituye por la reunión de aportaciones de diferentes autores<sup>1355</sup>. Asimismo, dichos centros también pueden ser titulares derivativos de las obras, como el supuesto más común en el ámbito universitario en el que un libro o una revista se editan por parte de la editorial de la propia universidad. En este caso, la universidad será editora de la obra y, por tanto, titular de un derecho sobre la misma, en concreto, de los derechos que le hayan sido cedidos en el contrato de cesión de derechos en cuestión. La autorización básica que se concede al editor es la explotación primaria de la obra, esto es, la edición de la obra literaria o científica en forma de libro (reproducción), pero puede que también se le transmita la facultad de hacer usos secundarios de la obra en cuestión mediante la distribución o comunicación pública de la obra en la forma convenida, forma que podría incluir la explotación masiva de la obra en la enseñanza y la investigación<sup>1356</sup>. En este último supuesto, tampoco habrá de satisfacerse remuneración de acuerdo con el art. 32.4 TRLPI debido a que la universidad sería titular de los derechos necesarios para realizar tales usos.

La mayor problemática a este respecto deriva de la maraña de normas que regulan el régimen de la titularidad de las obras creadas por el personal investigador de las universidades

---

<sup>1354</sup> Lo mismo entiende BOTANA AGRA, M., quien señala que para que nazca el derecho de remuneración es necesario que concurra el elemento de ajenidad en quien realiza los actos de explotación respecto de quien es titular de tales derechos. *Op. cit.*, pp. 450 y 451.

<sup>1355</sup> A estos supuestos se refieren SAÍZ GARCÍA, C., «Art. 32»..., *cit.*, p. 569 y CÁMARA ÁGUILA, P., «El límite para la ilustración...», *cit.*, p. 434.

<sup>1356</sup> En cuanto a las licencias de explotación en este ámbito, *vid.* CARBAJO CASCÓN, F., «Licencias de explotación para usos secundarios de contenidos digitales (“CONLICENCIA” de CEDRO), *La Ley*, nº 7884, 20 de junio de 2012, LA LEY 6946/2012.

Sobre el contenido básico obligacional de los contratos celebrados entre los investigadores universitarios y la universidad como editora, *vid.* DEL CASTILLO, I. C., «La edición digital y los derechos de autor. La Universidad pública como editora de las obras de investigación de la comunidad universitaria», *Foro, Nueva época*, nº 00, 2004, pp. 302 y 303.



y centros públicos de investigación, en concreto, los arts. 54 LES<sup>1357</sup>, 51 TRLPI<sup>1358</sup>, 37 LCTI<sup>1359</sup> y 80.5 LOU<sup>1360</sup>. No siendo posible abarcar la complejidad de este asunto en la presente investigación, trataremos de resumir las distintas posturas al respecto.

Parte de la doctrina que ha estudiado la cuestión, ha concluido que las obras científicas derivadas del desarrollo de la función investigadora del personal de las universidades y los centros públicos de investigación son titularidad de tales instituciones, sobre la base de los arts. 54.2 LES y 80.5 LOU<sup>1361</sup>. En consecuencia, toda la obra científica de los investigadores universitarios podría ser explotada en la docencia y la investigación que se desarrolle en la universidad de forma completa, gratuita, sin autorización del autor y sin tener que ajustarse a los requisitos del art. 32.4 TRLPI. Efectivamente, ello reduciría los costes del uso de obras ajenas en la universidad, obras que, cabe destacar, han sido financiadas, fundamentalmente, con sus fondos a través del salario de los investigadores.

En contra, otros autores han entendido que la titularidad de la obra derivada de la investigación corresponde al propio investigador, pues la LES y la LOU no establecen un

---

<sup>1357</sup> A tenor del art. 54 LES, «1. Los resultados de las actividades de investigación, desarrollo e innovación a las que se refiere el artículo anterior, así como el derecho a solicitar los títulos de propiedad industrial adecuados para su protección jurídica pertenecerán a las entidades cuyos investigadores los hayan obtenido en el ejercicio de las funciones que les son propias.

2. Los derechos de explotación relativos a la propiedad intelectual corresponderán a las entidades en que el autor haya desarrollado una relación de servicios, en los términos y con el alcance previsto en la legislación sobre propiedad intelectual».

<sup>1358</sup> De acuerdo con tal precepto, «1. La transmisión al empresario de los derechos de explotación de la obra creada en virtud de una relación laboral se regirá por lo pactado en el contrato, debiendo este realizarse por escrito.

2. A falta de pacto escrito, se presumirá que los derechos de explotación han sido cedidos en exclusiva y con el alcance necesario para el ejercicio de la actividad habitual del empresario en el momento de la entrega de la obra realizada en virtud de dicha relación laboral».

<sup>1359</sup> En atención al mismo, «1. Los agentes públicos del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación impulsarán el desarrollo de repositorios, propios o compartidos, de acceso abierto a las publicaciones de su personal de investigación, y establecerán sistemas que permitan conectarlos con iniciativas similares de ámbito nacional e internacional.

2. El personal de investigación cuya actividad investigadora esté financiada mayoritariamente con fondos de los Presupuestos Generales del Estado hará pública una versión digital de la versión final de los contenidos que le hayan sido aceptados para publicación en publicaciones de investigación seriadas o periódicas, tan pronto como resulte posible, pero no más tarde de doce meses después de la fecha oficial de publicación».

<sup>1360</sup> Establece el precepto en cuestión que «Formarán parte del patrimonio de la Universidad los derechos de propiedad industrial y propiedad intelectual de los que ésta sea titular como consecuencia del desempeño por el personal de la Universidad de las funciones que les son propias. La administración y gestión de dichos bienes se ajustará a lo previsto a tal efecto en la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación».

<sup>1361</sup> En este sentido, CAVANILLAS MÚGICA, S., siempre que exista una relación contractual o funcional entre el investigador y la universidad. «Propiedad Intelectual...», *cit.*, pp. 23-25. Asimismo, MARZAL RAGA, R. puntualiza que únicamente serán titularidad de la universidad las obras resultantes de la función investigadora, razón por la que los manuales universitarios, derivados de la función docente, serían titularidad del docente-investigador. «La propiedad intelectual generada por la investigación universitaria. Un nuevo marco normativo», *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, nº 99-100, pp. 2009-2010.

nuevo régimen de atribución de titularidad de aquella, sino que simplemente se remiten a las normas contenidas en el TRLPI. En consecuencia y por aplicación del art. 51 TRLPI, la obra solo será titularidad de la universidad o el centro público de investigación cuando el investigador sea contratado por una universidad o centro de investigación en régimen laboral, para desarrollar una investigación bajo el control del superior jerárquico con la vista puesta en la obtención de un resultado concreto en forma de obra científica, artística o tecnológica<sup>1362</sup>. En el resto de supuestos, que son la mayoría, será el investigador el titular de la obra derivada de su labor científica. La defensa de esta interpretación en relación con el art. 32.4 TRLPI supondría que para prácticamente la totalidad de las obras que generan los investigadores en las universidades y en los centros públicos de investigación será necesario contar con la autorización del investigador o ajustarse a los límites de la excepción en cuestión, con la consecuente remuneración, si se quieren explotar en la enseñanza y la investigación que tengan lugar en tales centros. En este caso, la universidad o el centro público de investigación tendría que pagar al investigador para la generación de la obra y, después, volver a remunerarle para hacer uso de la misma con finalidad docente o investigadora.

Para evitar las consecuencias negativas que para el presupuesto de estos centros y para el adecuado desarrollo de la enseñanza y la investigación genera esta segunda interpretación, EVANGELIO LLORCA, con acierto, aporta la siguiente solución: debiendo ser los investigadores los titulares de las obras resultantes de su investigación como regla general, lo que se ha de fomentar es la expansión del acceso abierto, de modo que la publicación de este modo fuera obligatoria para los investigadores, tras un periodo de tiempo desde la publicación a través de editoriales, lo que requeriría una modificación de los términos del art. 37 LCTI<sup>1363</sup>.

---

<sup>1362</sup> En este sentido, *vid.*, por todos, CARBAJO CASCÓN, F., «Titularidad de los derechos de autor sobre contenidos generados en universidades y centros de investigación», *ADI*, vol. 34, 2013-2014, p. 45 y DE ROMÁN PÉREZ, R., «Propiedad intelectual...», *cit.*, p. 137 y reitera esta postura en «Titularidad de los derechos en el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual», en *Propiedad intelectual en las universidades públicas: titularidad, gestión y transferencia*, R. de Román Pérez (coord.), Granada, 2016, pp. 20 y 21; y LÓPEZ TERRADA, E., «Investigación, trabajo asalariado y derechos de propiedad intelectual», en *Investigación, docencia universitaria y derechos de propiedad intelectual*, J. A. Altés Tárrega (coord.), Valencia, 2015, pp. 90 y 91.

<sup>1363</sup> «La propiedad intelectual sobre obras creadas por personal investigador al servicio de universidades y otras entidades públicas de investigación», en *Estudios sobre la Ley de propiedad intelectual. Últimas reformas y materias pendientes*, J. J. Marín López y R. Sánchez Aristi (coords.), Madrid, 2016, p. 250.

Por una política de acceso abierto similar aboga SCHEUFEN, M., *Copyright versus Open Access. On the Organisation and International Political Economy of Access to Scientific Knowledge*, Suiza, 2015, pp. 145-150. DOI: 10.1007/978-3-319-12739-2.

#### 2.3.4.3 Consideraciones críticas

Tras lo dicho hasta el momento, son varias las cuestiones que merecen ser objeto de crítica.

En primer lugar, consideramos que el derecho que tendría que haberse reconocido, no solo al autor y al editor, sino también a otros titulares de derechos, no debía ser el de remuneración, sino el de compensación, fundamentalmente por dos razones. La primera de ellas es que la DDASI admite el establecimiento del segundo derecho y no del primero, Aunque es cierto que la remuneración no es ajena al Derecho comunitario y ha sido prevista en otras Directivas, el TJUE ha entendido que esta última debe ser determinada del mismo modo que la compensación, debiendo ser considerados, por tanto, como conceptos equivalentes. Consecuencia de ello, la segunda razón por la que se prefiere la compensación a la remuneración es que consideramos que el derecho fundamental a la educación y el necesario desarrollo de la investigación científica como elementos esenciales para el avance y el progreso de la sociedad justifican que los usos de obras ajenas en la enseñanza y la investigación sean compensados por el posible perjuicio ocasionado a sus autores u otros titulares, pero no remunerados. Ello es así porque en el segundo caso el precio que se fije dependerá de la capacidad negociadora de las partes, pudiendo establecerse cuantías que perjudicaran el interés general que se pretende proteger por medio del límite en cuestión.

En segundo lugar y como se ha señalado previamente, no entendemos el fundamento por el que el legislador ha establecido la gestión colectiva con carácter obligatorio, pues, aunque es cierto que genera una mayor garantía de cobro, no se tiene en cuenta que la mayor parte de las obras que se utilizan en universidades y centros públicos de investigación son el resultado de la labor de su personal docente e investigador. De modo que los profesores y los investigadores podrían preferir negociar directamente con su centro de adscripción. Además, esta decisión de política legislativa no resulta acorde con la reciente tendencia del legislador hacia la liberalización del sector de la gestión colectiva, tras las aprobación del Real Decreto-ley 2/2018, de 13 de abril, por el que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, y la Directiva (UE) 2017/1564 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de septiembre de 2017.

En tercer lugar, aunque se haya alegado que, en el caso de obras de carácter plástico incorporadas en obras impresas su uso debería remunerarse al amparo del art. 32.4 TRLPI, lo que se ha visto reflejado en que VEGAP haya participado en el acuerdo con CRUE para la determinación de la tarifa en cuestión, en nuestra opinión la explotación de este tipo de creaciones en la enseñanza y la investigación queda cubierta por el art. 32.3 TRLPI y es gratuita, al igual que en el ámbito alemán. Por ello, no alcanzamos a comprender por qué la entidad de gestión en cuestión establece en sus tarifas la remuneración prevista en el art. 32.4 TRLPI.

En cuarto lugar, cabe destacar que, al menos, uno de los efectos positivos derivados del establecimiento de esta limitación es que la tarifa que se ha determinado por alumno al año para CEDRO se ha visto reducida de 5 euros, que era la que cobraba con anterioridad a la reforma de 2014, a 3,25 euros en el curso académico 2017/2018<sup>1364</sup>. Así, el hecho de que el legislador haya obligado a las partes a llegar a un acuerdo ha conducido al establecimiento de un precio más equilibrado. Ahora bien, el hecho de que la limitación únicamente abarque la enseñanza de nivel universitario ha generado en este punto un agravio para los centros de educación secundaria, para los que, en el curso 2018 y para los mismos usos que los previstos en el art. 32.4 TRLPI, la tarifa derivada de la licencia que concede CEDRO asciende a 3,34 euros por estudiante. Es cierto que el uso más intenso de obras en la enseñanza tiene lugar en el ámbito universitario y por ello, y por los conflictos entre CEDRO y las universidades, la versión remunerada del límite se limita a regular dicho nivel educativo. No obstante, esta circunstancia ha dado lugar a un efecto discriminatorio injustificado en relación con el resto de centros educativos. Y ello por no hablar de la enseñanza musical, que, dada la exclusión de las partituras del ámbito de aplicación de la excepción, la determinación de la tarifa ha ascendido en el caso del grado elemental a 4,75 euros por alumno al año en el año 2018, cifra que asciende a 5 euros, cuando se trata del grado medio, y a 5,60 en la enseñanza musical de grado superior.

En quinto lugar, aunque el establecimiento de la remuneración equitativa haya supuesto una reducción del precio de la anterior licencia, no tenemos constancia de qué estudios se han hecho para su fijación y cuáles han sido los criterios efectivamente empleados para ello. En efecto, el actual art. 164 TRLPI recoge una serie de criterios mínimos que deben tenerse en cuenta a tales efectos, como, entre otros, el uso efectivo del repertorio o la intensidad y

---

<sup>1364</sup> No obstante, y como se señaló previamente, la cuantía casi duplica la remuneración prevista en el ámbito francés, mediante la cual no solo se remuneran los usos permitidos por la excepción pedagógica, sino también

relevancia del uso del repertorio en el conjunto de la actividad del usuario<sup>1365</sup>. Junto a tales criterios, debe tenerse en cuenta que existen dos circunstancias que excluyen el nacimiento de la remuneración, tal y como establece el propio art. 32.4 TRLPI. Imagínese que todas las obras que fueran empleadas en la docencia universitaria estuvieran disponibles en la red en acceso abierto<sup>1366</sup>. En este caso, evidentemente, la universidad en cuestión no tendría que abonar remuneración alguna a la entidad de gestión. Por ello, y ante la inexistencia de un documento en el que se clarifique la metodología concreta para la determinación de este derecho, nos preguntamos hasta qué punto la tarifa finalmente acordada tuvo suficientemente en cuenta las excepciones al derecho de remuneración. En cualquier caso, es cierto que el acuerdo se concluyó con un carácter transitorio, con el objeto de reglamentar la situación hasta que estuviera lista la herramienta informática que permitiera controlar el uso efectivo de las obras impresas o susceptibles de serlo. Cuando la misma esté operativa, consideramos que el mecanismo de determinación de la tarifa debería ser más preciso, de manera que no se tuviera en cuenta el número de estudiantes por curso al año de manera genérica, sino que se estableciera un precio por obra y el mismo se multiplicara por los alumnos del grupo que efectivamente vayan a ser destinatarios de su uso, excluyendo aquellas obras de las que fuera titular la universidad o que estuvieran publicadas en acceso abierto. En relación con los usos analógicos, más difíciles de controlar, la mejor opción para determinar la remuneración sería seguir el sistema alemán: remunerar del mismo modo que se compensa el límite de la copia privada, esto es, en atención al número de fotocopiadoras disponibles, su localización y su uso normal<sup>1367</sup>.

En sexto lugar, el Acuerdo entre la CRUE, CEDRO y VEGAP y las tarifas de estas dos últimas entidades de gestión han olvidado por completo que el art. 32.4 TRLPI no solo es aplicable a los usos de las obras de su repertorio en la universidad, sino también en los centros públicos de investigación. Por ello, no tenemos constancia de cómo está operando la limitación en cuestión en este segundo caso.

En definitiva, entendemos que el último párrafo del art. 32.4 TRLPI fue creado con la buena intención de satisfacer los intereses de todas las partes implicadas, de ahí que se

---

<sup>1365</sup> Este precepto viene a reproducir, en cuanto a los criterios de determinación de las tarifas, los previstos en el art. 157.1 b) TRLPI antes de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 2/2018.

<sup>1366</sup> De hecho, este fue uno de los argumentos planteados por la Universidad Autónoma de Barcelona, tal y como se señala en el FD cuarto de la SAP de Barcelona de 2 de mayo de 2013. No obstante, no aportó prueba acerca de las obras que efectivamente habían sido puestas a disposición de los alumnos a través del campus virtual.

<sup>1367</sup> A ello se refiere el §54c UrhG.

estableciera un derecho de remuneración de gestión colectiva obligatoria, en favor de autores y editores, y atendiendo a las demandas de CEDRO, pero que al mismo tiempo se excluyera tal remuneración en los supuestos en los que la universidad o el centro público de investigación ya fueran titulares de los derechos necesarios para poder explotarla o cuando la obra estuviera disponible en acceso abierto, en favor de tales instituciones. Pero como suele decirse, nunca llueve a gusto de todos y, en este caso, parece que no ha llovido a gusto de ninguno<sup>1368</sup>.



Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante

---

<sup>1368</sup> Según DÍAZ DE OLARTE BAREA, J., la reforma ha estado «claramente orientada a favor de la universidad» y «se ha sacrificado no solo el derecho de los autores y editores a poder autorizar o prohibir el uso de sus obras, sino también la posibilidad de que a través de sus entidades de gestión puedan determinar la remuneración por los usos de sus obras». «Usos permitidos...», *cit.*, p. 219.

Por su parte y del lado de la CRUE, DE LA CUEVA, J. señalaba, en relación con la nulidad de la OM sobre las tarifas promovida por dicha entidad, que las universidades «se hallan afectadas por los precios marcados prácticamente de forma unilateral por estas entidades». De acuerdo con su escrito, fueron once los argumentos presentados por la CRUE para la declaración de nulidad de tal Orden. No obstante, solo conocemos la cuestión de trámite que sirvió al efecto. *Op. cit.*



## CONCLUSIONES

**PRIMERA.** – La propiedad intelectual y la educación, en su condición de derechos fundamentales, y la investigación científica, como política pública que ha de ser promovida por el Estado, dependen las unas de las otras. De este modo, aunque tradicionalmente se presente su confluencia como un conflicto de intereses, lo cierto es que son las dos caras de una misma moneda, pues su protección y promoción buscan, entre sus finalidades, una en común: el desarrollo de la sociedad a través de la cultura y el conocimiento. La importancia del límite de la ilustración con fines educativos o de investigación viene determinada por la necesidad de promover la difusión de la cultura y el conocimiento, permitiendo consecuentemente conformar en los sujetos que forman parte de una sociedad el razonamiento y pensamiento críticos que constituyen la base de las libertades fundamentales de pensamiento y expresión. De este modo, el límite objeto de estudio se configura como una manifestación normativa en el ámbito de la propiedad intelectual del desarrollo de una sociedad democrática. Consecuencia de ello es que la limitación de la ilustración con fines educativos y de investigación científica no deba ser considerada como una sustracción a la exclusiva del autor, sino como una norma delimitadora de los contornos del derecho de propiedad intelectual. Así, la interpretación de la excepción en cuestión no ha de ser restrictiva en todo caso, sino que los conflictos que surjan como consecuencia del uso de obras ajenas en la enseñanza y la investigación habrán de ser resueltos en atención a un criterio de proporcionalidad y efecto útil de la limitación. Solo de este modo es posible que los intereses en juego puedan ser equilibrados en atención a las circunstancias concretas y que las finalidades que han justificado la protección de la propiedad intelectual y el derecho a la educación, y la promoción de la investigación científica lleguen efectivamente a conseguirse.

**SEGUNDA.** – La explotación de obras ajenas en la enseñanza y la investigación resulta esencial para el desarrollo económico y social de los Estados, así como para la promoción de la propia figura del autor. Esta circunstancia, además de que llevó a un gran número de los primeros legisladores nacionales de propiedad intelectual a incorporar limitaciones para la creación de antologías, obras básicas sobre las que se desarrollaba la lección magistral, también llamó la atención del legislador internacional y comunitario. Así, el CB, instrumento básico regulador del derecho de autor en el ámbito internacional, incorporó la excepción en cuestión desde su primera redacción. Con posterioridad, también el legislador europeo advertiría la necesidad de limitar el derecho de los autores y otros titulares de derechos y recogería la limitación de la ilustración en distintas Directivas relativas a la propiedad



intelectual, en especial, en la DDASI, primera norma europea de carácter horizontal reguladora de la materia. Ambos textos legales vienen a regular la excepción de la ilustración de un modo coincidente, a excepción de un aspecto: el límite previsto en el art. 10.2) CB limita su aplicación a los usos en la enseñanza, mientras que el art. 5.3 a) DDASI también acoge los fines de investigación científica. De ellas derivan las excepciones de la ilustración contenidas en las legislaciones nacionales de nuestro entorno jurídico, muchas de las cuales han sido recientemente modificadas por la necesidad de ajustarlas a las nuevas realidades educativa y de investigación.

No obstante, el CB y la DDASI prevén la excepción de la ilustración con carácter facultativo, lo que ha traído como consecuencia que, a excepción de los requisitos mínimos que establecen como obligatorios y que, en consecuencia, han tenido que ser previstos por los legisladores nacionales, las exigencias para admitir el uso de obras ajenas en la enseñanza y la investigación son completamente divergentes en su regulación a nivel nacional. Por todo ello, y dada la centralidad de esta limitación en el régimen de propiedad intelectual, se exige que la limitación en cuestión sea efectivamente armonizada en el ámbito de la UE. Solo de este modo será posible fomentar la educación y la investigación a nivel transnacional, garantizando así su calidad e impulsando el desarrollo económico y cultural de la UE.

**TERCERA.** - La finalidad común que justifica la excepción en el CB y la DDASI es la de la enseñanza o los fines educativos. Pese a las diferencias en su redacción, que también se han visto reflejadas en las excepciones nacionales de la ilustración, la interpretación que debe darse a la misma ha de ser coincidente en las distintas normas, pues, en todo caso, el establecimiento del límite tiene como finalidad el favorecimiento del uso de obras para conseguir una formación de calidad en favor del alumnado y, a través de este, el desarrollo de la sociedad en su conjunto.

Siendo la enseñanza y la educación, por tanto, sinónimas a los efectos del límite de la ilustración, la interpretación que se les debe dar es la siguiente: la enseñanza y la educación son el resultado de un proceso por el que se transmiten al discente un conjunto de conocimientos, técnicas y herramientas que le hacen capaz de actuar libremente en sociedad y contribuir a la misma por medio de su trabajo y esfuerzo. Dicho proceso normalmente ha sido regulado en función de niveles educativos, currículos y competencias a adquirir en cada uno de ellos a través de un sistema educativo institucionalizado. Es lo que se conoce como enseñanza formal, modelo educativo sobre el que fueron configurados los límites de la

ilustración en el CB y la DDASI, de acuerdo con sus orígenes. No obstante, dada la importancia que en el mundo laboral y en el propio seno de la UE se otorga a la realización de cursos formativos que se desarrollan en el contexto de la enseñanza no formal, consideramos que debería llevarse a cabo una interpretación del fin justificativo de la excepción que abarcara todos los tipos de formación, independientemente de que se ajusten o no a los currículos de los sistemas educativos formales. Lo determinante para que la excepción sea aplicable debe ser que el uso concreto de la obra ajena persiga el cumplimiento de un objetivo educativo y no de carácter económico.

Como se ha señalado, la enseñanza no se identifica con el momento estricto en el que se produce la transmisión de conocimientos, técnicas y herramientas al estudiante, sino que ha de ser interpretado como un proceso compuesto por un conjunto de fases que van desde la preparación de la docencia hasta la evaluación del alumno. Así, enseñanza y aprendizaje deben ir de la mano, sin que quepa entender la una sin el otro. Esta interpretación comprensiva de las distintas etapas del proceso educativo tiene consecuencias importantes en la determinación de tres elementos esenciales de la limitación: el momento en el que se admite el uso de la obra ajena; los sujetos amparados para la realización de los actos de explotación autorizados y la cantidad de obra ajena que puede ser empleada de acuerdo con la excepción.

**CUARTA.** - En relación con el momento en el que debe ser explotada la obra que servirá para ilustrar la enseñanza, la interpretación comprensiva del proceso educativo sostenida en la presente investigación trae consigo la posibilidad de que la creación ajena sea usada antes de la efectiva transmisión de conocimientos, es decir, durante el proceso de preparación de la docencia. Dicha etapa resulta fundamental tanto para el docente como para el estudiante. En cuanto al profesorado, la enseñanza solo puede ser de calidad si el profesor analiza distintos materiales relacionados con la materia que ha de ser tratada, así como cuando selecciona aquellos que considera que deben ser estudiados por los discentes para la adecuada comprensión del tema en cuestión. En relación con los alumnos, las nuevas metodologías docentes derivadas fundamentalmente de la implantación del EEES y el Plan Bolonia requieren una actitud proactiva del estudiante en su proceso de aprendizaje. Algunas de ellas, como el conocido *flipped classroom* o aula invertida, solo pueden ser efectivamente aplicadas si se admite que el alumno haga uso de obras ajenas para preparar la clase en la que se discutirán los temas correspondientes. Aunque en estos casos pueda considerarse que alumnado y profesorado llevan a cabo actos de explotación de carácter privado, de modo que la reproducción de una obra, por ejemplo, podría quedar cubierta por el límite de copia

privada, debe tenerse en cuenta que el uso tiene una finalidad educativa y se lleva a cabo con vocación de comunicación de los conocimientos en ella contenida que excede el uso privado. Por ello, consideramos que no debe obligarse al sujeto a conocer las distintas excepciones que pueden contribuir al uso de obras ajenas en la enseñanza cuando existe una limitación específica que debe admitir todas las explotaciones necesarias en el ámbito educativo. De lo contrario, la complejidad del sistema dificultaría su comprensión y podría generar rechazo hacia el mismo.

En cualquier caso, de lo que no cabe duda es de que el uso de la obra ajena se admite en el momento en el que propiamente tiene lugar la enseñanza en sentido estricto, pues es cuando se produce la transmisión de conocimientos al alumnado en clase. De hecho, el uso de obras ajenas en este momento no ha generado controversia en la doctrina.

Una vez transmitido el conocimiento, la práctica habitual en la docencia es la comprobación de su adquisición por parte del alumno. Así, entendemos que la obra ajena debe poder emplearse en el momento de la evaluación, esto es, en los exámenes. Aunque esta última etapa del proceso educativo se ha visto tradicionalmente vinculada a la mera determinación del posible avance o no del alumno a un próximo curso, se trata de un elemento esencial para evaluar la calidad del propio sistema educativo y el grado de consecución de los objetivos docentes previamente establecidos. Así, solo empleando en un examen la obra con la que se ha ilustrado o una similar podrá determinarse si la explicación seguida con aquella sirve de forma adecuada a los fines de la enseñanza.

Los amplios términos empleados por el CB y la DDASI al respecto permiten una interpretación como la expuesta y, de hecho, algunos legisladores nacionales, como el inglés o el alemán, han hecho referencia expresa a los momentos de preparación y de evaluación del alumno. Pues bien, incluso en aquellos casos en los que no se han mencionado tales fases del proceso educativo, tal y como acontece en el art. 32.3 y 4 TRLPI, también es posible sostener esta postura con base en la interpretación comprensiva del proceso educativo.

**QUINTA.** – En cuanto a los sujetos amparados por la limitación, la interpretación de la enseñanza propuesta permite que los actos autorizados por la norma puedan llevarse a cabo tanto por los docentes como por sus pupilos. La restricción de los sujetos amparados por la excepción en cuestión al profesorado, como ha mantenido el legislador español tras la reforma del art. 32 TRLPI mediante Ley 21/2014, impide la adecuación del sistema de propiedad intelectual a la realidad educativa actual que, con el alumno como eje central del proceso

educativo, requiere por su parte una implicación activa en su aprendizaje, lo que le exige emplear distintos materiales para completar su formación guiada por el docente. Mientras que ello es admitido en el seno de las excepciones de la ilustración contenidas en el CB y la DDASI, así como en las nacionales de los Estados analizados en la presente investigación, el legislador español conserva una concepción trasnochada de la enseñanza y obstaculiza el normal desarrollo de las nuevas metodologías docentes al no incluir al alumnado como sujeto amparado por la limitación.

Junto a profesorado y alumnado, existe todo un conjunto de personas que colaboran en el desempeño de las labores educativas, como el personal de administración y servicios que realiza copias de obras por indicación del docente, o los logopedas y psicólogos que atienden las necesidades especiales de aquellos alumnos que requieren una atención especializada para que la enseñanza sea finalmente conseguida. Consideramos que la amplitud de las normas internacional y comunitaria admite la inclusión de estos colectivos como sujetos amparados por la limitación, así como las excepciones nacionales que incluyen al personal, en general, de los centros educativos en cuestión. Ello sucede, por ejemplo, en el caso del art. 32.4 TRLPI, esto es, en la versión remunerada del límite. En cambio, la modalidad gratuita de la excepción contenida en el art. 32.3 TRLPI excluye a todo aquel sujeto que no tenga la consideración de profesor, lo que resulta injustificadamente restrictivo.

**SEXTA.** - La cantidad de obra que pueda utilizarse en la enseñanza deberá ser la mínima que sea necesaria para conseguir dicha finalidad. Este criterio de carácter cualitativo permite equilibrar adecuadamente los derechos del autor y las necesidades concretas de la enseñanza en cada caso concreto. Asimismo, la consideración de la enseñanza como un proceso que tiene en cuenta no solo la transmisión de conocimientos por parte del docente, sino también el grado de aprendizaje por parte del alumno, permite que la cantidad de obra a explotar pueda modularse en función del nivel educativo en el que se imparte la materia, de las necesidades especiales del alumnado, de la materia objeto de estudio, etc. La «ilustración», por tanto, es un mecanismo de ponderación de los intereses en juego que, exigiendo como regla general en favor del autor un uso mínimo de su obra, admite el uso completo de la misma cuando las circunstancias de la enseñanza así lo requieran en un caso determinado. Por ello, aunque la tendencia de los legisladores nacionales ha sido la de establecer un criterio cuantitativo estricto, como es el caso de los recientes §§60a y 60b UrhG que establecen cuantías del 15% y el 10% de la obra respectivamente o el art. 32.4 TRLPI que contempla el porcentaje del 10% de la obra, el criterio cualitativo seguido por el CB y la DDASI, a través del mecanismo de

la «ilustración» y la «medida justificada por la finalidad perseguida», ha hecho innecesario establecer límites cuantitativos que, pese a la ventaja de la seguridad jurídica, encorsetan la aplicabilidad de la excepción y pueden impedir la consecución del objetivo para el que fue prevista. Poniendo en una balanza las bondades y los inconvenientes de ambos tipos de criterios, es el cualitativo el que ofrece mayores garantías para que la obra sea explotada de forma adecuada en relación con los derechos del autor y en una cantidad suficiente para conseguir los fines educativos que justifican la limitación.

**SÉPTIMA.** – En cuanto al tipo de obras cuyo uso debe admitirse en la enseñanza, los arts. 10.2) CB y 5.3 a) DDASI guardan silencio al respecto, razón por la que han de entenderse comprendidas todas las creaciones intelectuales protegidas, ya sean obras literarias, musicales, audiovisuales, etc. Entendemos que esa es la opción de política legislativa más adecuada por ajustarse de forma más precisa a las circunstancias del caso concreto. Por ello, a nuestro parecer, la tendencia de los legisladores nacionales a excluir *a priori* determinado tipo de obras, como las partituras y las obras concebidas con fines pedagógicos en los casos francés, alemán y español, puede generar más efectos injustos que prevenir el que se pretende evitar con el establecimiento de este tipo de exclusiones: la afectación a la explotación normal de la obra. Ciertamente, algunas obras tienen como mercado principal a la comunidad educativa, de modo que la libre utilización de las mismas en la enseñanza podría afectar *in abstracto* a su explotación normal. No obstante, existen ciertos usos que en el caso concreto no atentaría de ningún modo al interés económico del autor, como cuando se reproduce y distribuye entre los alumnos el primer tema del libro de texto que se va a seguir durante el curso y que todavía no está disponible en librerías para su venta, pues el libro en cuestión será igualmente adquirido por el alumnado. En el supuesto de las partituras, la exclusión de su uso en la educación supone una discriminación de este tipo de enseñanza, ya perjudicada por las dificultades para cursarla de forma simultánea con los estudios básicos obligatorios. Por ello, la opción más adecuada al respecto es, al igual que los textos internacional y comunitario, admitir el uso de cualquier tipo de obra, de modo que sea la aplicación de la regla de los tres pasos al caso concreto la que permita determinar si un uso concreto del tipo de obra que fuere afecta o no a su explotación normal o a los legítimos intereses del autor.

**OCTAVA.** – La excepción de la ilustración con fines educativos ha de afectar a todos los derechos de explotación conferidos al autor sobre su obra, esto es, a los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación. Tanto el CB como la DDASI han alcanzado el techo máximo a este respecto al permitir que todos los derechos de

explotación en ellos reconocidos pudieran ser exceptuados con una finalidad educativa. Solo de este modo será posible desarrollar la enseñanza en el aula tradicional, en el aula virtual y en la educación a distancia.

**NOVENA.** – En cuanto a ello, todas las limitaciones nacionales que han sido estudiadas en la presente investigación han admitido, junto al resto de derechos de explotación, la transformación de obras con esta finalidad, aunque fuera de manera indirecta. En cambio, el legislador español se ha olvidado de la importancia que en la práctica educativa tienen los resúmenes, las traducciones, el uso de blogs y *wikies*, etc. y no ha limitado este derecho. Si ello no es modificado posteriormente, esta circunstancia perjudicará al sistema educativo español, no solo en relación con las titulaciones en las que específicamente se requiere la explotación de este derecho, como es el caso de los grados en traducción, sino en la enseñanza de ciertas competencias generales como la capacidad de síntesis ejercitada a través de la realización de resúmenes.

**DÉCIMA.** – En cuanto a la enseñanza presencial, los legisladores alemán, inglés e italiano han determinado que no es un acto de comunicación al público y, por tanto, su realización es libre y no requiere la autorización del autor el uso de obras ajenas en la enseñanza cuando el acto educativo tiene lugar en el aula física por tratarse de un uso en un círculo privado, ya que la comunicación de la obra solo es accedida por el docente y los alumnos del aula en cuestión. Tanto es así que en la legislación italiana la exclusión de la comunicación de obras en clase se prevé en el propio precepto en el que se delimitan los contornos de dicho derecho de explotación y no como una limitación al mismo. Ello resulta acorde con el concepto de «público» manejado por el TJUE en relación con el art. 3 DDASI. En cambio, en el ámbito francés y español, en el que el régimen de propiedad intelectual se sustenta en un carácter fuertemente tuitivo del autor, se han diluido los contornos de sus derechos exclusivos, pareciendo abarcar cualquier explotación de la obra, esté comprendida o no en la definición de los concretos derechos de ese tipo. En este contexto, entendemos que los alumnos de una clase son un grupo determinado cualitativa y cuantitativamente, cerrado y estable y, por tanto, no pueden ser considerados como público a los efectos del acto de comunicación, siendo esta la misma razón por la que difícilmente pueda admitirse que la entrega de copias de una obra a los alumnos constituye un acto de distribución. En consecuencia, el uso de obras ajenas para la ilustración de la enseñanza en un espacio físico que únicamente permite su acceso al profesor y al alumnado de la clase en cuestión difícilmente pueden ser considerados como actos de explotación de la obra ajena.

**UNDÉCIMA.** – En el ámbito de la enseñanza a distancia y la enseñanza *online*, deben distinguirse dos tipos de entorno: el cerrado y el abierto. Cuando el entorno virtual en el que se usa la obra ajena para ilustrar es cerrado, únicamente pueden acceder a ella los sujetos autorizados por la plataforma a través de un proceso de autenticación, esto es, el docente y los estudiantes del grupo en cuestión. Es el caso de los denominados campus virtuales. En consecuencia, en estos supuestos no existe técnicamente un acto de comunicación al público, pues, al igual que sucede en el ámbito analógico, el colectivo que accede a la obra no es constitutivo de un «público». En definitiva, en el ámbito de los campus virtuales se produce una traslación de la educación en el aula física al aula virtual, pudiendo participar en aquellos los mismos sujetos que lo hacen en la clase tangible. De hecho, las propias partes en conflicto en el reciente *caso Córdoba* coinciden en esta consideración. A pesar de ello, los legisladores español, inglés y francés restringen la puesta a disposición de obras en la enseñanza a su explotación en redes cerradas e internas de este tipo, cuando, entendemos, estos actos no están sometidos a la exclusiva del autor.

El auténtico acto de comunicación al público en la enseñanza *online* es el que tiene lugar en plataformas que incluso destinadas a su uso educativo, sean de acceso libre, de modo que cualquier internauta pueda acceder a su contenido. Este sería el supuesto del uso de obras ajenas en un blog educativo abierto o la página web institucional del centro educativo en cuestión. Es en este ámbito en el que propiamente tiene virtualidad la excepción de la ilustración con fines educativos.

A pesar de ello, los legisladores nacionales no distinguen entre el uso de obras ajenas en la enseñanza en entornos abiertos y en plataformas cerradas y, de hecho, restringen el ámbito de aplicación de la excepción a este último. Sería conveniente a este respecto que se elevara una cuestión prejudicial al TJUE en cuanto a la posible consideración del uso de obras en plataformas de acceso cerrado y restringido como actos de comunicación al público, especialmente cuando se trata de campus virtuales.

**DUODÉCIMA.** – Como se ha señalado, entendemos que no existe un acto de comunicación al público cuando el uso de la obra ajena se lleva a cabo a través de redes cerradas e internas de carácter educativo, pero no dejamos de reconocer que el ámbito digital facilita la explotación exponencial de las obras. De ahí que, con el objeto de evitar que explotaciones posteriores por parte de los destinatarios que tienen acceso a la obra puedan afectar la explotación normal de obra o a los legítimos intereses del autor, abogemos por que

la puesta a disposición de obras en los campus virtuales deba ir acompañada de medidas tecnológicas de protección que limiten el uso de las mismas temporalmente, en cuanto al número de descargas, la imposibilidad de impresión, etc.

**DECIMOTERCERA.** - La justificación que subyace al establecimiento de la limitación prevista en el CB y la DDASI es considerada por los legisladores de dichos textos legales como de tal importancia que no es necesario que, en principio, la misma tenga aparejada una remuneración o compensación en favor del autor. No obstante, y atendiendo a las posibilidades ofrecidas por las nuevas tecnologías y al uso masivo de obras en el ámbito educativo, parece adecuado establecer un sistema de remuneración basado en el uso efectivo de obras cuando ello sea posible, como en el caso de la elaboración de materiales docentes, o en atención a los resultados de estudios que analicen tales explotaciones y permitan extraer una tendencia general al respecto, siguiendo el modelo alemán.

**DECIMOCUARTA.** - En cuanto a la finalidad específica prevista en la DDASI, la investigación científica se corresponde con el estudio sistemático de una materia para el desarrollo del conocimiento. De ahí que no entendamos la exclusión de la investigación de carácter comercial del ámbito de aplicación de la excepción, pues los resultados de la misma, comercial o no, sirven a los mismos efectos: el desarrollo social, económico y tecnológico de los Estados. De hecho, si se tiene en cuenta que en la actualidad son escasas las partidas que a nivel público se dedican a este fin, la financiación privada adquiere una relevancia notable en el desarrollo de investigaciones científicas. Ahora bien, entendemos que el uso de una obra ajena en la investigación que tenga dicho carácter, es decir, aquella cuyo desarrollo encuentra su origen en la búsqueda de un fin de lucro, deberá dar lugar a una remuneración del autor. Es trasladable en este punto lo señalado anteriormente en relación con la enseñanza, especialmente la difícil consideración de la existencia de un acto de distribución o de comunicación al público cuando se entregue una copia o un artículo se ponga a disposición en una nube para que sea accedido por el grupo de investigación, pues este es mucho más restringido numéricamente que el grupo de una asignatura en la enseñanza.

No obstante, estimamos que las necesidades específicas que se derivan de la investigación, especialmente en cuanto a la aplicación de nuevas técnicas como la TDM, justifican que esta limitación adopte una configuración propia e independiente respecto de la de la enseñanza, si bien es cierto que la amplitud de los términos del art. 5.3 a) DDASI no ha dado lugar a importantes restricciones en su transposición a nivel nacional. En este caso,



asimismo, debería establecerse de forma específica la posible explotación de obras inéditas, pues las mismas pueden ser determinantes para el desarrollo de ciertas investigaciones científicas.

**DECIMOQUINTA.** – De acuerdo con el CB y la DDASI, el uso de una obra ajena tanto en la enseñanza como en la investigación debe ir acompañado del nombre de su autor y de la fuente, salvo que ello resulte imposible. Ahora bien, en el caso del uso educativo, la finalidad de la enseñanza debería justificar que en ciertos supuestos se exima del cumplimiento de dicha obligación, como cuando se reproduce una obra ajena en un examen para que sea reconocida por el propio alumno, posibilidad esta admitida por el legislador alemán. En cambio, la búsqueda del nombre del autor y la indicación de la fuente se presentan como exigencias de mayor intensidad para el investigador. Ello es así por el principio de humildad científica que debe guiar el proceso investigador, así como por la necesidad de que los investigadores posteriores puedan acudir a las fuentes originales de las que el investigador ha extraído sus propias conclusiones.

**DECIMOSEXTA.** – Siendo esta la interpretación que sostenemos debería darse a la excepción de la ilustración con fines educativos y de investigación científica, concluimos que la última modificación de la limitación objeto de estudio en el TRLPI resulta restrictiva y desconocedora de la realidad educativa y de investigación. Asimismo, los innumerables requisitos establecidos, unido ello a la falta de rigor técnico y gramatical de su redacción, hacen más difícil la comprensión del límite en cuestión, límite que ha sido configurado a través de una doble modalidad: una gratuita, para el uso de pequeños fragmentos, y otra remunerada, que admite el uso de un capítulo de libro, un artículo de revista o hasta un 10% del total de una obra impresa o susceptible de serlo. Pero esta última modalidad solo es aplicable a la enseñanza universitaria, discriminándose de este modo a la que tiene lugar en los niveles educativos inferiores.

En cuanto a dicha reforma, no cabe más que concluir que ha sido el resultado de una regulación “en caliente” derivada del clima de tensión entre CEDRO y la CRUE, lo que ha dado lugar a una regulación insuficiente e inadecuada que no satisface los intereses de las partes en juego. Así, entendemos que el legislador español tendría que haber optado por una redacción sencilla que viniera a reproducir el texto del art. 5.3 a) DDASI en cuanto a la enseñanza y una excepción específica en materia de investigación, desde una posición

tecnológica neutral, que admitiera usos de las obras ajenas necesarios para la aplicación de técnicas como la TDM.



Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante

## CONCLUSIONS

**FIRST.** - Copyright and education, in their condition of fundamental rights, and scientific research, as public policy that must be promoted by the State, depend on each other. Thus, although its confluence is traditionally presented as a conflict of interests, the truth is that they are two sides of the same coin, because their protection and promotion have, among their purposes, one in common: development of society through culture and knowledge. The importance of the exception for the purpose of illustration for teaching or scientific research is revealed by the need to promote dissemination of culture and knowledge, allowing citizens who are part of a society to acquire the critical thinking and reasoning that form the basis of the fundamental freedoms of thought and expression. In this way, the exception studied in the present thesis is configured as a normative manifestation of the development of a democratic society in the field of copyright. As a consequence, the limitation for the purpose of illustration for teaching or scientific research should not be considered as a subtraction of the author's exclusive right, but as a rule defining the contours of copyright. Thus, the interpretation of the exception in question should not be restrictive in any case. The conflicts arising as a result of the use of works in teaching and research will have to be resolved in response to a criterion of proportionality and *effet utile* of the limitation. Only in this way it is possible that the interests at stake can be balanced in response to the specific circumstances and that the purposes that have justified the protection of copyright, the right to education and the promotion of scientific research can be effectively reach.

**SECOND.** - The exploitation of works in teaching and research is essential for the economic and social development of States, as well as for the promotion of the author's own figure. This circumstance, in addition to leading a large number of the first national copyright lawmakers to incorporate limitations for the creation of anthologies, basic works on which lessons were developed, also drew the attention of the international and community legislator. Thus, the BC, basic regulatory instrument of copyright in the international field, incorporated the exception in question since its first drafting. Subsequently, the European legislator would also warn of the need to limit the rights of authors and other rights holders and would include the limitation for the purpose of illustration in different Directives related to copyright, especially in the InfoSoc Directive, the first European horizontal legal instrument regulating this matter. Both legal texts come to regulate the exception for the purpose of illustration in a coinciding way, with the exception of one aspect: the exception provided in art. 10.2) BC limits its application to uses in teaching, while art. 5.3 a) InfoSoc Directive also embraces the purposes

of scientific research. The exceptions for illustration purposes contained in the national legislations of our legal environment derive from them and many of them have recently been modified by the need to their adjustment to the new educational and research realities.

However, the BC and the InfoSoc Directive provide for the limitation for the purposes of illustration on an optional basis, which means that, with the exception of the minimum requirements that they establish as mandatory and that, consequently, have had to be foreseen by the legislators, at national level, the requirements to admit the use of works in teaching and research are completely divergent. For all these reasons and given the centrality of this limitation in the copyright regime, it is required that the limitation in question be effectively harmonized within the scope of the EU. Only in this way it will be possible to promote education and research at the transnational level, thus guaranteeing its quality and promoting the economic and cultural development of the EU.

**THIRD.** - The common purpose that justifies the exception in the BC and the InfoSoc Directive is that of teaching or educational purposes. Despite the differences in its wording, which have also been reflected in the national exceptions for the purpose of illustration, the interpretation that must be given to it must be consistent in these different rules, because, in any case, the establishment of the limitation has as a purpose the promotion of the use of works to achieve quality training in favour of students and, through this, the development of society as a whole.

Since teaching and education are therefore synonymous within the limitation in question, the interpretation that must be given is the following: education is the result of a process by which a student is transmitted a set of knowledge, techniques and tools that make him/her able to act freely in society and contribute to it through his/her work and effort. This process has usually been regulated according to educational levels, curricula and competences to be acquired in each of them through an institutionalized educational system. This is known as formal education, an educational model on which the exceptions for the purposes of illustration in the BC and InfoSoc Directive were configured, according to their origins. However, given the importance that in the workplace and within the EU itself is given to the realization of training courses that are developed in the context of non-formal education, we believe that an interpretation of the justifying purpose of the exception should be carried out by covering all types of training, regardless of whether or not they conform to the curricula of formal

education systems. The key for the exception to be applicable must be that the specific use of the work pursues the fulfilment of an educational objective and not of an economic nature.

As it has been pointed out, teaching is not identified with the strict moment in which the transmission of knowledge, techniques and tools to the student takes place, but it must be interpreted as a process consisting of a set of phases that go from the preparation from teaching to the evaluation of the student. Thus, teaching and learning must go hand in hand, being impossible to understand one without the other. This comprehensive interpretation of the different stages of the educational process has important consequences in the determination of three essential elements of the limitation: the moment in which the use of the work of others is admitted; the subjects covered for the realization of the authorized exploitation acts and the amount of work that can be used in accordance with the exception.

**FOURTH.** - In relation to the moment in which the work which serves to illustrate teaching should be exploited, the comprehensive interpretation of the educational process sustained in the present research brings with it the possibility that the creation is used before the effective transmission of knowledge, that is, during the process of preparation of teaching. This stage is fundamental for both the teacher and the student. Regarding the teaching staff, the teaching process can only be of quality if the teacher analyses different materials related to the subject that must be treated, as well as when selecting those that he/she considers should be studied by the students for the adequate understanding of the subject in question. In relation to the students, the new teaching methodologies derived mainly from the implementation of the EHEA and the Bologna Plan require a proactive attitude of the student in his/her learning process. Some of them, such as the flipped classroom, can only be effectively applied if the student can make use of works to prepare the lesson in which the corresponding topics will be discussed. Although in these cases students and professors can be considered to carry out acts of private exploitation, so that the reproduction of a work, for example, could be covered by the private copy exception, it must be taken into account that the use has an educational purpose and is carried out with the purpose to communicate the knowledge contained in it, exceeding private use. Therefore, we consider that the subject should not be obliged to know the different exceptions that may contribute to the use of works in education when there is a specific limitation that must admit all the necessary exploitations in the educational field. Otherwise, the complexity of the system would hinder its understanding and could generate rejection towards it.

In any case, there is no doubt that the use of the work is admitted at the moment in which strictly teaching takes place, since it is when knowledge is transmitted to the students in lessons. In fact, the use of works at this time has not generated controversy in the doctrine.

Once the knowledge is transmitted, the usual practice in teaching is the verification of its acquisition by the student. Thus, we understand that the work must be able to be used at the time of the evaluation, that is, in the exams. Although this last stage of the educational process has traditionally been linked to the mere determination of the possible progress or not of the student to an upcoming course, it is an essential element to evaluate the quality of the educational system itself and the degree of achievement of the previously established objectives. Thus, only by employing in an examination the work with which it has been illustrated or a similar one it can be determined if the explanation followed by it serves adequately for the purposes of teaching.

The broad terms used by the BC and the InfoSoc Directive in this regard allow for an interpretation such as that presented and, in fact, some national legislators, such as English or German, have made express reference to the moments of preparation and evaluation of the student. Well, even in those cases in which such phases of the educational process have not been mentioned, as happens in art. 32.3 and 4 RTCL, it is also possible to sustain this position based on the comprehensive interpretation of the educational process.

**FIFTH.** - Regarding the subjects covered by the limitation, the proposed interpretation of teaching allows that the acts authorized by the exception can be carried out both by the teachers and by their pupils. The restriction of the subjects covered by the exception in question to the teaching staff, as maintained by the Spanish legislator after the amendment of art. 32 RTCL through Act 21/2014, prevents the adequacy of the copyright system to the current educational reality that, with the student as the central axis of the educational process, requires an active involvement in his/her learning, which means using different materials to complete his/her teacher-led training. While this is admitted within the exceptions for the purpose of illustration contained in the BC and the InfoSoc Directive, as well as in the national legislation of the States analysed in this research, the Spanish legislator retains an outdated conception of education and hinders the normal development of new teaching methodologies by not including students as subjects covered by the limitation.

Along with teachers and students, there is a whole group of people who collaborate in the performance of educational tasks, such as administration and service staff who make copies

of works by order of the teacher, or speech therapists and psychologists who meet the special needs of those students that require specialized attention so that the teaching is finally achieved. We consider that the breadth of the international and European exceptions admits the inclusion of these groups as subjects covered by the limitation, as well as the national exceptions that include the staff, in general, of the educational centres in question. This happens, for example, in the case of art. 32.4 RTCL, that is, in the remunerated version of the exception. In turn, the free modality of the exception contained in art. 32.3 RTCL excludes all that subject that is not considered a teacher, which is unjustifiably restrictive.

**SIXTH.** - The amount of work that can be used in teaching must be the minimum that is necessary to achieve this purpose. This criterion of qualitative character allows to adequately balance the rights of the author and the concrete needs of the teaching in each concrete case. Also, the consideration of teaching as a process that considers not only the transmission of knowledge by the teacher, but also the degree of learning by the student, allows the amount of work to be exploited can be modulated according to the educational level in which the subject is taught, the special needs of the students, the subject matter of study, etc. The “illustration”, therefore, is a mechanism for weighing the interests at stake which, requiring as a general rule in favour of the author a minimum use of his work, admits the full use of the same work when the circumstances of the teaching requires it. Therefore, although the tendency of the national legislators has been to establish a strict quantitative criterion, as is the case of the recent §§60a and 60b UrhG that establish amounts of 15% and 10% of the work respectively or the art. 32.4 RTCL that contemplates the percentage of 10% of the work, the qualitative criterion followed by the BC and the InfoSoc Directive, through the mechanisms of the “illustration” and the “extent justified by the purpose to be achieved”, has made it unnecessary to establish quantitative limits that, despite the advantage of legal certainty, restrict the applicability of the exception and may prevent the achievement of the objective for which it was intended. Putting into balance the advantages and disadvantages of both types of criteria, it is the qualitative one that offers the greatest guarantees for the work to be exploited in an appropriate manner in relation to the author's rights and in an amount sufficient to achieve the educational purposes which justify the limitation.

**SEVENTH.** - Regarding the type of works whose use should be admitted in education, arts. 10.2) BC and 5.3 a) InfoSoc Directive keep silent about it and this is the reason why they have been understood as embracing all types of protected creations, such as literary, musical, audiovisual works, etc. We understand that this is the most appropriate legislative policy

option to adjust the exception to the circumstances of the specific case. Therefore, in our opinion, the tendency of national legislators to exclude *a priori* different types of works, such as music sheet and works intended to pedagogical purposes in the French, German and Spanish exceptions, can generate more unfair effects than prevent the effect on the normal exploitation of the work. Certainly, some works have as main market the educational community, so that their free use in such ambit can affect their normal exploitation *in abstracto*. However, there are certain uses that *in concreto* may not affect in any way the economic rights of the author, as when they are reproduced and distributed among students using the same textbook to follow the course, when it is not yet available in bookstores for sale, because the book in question is also acquired by the students. In the case of music sheet, its exclusion to use in education supposes a discrimination of this type of education, already detrimental to the difficulties of attending it simultaneously with the compulsory basic studies. Therefore, the most appropriate option in this regard, as well as international and European exceptions do, is to admit the use of any type of work. So that the application of the three-step test to the specific case may determine that in a specific case the use of one type of work affects or not to its normal exploitation or the legitimate interests of the author.

**EIGHTH.** - The exception for the purpose of illustration for educational purposes must affect all exploitation rights conferred on the author on his work, that is, the rights of reproduction, distribution, public communication and transformation. Both the BC and the InfoSoc Directive have reached the maximum ceiling in this regard by allowing all the exploitation rights recognized in them to be exempted for educational purposes. Only in this way it will be possible to develop teaching in the traditional classroom, in the virtual classroom and in distance education.

**NINTH.** - All the national limitations that have been studied in the present research have admitted, together with the rest of exploitation rights, the transformation of works for this purpose, direct or indirectly. On the contrary, the Spanish legislator has forgotten the importance of abstracts, translations, the use of blogs and wikies, etc. in educational practice and has not limited this right. If this is not modified later, this circumstance will harm the Spanish educational system, not only in relation to the degrees in which the exploitation of this right is specifically required, as is the case of translation degrees, but in the teaching of certain general competences such as the capacity for synthesis exercised through the realization of summaries.



**TENTH.** - Regarding face-to-face teaching, the German, English and Italian legislators have determined that it is not an act of communication to the public and, therefore, its realization is free and does not require the authorization of the author for the use of works in teaching when the educational act takes place in the physical classroom because it is a use in a private circle, since the communication of the work is only accessed by the teacher and the students in the classroom in question. So much so that in the Italian legislation the exclusion of the communication of works in class is foreseen in the article in which the contours of this right of exploitation is delimited and not as a limitation to it. This is consistent with the concept of "public" managed by the CJEU in relation to art. 3 DDASI. On the other hand, in the French and Spanish spheres, in which the copyright regime is based on a strongly protection of the author, the contours of his exclusive rights have been diluted, seeming to cover any exploitation of the work, whether or not it is included. in the definition of concrete rights of that kind. In this context, we understand that the students of a class are a qualitatively and quantitatively determined group, closed and stable and, therefore, cannot be considered as public for the purposes of the act of communication, this being the same reason why it is difficult that it can be admitted that the delivery of copies of a work to the students constitutes an act of distribution. Consequently, the use of works by others to illustrate teaching in a physical space that only allows access to the teacher and students of the class in question can hardly be considered as acts of exploitation of the work of others.

**ELEVENTH.** - In the field of distance education and online teaching, two types of environment must be distinguished: closed and open. When the virtual environment in which the work is used to illustrate is closed, only the subjects authorized by the platform can access it through an authentication process, that is, the teacher and the students of the group in question. This is the case of the so-called virtual campuses. Consequently, in these cases there is no technically an act of communication to the public, because, as happens in the analogical field, the group that accesses the work is not constitutive of a "public". In short, in the field of virtual campuses there is a translation of education in the physical classroom to the virtual classroom, being able to participate in those the same subjects who do it in the tangible class. In fact, the parties to the conflict in the recent Córdoba case agree on this consideration. In spite of this, the Spanish, English and French legislators restrict the availability of works in education to their exploitation in closed and internal networks of this type, when, we understand, these acts are not subject to the exclusive rights of the author.

The real act of communication to the public in online education is that which takes place on platforms that are even intended for educational use, are open access, so that any internet user can access its contents. This would be the case of the use of works in an open educational blog or the institutional website of the educational centre in question. It is in this area that the exception for the purposes of illustration for teaching has applicability.

Despite this, national legislators do not distinguish between the use of works in teaching in open environments and closed platforms and, in fact, restrict the scope of application of the exception to the latter. It would be advisable in this regard for a preliminary ruling to be referred to the CJEU as regards the possible consideration of the use of works on closed and restricted access platforms as acts of communication to the public, especially when dealing with virtual campuses.

**TWELFTH.** - As noted, we understand that there is no act of communication to the public when the use of the work of others is carried out through closed and internal networks of an educational nature, but we do not fail to recognize that the digital field facilitates exponential exploitation of the works. Hence, in order to prevent subsequent exploitations by recipients who have access to the work that may affect its normal exploitation or the legitimate interests of the author, we advocate that the provision of works on virtual campuses must be accompanied by technological protection measures in order to limit the use of the work temporarily, in terms of the number of downloads, the impossibility of printing, etc.

**THIRTEENTH.** - The justification that underlies the establishment of the limitation provided in the BC and the InfoSoc Directive is considered by their lawmakers as of such importance that it is not necessary that, in principle, the uses permitted by the exception may be remunerated or compensated in favour of the author. However, and taking into account the possibilities offered by new technologies and the massive use of works in the educational field, it seems appropriate to establish a remuneration system based on the effective use of works whenever possible, as in the case of production of teaching materials, or in attention to the results of studies that analyse such exploitations and allow to extract a general trend in this respect, following the German model.

**FOURTEENTH.** - Regarding the specific purpose envisaged in the InfoSoc Directive, scientific research corresponds to the systematic study of a subject for the development of knowledge. Hence, we do not understand the exclusion of commercial research from the scope of application of the exception, since the results thereof, commercial or not, serve the same

purposes: the social, economic and technological development of States. In fact, if one considers that currently there are few items that are dedicated to this purpose at a public level, private financing acquires a notable relevance in the development of scientific research. Now, we understand that the use of a work in research that has that character, that is, whose development finds its origin in the pursuit of a profit, must result in a remuneration of the author. It is transferable in this point what has been previously mentioned in relation to teaching, especially the difficult consideration of the existence of an act of distribution or communication to the public when a copy is delivered or an article is made available in a cloud to be accessed by the research group, because this is much more restricted numerically than the group of students in teaching.

However, we estimate that the specific needs derived from research, especially in terms of the application of new techniques such as TDM, justify that this limitation adopts its own configuration independent of that of teaching, although it is true that the amplitude of the terms of art. 5.3 a) InfoSoc Directive has not led to significant restrictions in its transposition at the national level. In this case, also, the possible exploitation of unpublished works should be established in a specific way, since they can be determinant for the development of certain scientific research.

**FIFTEENTH.** - According to the BC and the InfoSoc Directive, the use of a work in both teaching and research should be accompanied by the name of its author and the source, unless it is impossible. However, in the case of educational use, the purpose of teaching should justify that in certain cases is exempted from compliance with this obligation, as when a work is reproduced by others in an examination to be recognized by the student himself, possibility admitted by the German legislator. On the other hand, the search for the name of the author and the indication of the source are presented as demands of greater intensity for the researcher. This is so because of the principle of scientific humility that should guide the research process, as well as the need for subsequent researchers to go to the original sources from which the researcher has drawn his own conclusions.

**SIXTEENTH.** - This being the interpretation that we considered that it should be given to the exception for the purpose of illustration for educational and scientific research, we conclude that the last modification of the limitation object of study in the RTCL is restrictive and ignorant of the educational reality and research fields. Likewise, the innumerable requirements established, together with the lack of technical and grammatical rigor of its

wording, make it more difficult to understand the exception in question, a limit that has been configured through a double modality: a free one, for the use of small fragments, and another remunerated, that admits the use of a chapter of book, an article of reviews or until 10% of the total of a printed work. But this last modality is only applicable to university education, thus discriminating against the one that takes place in the lower educational levels.

Regarding this amendment, it can only be concluded that it has been the result of a "hot" regulation derived from the climate of tension between CEDRO and the CRUE, which has led to inadequate regulation that does not satisfy the interests of the parties at stake. Thus, we understand that the Spanish legislator should have opted for a simple wording that would reproduce the text of art. 5.3 a) InfoSoc Directive in terms of teaching and a specific exception in the field of research, from a neutral technological position, which would admit uses of works necessary for the application of techniques such as TDM.



Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante



## BIBLIOGRAFÍA

AA.VV., *Assessment of the impact of the European copyright framework on digitally supported education and training practices*, R. Dumčius (dir.), R. Xalabarder (team leader), Luxemburgo, 2016. Disponible en: <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/1ba3488e-1d01-4055-b49c-fdb35f3babc8/language-en>.

AA.VV., *Showing films and other audiovisual content in European Schools. Obstacles and best practices*, Unión Europea, 2015. Disponible en: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/news/schools-europe-are-not-using-films-and-audiovisual-material-full-concluded-eu-study>.

AA.VV., «Prevalence of Heart Failure Signs and Symptoms in a Large Primary Care Population Identified Through the Use of Text and Data Mining of the Electronic Health Record», *Journal of Cardiac Failure*, vol. 20, nº 7, 2014, pp. 459 y ss.

AA.VV., *Standardisation in the area of innovation and technological development, notably in the field of Text and Data Mining. Report from the Expert Group*, Unión Europea, 2014, p. 10, disponible en: <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/d12e3edd-0960-46d1-a7ea-bda1b9cec42d/language-en>

AA.VV., *Review of the EU Copyright Framework. European Implementation Assessment*, Bruselas, 2015. Disponible en: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/558762/EPRS\\_STU\(2015\)558762\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/558762/EPRS_STU(2015)558762_EN.pdf).

AA.VV., *Study on the Implementation and Effect in Member States' Laws of Directive 2001/29/EC on the Harmonisation of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society*, Países Bajos, 2007. Disponible en: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/copyright/docs/studies/infosoc-study\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/studies/infosoc-study_en.pdf)

AGUILERA VAQUÉS, M., «El reconocimiento del derecho a la propiedad privada», en *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, J. García Roca; P. Santolaya (coords.), Madrid, 2005, pp. 767 y ss.

ALLEAUME, C., «Les exceptions de pédagogie et de recherche», *Com. Com. Électr.*, nº 11, 2006, p. 1 y ss.

– «Les exceptions à des fins d'enseignement et de recherche en droit français», en *Les exceptions au droit d'auteur. État des lieux et perspectives dans l'Union européenne*, A. Lucas; P. Sirinelli; A. Bensamoun (dirs.), París, 2012, pp. 137 y ss.

ÁLVAREZ ROMERO, C. J., «La Constitución española y el derecho de propiedad intelectual», *Boletín de ANABAD*, nº 1, t. XXIX, 1979, pp. 71 y ss.

APARICIO VAQUERO, J. P., «La (todavía) controvertida aplicación del Coeficiente de Reproducción sin Autorización (CORSA)», *ADI*, t. XXXIII, 2013, pp. 535 y ss.

ARNOLD, R.; BENTLY, L.; DERCLAYE, E.; DINWOODIE, G., «The Legal Consequences of Brexit Through the Lens of IP Law», *Legal Studies Research*, paper nº 21, abril, 2017, pp. 1 y ss. Disponible en: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2917219](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2917219).

AZZI, T., «Open Data et propriété intellectuelle. État des lieux au lendemain de l'adoption de la loi pour une République numérique», *Recueil Dalloz*, nº 11, 16 de marzo de 2017, pp. 583 y ss.

BARBERÀ, E., «Filosofía wiki: compromiso de las soluciones», *Red U-Revista de Docencia Universitaria*, vol. 7, nº 3, 2009, pp. 1 y ss., disponible en: <https://polipapers.upv.es/index.php/REDU/article/view/6257/6307>.

BAUTISTA, G., «El acompañamiento del estudiante: profesorado para una nueva forma de aprender», en *Evolución y retos de la educación virtual. Construyendo el e-learning del siglo XXI*, B. Gros (ed.), Barcelona, 2011, pp. 51 y ss.

BAYLOS CORROZA, H., *Tratado de Derecho Industrial. Propiedad Industrial. Propiedad Intelectual. Derecho de la competencia económica. Disciplina de la competencia desleal*, Madrid, 3ª ed. actualizada bajo la coord. M. Baylos Morales, 2009.

BELLIDO, J.; XALABARDER PLANTADA, R.; CASAS VALLÉS, R., «Commentary on Spanish Literary Property Act (1847)», en *Primary Sources on Copyright (1450-1900)*, L. Bently y M. Kretschmer (eds.), 2008, disponible en: [http://www.copyrighthistory.org/cam/tools/request/showRecord?id=commentary\\_s\\_1847](http://www.copyrighthistory.org/cam/tools/request/showRecord?id=commentary_s_1847).

– «Commentary on the Royal Order on the Representation of Dramatic Works (1837)», en *Primary Sources on Copyright (1450-1900)*, L. Bently y M. Kretschmer (eds.), 2008, disponible en: [http://www.copyrighthistory.org/cam/tools/request/showRecord?id=commentary\\_s\\_1837a](http://www.copyrighthistory.org/cam/tools/request/showRecord?id=commentary_s_1837a).

BENABOU, V.-L., *L'exception au droit d'auteur pour l'enseignement et la recherche ou la recherche d'une conciliation entre l'accès à la connaissance et le droit d'auteur*, 2003, . Disponible en: [https://edutice.archives-ouvertes.fr/file/index/docid/1570/.../Juri5\\_Benabou\\_V2.doc](https://edutice.archives-ouvertes.fr/file/index/docid/1570/.../Juri5_Benabou_V2.doc)

– «La transposition des directives en droit interne: l'exemple du droit d'auteur», *Legicom*, nº 30, 2004, pp. 23 y ss.

BENTLY, L.; SHERMAN, B., *Intellectual Property Law*, Oxford, 4ª ed., 2014.

BERCOVITZ ÁLVAREZ, G., «La ilustración con fines educativos», en *Manual de Propiedad Intelectual*, coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Madrid, 2017, pp. 108 y ss.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «Límites al derecho de autor», en VV.AA, *Protección y límites del derecho de autor de los creadores visuales. Seminario Diego Rivera e Ignacio Zuloaga de Derechos de Autor de los creadores visuales*, Madrid, 2006, pp. 85 y ss.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «La protección jurídica de las bases de datos», *pe. i*, nº 1, 1999, pp. 11 y ss.

- «Los derechos de autor y los límites a la propiedad intelectual (excepto epígrafe 2.2.)», en *Las reformas de la Ley de Propiedad Intelectual*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano/ I. Garrote Fernández-Díez/ A. González Gozalo/ R. Sánchez Aristi, Valencia, 2006, pp. 29 y ss.
- «Art. 1º», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Madrid, 3ª ed., 2007, pp. 17 y ss.
- «Las limitaciones y excepciones a los derechos de propiedad intelectual y el equilibrio entre los intereses enfrentados en el derecho español», *pe.i*, Addenda, 2011, pp. 13 y ss.
- «Remuneración por comunicación pública de fonogramas. Sentencia del TJUE, de 15 de marzo de 2012 (TJCE 2012, 57)», *CCJC*, nº 89, 2012, pp. 571 y ss.
- «Reprografía de libros y límites del derecho de autor en favor de la cita o de la ilustración de la enseñanza. Sentencia de 9 de enero de 2013 (RJ 2013, 2635)», *CCJC*, nº 93, 2013, pp. 365 y ss.
- «El mercado único digital y la propiedad intelectual», *Ar. c-m*, nº 2, 2016, pp. 81 y ss.
- «Art. 10º», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Madrid, 4ª ed., 2017, pp. 196 y ss.
- «Art. 132º», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Madrid, 4ª ed., 2017, pp. 1787 y ss.
- «Art. 106º», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Madrid, 4ª ed., 2017, pp. 1773 y ss.

BERGER, C., «Urheberrecht in der Wissensgesellschaft», *GRUR*, nº 10, 2017, pp. 953 y ss.

BERNAL GONZÁLEZ, Mª C., «El abandono de los estudiantes en los MOOC», *Ubicuo y Social: Aprendizaje con TIC. Jornadas Virtuales de Colaboración y Formación*, del 22 al 25 de junio de 2015. Disponible en: [https://www.researchgate.net/profile/M\\_Bernal\\_Gonzalez/publication/283205614\\_Abandono\\_de\\_los\\_estudiantes\\_en\\_los\\_MOOC/links/562dd74b08ae22b17034c842.pdf](https://www.researchgate.net/profile/M_Bernal_Gonzalez/publication/283205614_Abandono_de_los_estudiantes_en_los_MOOC/links/562dd74b08ae22b17034c842.pdf).

BERTRAND, A., *Le Droit d'Auteur et les Droits Voisins*, París, 2ª ed., 1999.

BORGHI, M., «A list of permanent memory absolute addresses», *Kluwer Copyright Blog*, 11 de diciembre de 2011. Disponible en: <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2011/12/14/a-list-of-permanent-memory-absolute-addresses/>.

BOTANA AGRA, M., «Derechos de autor y e-docencia universitaria [Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Decimoquinta) de 29 de octubre de 2014]», *ADI*, nº 35, 2014-2015, pp. 441 y ss.

BOUCHET-LE MAPPIAN, E., *Propriété intellectuelle et droit de propriété en droits angalis, allemand et français*, Tesis doctoral, Nantes, 2009. Disponible en: [https://www.peacepalacelibrary.nl/ebooks/files/Bouchet\\_ProprieteIntellectuelleanglaisallem andfrançais.pdf](https://www.peacepalacelibrary.nl/ebooks/files/Bouchet_ProprieteIntellectuelleanglaisallem andfrançais.pdf).



BOUZA LÓPEZ, M. A., *El derecho «sui generis» del fabricante de bases de datos*, Madrid, 2001.

BOWKER, R. R., *Copyright. Its History and Law Being a Summary of the Principles and Practice of with Special Reference to the American Code of 1909 the British Act of 1911*, Boston, Nueva York, 1912.

BOYTHA, G., *Glosario OMPI de derechos de autor y derechos conexos*, Ginebra, 1980.

– «The justification of the protection of authors' rights as reflected in their historical development», *RIDA*, nº 151, enero, 1992, pp. 52 y ss.

BURRELL, R.; COLEMAN, A., *Copyright Exceptions: The Digital Impact*, Cambridge, 2005.

CABEDO SERNA, LL., *El derecho de remuneración del autor*, Madrid, 2011.

CÁMARA ÁGUILA, P., «La Ley por la que se declara el derecho de propiedad de los autores y a los traductores de obras literarias, y establece las reglas oportunas para su protección, de 10 de junio de 1847», *pe. i*, nº 2, 1999, pp. 167 y ss.

– «La originalidad de la obra como criterio general de protección del autor en el derecho comunitario. La sentencia del TJCE de 16 de julio de 2009 que resuelve el asunto Infopaq», *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, vol. 2, nº 8, 2012, pp. 111 y ss.

– «L'application du test des trois étapes par le Tribunal Supremo Espagnol: l'affaire Google», en *Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas*, C. Bernault; J.-P. Clavier; A. Lucas-Scholoetter; F.-X Lucas (dirs.), París, 2014, pp. 99 y ss.

– «El límite para la enseñanza y para la investigación», en *La Reforma de la ley de Propiedad Intelectual*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), Valencia, 2015, pp. 113 y ss.

– «El límite para la ilustración con fines educativos o de investigación científica en la universidad», en *Disquisiciones jurídicas sobre el ámbito universitario. Actas del "XIII Curso de régimen jurídico universitario y del Curso El régimen jurídico del personal del SUE y del SECTI: a estudio"*, A. Caro; C. Gómez-Otero; M. Galán (coords.), Cizur Menor, 2016, pp. 419 y ss.

CÁMARA LAPUENTE, S., «Art. 135», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, J. M. Rodríguez Tapia (dir.), Cizur Menor, 2007, pp. 754 y ss.

CÁRAMA VILLAR, G., «El derecho a la educación», en *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, J. L. Monereo Pérez; C. Molina Navarrete; M<sup>a</sup> N. Moreno Vida (dirs.), Granada, 2002, pp. 979 y ss.

GUILLEM CARRAU, J., «Art. 129», en *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual*, F. Palau Ramírez y G. Palao Moreno (dirs.), Valencia, 2017, pp. 1506 y ss.

CARBAJO CASCÓN, F., «Licencias de explotación para usos secundarios de contenidos digitales ("CONLICENCIA" de CEDRO), *La Ley*, nº 7884, 20 de junio de 2012, LA LEY 6946/2012.

– «Titularidad de los derechos de autor sobre contenidos generados en universidades y centros de investigación», *ADI*, vol. 34, 2013-2014, pp. 25 y ss.

– «Artículo 4», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Madrid, 4ª ed., 2017, pp. 67 y ss.

CASAS VALLÉS, R., «Spain», en *Copyright and Digital Distance Education (CDDE): The Use of Pre-Existing Works in Distance Education Through the Internet*, Cuestionario elaborado por R. Xalabarder Plantada, 2003, pp. 198 y ss. Disponible en: <http://www.uoc.edu/in3/dt/eng/20418/Questionnaires.pdf>.

– «Nota a la sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia núm. 21 de Madrid, de 27 de noviembre de 2003 (caso «Aquellos años»). Warner Chappell Music Spain y otros c. Unidad Editorial, S. A.», *pe. i*, nº 15, 2003, pp. 87 y ss.

– «Copia privada y medidas tecnológicas, el Caso Mulholland Drive», *Revista Iberoamericana de Derecho de Autor*, nº 1, enero-junio, 2007, pp. 204 y ss.

– «Propiedad intelectual y contenidos generados en las universidades: viejos problemas ¿nuevas soluciones?», *Diario La Ley*, nº 7957, 2012, La Ley 17530/2012.

– «Art. 40bis», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Madrid, 4ª ed., 2017, pp. 791 y ss.

CAVALLI, S. P; POJAGHI, A., «Voz: antología», *Dizionario del diritto d'autore*, Milán, 2003, pp. 15 y ss.

CAVANILLAS MÚGICA, S., «Propiedad intelectual y ciencia e la Ley de Economía Sostenible y en la Ley de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación», *pe. i*, nº 41, 2012, pp. 13 y ss.

– «El uso educativo de obras en universidades: análisis de dos recientes reformas legislativas en el Reino Unido y en España», en *Estudios sobre la Ley de Propiedad Intelectual. Últimas reformas y materiales pendientes*, J. J. Marín López y R. Sánchez Aristi (coords.), Madrid, 2016, pp. 155 y ss.

CETINA PRESUEL, R., *Límites al derecho de autor y el uso de contenidos protegidos en el ámbito universitario y en la investigación*, tesis doctoral, Madrid, 2014, disponible en: <http://eprints.ucm.es/30176/1/T36069.pdf>

CHAPMAN, A. R., «La propiedad intelectual como derecho humano: obligaciones dimanantes del apartado c) del párrafo 1 del Artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales», *BDA*, vol. XXXV, nº 3, 2001, pp. 4 y ss.

CHATRY, S., *L'exception pedagogique au droit d'auteur et aux droits voisins*, TFM dirigido por A. Lucas, Nantes, 2006-2007. Disponible en: [https://sylvainchatry.files.wordpress.com/2016/05/exception\\_pedagogique\\_chatry.pdf](https://sylvainchatry.files.wordpress.com/2016/05/exception_pedagogique_chatry.pdf).

CHICO Y ORTIZ, J. Mª, «Presente y futuro de la propiedad intelectual», *Boletín de ANABAD*, nº 1, t. XXIX, 1979, pp. 9 y ss.

COHEN JEHORAM, H., «Restrictions on Copyright and their Abuse», *EIPR*, vol. 27, nº 10, 2005, pp. 359 y ss.

COLOMBET, C., *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, París, 9ª ed., 1999.

COOK, T., «Exceptions and Limitations in European Union Copyright Law», *JIPR*, nº 17, 2012, pp. 243 y ss.

CORNISH, W.; LLEWELYN, D.; APLIN, T., *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights*, Londres, 8ª ed., 2013.

CUETO PÉREZ, M., «La Universidad y la investigación», en *Comentarios a la Ley Orgánica de Universidades*, J. V. González García (dir.), Madrid, 2009, pp. 695 y ss.

D'AGOSTINO, G., «Healing Fair Dealing? A Comparative Copyright Analysis of Canada's Fair Dealing to U.K. Fair Dealing and U.S. Fair Use», *McGill L. J.*, nº 53, pp. 309 y ss.

D'ANTONI, A., «Open Educational Resources and Open Content for Higher Education», *RUSC*, vol. 4, nº 1, 2007, pp. 1 y ss. Disponible en: <http://www.redalyc.org/pdf/780/78040104.pdf>.

DANS, E., «Educación *online*: plataformas educativas y el dilema de la apertura», *RUSC*, vol. 6, nº 1, 2009, p. 28. Disponible en: <http://www.uh.cu/static/documents/AL/Educaci%C3%B3n%20online%20plataformas%20educativas%20dilema.pdf>.

DÁNVILA Y COLLADO, M., *La propiedad intelectual. Legislación española y extranjera comentada, concordada y explicada según la Historia, la Filosofía, la Jurisprudencia y los Tratados*, Madrid, 2ª ed., 1882.

DAVARA F. DE MARCOS, M. Á., «Los derechos de autor de los materiales docentes», *La Ley*, nº 7957, 2012, La Ley 17542/2012.

DE ANSORENA, L., *Tratado de la propiedad intelectual en España*, Madrid, 1894.

DE FONSCOLOMBE, H., *Essai sur la propriété littéraire*, Aix, París, 1880.

DE ROMÁN PÉREZ, R., *Obras musicales, compositores, intérpretes y nuevas tecnologías*, Madrid, 2003.

- «La naturaleza jurídica del derecho de autor», en *Propiedad intelectual, derechos fundamentales y propiedad industrial*, C. Iglesias Rebollo (dir.), Madrid, 2005, pp. 13 y ss.
- «Propiedad intelectual y acceso abierto a artículos científicos», en *Propiedad intelectual en el siglo XI: nuevos continentes y su incidencia en el derecho de autor*, I. Espín Alba (coord.), Madrid, 2014, pp. 103 y ss.
- «Titularidad de los derechos en el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual», en *Propiedad intelectual en las universidades públicas: titularidad, gestión y transferencia*, R. de Román Pérez (coord.), Granada, 2016, pp. 3 y ss.

– «Acceso abierto en la legislación española», en *Propiedad intelectual en las universidades públicas: titularidad, gestión y transferencia*, R. de Román Pérez (coord.), Granada, 2016, pp. 351 y ss.

– *Guía de la propiedad intelectual en el ámbito universitario*, Granada, 2017.

DEL CASTILLO, I. C., «La edición digital y los derechos de autor. La Universidad pública como editora de las obras de investigación de la comunidad universitaria», *Foro, Nueva época*, nº 00, 2004, pp. 297 y ss.

DEAZLEY, R., «Commentary on Locke's Second Treatise on Government (1690)», en *Primary Sources on Copyright (1450-1900)*, L. Bently y M. Kretschmer (eds.), 2008, disponible en: [http://www.copyrighthistory.org/cam/tools/request/showRecord?id=commentary\\_uk\\_1690](http://www.copyrighthistory.org/cam/tools/request/showRecord?id=commentary_uk_1690).

– «Commentary on the Statute of Anne 1710», en *Primary Sources on Copyright (1450-1900)*, L. Bently y M. Kretschmer (eds.), 2008, disponible en: [http://www.copyrighthistory.org/cam/commentary/uk\\_1710/uk\\_1710\\_com\\_272007105424.html#\\_ednref15](http://www.copyrighthistory.org/cam/commentary/uk_1710/uk_1710_com_272007105424.html#_ednref15).

DELGADO PORRAS, A., «La incorporación de la Directiva 2001/29 al derecho español de propiedad intelectual (derecho de autor y derechos afines al de autor)», *RIDA*, nº 210, pp. 4 y ss.

DERCLAYE, E., «Of maps, Crown copyright, research and the environment», *EIPR*, vol. 30, nº 4, 2008, pp. 162 y ss.

DESANTES GUANTER, J. M<sup>a</sup>, «El derecho de autor en la Constitución española de 1978», *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 3, 1993, pp. 5 y ss.

DESURMONT, T., «La transposition en France de la Directive 2001/29/CE sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information», *RIDA*, nº 210, 2006, pp. 110 y ss.

DÍAZ ALABART, S., «Comentario al artículo 32 de la Ley de Propiedad Intelectual», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, M. Albaladejo García y S. Díaz Alabart (dirs.), t. V, vol. 4-A, Madrid, 1994, pp. 603 y ss.

DÍAZ DE OLARTE BAREA, J., «Copia privada e ilustración en la enseñanza: aislándonos de Europa en perjuicio de ciudadanos, autores y editores», *Diario La Ley*, nº 8128, 2013, La Ley 4410/2013

– «Usos permitidos por los titulares de derechos a través de licencias otorgadas por las entidades de gestión», en *Propiedad intelectual en las universidades públicas: titularidad, gestión y transferencia*, R. de Román Pérez (coord.), Granada, 2016, pp. 197 y ss.

DIETZ, A., *El derecho de autor en España y Portugal*, Madrid, 1992.

DOCK, M. C., «Genèse et évolution de la notion de propriété littéraire», *RIDA*, nº 79, enero, 1974, pp. 126 y ss.

DREIER, T., «§15 (2)/(3)», en *Urheberrechtsgesetz Kommentar*, T. Dreier y G. Schulze (coords.), Munich, 2008, pp. 256 y ss.

– «§52a», en *Urheberrechtsgesetz Kommentar*, T. Dreier y G. Schulze (coords.), Munich, 2008, pp. 831 y ss.

– «§53», en *Urheberrechtsgesetz Kommentar*, T. Dreier y G. Schulze (coords.), Munich, 2008, pp. 843 y ss.

– «Thoughts on revising the limitations on copyright under Directive 2001/29», *JIPL&P*, nº2, 2015, pp. 138 y ss.

DUPUIS, M., «Le droit de citation des oeuvres et le régime de l'exception pédagogique», *RLDI*, nº 40, julio, 2008, pp. 61 y ss.

DUSOLLIER, S., *Droit d'auteur et protection des oeuvres dans l'univers numérique. Droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des oeuvres*, 2007, Bruselas.

– «The Limitations and Exceptions to Copyright and Related Rights for Libraries, Research and Teaching Uses», en *Study on the Application of Directive 2001/29/EC on Copyright and Related Rights in the Information Society (the "InfoSoc Directive")*, J.-P. Triaille (ed.), Unión Europea, 2013, pp. 243 y ss.

DUSOLLIER, S.; POULLET, Y.; BYUDENS, M., «Derecho de autor y acceso a la información en el contexto numérico», *BDA*, Vol. XXXIV, nº 4, 2000, pp. 4 y ss.

ENGELS, S., «§47 UrhG», en *Urheberrecht Kommentar*, H. Ahlberg y H.-P Götting (coords.), Munich, 2014, pp. 584 y ss.

– «§62 UrhG», en *Urheberrecht Kommentar*, H. Ahlberg y H.-P Götting (coords.), Munich, 2014, pp. 720 y ss.

ESPÍN ALBA, I., «Límite de ilustración con fines educativos o de investigación científica: antecedentes y perspectivas», *ADI*, nº 34, 2013-2014, pp. 111 y ss.

EVANGELIO LLORCA, R., «La libre consulta de obras mediante terminales especializados», en *Límites a la propiedad intelectual y nuevas tecnologías: incidencias por la ley 23/2006*, de 7 de julio, J. A. Moreno Martínez (coord.), Madrid, 2008, pp. 121 y ss.

– «La propiedad intelectual sobre obras creadas por personal investigador al servicio de universidades y otras entidades públicas de investigación», en *Estudios sobre la Ley de propiedad intelectual. Últimas reformas y materias pendientes*, J. J. Marín López y R. Sánchez Aristi (coords.), Madrid, 2016, pp. 209 y ss.

– «Incidencia de la jurisprudencia del TJUE en la legitimación pasiva de los proveedores de enlaces a los efectos de la Ley española de propiedad intelectual», en *Problemática actual de la tutela civil ante la vulneración de la propiedad industrial e intelectual*, J. A. Moreno Martínez (coord.), Madrid, 2017, pp. 101 y ss.

FABIANI, M., «Le eccezioni e limitazioni ai diritti degli autori nella Direttiva 2001/29/CE en ella sua attuazione nei Paesi della Comunità», *Dir. Aut.*, nº 2, abril-junio, 2005, pp. 137 y ss.

FABIANI, M.; MARZANO, P., «Chronique d'Italie», *RIDA*, nº 247, enero, 2016, pp. 87 y ss.

FAJARDO FERNÁNDEZ, J., «Defensa y depuración del límite de uso docente», *pe. i*, nº45, 2013, pp. 13 y ss.

— «Reprografía en las universidades y excepción de ilustración de enseñanza: primer combate nulo», *RdP*, nº 32, 2013, pp. 489 y ss.

— «Campus Virtual y Propiedad Intelectual. Comentario a la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Barcelona de 2 de mayo de 2013», *Diario La Ley*, nº 8164, 2013, La Ley 5685/2013.

FÉRNANDEZ-MOLINA, J. C.; MURIEL, E.; VIVES-GRACIA, J.; RIERA, P.; MARTÍN, O., «Copyright and e-learning: professors' level of knowledge about the new Spanish law», *Aslib Proceedings*, vol. 63, nº4, 2011, pp. 340 y ss.

FICSOR, M., *The Law of Copyright and the Internet*, 2002, Oxford.

— *Collective Management of Copyright and Related Rights*, Ginebra, OMPI, 2002.

— *Guía sobre los Tratados de Derecho de Autor y Derechos Conexos Administrados por la OMPI*, Ginebra, OMPI, 2003.

FORNS, J., «Derecho de propiedad intelectual en sus relaciones con el interés público y la cultura», *ADC*, vol. IV, nº 3, 1951, pp. 985 y ss.

FOSTER, S. E., «The Conflict between the Human Right to Education and Copyright», en *Intellectual Property Law and Human Rights*, P. Torremans (ed.), Alphen aan den Rijn, 3ª ed., 2015, pp. 335 y ss.

FRAGUAS, A., «Aviso a las 'universidades pirata'», *El País*, 21 de abril de 2010. Disponible en: [https://elpais.com/diario/2010/04/21/cultura/1271800802\\_850215.html](https://elpais.com/diario/2010/04/21/cultura/1271800802_850215.html).

FUCHS MATEO, L. C., *La propiedad intelectual como propiedad especial a lo largo de la historia*, Tesis doctoral, Madrid, 2017. Disponible en: <http://eprints.ucm.es/40955/1/T38312.pdf>.

GALÁN CORONA, E., «Los derechos patrimoniales del autor (reproducción, distribución y puesta a disposición) tras la reforma introducida por la Lee 23/2006, de 7 de julio», en *Reformas recientes de la Propiedad Intelectual*, C. Rogel Vide (coord.), Madrid, 2007, pp. 35 y ss.

GALLI, P., «Art. 15», en *Commentario breve alle Leggi su Proprietà Intellettuale e Concorrenza*, L. C. Ubertazzi (coord.), Padova, 5ª ed., 2012, pp. 1399 y ss.

— «Art. 17», en *Commentario breve alle Leggi su Proprietà Intellettuale e Concorrenza*, L. C. Ubertazzi (coord.), Padova, 5ª ed., 2012, pp. 1417 y ss.

GALOPIN, B., *Les exceptions à usage public en droit d'auteur*, París, 2012.

GARCÍA I.; LÓPEZ, C., «Los recursos de aprendizaje», en *Evolución y retos de la educación virtual. Construyendo el e-learning del siglo XXI*, B. Gros (ed.), Barcelona, 2011, pp. 93 y ss.

GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, t. I, Madrid, 1852.

GARNETT, K.; JAMES, J. R.; DAVIES, G., *Copinger and Skone James on Copyright*, Londres, vol. I, 14ª ed., 1999.

GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., *El derecho de autor en Internet. La directiva sobre derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información*, Granada, 2001.

– «Artículo 9», en *Comentarios al Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas*, coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Madrid, 2013, pp. 705 y ss.

– «¿Puede crearse un nuevo límite en la ley de propiedad intelectual española para dar cobertura a los contenidos generados por los usuarios?», en *Estudios sobre la Ley de Propiedad Intelectual. Últimas reformas y materiales pendientes*, J. J. Marín López y R. Sánchez Aristi (coords.), Madrid, 2016, pp. 257 y ss.

GAUBIAC, Y., «La libertad de citar una obra del ingenio», *RIDA*, nº 171, 1997, pp. 2 y ss.

GAUTIER, P.-Y., *Propriété littéraire et artistique*, París, 9ª ed., 2015.

GEIGER, C., «Les exceptions au droit d'auteur à des fins d'enseignement et de recherche en droit allemand», *Propriétés Intellectuelles*, nº 5, 2002, pp. 29 y ss.

– *Droit d'auteur et droit du public à l'information*, París, 2004.

– «Fundamental Rights, a Safeguard for the Coherence of Intellectual Property Law?», *IIC*, nº 35, 2004, pp. 278 y ss.

– «Creating Copyright Limitations Without Legal Basis: The "Buren" Decision, a Liberation?», *IIC*, vol. 36, nº 7, 2005, pp. 842 y ss.

– «“Constitutionalising” Intellectual Property Law? The Influence of Fundamental Rights on Intellectual Property in the European Union», *IIC*, nº 37, 2006, pp. 385 y ss.

– «La transposition du test des trois étapes en droit français», *Recueil Dalloz*, nº 31, 2006, pp. 2164 y ss.

– «The New French Law on Copyright and Neighbouring Rights of 1 August 2006 - An Adaptation to the Needs of the Information Society?», *IIC*, nº 38, 2007, pp. 401 y ss.

– «From Berne to National law, via the Copyright Directive: The Dangerous Mutations of the Three-Step Test», *EIPR*, 2007, pp. 486 y ss.

– «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*, enero-marzo, 2007.

– «Copyright's Fundamental Dimension at EU Level», en *Research Handbook on the Future of EU Copyright*, E. Derclaye (ed.), 2009, pp. 27 y ss.

– «Implementing intellectual property provisions in human rights instruments: Towards a new social contract for the protection of intangibles», en *Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property*, C. Geiger (ed.), Cheltenham, Northampton, 2015, pp. 661 y ss.

– «The Role of the Court of Justice of the European Union: Harmonizing, Creating and sometimes Disrupting Copyright Law in the European Union», en *New Developments in EU and International Copyright Law*, I. Stamatoudi (ed.), Países Bajos, 2016, pp. 435 y ss.

GEIGER, C.; FROSIO, G.; BULAYENKO, O., *The Exception for Text and Data Mining (TDM) in the Proposed Directive on Copyright in the Digital Single Market - Legal Aspects*, Unión Europea, 2018. Disponible en: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2018/604941/IPOL\\_IDA\(2018\)604941\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2018/604941/IPOL_IDA(2018)604941_EN.pdf).

GEIGER, C.; GRIFFITHS, J.; SENFTLEBEN, M.; BENTLY, L.; XALABARDER, R., «Limitations and Exceptions as Key Elements of the Legal Framework for Copyright in the European Union – Opinion of the European Copyright Society on the Judgment of the CJEU in Case C-201/13 Deckmyn», *IIC*, nº 101, 2015, pp. 93 y ss.

GEIGER, C.; SCHÖNHERR, F., «Defining the Scope of Protection of Copyright in the EU: The Need to Reconsider the Acquis regarding Limitations and Exceptions», en *Codification of European Copyright Law. Challenges and Perspectives*, T.-E. Synodinou (ed.), Alphen aan den Rijn, 2012, pp. 133 y ss.

GENDREAU, Y., «Exceptions for Education and Research», en *New Developments in EU and International Copyright Law*, I. Stamatoudi (ed.), Países Bajos, 2016, pp. 57 y ss.

GEORGOPOULUS, T., «The Legal Foundations of European Copyright Law», en *Codification of European Copyright Law. Challenges and Perspectives*, T.-E. Synodinou (ed.), Alphen aan den Rijn, 2012, pp. 31 y ss.

GIANNINI, A., «Citazioni e riproduzioni libere», *Riv. Dir. Civ.*, 1955, pp. 919 y ss.

– *La Convenzione di Berna sulla proprietà letteraria*, Roma, 1993.

GINSBURG, J., «¿Hacia un derecho de autor supranacional? La decisión del grupo especial de la OMC y las tres condiciones acumulativas que deben cumplir las excepciones al derecho de autor», *RIDA*, nº 187, 2001, pp. 2 y ss.

GLOBAL CITIZENSHIP COMMISSION, «Social and Economic Rights», en *The Universal Declaration of Human Rights in the 21st Century. A Living Document in a Changing World*, B. Gordon (ed.), 2016, pp. 63 y ss. DOI: 10.2307/j.ctt1bpmb7v.12.

GOLDSTEIN, P., *El copyright en la sociedad de la información*, Alicante, 1999, traducción por M<sup>a</sup> L. Llobregat Hurtado.

GOLDSTEIN, P.; HUGENHOLTZ, B., *International Copyright. Principles, Law and Practice*, Oxford, 3<sup>a</sup> ed., 2013.



GÓMEZ LAPLAZA, M<sup>a</sup> C., «Comentario al artículo 32 de la Ley de Propiedad Intelectual», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, M. Albaladejo García y S. Díaz Alabart (dirs.), t. V, vol. 4-A, Madrid, 1994, pp. 545 y ss.

GÓMEZ ROSENDO DEL TORO, A., *El derecho de autor en la Unión Europea*, Madrid, 2006.

GORI, G., «Art. 14», en *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, A. Peers; T. Hervey; J. Kenner; A. Ward (eds.), Oxford, Portland, Oregon, 2014, p. 401 y ss.

GOTZEN, F., «Copyright in Europe: Quo vadis? Some Conclusions after the Implementation of the Information Society Directive», *RIDA*, n<sup>o</sup> 211, 2007, pp. 3 y ss.

GRANCHET, A., «Enseignement et droit d'auteur», *Com. Com. Électr.*, n<sup>o</sup> 12, 2005, pp. 21 y ss.

GRIFFITHS, J., «Fair Dealing in the Law of Copyright», *Nottingham Law Journal*, vol. 8, n<sup>o</sup> 1, 1999, pp. 54 y ss.

GUIBAULT, L., «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*, octubre-diciembre, 2003, pp. 1 y ss.

– «Why Cherry-Picking Never Leads to Harmonisation. The Case of the Limitations on Copyright under Directive 2001/29/EC», *JIPITEC*, n<sup>o</sup> 2, 2010, pp. 55 y ss.

– «Legal Aspects of Open Access to Publicly Funded Research», en *Enquiries into Intellectual Property's Economic Impact*, OCDE, 2015, pp. 373 y ss. Disponible en: <http://www.oecd.org/sti/ieconomy/Chapter7-KBC2-IP.pdf>

HARGREAVES, I., *Digital Opportunity. A Review of Intellectual Property and Growth*, 2011, disponible en: [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/32563/ipreview-finalreport.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/32563/ipreview-finalreport.pdf).

HART, M., «The proposed directive for copyright in the information society: nice rights, shame about the exceptions», *EIPR*, vol. 20, n<sup>o</sup> 5, 1998, pp. 169 y ss.

HELPER, L. R., «The New Innovation Frontier? Intellectual Property and the European Court of Human Rights», *Harvard International Law Journal*, vol. 49, n<sup>o</sup>1, 2008, pp. 1 y ss.

HELPER, L. R.; AUSTIN, G. W., *Human Rights and Intellectual Property. Mapping the global interface*, Nueva York, 2011.

HILDEBRANDT, M., «The Meaning and the Mining of Legal Texts», en *Understanding Digital Humanities*, D. M. Berry (ed.), Londres, 2012, pp. 145 y ss.

HILTY, R. M., «Analyse critique et prospective. Un point de vue allemand», en *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe. Rencontres franco-allemandes*, R. M Hilty y C. Geiger (dirs.), 2007, Múnich, París, pp. 61 y ss.

– «Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition on the Proposed Modernisation of European Copyright Rules. PART B. Exceptions and Limitations. Chapter 2. Digital and Cross-Border Teaching Activities (Article 4 COM(2016) 593)». Disponible en: [https://www.ip.mpg.de/fileadmin/ipmpg/content/stellungnahmen/MPI\\_Position\\_Statement\\_Part\\_B\\_Chapter\\_2.pdf](https://www.ip.mpg.de/fileadmin/ipmpg/content/stellungnahmen/MPI_Position_Statement_Part_B_Chapter_2.pdf).

HILTY, R. M.; RICHTER, H., «Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition on the Proposed Modernisation of European Copyright Rules. Part B. Exceptions and Limitations (Art. 3 – Text and Data Mining)», *Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper*, nº 17-02. Disponible en <https://ssrn.com/abstract=2900110> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2900110> 2017.

HUGENHOLTZ, B. ET AL., «Adapting Copyright to the Information Superhighway», en *The Future of Copyright in a Digital Environment*, B. Hugenholtz (ed.), La Haya, Kluwer, 1996, pp. 81 y ss.

– «Why the Copyright Directive is Unimportant, and Possibly Invalid», *EIPR*, vol. 12, nº 11, 2000, pp. 499 y ss.

– *The Recasting of Copyright & Related Rights for the Knowledge Economy*, Ámsterdam, 2006.

HOEREN, T., «Les limitations au droit d'auteur en droit allemand», en *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe. Rencontres franco-allemandes*, R. M Hilty y C. Geiger (dirs.), 2007, Múnich, París, pp. 291 y ss.

HOLMES, S.; GANLEY, P., «User-generated content and the law», *JIP&P*, nº 5, vol. 2, 2007, pp. 338 y ss.

IGLESIAS, M. J., *Limitaciones docentes a la propiedad intelectual. Derecho internacional, español y comparado y opciones de política legislativa*, Tesis doctoral, Palma de Mallorca, 2007. Disponible en: <http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/386326/tmjip1de1.pdf?sequence=1>.

KAMOCKI, P., «Laissez-fouiller! L'argument pour les «utilisations orthogonales» des oeuvres de l'esprit dans le context du débat sur l'exploration des données», *RIDA*, nº 247, enero, 2016, pp. 5 y ss.

KAWOHL, F., «Commentary on Imperial privileges for Conrad Celtis (1501/02) », en *Primary Sources on Copyright (1450-1900)*, L. Bently y M. Kretschmer (eds.), 2008, disponible en: [http://www.copyrighthistory.org/cam/tools/request/showRecord?id=commentary\\_d\\_1501](http://www.copyrighthistory.org/cam/tools/request/showRecord?id=commentary_d_1501).

– «Commentary on the German Imperial Copyright Act (1870)», en *Primary Sources on Copyright (1450-1900)*, L. Bently y M. Kretschmer (eds.), 2008, disponible en: [http://www.copyrighthistory.org/cam/tools/request/showRecord?id=commentary\\_d\\_1870](http://www.copyrighthistory.org/cam/tools/request/showRecord?id=commentary_d_1870).

KÉRÉVER, A., *La Directiva europea relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información*, BDA, nº 1, 2001, pp. 3 y ss.

KREUTZER, T.; HIRCHE, T., *Rechtsfragen zur Digitalisierung in der Lehre Praxisleitfaden zum Recht bei E-Learning, OER und Open Content*, Hamburgo, 2017. Disponible en: [https://irights.info/wp-content/uploads/2017/11/Leitfaden\\_Rechtsfragen\\_Digitalisierung\\_in\\_der\\_Lehre\\_2017-UrhWissG.pdf](https://irights.info/wp-content/uploads/2017/11/Leitfaden_Rechtsfragen_Digitalisierung_in_der_Lehre_2017-UrhWissG.pdf).

KUR, A., «Of Oceans, Islands, and Inland Water – How Much Room for Exceptions and Limitations under the Three Step-Test?», Max Planck Institute, 2008. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1317707>.

LABOULAYE, É., *Études sur la propriété littéraire en France et en Angleterre*, París, 1858.

LABOULAYE, É.; GUIFFREY, G., *La propriété littéraire et artistique au XVIIIe siècle. Recueil de pièces et de documents*, París, 1859.

LACRUZ BERDEJO, J. L., «Comentario al art. 2», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Madrid, 3ª ed., 2007, pp. 25 y ss.

LEBOIS, A., «Les exceptions a des fins de recherche et d'enseignement, la consécration?», *RLDI*, nº 25, marzo, 2007, pp. 18 y ss.

LEISTNER, M., «El derecho comparado en la propiedad intelectual: importancia técnica y relevancia práctica», *RDP*, nº 4, 2007, pp. 63 y ss.

LESCURE, P., *Mission «Acte II de l'exception culturelle». Contribution aux politiques culturelles à l'ère numérique*, t. I, 2013. Disponible en: <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/134000278.pdf>.

LLEDÓ YAGUÉ, F., «Comentario a los artículos 31-32», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Madrid, 1989, pp. 510 y ss.

LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, A., «Art. 19», en *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual*, F. Palau Ramírez y G. Palau Moreno (dirs.), Valencia, 2017, pp. 338 y ss.

LÓPEZ TERRADA, E., «Investigación, trabajo asalariado y derechos de propiedad intelectual», en *Investigación, docencia universitaria y derechos de propiedad intelectual*, J. A. Altés Tárrega (coord.), Valencia, 2015, pp. 69 y ss.

LÓPEZ QUIROGA, J., *Propiedad intelectual en España. Estudio teórico y práctico de la Ley y Reglamento vigentes*, Madrid, 1918.

LÓPEZ MAZA, S., «Art. 10», en *Comentarios al Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Madrid, 2013, pp. 833 y ss.

– «La posibilidad de utilización directa por el juez de la regla de los tres pasos», en *Estudios sobre la Ley de Propiedad Intelectual. Últimas reformas y materiales pendientes*, J. J. Marín López y R. Sánchez Arísti (coords.), Madrid, 2016, pp. 297 y ss.

– «Art. 32», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Madrid, 4ª ed., 2017, pp. 620 y ss.

LUCAS, A., «Le “triple test” de l’article 13 de l’Accord ADPIC à la lumière du rapport du Groupe spécial de l’OMC “Etats Unis-Article 110 5) de la Loi sur le droit d’auteur”», en *Writings in Honour of Adolf Dietz*, P. Ganea; C. Heath; G. Schricker (eds.), Munchen, 2001, pp. 423 y ss.

– «Le test en trois étapes et sa signification dans la Directive de 2001 sur la Société de l’Information», *pe.i*, Addenda, 2011, p. 47 y ss.

LUCAS, A.; CÁMARA ÁGUILA, P., «Por una interpretación razonable de la regla de los tres pasos, o por qué hay que evitar la impresión: un estudio sobre la Declaración por una interpretación equilibrada de la regla de los tres pasos en derecho de autor», *pe.i*, nº 33, 2009, pp. 13 y ss.

LUCAS, A.; LUCAS, H.-J.; LUCAS-SCHLOETTER, A., *Traité de la propriété littéraire et artistique*, París, 4ª ed., 2012.

LUCAS-SCHLOETTER, A., «La loi française du 1er août 2006 relative au droit d’auteur et aux droits voisins dans la société de l’information», *pe. i*, nº 25, 2007, pp. 13 y ss.

MARCO MOLINA, J., «Bases históricas y filosóficas del derecho de autor», *ADC*, vol. 47, nº1, 1994, pp. 121 y ss.

MARGONI, T., «Ecezioni e limitazioni al diritto d'autore in Internet», *Giur. It.*, nº 8-9, 2011, pp. 1959 y ss.

MARÍN GÁLVEZ, J., GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Mª T. (coords.), *Alumnos precoces, superdotados y de altas capacidades*, Madrid, 2000.

MARISCAL GARRIDO-FALLA, P., «Las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual: breve comentario acerca de la inadecuación de su régimen jurídico», *pe. i.*, nº 34, 2010, pp. 13 y ss.

– «El límite de cita a la luz de la directiva 2001/29 y de la Ley de propiedad intelectual. Evolución jurisprudencial», en *Estudios sobre la Ley de propiedad intelectual. Últimas reformas y materias pendientes*, J. J. Marín López y R. Sánchez Arísti (coords.), Madrid, 2016, pp. 399 y ss.

MARTÍN-PRAT, M., «The Future of Copyright in Europe», *Colum. J. L & Arts*, nº 29, 2014, pp. 29 y ss.

MARTÍN SALAMANCA, S., «Art. 32 LPI», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, J. M. Rodríguez Tapia (dir.), Cizur Menor, 2007, pp. 252 y ss.

- «Art. 34», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, J. M. Rodríguez Tapia (dir.), Cizur Menor, 2007, pp. 277 y ss.
- «Art. 37», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, J. M. Rodríguez Tapia (dir.), Cizur Menor, 2007, pp. 302 y ss.
- «El campus virtual a juicio o la escurridiza excepción del art. 32.2 LPI», en *Investigación, docencia universitaria y derechos de propiedad intelectual*, J. A. Altés Tárrega (coord.), Valencia, 2015, pp. 223 y ss.

MARTÍN VILLAREJO, A., «Art. 106», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, J. M. Rodríguez Tapia (dir.), Cizur Menor, 2007, pp. 590 y ss.

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «Art. 13», en *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, A. Mangas Martín (dir.), Bilbao, 2008, pp. 299 y ss.

- «Art. 14», en *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, A. Mangas Martín (dir.), Bilbao, 2008, pp. 309 y ss.

MARZAL RAGA, R., «La propiedad intelectual generada por la investigación universitaria. Un nuevo marco normativo», *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, nº 99-100, pp. 2007 y ss.

MASOUYÉ, C., *Guide to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (Paris Act, 1971)*, traducción al inglés de William Wallace, Ginebra, 1978.

MAZZIOTTI, G., *EU Digital Copyright Law and the End-User*, Berlín, Heidelberg, 2008.

- «Diritto d'autore, libere utilizzazioni e licenze per attività didattiche: l'insostenibile leggerezza della Legge italiana in una prospettiva europea e comparata», *Dir. Aut.*, nº 2, abril-junio, 2011, pp. 207 y ss.
- *Copyright in the EU Digital Single Market. Report of the CEPS Digital Forum*, Bruselas, 2013, disponible en: <https://www.ceps.eu/publications/copyright-eu-digital-single-market>.

MCDONALD, D., *The Value and Benefits of Text Mining to UK Further and Higher Education*, estudio encomendado por la asociación JISC, Reino Unido, 2012. Disponible en: <https://www.jisc.ac.uk/reports/value-and-benefits-of-text-mining>.

MELICHAR, F., «§ 47», en *Urheberrecht Kommentar*, G. Schricker (coord.), Munich, 2006, pp. 983 y ss.

MINERO ALEJANDRE, G., *La protección jurídica de las bases de datos en el ordenamiento europeo*, Madrid, 2014.

– «Art. 34», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Madrid, 4ª ed., 2017, pp. 688 y ss.

MORA VICARIOLI, F., «Posibilidades educativas de la wiki», *Tecnología en Marcha*, vol. 25, nº 3, 2012, pp. 112 y ss.

MORENO MARTÍNEZ, J. A., «Límite al derecho de autor por fines educativos», en *Límites a la propiedad intelectual y nuevas tecnologías: incidencias por la ley 23/2006, de 7 de julio*, J. A. Moreno Martínez (coord.), Madrid, 2008, pp. 393 y ss.

MORILLAS JARILLO, M. J., «Art. 34», en *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual*, F. Palau Ramírez y G. Palao Moreno (dirs.), Valencia, 2017, pp. 584 y ss.

NÚÑEZ ZORRILLA, C., *El contrato de enseñanza no reglada*, Madrid, 2006.

OLAGNIER, P., *Le droit d'auteur*, París, 1934, t. 1 y t. 2.

OROZCO PARDO, G., «Art. 122», «Comentario al artículo 122 de la Ley de Propiedad Intelectual», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, M. Albaladejo García y S. Díaz Alabart (dirs.), t. V, vol. 4-B, Madrid, 1995, pp. 583 y ss.

ORTEGA DÍAZ, J. F., «Las excepciones de cita e ilustración en el entorno tradicional y digital. A propósito de la Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo, relativa a la adaptación de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información», *pe.i.*, nº 19, 2005, pp. 71 y ss.

ORTIZ, L. F., «Campus Virtual: la educación más allá del LMS», *RUSC*, vol. 4, nº 1, 2007, pp. 1 y ss. Disponible en: <http://rusc.uoc.edu/rusc/es/index.php/rusc/article/view/v4n1-ortiz.html>.

PARES, P., «La conception française du droit d'auteur», *RIDA*, nº 2, 1954, pp. 2 y ss.

PEDRIALI, A., «Nota a App. Roma, de 9 de mayo de 1994», *AIDA*, t. IV, 1995, pp. 502 y ss.

PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M., «Comentario a los arts. 428 y 429 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. V, vol. 2, Madrid, 1985, pp. 715 y ss.

PÉREZ CUESTA, E., «Una perspectiva histórico-jurídica sobre el derecho de autor», *RDP*, enero-diciembre, 1981, pp. 333 y ss.

PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., *Derecho de autor: la facultad de decidir la divulgación*, Las Palmas de Gran Canaria, 1993.

– «Aproximación al significado de la expresión “ámbito estrictamente doméstico” en la regulación legal de la facultad patrimonial de comunicación pública», *pe. i.*, nº 12, 2002, pp. 25 y ss.

– «Art. 32», en *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Madrid, 3ª ed., 2007, pp. 583 y ss.

PÉREZ MORIONES, A., «Ilustración con fines educativos o científicos tras la Ley de propiedad intelectual reformada», *RGLJ*, nº 1, 2015, pp. 83 y ss.

PIATEK, D., *La crise des exceptions en droit d'auteur: étude paradigmatique*, Tesis doctoral, Orleans, 2016. Disponible en: <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01529767/document>.

PICCIOTTO, S., «Copyright Licensing: The Case of Higher Education Photocopying in the United Kingdom», *EIPR*, vol. 24, nº 9, pp. 438 y ss.

PILES, J., «La música se fotocopia más que cualquier otra materia», en *Boletín informativo de CEDRO*, nº 60, 2007, p. 23.

PIOLA CASELLI, E., *Trattato del Diritto di Autore e del contratto di edizione nel Diritto interno Italiano comparato col Diritto straniero*, Nápoles-Torino, 2ª ed., 1927.

PLAZA PENADÉS, J., «Obras protegidas por la propiedad intelectual y su utilización en educación e investigación», en *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, t. II, coord. F. de Paula Blasco Gascó, Valencia, 2011, pp. 1959 y ss.

POLLAUD-DULAIN, F., *Le droit d'auteur*, París, 2ª ed., 2014.

POUILLET, E., *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, t. I., París, 3ª ed., 1908.

PRIMER, T., *The Law of Copyright*, Londres, 1992.

RAMALHO, A., «Conceptualising the European Union's Competence in Copyright – What Can the EU Do?», *IIC*, nº 45, 2014, pp. 178 y ss.

RAMS ALBESA, J., «Comentario al artículo 14 de la Ley de Propiedad Intelectual», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, M. Albaladejo García y S. Díaz Alabart (dirs.), t. V, vol. 4-A, Madrid, 1994, pp. 302 y ss.

– «Art. 17», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Madrid, 3ª ed., 2007, pp. 269 y ss.

– «Comentario al artículo 20 de la Ley de Propiedad Intelectual», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, M. Albaladejo García y S. Díaz Alabart (dirs.), t. V, vol. 4-A, Madrid, 1994, pp. 391 y ss.

– «La génesis de los derechos morales de los creadores», en *En torno a los derechos morales de los creadores*, C. Rogel Vide (coord.), Madrid, 2003, pp. 17 y ss.

RENOUARD, A. CH., *Traité des droits d'auteurs, dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, París, 1838, t. I y II

RIBERA BLANES, B., *El derecho de reproducción en la propiedad intelectual*, Madrid, 2002.

– «La nueva regulación de la ilustración con fines educativos o de investigación científica», en *Estudios sobre la Ley de propiedad intelectual. Últimas reformas y materias pendientes*, J. J. Marín López y R. Sánchez Aristi (coords.), Madrid, 2016, pp. 685 y ss.

RICKETSON, S., *Estudio sobre las limitaciones y excepciones relativas al derecho de autor y a los derechos conexos en el entorno digital*, Ginebra, 2003. Disponible en: [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/sccr\\_9/sccr\\_9\\_7.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/sccr_9/sccr_9_7.pdf).

– «The Birth of the Berne Union», *Colum. J. L & Arts*, vol. 11, nº 9, 1986-1987, pp. 9 y ss.

RICKETSON, S.; GINSBURG, J. C., *International Copyright and Neighbouring Rights. The Berne Convention and Beyond*, 2nd ed., vol. I, Oxford, 2010.

RIVAS PRIETO, P., «El concepto de comunicación al público del TJUE: los criterios que informan los asuntos Del Corso y Phonographic Performance», *pe.i.*, nº 43, 2013, pp. 49 y ss.

RIVERO HERNÁNDEZ, F., «Art. 19», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Madrid, 3ª ed., 2007, pp. 304 y ss.

– «Art. 20», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Madrid, 3ª ed., 2007, pp. 328 y ss.

ROBLES LATORRE, P., «El mundo docente y la nueva regulación del límite», en *Los derechos de propiedad intelectual en la obra audiovisual*, X. O'Callaghan Muñoz (coord.), Madrid, 2011, pp. 439 y ss.

RODRÍGUEZ PARDO, J., «Highlights of the Origins of the European Union Law on Copyright», *EIPR*, vol. 23, nº 5, 2001, pp. 238 y ss.

– «A Historical Approach to the Current Copyright Law in Spain», *EIPR*, vol. 8, nº 7, 2006, pp. 389 y ss.

RODRÍGUEZ TAPIA, J. M., «Centenario de la Unión de Berna: 1886-1986. Precedentes históricos», *ADC*, 1986, pp. 885.

– «Art. 17», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, J. M. Rodríguez Tapia (dir.), Cizur Menor, 2007, pp. 147 y ss.

– «Art. 40bis LPI», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, J. M. Rodríguez Tapia (dir.), Cizur Menor, 2007, pp. 338 y ss.

RODRÍGUEZ TAPIA, J. M.; BONDÍA ROMÁN, F., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, 1997.

ROGEL VIDE, C., «Notas sobre el derecho de cita de obras literarias o artísticas», *Diario La Ley*, t. IV, 1984, La Ley 6473/2001.



ROGEL VIDE, C.; SERRANO GÓMEZ, E.; ANGUITA VILLANUEVA, L. A. Y CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, A., «Reforma de la propiedad intelectual por la Ley 21/2014», *Foro, Nueva época*, vol. 17, nº 2, 2014, pp. 371 y ss.

ROSATI, E., *The Exception for Text and Data Mining (TDM) in the Proposed Directive on Copyright in the Digital Single Market - Technical Aspects*, Unión Europea, 2018. Disponible en:

[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/604942/IPOL\\_BRI\(2018\)60494\\_2\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/604942/IPOL_BRI(2018)60494_2_EN.pdf).

ROSE, M., «The Public Sphere and the Emergence of Copyright: Areopagitica, the Stationers' Company, and the Statute of Anne», en *Privilege and Property. Essays on the History of Copyright*, R. Deazley; M. Kretschmer; L. Bently (eds.), Cambridge, 2010, pp. 67 y ss.

ROSMINI, H., «Emprunts littéraires et chrestomathies», *Le Droit d'Auteur*, nº 10, 1894, pp. 134 y ss.

ROVATI, A. M., «Introduzione a la I.a.», *Commentario breve alle Leggi su Proprietà Intellettuale e Concorrenza*, L. C. Ubertazzi (coord.), Vicenza, 6ª ed., 2016, pp. 1455 y ss.

SAIZ GARCÍA, C., «La reforma del límite de ilustración de la enseñanza del artículo 32 Texto Refundido de la Ley de propiedad intelectual», *RdP*, 2014, nº 34, pp. 103 y ss.

- «Situación de la universidad frente a los actos de explotación de obras protegidas por derechos de autor», en *Investigación, docencia universitaria y derechos de propiedad intelectual*, J. A. Altés Tárrega (coord.), Valencia, 2015, pp. 163 y ss.
- «Artículo 32», en *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual*, F. Palau Ramírez y G. Palao Moreno (dirs.), Valencia, 2017, pp. 521 y ss.

SALCZER-SÁNCHEZ, M., «Le droit d'auteur et les nécessités de l'enseignement», *RIDA*, nº 110, octubre, 1981, pp. 136 y ss.

SÁNCHEZ ARISTI, R., *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, Granada, 2ª ed., 2005.

- «Artículo 11», en *Comentarios al Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas*, coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Madrid, 2013, pp. 941 y ss.
- «El cálculo de la indemnización por reproducción no licenciada de obras impresas en establecimientos de reprografía. Aplicación jurisprudencial del llamado «índice CORSA» establecido en sus tarifas por la entidad de gestión CEDRO», *Diario La Ley*, nº 8124, 2013, La Ley 4385/2013.
- «Art. 18», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Madrid, 4ª ed., 2017, pp. 309 y ss.
- «Sección 2ª», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Madrid, 4ª ed., 2017, pp. 275 y ss.
- «Art. 20», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Madrid, 4ª ed., 2017, pp. 376 y ss.

- «Art. 19», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Madrid, 4ª ed., 2017, pp. 338 y ss.
- «Art. 34», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Madrid, 4ª ed., 2017, pp. 1575 y ss.

SANCHO, T.; BORGES, F., «El aprendizaje en un entorno virtual y su protagonista, el estudiante virtual», en *Evolución y retos de la educación virtual. Construyendo el e-learning del siglo XXI*, B. Gros (ed.), Barcelona, 2011, pp. 27 y ss.

SANJUÁN RODRÍGUEZ, N., «La nueva redacción del artículo 32 de la Ley de propiedad intelectual. La cita (y en especial las recopilaciones periódicas) y la ilustración de la enseñanza», *pe. i*, nº 35, 2010, pp. 53 y ss.

SAPPA, C., «Art. 70», en *Commentario breve alle Leggi su Proprietà Intellettuale e Concorrenza*, L. C. Ubertazzi (coord.), Vicenza, 6ª ed., 2016, pp. 1727 y ss.

- «Art. 70», en *Commentario breve alle Leggi su Proprietà Intellettuale e Concorrenza*, L. C. Ubertazzi (coord.), Padova, 5ª ed., 2012, pp. 1553 y ss.

SARTI, D., «La «privatizzazione» dell'attività della SIAE. Diritto d'autore, reti telematiche e libere utilizzazioni per scopi didattici», *NLCC*, nº 2, 2009, pp. 350 y ss.

SAYERS, D., «Art. 13», en *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, A. Peers; T. Hervey; J. Kenner; A. Ward (eds.), Oxford, Portland, Oregon, 2014, pp. 379 y ss.

SCHUEFEN, M., *Copyright versus Open Access. On the Organisation and International Political Economy of Access to Scientific Knowledge*, Suiza, 2015. DOI: 10.1007/978-3-319-12739-2.

SCHULZ, W., «§52 UrhG», en *Urheberrecht Kommentar*, H. Ahlberg y H.-P Götting (coords.), Munich, 2014, pp. 615 y ss.

SCHULZ, W.; HAGEMEIERS, S., «§46 UrhG», en *Urheberrecht Kommentar*, H. Ahlberg y H.-P Götting (coords.), Munich, 2014, pp. 579 y ss.

- «§52a UrhG», en *Urheberrecht Kommentar*, H. Ahlberg y H.-P Götting (coords.), Munich, 2014, pp. 615 y ss.

SECKER, J.; MORRISON, C., *Copyright and e-learning: a guide for practitioners*, Londres, 2ª ed. 2016.

SENFTLEBEN, M., *Copyright, Limitations and the Three-step test. An Analysis of the Three Step Test in International and EC Copyright Law*, Ámsterdam, 2004.

- «The International Three-Step Test. A Model Provision for EC Fair Use Legislation», *JIPITEC*, nº 1, 2010, pp. 67 y ss.

SENG, D., *Updated study and additional analysis of study on copyright limitations and exceptions for educational activities*, Ginebra, 2017, disponible en: [http://www.wipo.int/meetings/en/doc\\_details.jsp?doc\\_id=390249](http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=390249).

SERENO RESTREPO, J. S., «Contenido generado por usuarios (UGC), wikies y derecho de autor», *Revista de la propiedad inmaterial*, nº 14, 2010, pp. 209 y ss.

SERRANO FERNÁNDEZ, M., «La doctrina del *ius usus inocui* y el principio de prohibición del abuso del derecho en el ámbito de la propiedad intelectual. Comentario a la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 3 de abril de 2012 (RJ 2012, 5272)», *RdP*, nº 32, 2013, pp. 469 y ss.

SERRANO GÓMEZ, E., *Los derechos de remuneración de la propiedad intelectual*, Madrid, 2000.

– «La ilustración de la enseñanza en el Anteproyecto de reforma de la Ley de propiedad intelectual», en *En torno a la reforma de la Ley de propiedad intelectual*, L. A. Anguita Villanueva (coord.), Madrid, 2013, pp. 21 y ss.

SIRINELLI, P., *Excepciones y limitaciones al derecho de autor y los derechos conexos*, Ginebra, 1999. Disponible en: [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/wct\\_wppt\\_imp/wct\\_wppt\\_imp\\_1.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/wct_wppt_imp/wct_wppt_imp_1.pdf).

– «Discours d'ouverture», en *Regards sur les sources du droit d'auteur. Congreso ALAI 18-21 de septiembre de 2005 en París*, Mercuès, 2007, pp. 19 y ss.

SPEDICATO, G., *Il diritto d'autore in ambito universitario*, Bolonia, 2011. Disponible en: <http://amsacta.unibo.it/3018/3/Spedicato-il-diritto-d-autore-in-ambito-universitario-web.pdf>.

SPURGEON, C. P., «¿Autorizar o limitar? Utilización en línea con fines educativos: alternativas para preservar los derechos exclusivos de los titulares de los derechos de autor», *Boletín de derecho de autor*, 2003, pp. 1 y ss.

STAMATOUDI, I., «Text and Data Mining», en *New Developments in EU and International Copyright Law*, I. Stamatoudi (ed.), Alphen aan den Rijn, 2016, pp. 251 y ss.

STRÖMHOLM, S., *Le droit moral de l'auteur en Droit allemand, français et scandinave avec un aperçu de l'évolution internationale. Étude de Droit comparé*, vol. I, primera parte, Estocolmo, 1966.

STROWEL, A., *Droit d'auteur et copyright. Divergences et convergences. Étude de droit comparé*, Bruselas, París, 1993.

SUTHERSANEN, U., «Copyright and Educational Policies: A Stakeholder Analysis», *OJLS*, vol. 23, nº 4, 2003, pp. 585 y ss.

TAFFOREAU, P., «Les exceptions à la propriété littéraire et artistique aux fins de recherche et d'enseignement», *Cahiers Droit, Sciences & Technologies*, nº 3, 2010, pp. 129 y ss.

TODOLSÍ SIGNES, A., «El open access en la regulación española», en *Investigación, docencia universitaria y derechos de propiedad intelectual*, J. A. Altés Tárrega (coord.), Valencia, 2015, pp. 119 y ss.

TOMÁS MARTÍNEZ, G., «Docencia e investigación en el marco de la propiedad intelectual», en *El copyright en cuestión*, J. Torres Ripa; J. A Gómez Hemández (coords.), Bilbao, 2011, pp. 79 y ss.

TORREMANNS, P., «The Perspective of the Introduction of a European Fair Use Clause», en *Codification of European Copyright Law. Challenges and Perspectives*, T.-E. Synodinou (ed.), Alphen aan den Rijn, 2012, pp. 319 y ss.

– «Art. 17(2) – Right to Property», en *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, A. Peers; T. Hervey; J. Kenner; A. Ward (eds.), Oxford, Portland, Oregon, 2014, pp. 489 y ss.  
– *Holyoak & Torremans Intellectual Property Law*, Oxford, 8ª ed., 2016.

VATTIER FUENZALIDA, C., «La Propiedad Intelectual (estudio sistemático de la Ley 22/1987)», *ADC*, vol. 46, nº 3, 1993, pp. 1041 y ss.

VEZZOSO, S., *E-learning e sistema delle eccezioni al diritto d'autore*, Quaderni del Dipartimento, nº 84, Trento, 2009.

VICENTE DOMINGO, E., «Los límites del derecho de cita y de ilustración con fines educativos o de investigación científica», en *La propiedad intelectual en las universidades públicas: titularidad, gestión y transferencia*, R. de Román Pérez (coord.), Granada, 2016, pp. 113 y ss.

VIVANT, M., «Le droit d'auteur, un droit de l'homme?», *RIDA*, nº 174, octubre, 1997, pp. 60 y ss.

– «Les exceptions nouvelles au lendemain de la loi 1er août 2006», *Recueil Dalloz*, nº 31, 2006, pp. 2159 y ss.  
– «Analyse critique et prospective. Un point de vue français», en *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe. Rencontres franco-allemandes*, R. M Hilty y C. Geiger (dirs.), 2007, Múnich, París, pp. 87 y ss.  
– «La restricción de las excepciones al derecho de autor por medio de contratos o medidas tecnológicas de protección. ¿Posibles contrapesos?», en *Derecho de Autor y Libertad de Expresión. Congreso ALAI 19-20 de junio de 2006 en Barcelona*, Barcelona, 2008, pp. 496 y ss.

VIVANT, M.; BRUGUIÈRE, J.-M., *Droit d'auteur et droits voisins*, París, 3ª ed., 2015.

VON LEWINSKI, S., *International Copyright Law and Policy*, Nueva York, 2008.

– «Introduction», en *European Copyright Law. A Commentary*, M. M. Walter y S. von Lewinski (eds.), Oxford, 2010, pp. 3 y ss.  
– «Rental and Lending Rights Directive», en *European Copyright Law. A Commentary*, M. M. Walter y S. von Lewinski (eds.), Oxford, 2010, pp. 249 y ss.  
– «Les limitations à des fins d'enseignement et de recherche en droit allemand», en *Les exceptions au droit d'auteur. État des lieux et perspectives dans l'Union européenne*, A. Lucas; P. Sirinelli; A. Bensamoun (dirs.), París, 2012, pp. 147 y ss.

VON LEWINSKI, S.; WALTER, M., «Information Society Directive», en *European Copyright Law. A Commentary*, M. M. Walter y S. von Lewinski (eds.), Oxford, 2010, pp. 921 y ss.

VON UNGERN-STENBERG, J., «§15 UrhG», en *Urheberrecht Kommentar*, H. Ahlberg y H.-P Götting (coords.), Munich, 2014, pp. 339 y ss.

WESTKAMP, G., *The Implementation of Directive 2001/29/EC in the Member State. Part II*, 2007, disponible en: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/copyright/docs/studies/infosoc-study-annex\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/studies/infosoc-study-annex_en.pdf).

XALABARDER PLANTADA, R., «Copyright and Digital Distance Education», *Colum. J. L. & Arts*, 2002-2003, nº 26, pp. 101 y ss.

- «Derecho de autor: el desarrollo de objetivos de protección. ¿Cuán lejos hemos evolucionado desde las raíces?», *ADI*, nº 28, 2007-2008, pp. 529 y ss.
- «Los límites a los derechos de propiedad intelectual para fines educativos en internet», *pe. i*, nº 29, 2008, pp. 13 y ss.
- *Estudio sobre las limitaciones y excepciones del derecho de autor para actividades educativas en América del norte, Europa, los países Cáucaso, Asia central e Israel*, Ginebra, 2009, disponible en: [http://www.wipo.int/meetings/es/doc\\_details.jsp?doc\\_id=130393](http://www.wipo.int/meetings/es/doc_details.jsp?doc_id=130393).
- «Spanish Supreme Court Rules in Favour of Google Search Engine...and a Flexible Reading of Copyright Statutes?», *JIPITEC*, nº 3, 2012, pp. 162 y ss.
- «La reforma del artículo 32 del TRLPI: una reforma explosiva, injustificada y doblemente inútil», *IDP*, nº 20, 2015, pp. 121 y ss.
- «The Role of the CJEU in Harmonizing EU Copyright Law», *IIC*, vol. 47, nº 6, 2016, pp. 635 y ss.

XIOL RÍOS, J. A., «La regla de los tres pasos en la jurisprudencia española», en *Los derechos de propiedad intelectual en la obra audiovisual*, X. O'Callaghan (coord.), Madrid, 2011, pp. 373 y ss.

YZQUIERDO TOLSADA, M., «Evolución histórica del Derecho de Propiedad Intelectual», *RGLJ*, nº 4, abril, 1988, pp. 515 y ss.

ZOLYNSKI, C., *Méthode de transposition des directives communautaires. Étude à partir de l'exemple du droit d'auteur et des droits voisins*, París, 2007.

ZUDDAS, C., «Art. 71-nonies», *Commentario breve alle Leggi su Proprietà Intellettuale e Concorrenza*, L. C. Ubertazzi (coord.), Vicenza, 6ª ed., 2016, pp. 1759 y ss.

- «Art. 71-decies», *Commentario breve alle Leggi su Proprietà Intellettuale e Concorrenza*, L. C. Ubertazzi (coord.), Vicenza, 6ª ed., 2016, p. 1760.