

UNIVERSIDAD DE BARCELONA

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO MERCANTIL, DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA
SEGURIDAD SOCIAL.

DOCTORADO EN DERECHO MERCANTIL – BIENIO: 1995 – 1997

TITULO DE LA TESIS: El derecho de autor y el derecho de acceso a la cultura

DOCTORANDO: María del Carmen Buganza González

DIRECTOR TESIS: Dr. Antoni Font Ribas



Esta memoria está sujeta a la licencia de Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual
2.5 España de Creative Commons disponible en:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/2.5/es>

El derecho de autor y el derecho de acceso a la cultura

INDICE

Introducción.....	6
i. Breve explicación sobre la motivación personal.....	7
ii. Justificación del tema elegido.....	13
iii. Estructura del trabajo y antecedentes.....	14
iv. Metodología.....	18
Parte I. Principios Básicos	
1. El derecho a la cultura.....	22
1.1. Derechos constitucionales, derechos fundamentales.....	22
i) Interpretación restrictiva.....	26
ii) Interpretación amplia.....	29
iii) Síntesis y aproximación al concepto de "derechos fundamentales".....	38
iv) Consideraciones finales respecto del concepto derechos fundamentales.....	43
1.2. Concepto y contenido del derecho a la cultura.....	45
1.3. El derecho a la cultura en los tratados, convenciones e instrumentos internacionales.....	46
i) Declaración Universal de los Derechos Humanos.....	47
ii) La Convención Europea para la salvaguarda de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.....	48
iii) Los Pactos Internacionales de Derechos Humanos.....	51
iv) Declaración Universal sobre Diversidad Cultural.....	54
v) Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales.....	60
vi) El Tratado por el que se establece una Constitución Europea y el Derecho comunitario.....	61
1.4. El concepto de derecho a la cultura.....	65
1.5. El derecho a la cultura en la Constitución española de 1978.....	69
2. El derecho de autor.....	74
2.1. Origen y evolución histórica.....	74
i) La era de los monopolios.....	76
ii) La noción moderna del derecho de autor.....	79
2.2. Naturaleza jurídica del derecho de autor: ¿es un derecho fundamental?.....	80
2.3. La regulación del derecho de autor.....	85
i) Convención de Berna.....	86
ii) Convención Universal.....	89
iii) Convención de Roma.....	90
iv) Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC).....	92
v) Tratados OMPI.....	92
vi) Normativa comunitaria.....	93

vii) Ley de Propiedad Intelectual.....	95
3. Construcción de la hipótesis.....	97
Parte II. El derecho de autor y los límites relacionados con el derecho de acceso a la cultura	
Introducción.....	99
i) Antecedentes de la reforma: la transposición de la Directiva 2001/29/CE (en adelante DDASI).....	104
ii) La Directiva 2001/29/CE y los cambios que se introducirán en nuestro ordenamiento jurídico.....	105
1. El derecho de cita en la LPI.....	111
i) El significado de la cita.....	112
ii) La cita de obra plástica.....	114
iii) La finalidad de la cita.....	121
iv) Otros requisitos.....	124
1.2 La cita en la era digital.....	125
1.3 El derecho de cita en la Directiva 2001/29/CE.....	128
1.4 Propuestas para la incorporación de la Directiva.....	130
i) El Proyecto de Ley 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 (en adelante Proyecto)	130
ii) Borrador de Anteproyecto de Ley elaborado por el anterior Gobierno (en adelante Borrador).....	134
1.5 Valoración y perspectivas.....	138
2. Obra situada en vía pública.....	144
2.1 Requisitos.....	147
i) Ubicación permanente en la vía pública.....	147
ii) Explotación económica.....	150
iii) Modalidades de explotación permitidas.....	152
iv) El derecho moral del autor.....	154
2.2 Las obras ubicadas de forma permanente en la vía pública en la Directiva 2001/29/CE.....	155
2.3 Propuestas para la incorporación de la Directiva.....	156
i) Proyecto.....	156
ii) Borrador.....	156
2.4 Valoración y repercusiones para el derecho de acceso a la cultura.....	158
3. Libre reproducción y préstamo en determinadas instituciones.....	160
3.1 Requisitos.....	160
i) Que la obra haya sido previamente divulgada.....	161
ii) Que se realice de forma gratuita.....	161
iii) En instituciones autorizadas.....	161
iv) Que el objetivo sea la investigación.....	162
v) Problemas relacionados con la libre reproducción.....	163
vi) El préstamo público.....	168
3.2 La libre utilización de las obras en determinados establecimientos en la Directiva 2001/29/CE.....	173
3.3 Propuestas para la transposición de la DDASI.....	175
i) Proyecto de Ley.....	175

ii) Borrador.....	176
3.4 Situación actual y valoración.....	179
3.5 Aplicación de las normas sobre límites.....	179
4. Valoración sobre los límites al derecho de autor.....	180
4.1 Aplicación restrictiva de los límites.....	180
4.2 La excepción al derecho patrimonial.....	181
Parte III. El derecho de acceso a la cultura	
Introducción.....	184
1. La eficacia del derecho de acceso a la cultura.....	190
1.1 Obligaciones de los poderes públicos derivadas de la Constitución.....	193
1.2 El desarrollo legislativo del derecho de acceso a la cultura.....	197
1.3 La interpretación y aplicación del derecho de acceso a la cultura.....	201
1.4 La consideración del derecho de acceso a la cultura en los distintos aspectos de la actividad de los poderes públicos.....	206
i) el límite de los derechos fundamentales.....	207
2. El contenido del derecho de acceso a la cultura.....	222
2.1 Obligaciones de los Estados derivadas de los instrumentos internacionales.....	224
i) Garantizar la libre circulación de las ideas y las obras.....	225
ii) Crear condiciones propicias para la producción y difusión de bienes y servicios culturales.....	230
iii) Definir las políticas culturales y aplicarlas.....	232
3. La relaciones entre los agentes.....	238
3.1 Los ciudadanos como beneficiarios del derecho de acceso a la cultura.....	238
3.2 Las entidades de difusión cultural.....	243
3.3 Las industrias culturales.....	250
3.4 Los antecedentes legales: derechos conexos o vecinos al derecho de autor.....	252
4. Valoración sobre el derecho de acceso a la cultura.....	256
Parte IV. La gestión del derecho de autor	
Introducción.....	259
1. Análisis del actual sistema de gestión de derechos de propiedad intelectual de la LPI.....	263
1.1 Gestión individual.....	267
1.2 La gestión colectiva.....	275
1.2.1 La regulación de las entidades de gestión en la LPI.....	278
1.2.2 Obligaciones de las entidades de gestión establecidas en la LPI.....	281
i) Contratar con quién lo solicite.....	281
ii) A establecer reducciones en las tarifas generales para las entidades culturales que carezcan de finalidad lucrativa.....	282
iii) Celebrar contratos generales con asociaciones de usuarios siempre que aquéllas lo soliciten.....	284
1.2.3 Mecanismos de resolución de conflictos.....	286
1.2.4 Los estatutos de las entidades de gestión de derechos.....	287
1.2.5 Los contratos suscritos con los autores.....	288
1.2.6 El control de las actividades de las entidades de gestión.....	291

1.2.7 Valoración de la regulación de las entidades de gestión.....	293
2. Análisis de los cambios en el sistema de gestión impuestos por la transposición de la DDASI.....	296
2.1 Análisis de la propuesta de modificación elaborada por el Gobierno anterior (Borrador).....	300
2.1.1 Definición de las obligaciones de las entidades de gestión.....	303
i) En relación con los asociados: el contrato de gestión.....	304
ii) En relación con los usuarios.....	306
2.1.2 Mecanismos de control.....	311
2.1.3 Sistema de resolución de controversias.....	312
i) Intervención de la Comisión de la Propiedad Intelectual para la fijación de las cantidades sustitutorias.....	313
ii) Intervención de la Comisión de la Propiedad Intelectual en relación con la aplicación de medidas de protección tecnológica de las obras.....	313
2.2 Análisis de los cambios propuestos por el Proyecto de reforma de la LPI.....	317
i) Copia privada.....	318
ii) Ilustración para la enseñanza.....	322
iii) Libre reproducción en determinadas instituciones.....	323
2.3 Análisis de la normativa comunitaria relacionada con el derecho de autor.....	324
2.3.1 Directiva 2004/48/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004.....	326
2.3.2 Nuevas propuestas comunitarias.....	327
2.3.3 Informe de la Comisión relativo a la gestión de derechos de autor y derechos conexos al derecho de autor por las entidades de gestión de derechos.....	331
i) La gestión individual de los derechos de autor.....	332
ii) La gestión colectiva del derecho de autor.....	333
iii) La gestión colectiva y el derecho de la competencia.....	335
2.3.4 Recomendación de la Comisión relativa a la gestión colectiva transfronteriza del derecho de autor y de los derechos vecinos en el ámbito de los servicios lícitos de música en línea.....	336
3. Valoración sobre la gestión de los derechos de autor.....	339
Parte V. Valoración y conclusiones.....	342
1. Estado actual.....	344
1.1 El monopolio absoluto del autor.....	348
2. El derecho de autor y la libertad del conocimiento.....	353
2.1 Los defensores de la cultura libre.....	353
2.2 El derecho de autor y el derecho de acceso a la cultura.....	356
2.3 El derecho de acceso a la cultura como referente.....	358
i) Regulación de la gestión colectiva del derecho de autor.....	361
ii) La actividad de los poderes públicos.....	361
iii) La participación de la sociedad civil.....	362
Conclusiones.....	363
Bibliografía.....	367

El derecho de autor y el derecho de acceso a la cultura

Introducción

El derecho de autor confiere al creador de una obra un derecho exclusivo, que se materializa en la facultad de autorizar o prohibir la utilización de su obra¹. Pero este derecho no es absoluto, tiene límites que vienen impuestos en una sociedad democrática por la existencia de otros derechos con los que pudiera colisionar. Este es el fundamento básico de la existencia de los supuestos de libre utilización de las obras. Históricamente se había contemplado la posibilidad de permitir o tolerar determinados usos: en unos casos debido a la imposibilidad de controlarlos, como por ejemplo, la copia privada²; en otros casos, la utilización encuentra su justificación debido a que determinados usos no perjudican al autor ni a la obra, tal sería el caso de la utilización del fragmento de una obra a título de cita.

La Constitución española reconoce el derecho a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica³. No obstante, también reconoce la

¹ En particular, la reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de la obra, incluso ahora podemos hablar también de la puesta a disposición del público como modalidad del derecho de comunicación.

² Este argumento ha perdido fuerza debido al desarrollo de las tecnologías de las comunicaciones y de la información ya que actualmente es posible controlar, al menos técnicamente, los usos de las obras si éstas van acompañadas de medidas de protección tecnológicas.

³ Art. 20. Párrafo 1 letra b), Constitución española de 1978, en adelante CE.

existencia de derechos fundamentales a los ciudadanos, tales como la libertad de expresión⁴, el derecho a la información⁵ y el derecho a la educación⁶.

Esta dualidad presente en nuestro ordenamiento jurídico, el monopolio del autor sobre su obra y los derechos fundamentales de la persona, en particular, el derecho de acceso a la cultura, constituye el objeto de estudio del presente trabajo.

El tema que propongo analizar es interesante y aunque está regulado, no creo que se haya realizado aún una seria reflexión sobre el mismo, al menos desde una doble perspectiva: ¿dónde termina el monopolio del autor y dónde empiezan los derechos de las personas? y ¿si el Estado es quién debe garantizar el derecho de acceso a la cultura quién es el encargado de velar por el cumplimiento de esta obligación?

i. Breve explicación sobre la motivación personal

Existen varios motivos que me han impulsado a estudiar en profundidad la relación entre el derecho a la cultura y el derecho de autor:

Primero. La necesidad de definir la propiedad intelectual en el espacio digital. No lo hemos hecho aún y esta grave carencia está distorsionando una poderosa herramienta de comunicación.

No podemos negar la influencia de las tecnologías de la comunicación y el cambio rotundo que han introducido en nuestro entorno. Internet no es sólo una nueva herramienta de comunicación, ha supuesto una importante revolución en todos los sentidos y en todos los ámbitos. Es innegable que ahora existen nuevas formas de relación que nos permiten interactuar con personas

⁴ Art. 20. Párrafo 1. letra a) CE

⁵ Art. 20. Párrafo 1 letra d) CE

que se encuentran físicamente muy lejos de nosotros, en tiempo real y compartiendo información de todo tipo. La digitalización ha hecho posible la convergencia de todos los formatos y su rápida distribución. Si todo nuestro entorno ha cambiado es preciso que, de una vez por todas, se definan las nuevas reglas de la comunicación aplicables a los contenidos protegidos desde una óptica distinta, olvidándonos de los conceptos válidos en la era analógica. El fenómeno del intercambio de archivos entre personas no puede seguir tratándose como un acto criminal, necesitamos una revisión y puesta al día de los conceptos que nos permitan aplicar una protección adecuada a los autores y a sus obras al mismo tiempo que se potencian al máximo las nuevas formas de comunicación que, indiscutiblemente, aportan conocimiento y valor a nuestra sociedad, garantizando los intercambios culturales favorables al proceso creativo.

Desde sus inicios, el derecho de autor se ha desarrollado de forma paralela a las nuevas tecnologías. El reto actual es lograr definir la propiedad intelectual desde la perspectiva digital, aplicando los parámetros adecuados y no los de la era analógica. No es posible seguir contando cuantas reproducciones requiere una obra digital para ser accesible o comunicada. Qué actos son libres o necesarios durante el proceso. No basta con definir el número de reproducciones, si por reproducción nos quedamos con el concepto analógico. Ahora es necesario situarnos en el aspecto verdaderamente importante y el único que tiene significado para el autor en relación con su obra: ¿qué protege la propiedad intelectual?

El segundo motivo que me impulsó a estudiar este tema, se encuentra en estrecha relación con la decisión de la Comisión Europea de iniciar el procedimiento de infracción contra seis Estados miembros⁷, entre ellos España, con respecto a la aplicación del derecho de préstamo público armonizado en relación con lo dispuesto en la Directiva 92/100 sobre derechos de alquiler y

⁶ Art. 27 CE

⁷ España, Francia, Italia, Irlanda, Luxemburgo y Portugal.

préstamo público y otros derechos afines a los derechos de autor. El procedimiento iniciado⁸ por la Comisión a raíz del informe publicado en septiembre de 2002⁹ ha causado polémica y los distintos colectivos¹⁰ han empezado a pronunciarse sobre la conveniencia o no de imponer un canon a las bibliotecas por préstamo público de las obras. Este incidente no hace más que demostrar que el derecho de acceso a la cultura no ha sido objeto de un debate serio, independiente y no vinculado a la explotación de las obras.

No es casualidad o un hecho aislado el asunto del canon por préstamo público que ahora se discute, sino que es fruto de una falta de consenso o de voluntad pública de definir exactamente qué corresponde al autor y qué corresponde a la sociedad, sin contar con la presión ejercida por los lobbies que, gracias a su labor, han obtenido el reconocimiento del derecho de autor y de los derechos conexos o vecinos al derecho de autor.

No podemos negar ni de dejar de reconocer que la protección del derecho de autor ha sido promovida e impulsada, desde sus inicios, por los titulares de derechos o quienes explotaban las obras y no por los autores directamente. Si la propiedad intelectual goza hoy día de un reconocimiento incontestable y de un marco legal adecuado, ha sido gracias a la lucha de los divulgadores de las obras en todas las distintas épocas de la historia y siempre frente a los avances técnicos, que permiten o posibilitan la explotación o puesta a disposición del público de las obras. Su labor ha dado fruto. Sin embargo, ahora que el derecho de autor cuenta con un marco legal adecuado, es momento de plantear seriamente el límite al monopolio del autor con respecto de un derecho

⁸ El proceso inicia con el envío de "cartas de requerimiento" por parte de la Comisión a los Estados para solicitar información. Art. 226 Tratado CE.

⁹ Ref: IP/02/1303. El informe deja de manifiesto que el derecho de préstamo público no se aplica de forma homogénea en la Unión Europea. El caso de España se revisa porque la legislación nacional eximen prácticamente a todos los establecimientos de préstamo la obligación de remunerar a los titulares de derechos, haciendo inaplicable la Directiva. http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/droit_com/index_en.htm (fecha de la consulta 21/12/2004).

¹⁰ V. "La Vanguardia" lunes 12 de abril de 2004, Pág. 9, relativo al manifiesto firmado por diversos autores contra el canon por préstamo público. Y con una opinión completamente en contra, la Associació d'Escriptors en "La Vanguardia" 15/04/2004, Pág. 36.

completamente desvinculado de la explotación económica tal y como es el derecho de acceso a la cultura.

Actualmente resulta difícil aceptar la imposición de un canon compensatorio para resarcir de alguna manera al autor por el uso de las obras. No quiere ello decir que deban desaparecer los ya existentes o los debidamente justificados, pero sí es necesario un análisis serio que permita determinar cuándo y bajo qué condiciones se debe imponer y cuáles serían, en su caso, las excepciones. El problema es actual y se decidirá en breve si el canon o remuneración compensatoria se ha de generalizar, ha de desaparecer o se ha de actualizar. Hoy en día resulta una medida injusta desde todos los puntos de vista. Para el autor no es una medida justa, puesto que si lo que pretende es cobrar por cada vez que se consulta, escucha o accede a su obra, nunca se sentirá compensado. Para los usuarios tampoco es una medida justa, porque ni todo el mundo usa, accede o copia contenidos ajenos, ni quienes lo hacen, actúan de la misma forma ni con la misma finalidad, por lo que es difícil generalizar. No debemos olvidar que el canon por copia privada se instauró como una medida compensatoria porque en la era analógica resultaba imposible controlar las copias que los usuarios realizaban. Este argumento deja de ser válido en el momento en que es posible controlar las copias¹¹. La implementación de las medidas tecnológicas de protección de las obras permite un control sobre el uso de las obras. Puede, incluso, impedir el acceso mismo a la obra. En estas condiciones, es pues discutible la pervivencia del canon en la era digital.

Si aceptamos así, sin más, la existencia de barreras económicas en beneficio del autor y pasamos por alto derechos fundamentales, tales como el derecho de acceso a la cultura, si aceptamos que debe prevalecer ante todo el beneficio del autor o de los titulares de derechos de autor, si estamos de acuerdo en imponer peaje a la cultura para que sea inaccesible, debemos reflexionar

¹¹ Cfr. François Lajeunesse, La protection des mesures techniques et les exceptions et limitations au droit d'auteur, en Actes du Congrès de l'ALAI, 13-17 juin 2001. Columbia University, School of Law, New York City. 2002. Pág. 483. Opina sobre las condiciones que

seriamente sobre quién será el responsable de ejercer el control y si este tipo de medidas realmente protege o beneficia al autor.

De esta forma vamos llegando a delimitar nuestro objeto de estudio, ya que el análisis que me propongo realizar excluye absolutamente la explotación de las obras. Es decir, me ocuparé de analizar los límites o supuestos de libre utilización de las obras impuestos por imperativos legales y que se encuentran en relación con el derecho de acceso a la cultura.

El objeto, pues, es investigar el alcance y contenido del monopolio del autor frente al derecho fundamental de acceso a la cultura, de forma que podamos encontrar una posible respuesta a la pregunta siguiente: ¿en caso de conflicto cuál de ellos debe prevalecer?

Encontrar respuesta a nuestro primer planteamiento no va a ser fácil. Temo que pasará mucho tiempo antes de que podamos proponer una solución justa. En su búsqueda, en el camino para hallarla habrá que ir despejando múltiples incógnitas y una de ellas será definir los usos libres de las obras y determinar hasta dónde llega el monopolio del autor en relación con su obra. Este es el centro o núcleo de nuestro objeto de estudio.

El tercer motivo se encuentra en estrecha vinculación con el anterior e intenta dar respuesta a otra importante cuestión todavía no resuelta y consiste en determinar quién debe velar por el cumplimiento del derecho de acceso a la cultura.

Sabemos que el Estado debe garantizar el derecho, pero no sabemos cómo se materializa esta obligación. ¿Cuales son los mecanismos, vías o caminos a través de los cuales los ciudadanos acceden o llegan a la cultura? ¿Es admisible

dieron origen a la remuneración compensatoria por copia privada, debidas a la falta de control, el cual desaparece con las medidas de protección tecnológica.

la existencia de intermediarios culturales? ¿Quiénes podrían tener esta calificación?

Estos interrogantes puestos en relación con el punto anterior nos han llevado a proponer una reflexión sobre la gestión de los derechos de autor en los casos en que se encuentra implicado el derecho de acceso a la cultura.

Esta cuestión es importante, porque el monopolio del que goza el autor en virtud del cual puede autorizar o prohibir la explotación de su obra, no siempre beneficia al autor, también participan terceros. Teniendo en consideración esta afirmación, nos planteamos si el acceso a la obra o autorización puede ser ejercitado por terceras personas en las mismas condiciones que si del autor se tratara. No debemos obviar que actualmente en la mayoría de los casos no es directamente el autor quién decide sobre la explotación de su obra sino, más bien, es un tercero¹² el responsable de autorizar e indicar las condiciones de explotación de las obras, llegando en ocasiones a bloquear el acceso a las mismas incluso cuando nos hallamos frente a usos lícitos o permitidos, eso sí, alegando siempre la protección de la obra y el derecho de autor.

Y llegados a este punto, encontramos que el derecho de autor entra en relación, o colisión, con otro derecho consagrado en la Constitución y que es el fundamento de nuestro sistema económico: la libertad de empresa¹³. Una reflexión profunda se hace necesaria en este ámbito que permita determinar con precisión si las normas de defensa de la competencia son aplicables al derecho de autor y en qué medida.

¿Cómo deben interpretarse los acuerdos entre entidades de gestión colectiva?
¿Las entidades que gestionan derechos de autor tienen facultades idénticas a las del autor? ¿Quién realiza la supervisión de sus actividades? ¿Qué alcance

¹² El titular del derecho puede ser el cesionario o licenciataria. En otras ocasiones, será la entidad de gestión correspondiente y, en otros casos, los herederos o derechohabientes que pueden estar constituidos en forma de entidades tales como fundaciones o asociaciones.

¹³ Art. 38 CE. Desarrollado en la Ley 16/1989, de 17 de julio, de defensa de la competencia

tiene el mandato o representación? ¿Es posible que alguna de sus actividades sea susceptible de bloquear injustificadamente el acceso a la cultura?

Múltiples preguntas se nos plantean y no vamos a poder encontrar respuesta para todos estos interrogantes. Sin embargo, consideramos conveniente poner de manifiesto que el tema de estudio elegido no ha sido analizado en profundidad hasta la fecha ni se le ha dado la importancia debida. Por esta razón, me he visto impulsada a realizar este trabajo y proponer una pregunta que incite al debate y al contraste de opiniones necesario para encontrar las respuestas que buscamos.

ii. Justificación del tema elegido

Los motivos personales que me han llevado a interesarme por el tema de estudio elegido, tal vez no sean suficientes para justificar este trabajo. Por ello, creo necesario mencionar que el tema es de máxima actualidad y que su estudio tiene relevancia debido a la inminente modificación del Texto refundido de Ley de Propiedad Intelectual (en adelante LPI) para la incorporación de la Directiva 2001/29/CE¹⁴, 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), cuya finalidad es adaptar la legislación de propiedad intelectual al entorno digital.

¿Qué cambios introducirá la nueva Ley de propiedad intelectual? Esta incógnita será despejada en breve ya que el gobierno actual ha estado trabajando sobre un proyecto de Ley para la incorporación de la DDASI¹⁵.

¹⁴ Una reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, ha condenado al Estado español por incumplimiento en la transposición de la Directiva 2001/29/CE, al no haberla incorporado a la legislación nacional en el plazo estipulado (publicada en el DOUE núm. C-171 de 9/7/2005).

¹⁵ El proyecto de Ley fue aprobado el viernes 22 de julio de 2005 por el Consejo de Ministros y publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 26 de agosto de 2005.

Este trabajo pretende demostrar que la modificación de la Ley de Propiedad Intelectual es un asunto importante, que incumbe a la sociedad en general y no solamente a los autores y titulares de derechos. Es preciso su estudio y divulgación.

Los cambios propuestos deben ser conocidos por todos los ciudadanos, a través de un debate abierto que permita la participación de todos los sectores implicados. Es importante el contraste de opiniones, el análisis de los derechos protegidos puestos en relación con los derechos fundamentales y, sobre todo, detenerse ahí donde existan puntos de conflicto, para analizar el problema desde una perspectiva amplia y objetiva, a fin de que pueda encontrarse una solución que se ajuste al interés común.

La única forma de encontrar un equilibrio justo entre el derecho de autor y los derechos fundamentales es partiendo de una discusión abierta donde puedan expresarse y participar todos los intereses contrapuestos. Si omitimos este debate, estamos perdiendo una valiosa oportunidad que nos permitirá, si no alcanzar, al menos avanzar en el camino de encontrar una propuesta que permita un equilibrio entre los derechos de los ciudadanos al mismo tiempo que se consigue una protección adecuada del derecho de autor.

Mi interés no es otro que satisfacer una curiosidad intelectual y con ello contribuir al debate.

iii. Estructura del trabajo y antecedentes

La estructura de este trabajo se ha ido definiendo a medida que avanzaba en el estudio del tema. En un primer momento, la investigación se había centrado en analizar la divulgación de las obras en Internet. No obstante, pronto me percaté de que el tema era preciso abordarlo desde una perspectiva distinta y no sobre el cambio de formato de analógico a digital.

Los temas centrales en torno a los cuales giraba la discusión del derecho de autor en la era digital pronto se vieron superados, las cuestiones técnicas fueron abordadas y pronto se encontró la equivalencia a las modalidades de explotación de las obras en línea. No obstante, las soluciones que se brindaron partieron de los parámetros de la era analógica sin considerar que la nueva sociedad caminaba y encontraba una nueva forma de comunicar.

Esto me llevó a plantearme diversas preguntas que hicieron cambiar mi perspectiva de estudio y considerar la importancia que tiene la divulgación de las obras en relación con el derecho a la cultura, independientemente de que se haga de forma digital o analógica. Por esta razón, en el presente trabajo los derechos fundamentales se convierten en el eje a través del cual se analiza el derecho de autor.

En cuanto a los antecedentes, inicialmente el punto de partida había sido la incorporación de la Directiva 29/2001/CE a nuestro ordenamiento jurídico, pero debo decir que diversas cuestiones me llevaron a considerar una perspectiva más amplia. Por un lado, los problemas a los que me enfrentaba en la práctica profesional. Y, de otra parte, el retraso en la incorporación de la DDASI a nuestro ordenamiento jurídico.

¿Qué ha ocasionado la demora? ¿Por qué ha tardado tanto tiempo el Gobierno en incorporar la DDASI¹⁶?

La pregunta no es banal puesto que existen dos propuestas de modificación elaboradas por el anterior Gobierno¹⁷ que contemplaban cambios sustanciales

¹⁶ El plazo de transposición de la Directiva estaba previsto para antes del 22 de diciembre de 2002 (Art. 13 Directiva 2001/29/CE).

¹⁷ Los textos elaborados por la Subdirección General de Propiedad Intelectual, Subsecretaría General Técnica, de la Subsecretaría del Ministerio de Educación Cultura y Deporte son dos: el primero de fecha 7 de noviembre de 2002, denominado Borrador de anteproyecto de Ley de reforma del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, (denominada en adelante Borrador). Posteriormente, esta propuesta se modificó sustancialmente por otra, presentada en fecha 23

en nuestro ordenamiento jurídico, afectando no sólo al contenido del derecho de autor sino a la gestión colectiva del derecho por parte de las entidades de gestión. En este sentido, los textos elaborados por el Gobierno anterior proponían cambios importantes. El análisis de estos se hace necesario para este trabajo ya que ha puesto de manifiesto la relación existente entre la gestión de derechos y la aplicación de las disposiciones de la DDASI, en particular, en lo relativo a los supuestos de libre utilización de las obras.

Debemos recordar que la DDASI no regula a las entidades de gestión colectiva del derecho de autor. No obstante, en los *considerando* podemos encontrar alguna referencia a éstas y a la necesidad de regularlas.

“Es necesario, especialmente a la luz de las exigencias derivadas del entorno digital, garantizar que las sociedades de gestión colectiva de derechos de autor y de los derechos afines al derecho de autor consigan un nivel más alto de racionalización y transparencia en el respeto de las normas de competencia”¹⁸.

¿Qué significado tiene este texto? ¿Cómo se debe interpretar? ¿Como una mera declaración de principios o como un compromiso de las autoridades europeas para regular la gestión colectiva del derecho de autor? La literalidad del texto nos indica que la gestión colectiva de derechos de autor, realizada por las sociedades de gestión es susceptible de mejorar. No es una mera declaración, sino la constatación de un hecho con una propuesta concreta: utilizar a la normativa de la competencia como instrumento para alcanzar “un nivel más alto de racionalización y transparencia”. Lo que está claro es que los niveles no son satisfactorios, no obstante, la DDASI no contiene ninguna disposición relativa a la regulación de las entidades de gestión, ni tampoco podemos afirmar que exista un compromiso para su futura regulación. Esta sugerencia

de enero de 2003 como Anteproyecto de Ley de Reforma del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, (denominada en adelante Anteproyecto).

¹⁸ Considerando nº 17, 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.

fue adoptada y desarrollada como uno de los objetivos de la reforma elaborada por el anterior Gobierno, ya que una parte importante de la modificación estaba enfocada a la gestión colectiva del derecho de autor.

Las propuestas de modificación de la LPI elaboradas por el Gobierno anterior, establecían que la reforma era necesaria por dos motivos: la incorporación en nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva 2001/29/CE y la introducción de "ciertas mejoras en el actual sistema de gestión de los derechos de propiedad intelectual, que facilite su ejercicio y desarrollo pacífico y armonioso"¹⁹.

La gestión colectiva del derecho de autor por parte de las entidades de gestión constituye un aspecto de vital importancia que merece toda nuestra atención. No obstante, es preciso advertir que su estudio en este trabajo se encuentra acotado y solamente será analizado en relación con los supuestos de libre utilización de las obras y concretamente con el derecho de acceso a la cultura.

El derecho de autor en la sociedad de la información es un tema complicado que no se limita a la aplicación de las directrices de la DDASI y el proceso de armonización de las legislaciones de los Estados miembros de la Unión europea en materia de derechos de autor no ha terminado. El asunto es complejo y requiere que sean examinados diversos aspectos, como los contemplados por la Directiva contra la piratería²⁰ y la gestión colectiva del derecho de autor por parte de las entidades de gestión, tal y como se pone de manifiesto en los recientes estudios elaborados por la Comisión Europea²¹.

¹⁹ Punto II, de la Exposición de Motivos del Borrador de Anteproyecto de Ley de Reforma del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual. 7/11/2002.

²⁰ Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual. También debemos mencionar que recientemente (12 de julio de 2005) la Comisión Europea adoptó una propuesta de Directiva y una propuesta de decisión marco relativas, relativas a la lucha contra los delitos que vulneran la propiedad intelectual. Ambas propuestas conforman la rama penal de la lucha contra la falsificación y la piratería y pretenden armonizar la legislación penal de los Estados miembros y la cooperación europea.

²¹ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo sobre "La gestión de los derechos de autor y derechos afines en el mercado interior", elaborado en Bruselas, el 16 de abril de 2004. Comisión Staff Working Document.

Sirva esta breve referencia para justificar que la investigación nos ha llevado a detectar diversos aspectos del derecho de autor que no pueden ser examinados en profundidad en este trabajo, pero no hemos querido dejar de mencionarlos por su interés, destacando su importancia para futuras líneas de investigación.

iv. Metodología

El método seguido para la realización de este trabajo ha sido el análisis de la Ley española de propiedad intelectual y de otros instrumentos normativos (borradores, anteproyectos, proyectos de ley, convenciones, declaraciones e informes) tanto nacionales como internacionales, relacionados con la materia²². La finalidad de este trabajo consiste en averiguar si las reformas proyectadas a la legislación del derecho de autor son contrarias o no con el derecho fundamental de acceso a la cultura.

Para alcanzar el objetivo y poder dar respuesta a la pregunta base de la investigación, se ha realizado una tarea analítica y de contraste entre los instrumentos normativos que regulan la propiedad intelectual y los derechos humanos, partiendo del análisis conceptual de ambos que se realizó acudiendo a las opiniones doctrinales. El trabajo se realizó marcando objetivos concretos. Esta división nos ha sido de utilidad para ir acotando el tema objeto de estudio y evitar distraernos, perdernos o desviar nuestra atención con las diversas líneas de investigación que se nos iban abriendo a medida que el estudio avanzaba.

Study on a Community initiative on the Cross-Border Collective Management of Copyright, elaborado en Bruselas el 7 de julio de 2005. Recomendación de la Comisión de 18 de octubre de 2005 relativa a la gestión colectiva transfronteriza de los derechos de autor y derechos afines en el ámbito de los servicios legales de música en línea (DOUE, 21.10.04) L.276/54 ES.

²² El método empleado para analizar la normativa es el exegético que consiste en hacer una interpretación de la leyes apoyándose en el sentido de las palabras (Diccionario RAE).

La elección de la metodología se justifica por la lógica del problema objeto de investigación. Para entender la relación que existe entre el derecho de acceso a la cultura y el derecho de autor ha sido necesario partir de conceptos generales básicos que nos permitieron localizar las categorías o rasgos particulares para su estudio²³. De esta forma, en la parte I, se analizan los conceptos generales. Por un lado, nos ocupamos de analizar el concepto del derecho a la cultura, partiendo de la más amplia acepción, con la finalidad de averiguar su pertenencia o no, en la categoría de los derechos fundamentales y posteriormente iniciamos el análisis del contenido del derecho²⁴, estableciendo así el punto de partida o hipótesis de la investigación. De otra parte, estudiamos el contenido y evolución del derecho de autor para determinar su naturaleza jurídica y el marco legal de su regulación.

Los conceptos clave de esta investigación han sido desarrollados parcialmente, no exhaustivamente, porque nuestra finalidad estaba bien delimitada desde el principio: establecer la relación entre el derecho de acceso a la cultura y el derecho de autor.

En la parte II, prosiguió el estudio de la relación del derecho de acceso a la cultura y el derecho de autor con el análisis de los límites al derecho de autor en beneficio del derecho de acceso a la cultura. El desarrollo del tema requería un estudio comparativo de la vigente Ley del derecho de autor, con otros instrumentos normativos: la Directiva 29/2001/CE, el Proyecto para la modificación de la Ley de propiedad intelectual por incorporación de la Directiva 29/2001/CE y el borrador de Anteproyecto de modificación elaborado por el Gobierno anterior. El análisis se ha efectuado con la finalidad de establecer si los límites al monopolio del autor son acordes al derecho de acceso a la cultura. El objetivo era doble en este capítulo, por un lado, se

²³ Circunstancia que justifica el tratamiento del tema objeto de estudio desde una perspectiva horizontal que abarca cuestiones de filosofía del derecho, derechos fundamentales, derecho constitucional y, en fin, principios generales del derecho que han sido contrastado con la normativa del derecho de autor.

²⁴ En esta primera parte únicamente nos ocupamos del concepto y en la parte III se desarrolla con más detalle el contenido de esta categoría.

trataba de demostrar que la regulación del derecho de autor no desconoce a los derechos fundamentales y, en particular, el derecho de acceso a la cultura. Y, por otro lado, era necesario establecer si los límites al derecho de autor son suficientes o no para el eficaz ejercicio del derecho de acceso a la cultura.

En la parte III, se aborda el estudio de la categoría específica del derecho de acceso a la cultura, como parte del concepto general de derecho a la cultura o de los derechos culturales. Hemos aplicado un esquema de triangulación entre lo que dicen las leyes, los instrumentos jurídicos internacionales, la doctrina jurídica especializada y lo que impone la noción del derecho de acceso a la cultura, llevados por la necesidad de investigar acerca de la eficacia o aplicación efectiva del derecho de acceso a la cultura y también para conocer su alcance y contenido. Tal vez, el mayor problema ha sido alcanzar una aproximación al concepto de derecho de acceso a la cultura por la dificultad que supone acotar el contenido del derecho, así como el establecimiento de líneas divisorias o fronteras entre el derecho de acceso a la cultura y otros derechos afines.

Esta dificultad nos obligó a establecer niveles de focalización, o pasos en el procedimiento analítico. En el primero, se abordó el problema de la eficacia del derecho de acceso a la cultura en nuestro ordenamiento jurídico y en el segundo nivel, nos ocupamos de desentrañar el alcance y contenido del derecho de acceso a la cultura, no obstante, debemos reconocer que la investigación se reduce a establecer las líneas generales, pero no hemos desarrollado el aspecto operativo o funcional, del cual apuntamos su importancia como una línea de investigación futura. La finalidad de este capítulo es establecer los criterios de valoración que nos permitirán responder al planteamiento inicial, es decir, en caso de conflicto entre el derecho de autor y el derecho de acceso a la cultura cuál debe prevalecer.

La parte IV relativa a la gestión del derecho de autor plantea la problemática que existe en la normativa vigente, contrastándola con las propuestas de modificación a la Ley de propiedad intelectual y los problemas prácticos que

hemos encontrado en la práctica profesional. En esta parte se ha aplicado también un esquema de triangulación, dictado, de nuevo por la propia lógica del problema objeto de estudio, que nos ha sido de gran utilidad para establecer el importante papel que desempeña la gestión del derecho de autor para el derecho de acceso a la cultura, en particular, la gestión realizada por parte de las entidades de gestión colectiva del derecho de autor.

En la parte V, se realiza una reflexión final antes de exponer las conclusiones a las que hemos llegado.

1. El derecho a la cultura

La Constitución española proclama en el artículo 44, párrafo 1º, que *“los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho”*.

¿Es una mera declaración de principios o un verdadero derecho a favor de los ciudadanos?

Encontrar respuesta a esta pregunta es premisa básica para el desarrollo de mi trabajo de investigación y a partir de ella construiré la hipótesis que defiende esta tesis. Mi primer objetivo, pues, será demostrar la existencia del derecho a la cultura, así como su alcance y contenido.

1.1. Derechos constitucionales, derechos fundamentales

Los derechos reconocidos por la Constitución como derechos fundamentales suponen la obligación para el Estado de garantizar su existencia y eficacia²⁵. Ahora debemos preguntarnos qué son los derechos fundamentales o mejor dicho, cuáles son y una vez despejada esta incógnita, cabe aún la pregunta de si todos los derechos que la Constitución española enumera en el Título I son derechos fundamentales, tal y como dice el enunciado *“De los derechos y deberes fundamentales”*

²⁵ La referencia a la existencia de los derechos fundamentales ha de entenderse más bien como el reconocimiento que hace el Estado y que se manifiesta con la incorporación de estos derechos en el ordenamiento jurídico (normalmente en la Constitución). La eficacia, en cambio,

La pregunta no es banal, porque a pesar del enunciado del Título I, en el articulado de la Constitución encontramos algunas diferencias o matices entre los derechos reconocidos. De esta manera, el Art. 53 CE establece un procedimiento especial para la tutela de los derechos reconocidos en el artículo 14 y los de la sección primera del Capítulo segundo, mediante el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Por ello, cabe preguntarse si los derechos fundamentales son aquellos que recoge el Art. 10 CE y que podríamos considerarlos como principios o valores inspiradores de todo el sistema jurídico, o por el contrario, existen otros derechos, aquellos que han sido enumerados en el Capítulo segundo, en los artículos 14 a 29 (ambos inclusive) y que por haber sido recogidos y enumerados en este apartado de la Constitución han adquirido un rango más elevado, encontrándose en un estadio superior a otros derechos no contemplados en este capítulo. De ser cierta esta afirmación, encontraremos que en el texto de la Constitución existen o co-existen diferentes categorías de derechos, lo cual nos llevará a afirmar que si bien todos los derechos reconocidos por la Constitución son derechos constitucionales, no todos son derechos fundamentales.

Es pues preciso analizar si efectivamente existen diferentes tipos de derechos fundamentales y determinar, en su caso, cuáles son y las consecuencias que supone la existencia de diferencias entre ellos. También será necesario, pese a la dificultad que ello conlleva, definir el concepto de derechos fundamentales. De esta manera podremos llegar a conocer si las diferencias entre los derechos enumerados en la sección primera del Capítulo segundo de nuestra Constitución y aquellos otros derechos, que si bien están reconocidos por la Constitución pero no se encuentran en dicho apartado, tienen la categoría de derechos fundamentales. Llegados a este punto, y ya para finalizar, habrá que determinar cuál es la utilidad de esta clasificación. Es decir, para qué sirve o qué aplicación práctica tiene establecer categorías de derechos. No sabemos si

se materializa de forma distinta, ya que requiere de su posterior desarrollo normativo y de su aplicación concreta.

esta clasificación puede ser determinante en caso de colisión entre unos y otros, ni si llegado el caso, sería indiscutible la primacía de unos frente a otros que puedan ser considerados como de rango superior, a pesar de que, en todo caso, son derechos reconocidos por la Constitución.

Vemos que el primer problema consiste en definir, o, al menos, aproximarnos al concepto de derechos fundamentales²⁶ y a partir de éste, intentaremos dar respuesta a las demás interrogantes.

Sin ánimo de entrar en una discusión semántica o lingüística sobre el significado de derechos fundamentales, en una primera aproximación al concepto veremos que éstos se encuentran relacionados con los derechos naturales del hombre y por tanto, también se conocen o denominan como derechos humanos²⁷.

El concepto así entendido se limitaría a los derechos de la persona que le son propios por el mero hecho de existir en clara vinculación con el derecho natural²⁸. Lo que diferencia a los *derechos fundamentales* de los *derechos humanos* o naturales, es el reconocimiento de estos en las constituciones estatales convirtiéndoles en derecho positivo²⁹. Desde esta perspectiva, el concepto de derechos fundamentales se entiende limitado a los derechos subjetivos de las personas, es decir, a aquellos derechos inherentes y preexistentes, que el Estado no hace más que reconocer y que se imponen tanto a los poderes públicos como a los particulares por ser derechos

²⁶ No es objeto de este trabajo una investigación sobre los derechos fundamentales, por ello, vamos a utilizar los estudios precedentes que se han ocupado de este tema, particularmente haremos referencia a los trabajos realizados en relación con la Constitución española.

²⁷ Ver la obra de Antonio Pérez Luño, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Tecnos, 5ª edición 1995, Madrid. En particular en las páginas 29 y ss., analiza los límites lingüísticos del término "derechos humanos" hasta llegar a una definición propia.

²⁸ Thomas Paine, *Los derechos del hombre*, Biblioteca de Política, Economía y Sociología. Ediciones Orbis, S. A., Buenos Aires, 1954. Traducción del inglés por J. A. Fontanilla. Cfr. Antonio Pérez Luño, Op. Cit. Pág. 30.

²⁹ V. A. Pérez Luño, Op. Cit. pág. 31. Dice el autor que « gran parte de la doctrina entiende que los derechos fundamentales son aquellos derechos humanos positivizados en las constituciones estatales». Citando autores que sostienen este argumento, tales como J. Messner, Tyrolia-Wien, F. Müller, entre otros.

preferentes. Esta concepción de los derechos fundamentales encuentra un claro apoyo en la Convención Europea de los Derechos Humanos de 1950³⁰, que se refiere a derechos básicos del ser humano. Sin embargo, no debemos olvidar que la expresión de derechos humanos, también ha sido empleada por la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948³¹, documento que sirve de base a la Convención Europea de Derechos Humanos y que, según el texto de su preámbulo, los Estados eligen “algunos de los derechos enunciados” para garantizar su observancia.

“Resueltos, en cuanto Gobiernos de Estados europeos animados por un mismo espíritu y en posesión de un patrimonio común de ideales y de tradiciones políticas, de respeto a la libertad y a la preeminencia del Derecho, a tomar las primeras medidas adecuadas para asegurar la garantía colectiva de algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal,”

El compromiso se hace sobre unos mínimos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, ya que en ésta se reconoce un amplio abanico de derechos a la persona, tales como: el derecho a una vivienda digna³², el derecho a la seguridad social³³, el derecho de acceso a la cultura³⁴, etc. Por ello, no resultaría convincente afirmar que la expresión *derechos humanos* se encuentra limitada o hace referencia exclusivamente a los derechos naturales³⁵, considerando como tales aquellos que son inherentes a las personas.

³⁰ Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Firmada en Roma el 4, XI, 1950, por los países miembros del Consejo de Europa.

³¹ Declaración Universal de los Derechos Humanos. Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948, ONU.

³² Art. 25.1 DUDH.

³³ Art. 22 DUDH.

³⁴ Art. 27 DUDH.

³⁵ Ver sobre este tema, la obra de A. Perez Luño, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Op. Cit.. El autor analiza en el capítulo primero “Delimitación Conceptual de los Derechos Humanos” esta difícil cuestión trabajando con diversas teorías hasta llegar a proporcionarnos una definición que cito a continuación: “los derechos humanos aparecen como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional.” Pág. 48.

Partiendo pues de que las expresiones *derechos humanos* y *derechos fundamentales* no son sinónimos³⁶ ni tampoco se encuentran en un plano contrapuesto, nos encontramos todavía en el principio de esta difícil cuestión. Resolver este primer obstáculo está resultando más complejo de lo que inicialmente parecía, así que para simplificar un poco y no detenernos demasiado en el desarrollo de este tema, vamos a admitir como punto de partida dos posturas opuestas:

i) Interpretación restrictiva

Una primera aproximación al concepto de derechos fundamentales sería aquella que considera como tales sólo a los derechos más básicos de la persona, limitando así el concepto y dando prioridad a la realización de éstos. Los derechos fundamentales serían aquellos que se encuentran enumerados dentro del texto constitucional y que gozan de una protección especial. A pesar de que difícilmente encontraremos una definición precisa del término, su existencia sería incontestable por ser parte del texto mismo de la Constitución. Aplicando este parámetro al derecho estatal, nos encontramos que los derechos fundamentales serían aquellos que se encuentran enumerados en el Capítulo Segundo del Título I, sección 1ª, bajo la rúbrica "De los derechos fundamentales y libertades públicas"³⁷ de la Constitución española.

³⁶ Esta misma observación la encontramos en el estudio de A. Pérez Luño, Op. Cit. Pág. 31 "…se puede advertir una cierta tendencia, no absoluta a reservar la denominación "derechos fundamentales" para designar los derechos humanos positivados a nivel interno, en tanto que la fórmula "derechos humanos" es la más usual en el plano de las declaraciones y convenciones internacionales."

³⁷ Corresponden a los artículos 15 al 29, ambos inclusive, que reconocen el derecho a la vida e integridad física, la garantía de libertad religiosa y de culto, el derecho a la libertad, el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, el derecho a elegir lugar de residencia y el de circular libremente por el territorio nacional, el derecho a la libertad de expresión en todas sus formas, el derecho de reunión pacífica, el derecho de asociación, el derecho a participar en los asuntos públicos y el de acceder en igualdad de condiciones a los cargos públicos, el derecho a la tutela judicial efectiva, el principio de "no hay delito ni pena sin ley que lo establezca", la prohibición de los Tribunales de Honor, el derecho a la educación, el derecho a sindicarse y el derecho a la huelga y el derecho de petición individual y colectiva.

Este argumento, según el cual, única y exclusivamente podrían ser considerados derechos fundamentales aquellos que se encuentran enumerados en el Capítulo segundo, Título I de la Constitución española, cuenta con una sólida base en el artículo 53 CE:

“1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1ª).

2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.

3. El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.”

Efectivamente, vemos que esta disposición contempla un tratamiento distinto para los derechos recogidos en la Constitución, dando un trato prioritario a los derechos enumerados en la sección primera del Capítulo segundo, tanto en lo que se refiere a su desarrollo legislativo como a su tutela judicial. De esta manera, dispone el Art. 81 CE que las leyes orgánicas son las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales, lo cual exige una mayoría absoluta para su aprobación, modificación o derogación en el Congreso. En concordancia con lo anterior, el Art. 123 CE dispone que el Tribunal Supremo es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo en materia de garantías constitucionales, reservando éstas al Tribunal Constitucional y el Art. 161 CE establece la competencia para conocer del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades a los que se refiere el artículo 53.2 CE. Debemos decir

que esta teoría ha sido defendida de forma magistral y convincente por varios autores, destacamos a Javier Jiménez Campo³⁸, quien expone con absoluta coherencia la delimitación de los derechos fundamentales que hace la Constitución española, estableciendo a la vez las garantías legales y jurisdiccionales.

En la base de esta interpretación restrictiva de los derechos fundamentales, encontramos el acceso de los ciudadanos al recurso de amparo, que se encuentra restringido por la Constitución a la defensa de un número limitado de derechos³⁹. Fiel a esta interpretación, el Tribunal Constitucional ha negado el recurso de amparo a aquellas cuestiones que no están contempladas en el Art. 53.2. Así lo confirman las sentencias del Tribunal Constitucional de 28 de febrero de 1994:

"...el artículo 10.1 CE [...] no puede servir de base para una pretensión autónoma de amparo por impedirlo los artículos 53.2 CE y 41.1 LOTC, que han configurado el recurso de amparo para la protección de los derechos y libertades reconocidos en los artículos 14 a 29 CE, además de la objeción de conciencia a que se refiere el art. 30, pero no para la preservación de otros principios o normas constitucionales (SSTC 64/1986, fundamento jurídico 1º; 242/1992, fundamento jurídico 2º, y ATC 651/1985, fundamento jurídico 6º) [pues] "sólo en la medida en que tales derechos sean tutelables en amparo y únicamente con el fin de comprobar si se han respetado que, no en abstracto, sino en el concreto ámbito de cada uno de aquéllos, deriven de la dignidad de la persona, habrá de ser tomada en consideración por este Tribunal como referente". (STC 57/1994, FJ 3º).

Y la sentencia de 4 de julio de 1991:

³⁸ V. Javier Jiménez Campo, *Derechos fundamentales Concepto y garantías*. Editorial Trotta. 1999 Madrid.

³⁹ Aquellos que se encuentran en la Sección primera del Capítulo segundo Título I de la Constitución, Art. 53 CE, en concordancia con el Art. 161 CE: "1. El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer: b) Del recurso de

“...las normas constitucionales relativa a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad [...], si bien integran mandatos objetivos y tienen un valor relevante en la normativa constitucional, no pretenden la consagración constitucional de ninguna construcción dogmática, sea jurídico-penal o de cualquier otro tipo. Por tanto, no cabe fundar la inconstitucionalidad de un precepto en su incompatibilidad con doctrinas o construcciones presuntamente consagradas por la Constitución.” (STC 150/1991, FJ 4º).

De esta manera, el criterio restrictivo admitiría exclusivamente como derechos fundamentales a aquellos que gozan de auténtica eficacia en su aplicación y que pueden acceder al recurso de amparo.

ii) Interpretación amplia

Pese a la rotundidad del anterior argumento, no se puede descartar “a priori” que los derechos enunciados, que no enumerados, en la Constitución española en el Título I, Art. 10 puedan quedar excluidos de la categoría de derechos fundamentales. Tampoco sería correcto afirmar que estos derechos no gozan de ningún tipo de garantía; en realidad, lo único que hay son diferencias entre las establecidas para los derechos reconocidos en la Sección primera del Capítulo segundo, Título I de la Constitución. Afortunadamente, hemos podido encontrar varias razones que nos permiten admitir una amplia interpretación del concepto de derechos fundamentales:

Primera. Ciertamente los derechos recogidos en el Capítulo segundo, Título I, sección primera de la Constitución española no son los únicos derechos reconocidos como derechos fundamentales. Hemos dicho antes, que la Declaración Universal de los Derechos Humanos menciona otros derechos

amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53,2 de esta Constitución, en los casos y formas que la ley establezca.”

además de los recogidos en el Capítulo segundo de nuestra Constitución, si bien, éstos derechos coinciden con los que recoge la Convención Europea de Derechos Humanos, asumiendo los Estados firmantes el compromiso de asegurar su existencia y respeto, configurando así una garantía en su aplicación que se traduce, a nivel interno o nacional, en el control que realiza el Tribunal Constitucional de su correcta aplicación y eficacia, a través del recurso de amparo. A esto, hemos de añadir la posibilidad de acudir ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁴⁰, en caso de no obtener satisfacción en el ámbito nacional, siendo obligatorias y vinculantes las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁴¹, estableciéndose así un control que garantiza la existencia de los derechos fundamentales en la interpretación y aplicación de las leyes en los Estados firmantes. Pues bien, este solo hecho no es motivo suficiente para excluir a aquellos otros derechos que no forman parte o no están recogidos expresamente en el texto de la Convención.

La opción correcta sería considerar que los derechos recogidos en la Convención y que coinciden con los que nuestra Constitución recoge en el Capítulo segundo, tan sólo gozan de prioridad en su realización, lo que explica el establecimiento de un control mayor tanto legislativo como jurisdiccional, pero que no implica "per se" que los derechos que no son objeto del recurso de amparo queden fuera de la consideración de derechos fundamentales por esta circunstancia; no obstante, hemos de considerar que se ubican en una categoría distinta⁴².

⁴⁰ Órgano cualificado que se encarga de la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

⁴¹ El Convenio forma parte del derecho interno nacional en virtud de lo dispuesto en el Art. 96.1 CE y la aplicación de las normas relativas a los derechos fundamentales debe realizarse de conformidad con lo dispuesto en los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España, art. 10.2 CE.

⁴² Ver al respecto el desarrollo del Art. 10 CE por Antonio López Castillo, que recoge la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en *Derechos fundamentales...* Op. Cit. Cfr. La obra de Benito de Castro Cid, *Los derechos económicos, sociales y culturales. Análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos*. Ed. Universidad de León, secretariado de publicaciones, Ponferrada, 1993. El autor considera que los derechos económicos sociales y culturales "...son los derechos que fueron reconocidos en el segundo momento o etapa del proceso de reconocimiento de los derechos humanos, es decir, una vez agotada la fase de los derechos civiles y políticos o derechos individuales" y por ello también son conocidos como los "derechos humanos de segunda generación". (Op. Cit. Pág. 22)

Segunda. Los derechos que no son objeto de amparo por el Tribunal Constitucional, no quedan sin garantía, no significa que sean inaplicables o ineficaces. El mismo artículo 53, párrafo 3º, contempla una doble garantía para su aplicación y eficacia. Primero, *“informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos”* y segundo, *“podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo a las leyes que los desarrollen”* (la cursiva es mía. Art. 53.3 “in fine”). Vemos que los derechos no incluidos en el Capítulo segundo, son principios informadores del sistema, lo que nos obliga a plantearnos qué importancia tiene esta consideración. Vamos a acudir una vez más a la doctrina especializada, aunque la interpretación de esta disposición no es unánime. Por una parte, tenemos la opinión de J. Jiménez Campo⁴³, quien sostiene que en el Capítulo Tercero del Título I, no hay derechos subjetivos sino normas programáticas, entendiendo por norma programática: *“aquella que señala o impone objetivos al poder público, al legislador en primer lugar”*⁴⁴. Estas normas carecen de la fuerza vinculante de las normas positivas que la Constitución recoge en el Capítulo segundo. Y de esta manera, el autor distingue entre *“objetivos”* y *“fines”* de la Constitución. Estos últimos son la causa de la norma a diferencia de los objetivos que sirven para orientar la acción del poder público⁴⁵. De esta manera, las normas recogidas por la Constitución (en la Sección primera del Capítulo segundo) constituyen verdadero derecho positivo⁴⁶, a diferencia de los principios que requieren necesariamente del posterior desarrollo legal, concretándose así en normas de derecho positivo, única forma de poder ser aplicadas. Contra esta opinión podemos citar a Pérez Luño, quién sostiene una distinta opinión sobre este tipo de normas:

⁴³ Jiménez Campo. Op. Cit. Pág. 123 y ss.

⁴⁴ Idem. Op. Cit. Pág. 129.

⁴⁵ Idem. Op. Cit. Pág. 129-130.

⁴⁶ Idem. Op.Cit. pág.33. El autor sostiene que *“Dentro del Capítulo Segundo no siempre hay, por tanto, derechos fundamentales; pero fuera de él no los hay nunca. Así hay que afirmarlo por imperativo de lo dispuesto en el artículo 53.1 y sin perjuicio, claro está, de las conexiones sistemáticas que sea preciso establecer entre los derechos allí enunciados y otras reglas y principios constitucionales (conexión que la jurisprudencia constitucional reconoce, por ejemplo, entre el derecho de libertad sindical del art. 28.1 y lo previsto en los números 1 y 2 del art. 37)”*.

“Conviene advertir que un valor o un principio constitucionales no precisan hallarse expresamente desarrollados en normas específicas para que puedan ser invocados o aplicados, ya que, como he expuesto, son susceptibles de aplicación inmediata en cuanto constituyen auténticas normas constitucionales. Es más, dentro de la tipología de las normas constitucionales los valores y principios asumen un lugar preferente por su condición de normas *inales* (que señalan y promueven las metas a alcanzar) y *permanentes* (que definen la estructura básica de un sistema y, por ello, gozan de una garantía reforzada en caso de reforma constitucional), lo que las hace jerárquicamente superiores a las restantes normas constitucionales que, en unos casos, actúan como *instrumentales* y, en otros, como *temporales* o *provisorias* respecto a aquéllas.”⁴⁷.

El reconocimiento de los principios constitucionales como verdaderas normas vinculantes, también está presente en la obra de B. González Moreno⁴⁸. En opinión de la autora, los “principios rectores” del Art. 53.3 imponen una triple obligación a los poderes públicos⁴⁹ que se refleja en diversos aspectos de sus actuaciones⁵⁰.

Otra importante contribución doctrinal que merece citarse, es la elaborada por Benito de Castro Cid, después de contrastar diferentes posturas para desentrañar la naturaleza jurídica de los derechos sociales, económicos y culturales.

“De un lado, está la afirmación de que los derechos humanos son verdaderos derechos con independencia de que sean o no reconocidos en las leyes establecidas por los Estados o por los organismos de ámbito supraestatal. De otro lado, la doctrina de que son derechos propiamente dichos sólo en la medida en que son garantizados por los ordenamientos jurídicos, es decir, en la medida en que su ejercicio está respaldado por

⁴⁷ Antonio Pérez Luño, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Tecnos, 5ª edición, 1995. Madrid. V. Pág. 293.

⁴⁸ Beatriz González Moreno, *Estado de cultura, derechos culturales y libertad religiosa*. Civitas, 1ª edición, Madrid 2003. En particular, Págs. 170 y ss.

⁴⁹ Op. Cit. a) *informarán la legislación positiva*, b) *la práctica judicial* y c) *la actuación de los poderes públicos*. Pág. 171 y ss.

⁵⁰ V. En este mismo trabajo, el desarrollo de este principio en la Parte III. 1.1.

la sanción de normas jurídicas positivas, de tal forma que son ejercitables ante instancias jurisdiccionales.”⁵¹

El autor después de analiza las tesis contrapuestas, llega a una conclusión o postura intermedia, según la cual, los derechos enunciados como principios o valores⁵² son auténticos derechos, a pesar de que no hayan sido incorporados al derecho positivo o desarrollados por una ley, puesto que el aspecto decisivo que los convierte en auténticos derechos es “...el reconocimiento de que el hombre es el centro de referencia de toda la trama de la vida social y, por tanto, también de ese peculiar sector de la misma que es la ordenación o reglamentación jurídico-política. El hombre no es sólo el creador del Derecho; es también su destinatario último.”⁵³ El reconocimiento es la nota esencial que dota de vigor y eficacia a los derechos humanos, elemento que permitirá su pervivencia y desarrollo, ya que como bien apunta el autor, lo ideal es que estos derechos sean incorporados en los ordenamientos jurídicos⁵⁴. Esta idea nos sugiere que el proceso de positivación de los derechos humanos no ha finalizado y que su reconocimiento es la fase inicial que permitirá la eficacia plena.

A pesar de que no es unánime la opinión en la doctrina de que los principios rectores de la política social y económica reconocidos por la Constitución sean auténticos mandatos que vinculan a los poderes públicos⁵⁵, no es posible obviar su importancia puesto que su aplicación ha sido reconocida por el Tribunal

⁵¹ Benito de Castro Cid, *Los derechos económicos, sociales, culturales...* Op. Cit. Págs. 82-83.

⁵² El autor se refiere, en todo caso a los derechos económicos, sociales y culturales. Si bien este enunciado es distinto del nuestro, los derechos contemplados son los mismos que los principios y valores que se encuentran en el Capítulo tercero de la Constitución española y a los que este estudio se refiere.

⁵³ Benito de Castro Cid. Op. Cit. Idem. Pág. 102.

⁵⁴ Idem. “Es deseable que lleguen a ser derechos también dentro de los causes de institucionalización jurídica de los ordenamientos positivos (estatales o supraestatales).”

⁵⁵ Francisco Rubio Llorente. *Derechos fundamentales...* Op Cit. Para este autor, el uso de los principios (término) en nuestra Constitución tiene diferentes categorías, que disponen diferentes tipos de normas, que en determinados casos configura auténticos mandatos vinculantes a los poderes públicos, entre los cuales podemos encontrar desde pautas que se proporcionan al legislador ordinario (art. 103.3, 132.1), como la designación de principios rectores, cuya finalidad es marcar las metas u objetivos dejando un amplio margen para su

Constitucional en diversas sentencias, confirmando así la existencia de este triple mandato establecido en la Constitución en el Art. 53.3. La sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985, reconoce la obligación que vincula al legislador en sus actuaciones, estableciendo que:

"...lo que dispone el art. 53.3, los dos de la Constitución, son previsiones constitucionales que obligan al legislador." (STC 71/1982, FJ 3º).

Sentencia que ha sido reiterada por la STC 189/1987 de 24 de noviembre:

"Los poderes públicos deben buscar los medios para lograr que la igualdad se acerque a los principios rectores del Capítulo III del Título I de la Constitución, y singularmente para promover condiciones de igualdad real y efectiva (art. 9.2 CE). Pero entre tales poderes públicos son el legislador y el Gobierno quienes tienen el poder de iniciativa, y no este Tribunal." (STC 189/1987, FJ 10º).

Es pues indudable que los derechos fundamentales⁵⁶ que no tienen acceso al recurso de amparo, cuentan con otras garantías que la Constitución establece para no quedar vaciados de contenido. Estas se traducen en la obligación que se impone al legislador para actuar y garantizar de esta forma su eficacia y existencia. La obligación que se le impone al legislador para actuar en defensa de los derechos fundamentales ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional en la sentencia de 11 de abril de 1985.

"... de la obligación y sometimiento de todos los poderes a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano.

concreción (Art. 9.3), hasta el conjunto de reglas imperativas que debe respetar el poder judicial (117.5 y 124.2).

⁵⁶ Antonio López Castillo. "Artículo 10" en *Derechos fundamentales y principios constitucionales (doctrina jurisprudencial)*. Dir. Rubio Llorente Francisco. Ariel Derecho, 1ª edición. Barcelona 1995.

Ello obliga especialmente al legislador, quien recibe de los derechos fundamentales “los impulsos y líneas directivas”, obligación que adquiere especial relevancia allí donde un derecho o valor fundamental quedaría vacío de no establecerse los supuestos para su defensa”. (STC 53/1985, FJ4º).

Vemos que el Tribunal Constitucional utiliza el criterio amplio y reconoce dentro de la categoría de derechos fundamentales a los valores recogidos en la Constitución. De la misma manera que reconoce que la existencia del mandato constitucional al legislador supone la garantía de su existencia y aplicación.

En cuanto al mandato que se impone al poder judicial para el respeto de los derechos fundamentales en la aplicación e interpretación de las leyes, es reveladora la opinión de B. González Moreno relativa a los principios rectores enunciados en el Capítulo III de la Constitución. La autora sostiene que éstos: “suministran guías objetivas en la interpretación de las demás normas jurídicas por parte de los tribunales de justicia y son una plasmación concreta del criterio que obliga a tener en cuenta en la interpretación de las normas”⁵⁷. Ello nos lleva a admitir que los tribunales quedan vinculados al respeto de los principios constitucionales en la aplicación e interpretación del derecho. Principios que tienen rango o categoría de derechos fundamentales por haber sido reconocidos por nuestra Constitución y que se encuentran en los Tratados y Acuerdos Internacionales⁵⁸.

Este es el criterio que aplica el Tribunal Constitucional en la sentencia de 26 de julio de 1982, considerando a los preceptos constitucionales y, dentro de éstos, a los derechos fundamentales reconocidos como parámetros de interpretación del derecho, sin que sea necesario para su aplicación y respeto el desarrollo legislativo por parte del Estado.

“Es decir, de acuerdo con la doctrina sentada por este Tribunal Constitucional, en su

⁵⁷ Beatriz González Moreno. Op. Cit. Pág. 173.

⁵⁸ Sobre los Tratados Internacionales, ver el desarrollo del tema en la Parte I, punto 1.3, página 23 y siguientes del presente trabajo. Cfr. Con la obra de Benito de Castro Cid, *Los derechos*

sentencia de 28 de julio de 1981 (recurso 40/1981, «Boletín Oficial del Estado» de 13 de agosto, suplemento al número 193, página 30, fundamento 6.º), la Generalidad puede ejercer sus competencias de desarrollo legislativo y de ejecución en aquellas materias en las que estatutariamente esté así establecido, respetando los criterios básicos, tal como racionalmente se deducen de la legislación estatal vigente a la luz de la C. E., sin que, por tanto, dichas competencias hayan de esperar a ejercitarse a que el Estado apruebe formalmente la legislación básica a que se refiere el artículo 149, número 1, de la C. E.” (STC 54/1982, FJ 1º).

Y finalmente, por lo que respecta al mandato constitucional que vincula a los poderes públicos en su actuación, está claro que son los derechos fundamentales quienes marcan los objetivos a alcanzar y el Estado queda por tanto obligado a ajustar sus políticas a la consecución de dichos objetivos trazados de forma preliminar por los derechos fundamentales. Así lo expresa la sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985.

“...los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores, que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política; son, en fin, como dice el art. 10 de la CE, el “fundamento del orden jurídico y de la paz social”. De la significación y finalidades de estos derechos dentro del orden constitucional se desprende que la garantía de su vigencia no puede limitarse a la posibilidad del ejercicio de pretensiones por parte de los individuos, sino que ha de ser asumida también por el Estado”. (STS 53/1985, FJ4º).

Tercera. Vemos, pues, que los principios constitucionales tienen gran valor y peso específico en la aplicación del derecho. No se quedan en un plano filosófico de “inspiración” para el sistema, sino que se integran en nuestro ordenamiento jurídico conformando al derecho positivo. No debemos perder de

económicos..., Op. Cit. sobre la evolución histórica de estos derechos en los instrumentos internacionales.

vista que los principios recogidos en la Constitución son portadores de los valores que inspiran el sistema, constituyendo el eje sobre el cual debe asentarse una sociedad democrática y la base para su desarrollo⁵⁹. Es justo aquí donde radica su función, puesto que este tipo de normas son indispensables para entender los valores que salvaguarda la Constitución, los cuales deben estar presentes en el desarrollo de la sociedad. Y ésta es quizás su característica más importante, ya que las sociedades democráticas ni son perfectas ni son estáticas: no todos los ideales propuestos han sido totalmente alcanzados, ni todos los derechos se han concretado para todos los ciudadanos por igual. Hemos de reconocer que aun queda trabajo por hacer. La sociedad crece, avanza y se desarrolla en función de sus valores imperantes e intenta alcanzar niveles más elevados de protección y respeto a los derechos y libertades humanas en igualdad de condiciones. Es aquí donde desempeñan su función los principios o derechos fundamentales difusos o de segundo nivel, ya que se imponen como meta a alcanzar en las sociedades avanzadas.

Por último, debemos añadir que España se ha adherido a diferentes instrumentos internacionales y ha ratificado Tratados internacionales relativos a derechos humanos y libertades fundamentales⁶⁰. Por ello, hemos de reconocer

⁵⁹ A. Pérez Luño. Op. Cit. Pág. 288. "Los valores constitucionales poseen, por tanto, una triple dimensión: a) *fundamentadora*, en el plano estático, del conjunto de disposiciones e instituciones constitucionales, así como del ordenamiento jurídico en su conjunto. Por ello, la doctrina germana los concibe como "valores fundamentales" (Grundwerte) y nuestra Constitución como "valores superiores", para acentuar su significación de núcleo básico e informador de todo el sistema jurídico-político; b) *orientadora*, en sentido dinámico, del orden jurídico-político hacia unas metas o fines predeterminados, que hacen ilegítima cualquier disposición normativa que persiga fines distintos o que obstaculice la consecución de aquellos enunciados en el sistema axiológico constitucional; y c) *crítica*, en cuanto que su función, como la de cualquier otro valor, reside en su idoneidad para servir de criterio o parámetro de valoración para justipreciar hechos o conductas. De forma que es posible un control jurisdiccional de todas las restantes normas del ordenamiento en lo que puedan entrañar de valor o disvalor, por su conformidad o infracción a los valores constitucionales. Los valores constitucionales suponen, por tanto, el contexto axiológico *fundamentador* o básico para la interpretación de todo el ordenamiento jurídico; el postulado-guía para *orientar* la hermenéutica teleológica y evolutiva de la Constitución; y el *criterio* para medir la legitimidad de las diversas manifestaciones del sistema de legalidad."

⁶⁰ Sin ánimo de ser exhaustivos, citamos algunos de los instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos ratificados por España: los Pactos internacionales de derechos económicos, sociales y culturales y de derechos civiles y políticos (27 de abril de 1977); Convención y Protocolo relativos al estatuto de los refugiados, de 1951 y 1967 (21 de octubre

que los derechos fundamentales forman parte integrante de nuestro ordenamiento jurídico y así lo expresa la Constitución española en el artículo 10.2⁶¹. Por ello se debe entender que los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución adquieren una categoría superior en virtud de los acuerdos internacionales que han sido suscritos. Opinión que comparte Truyol y Serra, en su obra *Los derechos humanos*.

“Lo cual equivale a afirmar que la tutela constitucional de estos derechos y estas libertades se inscribe a su vez en el marco de un *higher law* informado por valores humanos comunes, más allá de la esfera estatal”⁶².

iii) Síntesis y aproximación al concepto “derechos fundamentales”

No me resulta fácil admitir que la diferencia establecida por el Art. 53 CE., divida a los derechos reconocidos por la Constitución en fundamentales y principios generales o “normas programáticas”⁶³. Más bien, me inclino a pensar que está dividiendo a los derechos fundamentales en dos bloques: el primero y más importante constituido por los derechos básicos de la persona, cuya realización es prioritaria en un Estado democrático y, por ello, se encuentran dotados de especiales garantías. Y en el segundo bloque, encontramos también derechos fundamentales, no menos importantes, pero cuya realización se encuentra postergada o pospuesta a la realización de los primeros, puesto que son una lógica consecuencia de estos. Esta jerarquía se establece por una necesidad básica de dependencia, no porque entre ambas categorías existan diferencias que les proporcionen mayor o menor importancia, sino que la realización de los derechos del segundo bloque depende de la existencia y

de 1978); Convenio europeo para la protección de de los derechos humanos y libertades fundamentales (4 de octubre de 1979); la Carta social europea (29 de abril de 1980).

⁶¹ Cfr. Con la STC 64/1988, FJ 2º. V. *Infra*. Reproducción de la Sentencia, en página 21.

⁶² Antonio Truyol y Serra, *Los derechos humanos*. Pág. 179. 3ª edición, Tecnos, Madrid 1982.

⁶³ Según la clasificación desarrollada por Javier Jiménez Campo, en su obra *Derechos fundamentales Concepto y garantías*. Op. Cit. Este tipo de normas informan o inspiran al sistema y su principal utilidad es dirigir u orientar a los poderes públicos.

realización de los derechos del primer bloque⁶⁴. ¿Cómo se podría garantizar el derecho a una vivienda digna en un Estado que no respeta el derecho a la vida?

Podemos afirmar que los derechos del segundo bloque son también derechos fundamentales aunque se encuentran en otro estadio de realización. Es decir, una sociedad que despierta a la democracia debe, en primer lugar, organizarse y marcar sus objetivos prioritarios: establecer un sistema que respete en igualdad de condiciones a todos los ciudadanos y, que, al mismo tiempo, sea capaz de garantizar un paquete de derechos mínimos o básicos, instaurando, a su vez, un sistema que permita el ejercicio pacífico de los mismos, la plena realización de su existencia y mecanismos de control eficaces. Una vez se han alcanzado estos mínimos, las sociedades democráticas deben seguir avanzando para alcanzar el total reconocimiento, desarrollo y realización de los derechos fundamentales hasta llegar a un estadio superior que garantice la plena realización de las personas, por ello es importante que no se contemplen los derechos fundamentales de forma restringida (sólo los que se encuentran en el primer bloque), como un paquete de derechos mínimos e indispensables para el desarrollo humano, sino que se consideren en su totalidad, tal y como han sido proclamados en los diversos documentos internacionales y como los recogen las Constituciones de los Estados democráticos avanzados⁶⁵.

⁶⁴ Cfr. Benito de Castro Cid, *Los derechos económicos, sociales y culturales...* Op. Cit. Según el autor, los derechos civiles y políticos fueron los primeros en desarrollarse y ello es debido a la existencia de dos fases en el procedimiento de reconocimiento de los derechos humanos, ver en particular el análisis para la definición de los derechos que denomina "de segunda generación", Págs. 13-36. Sobre la relación entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales se expresa de la siguiente manera: Frente a la afirmación de que los derechos económicos, sociales y culturales son frenos impuestos a la extralimitación de los derechos individuales o derechos de libertad, sería mucho más ajustado afirmar que constituyen precisamente el desarrollo y complemento de éstos, puesto que cumplen la misión de asegurar a los ciudadanos las condiciones materiales eficaces para la autorregulación del individuo, es decir, para el ejercicio de los derechos individuales". Op. Cit. Pág. 77.

⁶⁵ Las Constituciones modernas (siglo XX) enumeran dentro de sus textos derechos que en otras épocas no estaban expresamente incluidos. Lo cual no significa que las antiguas Constituciones estos derechos sean inexistentes o no estén reconocidos (Vgr. Novena enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de 1787), sino que sus textos son más actuales y acordes con la realidad imperante. V. En este sentido el análisis de Javier García Fernández, en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. Dir. Osacar Alzaga Villaamil, T. IV, Artículos 39 a 55. Editado por Cortes Generales Editoriales de Derecho Reunidas. Pág. 217 y ss. Ver también la obra de Benito de Castro Cid, *Los derechos económicos, sociales y culturales...* Op. Cit., Pag. 48-57

La idea de que los derechos fundamentales son todos los reconocidos en la Constitución, independientemente de la forma como se hayan plasmado o de las garantías con las que cuentan, encuentra apoyo en la teoría de la institución desarrollada por Peter Häberle, según la cual "...en el Estado social de Derecho los derechos fundamentales poseen una doble función (*Doppelcharakter*): de un lado, siguen siendo garantías de la libertad individual; de otro, asumen una dimensión institucional a partir de la cual su contenido debe funcionalizarse para la consecución de los fines sociales y colectivos constitucionalmente proclamados"⁶⁶.

De esta forma podríamos considerar que las garantías de la libertad individual son tan sólo el presupuesto básico para alcanzar los fines sociales, pero en ambos casos se está hablando de derechos fundamentales. Teoría que el Tribunal Constitucional recoge en su sentencia de 14 de julio de 1981:⁶⁷

"Ello resulta lógicamente del doble carácter que tienen los derechos fundamentales. En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en el sentido estricto, sino en cuanto garantizan un «status» jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho

⁶⁶ P. H Häberle, *Die Wesensgehaltgarantie es art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, Müller, Karlsruhe, 2ª ed., 1972, pp. 70 ss. Citado por A. Pérez Nuño, Op. Cit. Pág. 300.

⁶⁷ Reiterada posteriormente por la sentencia del TC de fecha 28 de julio de 1981: "Las razones anteriores hacen innecesario entrar ahora en otras consideraciones que llevan a las mismas consecuencias. Así, por citar un sólo argumento, el tratamiento común a los administrados que preceptúa el artículo 149,1,18.^a ha de entenderse en el Estado social y democrático de Derecho que configura la Constitución (artículo 1-1) con un alcance no meramente formal sino también, del modo que determine la Ley, con un contenido sustancial en forma de pautas de prestaciones mínimas que deben proporcionarse a todos los ciudadanos; otras razones complementarias, que no procede desarrollar ahora se encuentran en el principio de igualdad de todos los españoles a que alude el artículo 149,1,1.º, y en el derecho de participación que regula el artículo 23, ambos de la Constitución.". Debemos destacar que el reconocimiento de la doble dimensión de los derechos fundamentales por el Tribunal Constitucional incluye expresamente a aquellos derechos que se encuentran en los "principios" o "valores" que inspiran a la Constitución y que están plasmados en instrumentos internacionales, así, la STC 64/1988, FJ 1º), el texto de la cual reproducimos en las páginas 19 y 20 de este trabajo.

y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (artículo 1º.1).”

La teoría que afirma la doble naturaleza de los derechos fundamentales desarrollada por la doctrina, se encuentra recogida en el texto del artículo 10.1 de la Constitución española, a tenor del cual

“La dignidad de la persona, los derechos inviolables que les son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

Afirmaciones similares podemos encontrar en derecho comparado en distintos textos constituciones, así como en el plano internacional. Podemos comprobar que esta misma idea se expresa reiteradamente en diversos textos legales, así lo expresa la Declaración universal de los derechos humanos de 1948 (ONU) en su Preámbulo:

“Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad;” (Preámbulo, párrafo 5º).

Y el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales del Consejo de Europa, en el texto de su Preámbulo, párrafos 4º y 5º:

“Considerando que la finalidad del Consejo de Europa es realizar una unión más estrecha entre sus miembros, y que uno de los medios para alcanzar esta finalidad es la protección y el desarrollo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales;

Reafirmando su profunda adhesión a estas libertades fundamentales que constituyen las bases mismas de la justicia y de la paz en el mundo, y cuyo mantenimiento reposa esencialmente, de una parte, en un régimen político verdaderamente democrático, y, de otra, en una concepción y un respeto comunes de los derechos humanos por ellos invocados;”

Queda así establecido que el concepto de derechos fundamentales es o debe ser considerado con el criterio amplio, el cual nos permite apreciar su doble naturaleza y la función que deben desarrollar en un estado de derecho. Sobre este punto, debemos destacar que existe un reconocimiento prácticamente unánime en los distintos textos internacionales. Y ya para finalizar, me gustaría terminar citando una sentencia del Tribunal Constitucional que recoge y expresa esta idea acercándonos a la definición del concepto de derechos fundamentales:

“...los derechos fundamentales y las libertades públicas son derechos individuales que tienen al individuo por sujeto activo y al Estado por sujeto pasivo en la medida en que tienden a reconocer y proteger ámbitos de libertades o prestaciones que los Poderes públicos deben otorgar o facilitar a aquéllos. Se deduce así, sin especial dificultad, del art. 10 CE, que, en su ap. 1º, vincula los derechos inviolables con la dignidad de la persona y con el desarrollo de la personalidad y, en su ap. 2º, los conecta con los llamados derechos humanos, objeto de la Declaración Universal y de diferentes Tratados y Acuerdos Internacionales ratificados por España, como son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [...] y el Convenio de Roma [...]. Es cierto, no obstante, que la plena efectividad de los derechos fundamentales exige reconocer que la titularidad de los mismos no corresponde sólo a los individuos aisladamente considerados, sino también en cuanto se encuentran insertos en grupos y organizaciones, cuya finalidad sea específicamente la de defender determinados ámbitos de libertad o realizar los intereses y los valores que forman el sustrato último del derecho fundamental.” (STC 64/1988, FJ 1º)⁶⁸.

⁶⁸ Cfr. Con la opinión de Benito de Castro Cid, en *Los derechos económicos...*, Op. Cit. en particular en las páginas 185-191 donde expone su opinión, contrastándola con la de otros especialistas, sobre la incorporación de los derechos económicos, sociales y culturales en la Constitución española de 1978.

Al parecer hemos podido hacer una buena aproximación al concepto de derechos fundamentales, no obstante, me gustaría terminar este punto proporcionando una definición del concepto y aunque no es fácil la elección, cito a continuación, la definición a que nos proporciona A. Truyol y Serra, en su obra *Los derechos humanos*, donde analiza su evolución histórica:

“Decir que hay <derechos humanos> o <derechos del hombre> en el contexto histórico-espiritual que es el nuestro, equivale a afirmar que existen derechos fundamentales que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad; derechos que le son inherentes, y que, lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por ésta consagrados y garantizados.⁶⁹”

iv) Consideraciones finales respecto del concepto de derechos fundamentales.

El análisis precedente nos permite admitir que el concepto de derechos fundamentales ha de ser considerado en sentido amplio, que incluye derechos inherentes a la persona así como los que permiten la plena realización del individuo⁷⁰. Es decir, todos aquellos recogidos por la Constitución española en el preámbulo, en el Título I, artículo 10 y en el capítulo Tercero, no quedando limitados a los de la sección Primera del Capítulo segundo de la CE.

Es preciso admitir que la expresión derechos humanos o derechos del hombre no debe ser interpretada con el criterio restringido que se limitaría al reconocimiento de los derechos civiles y políticos, sino que se inscribe dentro

⁶⁹ Antonio Truyol Serra. Op. Cit. Pág. 11.

⁷⁰ Esta dualidad en el concepto de los derechos fundamentales ha sido reconocida por la doctrina especializada. Es preciso citar el excelente trabajo de Francisco Puy Muñoz: *“Ensayo de definición de los derechos culturales”*, en Anuario de derechos Humanos. Instituto de Derechos Humanos. Universidad Complutense. 1988-1989. Pág. 201-205. El autor establece las categorías de los derechos fundamentales de la siguiente manera: “...los derechos humanos se subdividen primero en dos y luego en cinco categorías, a saber: derechos económicos, derechos sociales y derechos culturales, por un lado; y por otro, derechos civiles y políticos.”

del marco general definido por los Tratados internacionales, donde quedan incluidos los derechos económicos, sociales y culturales⁷¹.

Si bien esta aproximación al concepto de derechos fundamentales nos permite admitir que el derecho a la cultura es un derecho fundamental y empezar nuestro trabajo, no podemos ser demasiado optimistas por haber podido salvar este primer obstáculo, ya que lo único que nos permite es seguir adelante con nuestra investigación y empezar a construir la tesis que vamos a sostener. Pero no debemos olvidar que aún nos queda por resolver diversas cuestiones de las cuales nos ocuparemos a lo largo de este trabajo.

En primer lugar, debemos investigar si realmente existen diferentes categorías de derechos fundamentales y, de ser esto cierto, debemos ser capaces de determinar si ello sirve para establecer una estructura jerárquica, donde se ubican, en un primer plano, los derechos superiores o preferentes que se imponen a los otros derechos que no tienen el mismo rango. Pero tenemos que ir con cuidado y no perder de vista el objeto de estudio del presente trabajo, es decir, el análisis de los derechos fundamentales se realiza en la medida que nos permita llegar a conocer la relación que existe entre el derecho a la cultura y del derecho de autor. Una vez despejada esta duda, debemos continuar nuestro análisis y ver de qué forma se relacionan las distintas categorías de derechos en nuestro ordenamiento jurídico. Básicamente debemos ser capaces de llegar a conocer cuál es el contenido del derecho a la cultura y qué relación guarda, si es que la hay, con el derecho de autor; qué mecanismos de control y qué garantías requiere el ejercicio del derecho a la cultura; y en fin, cuál es su regulación en nuestro derecho positivo. También será preciso analizar si nuestro ordenamiento jurídico cuenta con un método o sistema de interpretación que permita hacer la valoración o ponderación de intereses entre el derecho de autor y el derecho a la cultura, en caso de que se susciten

⁷¹ V. Puy Muñoz, Op. Cit. Pág. 205 y ss. Una lectura a esta obra es imprescindible para entender las diferencias que presentan los dos grupos en los que se clasifican los derechos fundamentales: derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales. V.

conflictos o colisión entre ambos, de tal forma que sea posible alcanzar una solución justa y equilibrada. Es necesario determinar si nuestro sistema jurídico cuenta con mecanismos para conocer qué valores se deben salvaguardar en caso de conflicto, cuáles han de prevalecer y como encontrar un punto de equilibrio.

Definidos así los objetivos de esta investigación, continuamos nuestro estudio analizando el contenido del derecho a la cultura.

1.2 Concepto y contenido del derecho a la cultura

El análisis precedente nos permite iniciar este trabajo afirmando que el derecho a la cultura es un derecho fundamental. No obstante, ahora nos encontramos ante el problema de definir los conceptos: ¿Qué se entiende por cultura? ¿Cuáles son los derechos culturales?⁷² ¿En qué consiste el derecho a la cultura?

Es necesario hacer un análisis del concepto y proporcionar o al menos aproximarnos a una definición, de esta forma encontraremos nuevos argumentos que aportarán solidez a la afirmación anterior.

Para ello, haremos un breve recorrido por los diversos instrumentos internacionales que han reconocido el derecho a la cultura dentro de la categoría de los derechos fundamentales.

también la obra de Benito de Castro Cid, *Los derechos económicos, sociales y culturales.*, Op. Cit. Págs. 48 – 57, relativas al desarrollo y evolución normativa de estos derechos.

⁷² En *Ensayo de definición de los derechos culturales*, de F. Puy Muñoz, se establece la diferencia entre "derechos culturales" y "derecho a la cultura". Admitimos la diferencia y estamos de acuerdo con el autor en que es mucho más complejo definir el concepto (derechos culturales) que una categoría (derecho a la cultura). En esta primera parte, el objetivo es demostrar que el derecho a la cultura es un derecho fundamental y, posteriormente, nos ocuparemos del contenido y desarrollo del derecho de acceso a la cultura, en la parte III de este trabajo.

1.3 El derecho a la cultura en los tratados, convenciones e instrumentos internacionales

El primer instrumento de carácter internacional que reconoce los derechos fundamentales es la Carta de las Naciones Unidas de 1945⁷³. Antonio Truyol y Serra en su obra *los derechos humanos*⁷⁴, lo expresa de la siguiente manera:

“...el hecho es que hasta la Carta de la Organización de las Naciones Unidas no encontramos un reconocimiento internacional de principio de los derechos humanos. Este es indiscutiblemente uno de los meritos históricos de la Carta.”

Y en este documento se hace mención expresa a la cultura como valor a salvaguardar, quedando así al mismo nivel de los derechos civiles y políticos de las personas (Preámbulo⁷⁵, Art. 1.3⁷⁶ y 55⁷⁷).

Si bien este precedente es importante para los derechos humanos porque constituye un reconocimiento oficial de su existencia y los configura como

⁷³ Firmada el 26 de junio de 1945 en San Francisco, al terminar la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional, y entró en vigor el 24 de octubre del mismo año. El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia es parte integrante de la Carta. Para mayor información consultar la Página Web de la institución en <http://www.onu.org/Docubas/cartade.htm>

⁷⁴ En su obra *Los derechos humanos*. Op. Cit. Pág. 27.

⁷⁵ “...a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas, a crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional, a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad...”

⁷⁶ “Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión;”

⁷⁷ “Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá: a. niveles de vida más elevados, trabajo permanente para todos, y condiciones de progreso y desarrollo económico y social; b. La solución de problemas internacionales de carácter económico, social y sanitario, y de otros problemas conexos; y la cooperación internacional en el orden cultural y educativo; y c. el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades.”

propósitos comunes o finalidades a alcanzar por los países firmantes, la Carta no contiene un tratamiento detallado de los derechos humanos y, por ello, hemos de iniciar nuestro estudio con la Declaración Universal de los derechos humanos, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948⁷⁸.

i) Declaración Universal de los Derechos Humanos

El preámbulo de la Declaración enuncia la determinación de los pueblos en comprometerse al respeto de los derechos y libertades fundamentales, recogiendo el compromiso de la Carta de las Naciones Unidas, donde se establecía el compromiso de velar por los derechos humanos, promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de libertad.

Es importante destacar que los documentos que recogen el compromiso de respetar los derechos humanos y que expresan la voluntad de los pueblos en reconocer su existencia y velar por su eficacia, no han intentado definirlos. Los antecedentes nos permiten apreciar que, desde el principio, los derechos humanos han sido entendidos como un concepto dinámico, como un valor creciente, susceptible de ser desarrollado al mismo tiempo que se da el progreso social. En este marco, la Declaración proclama en su artículo 22 que:

“Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”

Y más adelante, el artículo 27 menciona expresamente los derechos culturales:

⁷⁸ A pesar de que no tiene condición de Tratado, sino de Resolución de las Naciones Unidas, es un instrumento ampliamente reconocido por los países miembros de la ONU y en el cual se han

“1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.”

El hecho de recopilar o enumerar los derechos humanos no es el único mérito de la Declaración. Sin lugar a dudas, es el primer instrumento internacional y el precedente más importante de convenios y otros tratados internacionales en materia de derechos humanos. Como dice Truyol y Serra: “La Declaración es indudablemente la expresión de la conciencia jurídica de la humanidad, representada en la O.N.U. y, como tal, fuente de un “derecho superior”, un *higher law*, cuyos principios no pueden desconocer sus miembros”⁷⁹.

En el texto de la Declaración aparece ya un reconocimiento expreso al derecho a la cultura en el contexto general de los derechos humanos. Es innegable pues el carácter de éste derecho dentro del marco de los derechos y libertades fundamentales del hombre⁸⁰.

- ii) La Convención Europea para la salvaguardia de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales⁸¹.

A diferencia de la Declaración, la Convención europea es un instrumento con fuerza vinculante para los Estados parte. Tiene su origen en el seno del Consejo

inspirado otros Tratados, Convenciones e incluso las Constituciones estatales.

⁷⁹ En *Los Derechos Humanos*, Op. Cit. Pág. 31.

⁸⁰ Cfr. Benito de Castro Cid, *Los derechos económicos, sociales y culturales...*, Op. Cit. Sobre la importancia e influencia de los instrumentos internacionales para el desarrollo de los derechos económicos, sociales y culturales en los sistemas jurídicos estatales.

⁸¹ Firmada en Roma el 4 de noviembre de 1950. Ratificado por España el 26 de septiembre de 1979. Al respecto consultar las declaraciones del Estado español de 9 de octubre de 1985 y de 10 de octubre de 1990, en las que se reconoce la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Ver también los Protocolos adicionales números 1, 2, 3, 5, 6 y 8, ratificados por España; el Protocolo nº 1, el dos de noviembre de 1990; el Protocolo nº 2, el 18 de marzo de 1982; los Protocolos nºs 3 y 5, el 26 de septiembre de 1979; el Protocolo nº 6, el 20 de diciembre de 1984; el Protocolo nº 8, el 9 de julio de 1989. Antonio López Castillo, Op. Cit. Pág. 70.

de Europa⁸² y toma como referente a la Declaración universal de derechos humanos de la ONU. No obstante, la Convención va más allá al reconocer los derechos humanos y libertades fundamentales a toda persona, no limitándose a los nacionales de los Estados parte.

La gran innovación que introduce la Convención en relación con la protección de los derechos humanos son los mecanismos de control que establece, mediante los cuales se puede garantizar la existencia y eficacia de los derechos humanos. Para ello, ha creado una instancia supranacional reconociendo a los individuos acciones frente a sus Estados para que puedan acceder al control de la aplicación del derecho. Son dos los órganos encargados del control y del cumplimiento de las obligaciones de los Estados parte en relación con los derechos recogidos en la Convención: la Comisión Europea de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁸³.

Desdichadamente este mecanismo tan bien instrumentado poco nos sirve para nuestro trabajo, ya que en el catálogo de derechos reconocidos no se contemplan los derechos culturales. Los derechos recogidos en la Convención son básicamente los derechos civiles y políticos⁸⁴, las referencias a los derechos económicos, sociales y culturales son escasas⁸⁵ y el derecho a la cultura no se encuentra reconocido como tal, ni en la Carta social europea⁸⁶. No obstante, en este instrumento encontramos el derecho a la orientación, formación y

⁸² El Consejo de Europa es una organización regional, creada al firmarse su estatuto en Londres el 5 de mayo de 1949. La finalidad del Consejo de Europa consiste en realizar una unión más estrecha entre sus miembros sobre una base democrática (Estatuto del Consejo de Europa, Capítulo I, Finalidad del Consejo de Europa, Art. 1.), citado por A. Truyol y Serra, en Op. Cit. Pág. 42-43 y texto del Estatuto, Pág. 109 y ss.

⁸³ A. Truyol y Serra. Op. Cit. Pág. 46 – 47.

⁸⁴ Son los derechos del primer bloque, a los que hemos hecho referencia en las páginas precedentes (Pág. 16 y ss).

⁸⁵ A excepción de la prohibición del trabajo forzoso, el derecho de libre sindicación, la prohibición de la discriminación, el reconocimiento de la libertad de pensamiento y de la libertad de expresión. Ver el comentario de A. Truyol y Serra, en Op. Cit. Pág. 52 y el texto de la Convención, en particular, los artículos 4, 5, 8, 9, 10 y 11.

⁸⁶ Firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, entró en vigor el 26 de febrero de 1965, Truyol y Serra, Op cit. Pág. 52. Ratificada por España el 29 de abril de 1980. Antonio López Castillo, Op. Cit. Idem.

readaptación profesional de forma reiterada en varios artículos (art. 1.4⁸⁷, 9⁸⁸ y 10⁸⁹); así como el derecho de las personas con minusvalías a acceder a la formación profesional y la readaptación profesional y social (art. 15⁹⁰). Las referencias al derecho a la educación las encontramos en relación con la protección de los niños y adolescentes recogidas en el artículo 7⁹¹.

La Carta social europea recoge, en los artículos citados, el derecho a la formación profesional de una forma amplia, dinámica y vinculada a la

⁸⁷ Art. 1 Derecho al trabajo. Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho al trabajo, las Partes Contratantes se comprometen: 4. A proporcionar o promover una orientación, formación y readaptación profesionales adecuadas.

⁸⁸ Artículo 9. Derecho a la orientación profesional. Para garantizar el ejercicio a la orientación profesional, las Partes Contratantes se comprometen a establecer o facilitar, según se requiera, un servicio que ayude a todas las personas, incluso los minusválidos, a resolver los problemas que plantea la elección de una profesión o la promoción profesional, teniendo en cuenta las características del interesado y su relación con las posibilidades del mercado de empleo; esta ayuda deberá ser prestada gratuitamente tanto a los jóvenes, incluidos los niños en edad escolar, como a los adultos.

⁸⁹ Artículo 10. Derecho de formación profesional. Para afianzar el ejercicio efectivo del derecho a la formación profesional, las Partes Contratantes se comprometen: 1. A asegurar o favorecer, según se requiera, la formación técnica y profesional de todas las personas, incluidos los minusválidos, previa consulta con las organizaciones profesionales de empleadores y trabajadores, y a arbitrar medios que permitan el acceso a la enseñanza técnica superior y a la universitaria, con base únicamente en el criterio de la aptitud individual. 2. A asegurar o favorecer un sistema de aprendizaje y otros sistemas de formación de los jóvenes de ambos sexos en sus diversos empleos. 3. A asegurar o favorecer, según se requiera: a) Servicios apropiados y fácilmente accesibles para la formación de trabajadores adultos. b) Servicios especiales para la reconversión profesional de trabajadores adultos requerida por el desarrollo técnico o por un cambio de tendencias en el mercado de trabajo. 4. A alentar la plena utilización de los servicios previstos, y ello mediante medidas adecuadas tales como: a) La reducción o la supresión del pago de cualesquiera derechos y gravámenes. b) La concesión de una asistencia financiera en los casos que proceda. c) La inclusión, dentro de las horas normales de trabajo, del tiempo dedicado a los cursos suplementarios de formación seguidos por el trabajador, durante su empleo, a petición de su empleador. d) La garantía, por medio de un control adecuado, previa consulta con las organizaciones profesionales de empleadores y trabajadores, de la eficacia del sistema de aprendizaje y de cualquier otro sistema de formación para los trabajadores jóvenes y, en general, de la adecuada protección a los trabajadores jóvenes.

⁹⁰ Artículo 15. Derecho de las personas físicas o mentalmente disminuidas a la formación profesional y a la readaptación profesional y social. Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de las personas físicas o mentalmente disminuidas a la formación profesional y a la readaptación profesional y social, las Partes Contratantes se comprometen: 1. A tomar las medidas adecuadas para procurar a los interesados medios para su formación profesional e incluso si fuese necesario, las oportunas instituciones especializadas, ya sean privadas o públicas. 2. A adoptar las medidas adecuadas para proporcionar un puesto de trabajo a los minusválidos, particularmente por medio de servicios especiales de colocación, posibilidades de empleo protegido y medidas destinadas a estimular a los empleadores a su contratación.

⁹¹ El derecho a la educación si bien tiene una estrecha relación con el derecho a la cultura por ser presupuesto básico de su realización, no será desarrollado como tal en este trabajo, no obstante haremos diversas referencias al mismo.

educación. Parece tener una finalidad clara: permitir al trabajador⁹² el acceso a mejores condiciones, incluso en los casos en que la readaptación sea consecuencia de los cambios del mercado o de una minusvalía física o psíquica. Por ello, extraña que no exista una alusión expresa al derecho a la cultura de forma independiente y desligada del aprendizaje, educación o formación profesional.

Decepciona que en los instrumentos europeos sobre derechos humanos no haya ninguna mención al derecho a la cultura, considerando que Europa siempre ha reivindicado su cultura, de la cual se siente orgullosa. Afortunadamente, el proceso de definición de los derechos humanos no está agotado y con la elaboración de los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos aparece en el panorama internacional la obligación vinculante para los Estados de garantizar el derecho a la cultura.

iii) Los Pactos Internacionales de Derechos Humanos⁹³

El discurso pronunciado por el Secretario General de las Naciones Unidas, refleja la importancia de los derechos humanos para la construcción de una sociedad más justa:

"...en la filosofía de las Naciones Unidas el respeto a los Derechos Humanos es uno de los principales cimientos de la libertad, la justicia y la paz del mundo"⁹⁴.

⁹² Incluso en los casos que se permite el trabajo a menores o aprendices (Arts. 7.6, 9).

⁹³ Ambos pactos fueron ratificados por España el 27 de abril de 1977. Años más tarde, se adhirió al Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en fecha 17 de enero de 1985. Antonio López Castillo, Op. Cit.

⁹⁴ U-Thant, Secretario General de las Naciones Unidas, en relación con los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, aprobados por unanimidad por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966. Citado por Victoria Abellán, en *Los Pactos Internacionales de los Derechos Humanos*. Editado por la Asociación de Amigos de las Naciones Unidas en España. Barcelona. 1976.

Ciertamente, la elaboración de los pactos internacionales sobre derechos humanos, responde a la idea de que el mantenimiento de la paz en el mundo depende en gran medida del respeto de los derechos fundamentales. Después de la Declaración Universal de los derechos humanos, era necesario consolidar el compromiso de los Estados miembros con instrumentos jurídicos vinculantes. Por ello, se creó en el seno de las Naciones Unidas la Comisión de Derechos Humanos, encargada de la elaboración de los instrumentos jurídicos necesarios para alcanzar esta finalidad. El resultado fue la elaboración de dos convenios adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966.

La razón de que se hicieran dos diferentes instrumentos se debe a que se consideró que los derechos civiles y políticos podían ser garantizados de inmediato, en cambio, los derechos económicos, sociales y culturales dependían de las infraestructuras existentes en los países y debían ser garantizados de forma progresiva⁹⁵.

- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁹⁶

Hasta la adopción del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, no se había, ya no digamos definido, sino delineado el contenido del derecho a la cultura. Es pues enriquecedor reproducir el artículo 15, donde se hace un reconocimiento a favor de los ciudadanos al acceso, goce y a los beneficios que proporcionan los bienes culturales, con la correlativa obligación al Estado para garantizar la efectividad del mismo. Configurado así el derecho a la cultura. Cabe ahora preguntarse si los Estados cumplen con esta obligación en todo su alcance y extensión. Este será uno de nuestros objetivos, aunque debemos advertirlo, reducido al estudio de la legislación española.

⁹⁵ Victoria Abellán, Op. Cit. Pág. 16. La diferencia entre los dos bloques de derechos fundamentales (civiles y políticos, por un lado y económicos, sociales y culturales, por otro) es justamente el problema de la eficacia, del cual nos ocuparemos en la parte III de este trabajo.

⁹⁶ Adoptado por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, quedando abierto a la firma, ratificación y adhesión. Entró en vigor el 3 de enero de

Art. 15

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a:
 - a) Participar en la vida cultural;
 - b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones;
 - c) Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.
2. Entre las medidas que los Estados partes en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y la cultura.
3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.
4. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales.

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁹⁷.

Finalmente hemos de hacer una breve mención a este instrumento, sólo para destacar la declaración contenida en el preámbulo, donde se reconoce que el respeto a los derechos fundamentales requiere que se contemplen tanto los derechos económicos, sociales y culturales como los derechos civiles y políticos⁹⁸.

1976, de conformidad con el artículo 27. Derechos Humanos. Recopilación de instrumentos internacionales. Centro de Derechos Humanos Ginebra. Naciones Unidas. N.Y. 1988.

⁹⁷ Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI), el 16 de diciembre de 1966, quedando abierto a la firma, ratificación y adhesión. Entró en vigor el 23 de marzo de 1976, de conformidad con el art. 49. Derechos Humanos. Recopilación de instrumentos internacionales. Centro de Derechos Humanos Ginebra. Naciones Unidas. N.Y. 1988.

⁹⁸ "Reconociendo que, con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre, en el disfrute de las libertades civiles y políticas y liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada

iv) Declaración Universal sobre Diversidad Cultural⁹⁹.

Después de la elaboración de los Pactos sobre Derechos Humanos, no aparece en el panorama internacional ningún otro documento importante sobre el derecho a la cultura hasta la Declaración Universal sobre Diversidad Cultural de la UNESCO¹⁰⁰. Siguiendo con la tradicional forma de actuar de las Naciones Unidas y de los organismos vinculados, antes de emitir o de elaborar un pacto o convención con carácter vinculante para los Estados, se parte de una declaración o compromiso ético que asumen los Estados.

La Declaración es relativamente reciente, lo cual no significa que durante todos los años transcurridos desde la adopción y ratificación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no se haya realizado ninguna actividad. Todo lo contrario, los trabajos efectuados en el seno de la UNESCO¹⁰¹ han sido diversos y la actividad desplegada en el ámbito de estudio de los derechos culturales ha sido intensa. La discusión sobre el concepto y contenido de los derechos culturales ha sido abordada tanto por expertos independientes como por representantes de la institución y de los Estados parte. Los estudios

persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales;" Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Preámbulo, párrafo 3º, en "*Los Pactos Internacionales...*" Op. Cit. Pág. 31

⁹⁹ Adoptada en París, el 2 de noviembre de 2001 – UNESCO.

¹⁰⁰ Vemos que en este caso, el instrumento internacional no se elabora por la Asamblea General de las Naciones Unidas sino por un organismo especializado. La Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) nació el 16 de noviembre de 1945. Lo más importante para este organismo de las Naciones Unidas no es construir salas de clases en los países devastados o restaurar sitios del Patrimonio Mundial. El objetivo que la Organización se ha propuesto es amplio y ambicioso: construir la paz en la mente de los hombres mediante la educación, la cultura, la ciencia y la comunicación. Información extraída de la página Web de la institución, en fecha 14/04/2005: http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=3328&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

¹⁰¹ Citamos a continuación los instrumentos más relevantes en materia de derechos culturales y que figuran en el preámbulo de la Declaración: Acuerdo de Florencia de 1950 y su Protocolo de Nairobi de 1976, la Convención Universal sobre Derechos de Autor de 1952, la Declaración de los Principios de Cooperación Cultural Internacional de 1966, la Convención sobre las Medidas que Deben Adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícita de Bienes Culturales de 1970, la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural de 1972, la Declaración de la UNESCO sobre la Raza y los Prejuicios Raciales de 1978, la Recomendación relativa a la condición del artista de 1980 y la Recomendación sobre la salvaguarda de la cultura tradicional y popular de 1989.

publicados por la UNESCO son una fuente de información muy valiosa para el estudio de los derechos culturales, ya que han sido realizados a partir de los trabajos preparatorios de las Conferencias internacionales organizadas por este organismo. En este marco, se discuten las aportaciones de los participantes y fruto del diálogo es la adopción de una serie de conclusiones finales que se adoptan al concluir los encuentros. A continuación citamos los trabajos más relevantes publicados por la UNESCO para la definición y estudio del contenido de los derechos culturales:

- "Cultural Right as Human Right", perteneciente a la serie "Studies and Documents on Cultural Policies" del programa para el estudio de las políticas culturales, adoptado por la Conferencia General de la UNESCO, que recoge las conclusiones de la reunión Cultural Rights as Human Rights, celebrada en la sede de la UNESCO del 8 al 13 de julio de 1968.
- Conclusiones de la Conferencia Mundial sobre Políticas Culturales (MONDIACULT), celebrada en México en 1982.
- "Nuestra Diversidad Creativa", documento que recoge las conclusiones de la Comisión Mundial de Cultura y Desarrollo, 1995.
- Conclusiones de la Conferencia Intergubernamental sobre Políticas Culturales para el Desarrollo, celebrada en Estocolmo en 1998.

Los documentos citados arriba destacan diversos aspectos relevantes en relación con los derechos culturales: la dificultad de definir el concepto de cultura¹⁰²; el problema que supone la delimitación del alcance y contenido de los derechos culturales; y por último, quizás el aspecto más destacable detectado por los trabajos preparatorios de las conferencias

¹⁰² Francisco Puy Muñoz, señala que la dificultad en definir el concepto de derechos culturales es debida no sólo a la novedad del concepto, ni por el hecho sean derechos dinámicos que cambian de una situación a otra, lo que los hace depender de otros derechos y también, la

intergubernamentales, es la importancia creciente que han adquirido en la actualidad los derechos culturales, ya no solamente como expresión de los derechos humanos, sino como un factor determinante en la economía y como instrumento para el desarrollo. La concreción de esta intensa actividad desarrollada bajo el auspicio de la UNESCO sobre el estudio de los derechos culturales es la Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural, compromiso ético y que a su vez es la base para la elaboración de la Convención sobre la protección de la Diversidad de los Contenidos Culturales y las Expresiones Artísticas, actualmente en fase de elaboración y estudio¹⁰³.

La Declaración Universal sobre Diversidad Cultural es un documento de vital importancia para el desarrollo de este trabajo porque nos proporciona argumentos que demuestran que los derechos culturales son derechos fundamentales reconocidos por los Estados y sobre los cuales han asumido un compromiso, que no se limitan al reconocimiento de los derechos culturales a los ciudadanos, sino que requiere una intervención de los poderes públicos creando las estructuras necesarias para garantizar su plena eficacia.

El preámbulo de la Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural es una buena síntesis de los esfuerzos realizados para reconocer el derecho a la cultura como un derecho fundamental, un derecho recogido en diversos instrumentos internacionales, ratificados por los Estados partes y que ha sido objeto de numerosos estudios durante más de 60 años, los cuales han permitido encontrar una definición de cultura y establecer un punto de partida para conocer el alcance y contenido de los derechos culturales.

dificultad para configurar las medidas legales que pueden adoptarse para asegurarlos. Op. Cit. Pág. 209.

¹⁰³ El informe preliminar del Director General de la UNESCO, describe los esfuerzos realizados por la organización a favor de los derechos culturales, de los cuales destaca en primer lugar la reflexión y definición de los conceptos y de otra parte la elaboración de instrumentos normativos para el establecimiento de un marco ético y legal. El largo proceso iniciado con las reuniones de expertos independientes y posteriores reuniones intergubernamentales de expertos celebradas a partir del año 2003 han culminado con la elaboración de un anteproyecto de Convención sobre la Protección de la Diversidad de los Contenidos Culturales y las Expresiones Artísticas (marzo 2005).

Volver una vez más sobre el concepto de derechos humanos empieza a sonar redundante. Pero hasta ahora no habíamos encontrado suficientes elementos para dar consistencia a mis argumentos. Hasta este momento, había quedado acreditada la existencia del derecho a la cultura y su ubicación en el ordenamiento jurídico como derecho fundamental, pero la consideración e importancia que tiene como elemento esencial para el desarrollo integral de los individuos (fase espiritual) y el importante valor económico adquirido que le convierten en pieza clave para el desarrollo, ya no solamente de la persona humana sino de su entorno (fase material), nos lleva a reconocer la importancia que ha adquirido el derecho a la cultura en la actualidad y, de ahí, la necesidad de que los países se involucren en el proceso de protección y reconocimiento de los derechos culturales, creando o activando los mecanismos de protección adecuados para hacer accesible a los ciudadanos el derecho a la cultura en toda su extensión.

No vamos a abordar en este momento el análisis del concepto de los derechos culturales, ni vamos a determinar cual es su alcance y contenido, volveremos más adelante sobre el tema¹⁰⁴, por ahora vamos a revisar las disposiciones de la Declaración que nos ayudarán a responder a nuestros planteamientos iniciales.

Recordemos que al inicio de este trabajo nos planteamos si el derecho a la cultura era un derecho fundamental. En este momento y después de haber hecho un recorrido por los distintos instrumentos internacionales sobre derechos humanos, no nos cabe duda de que el derecho a la cultura ha sido reconocido como un derecho fundamental¹⁰⁵. Pero nuestra duda no solamente quedaba limitada al conocimiento de este extremo, también nos habíamos planteado preguntas sobre la clasificación de los derechos fundamentales y la importancia que podría tener el establecimiento de categorías, incluso nos

¹⁰⁴ Ver Parte III. El derecho de acceso a la cultura, de este trabajo.

¹⁰⁵ Tal vez convenga matizar que la "existencia" de los derechos fundamentales no depende del reconocimiento de éstos por los Estados, no obstante, el reconocimiento o proclamación es un

cuestionamos sobre la utilidad práctica de establecerlas. Ahora, por fin, podemos encontrar una respuesta a todas estas preguntas.

Cuando nos planteamos si era conveniente o importante establecer categorías entre los derechos fundamentales, no sabíamos si la clasificación existente se debía a una diferencia de estatus entre las distintas categorías o clases de derechos. Nos preguntamos si existían derechos prioritarios o preferentes cuya realización debía hacerse efectiva antes que otros; también nos cuestionamos si entre las categorías de derechos se podrían establecer jerarquías que pudieran establecer la primacía de unos frente a otros y que en caso de colisión nos darían la pauta para determinar el derecho que debía prevalecer. Ahora podemos verificar que los derechos fundamentales, pese al establecimiento de categorías (civiles y políticos por un lado; y sociales, económicos y culturales por otro) forman un conjunto homogéneo donde no pueden establecerse diferencias, en realidad, están conformados como un bloque compacto de donde no pueden ser eliminados unos derechos en detrimento de otros. Es decir, cuando se habla de derechos humanos no es aceptable admitir que pueden existir unos pero no otros. La plena realización del individuo exige que le sean respetados TODOS sus derechos fundamentales sin que haya lugar a hacer distinciones ni excepciones. Por tanto, las categorías establecidas en los derechos fundamentales pueden tener importancia para su análisis o desarrollo, pero sea cual sea su interés, no suponen una prerrogativa a los Estados que les permite eliminar o acotar los derechos fundamentales¹⁰⁶.

Esta unidad del concepto queda de manifiesto en el texto inicial de la Declaración Universal sobre Diversidad Cultural:

“La Conferencia General,

paso importante y previo al de la “eficacia” que se refiere a las posibilidades reales de ejercicio y de protección que gozan los ciudadanos en relación con sus derechos.

¹⁰⁶ Esta consideración admite una precisión, sobre el tema de la eficacia de los derechos fundamentales y que será tratada en la parte III de este trabajo. A pesar de que la eficacia del derecho no afecta al concepto, es de vital importancia ya que condiciona su ejercicio, tal y

Reafirmando su adhesión a la plena realización de los derechos humanos y de las libertades fundamentales proclamadas en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en otros instrumentos universalmente reconocidos, como los dos Pactos Internacionales de 1966 relativos uno a los derechos civiles y políticos y el otro a los derechos económicos, sociales y culturales.

Recordando que en el Preámbulo de la Constitución de la UNESCO se afirma "(...) que la amplia difusión de la cultura y la educación de la humanidad para la justicia, la libertad y la paz son indispensables a la dignidad del hombre y constituyen un deber sagrado que todas las naciones han de cumplir con un espíritu de responsabilidad y de ayuda mutua"¹⁰⁷.

El texto anterior nos permite apreciar que la concepción unitaria de los derechos humanos no admite excepciones ni límites, salvo el respeto de todos ellos (los derechos humanos y de las libertades fundamentales), pero no de unos concretamente sino de todos. Es decir, no es posible establecer límites ni categorías ni derechos preferentes, el equilibrio se entiende que debe alcanzarse por el respeto de todos los derechos por igual y así queda reflejado en el artículo 5 de la Declaración.

"Artículo 5.- Los derechos culturales marco propicio de la diversidad cultural.

Los derechos culturales son parte integrante de los derechos humanos, que son universales, indisociables e interdependientes. El desarrollo de una diversidad creativa exige la plena realización de los derechos culturales, tal como los define el Artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Artículos 13 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Toda persona debe, así, poder expresarse, crear y difundir sus obras en la lengua que desee y en particular en su lengua materna; toda persona tiene derecho a una educación y una formación de calidad que respete plenamente su identidad cultural; toda persona debe poder

como reconoce el Benito de Castro Cid, en su libro *Los derechos económicos...* Op. Cit. Pág. 172 y ss.

¹⁰⁷ Texto de los dos primeros párrafos del preámbulo de la Declaración Universal de la UNESCO sobre la diversidad cultural, adoptada por la 31ª reunión de la Conferencia General de la UNESCO en París el 2 de noviembre de 2001.

participar en la vida cultural que elija y ejercer sus propias prácticas culturales, dentro de los límites que impone el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.”

- v) Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales.

El derecho a la cultura recibe un gran impulso con la reciente aprobación de la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales por la Conferencia General de la UNESCO¹⁰⁸. La adopción de este instrumento internacional es muy importante para los derechos culturales, porque la Convención es un instrumento jurídico de carácter vinculante para los Estados firmantes, a partir de su entrada en vigor, que será tres meses después de la ratificación de 30 Estados¹⁰⁹.

La adopción de la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, con un amplio consenso, nos aporta un argumento más para nuestro trabajo y una sólida base a nuestras afirmaciones, puesto que este instrumento reconoce: (1) la unidad del concepto de derechos fundamentales, al considerar que los derechos culturales son necesarios para el desarrollo integral del ser humano¹¹⁰; (2) la obligación de los Estados de establecer políticas culturales, demostrando de ésta manera que el derecho a la cultura no es simplemente una opción¹¹¹; y (3) la relación que existe entre el derecho de autor y el derecho a la cultura¹¹².

¹⁰⁸ Reunida en París del 3 al 21 de octubre. La Convención fue aprobada con una amplia mayoría: 148 votos a favor, dos en contra y cuatro abstenciones.

¹⁰⁹ Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of cultural expressions. "Article 29.1. This Convention shall enter into force three months after the date of deposit of the thirtieth instrument of ratification, acceptance, approval or accession, but only with respect to those States or regional economic integration organizations that have deposited their respective instruments of ratification, acceptance approval, or accession on or before that date..."

¹¹⁰ Tanto en el Preámbulo como en el artículo 2.1

¹¹¹ Esta importante evolución en los derechos culturales, queda de manifiesto en la Convención, en particular, en la parte IV derechos y obligaciones de las partes. El artículo 5 de la

- vi) El Tratado por el que se establece una Constitución Europea y el derecho comunitario.

Por último, he considerado necesario hacer una breve referencia a la Constitución europea, a pesar de que no ha entrado en vigor por no haber finalizado el plazo para la ratificación de todos los Estados miembros¹¹³. Concretamente, lo que nos interesa averiguar es si el derecho a la cultura se encuentra reconocido como derecho fundamental en el texto de la Constitución europea¹¹⁴.

Convención establece la obligación de los Estados parte para formular e implementar políticas culturales y para adoptar las medidas necesarias para proteger y promover la diversidad de las expresiones culturales de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, los principios internacionales del derecho y los instrumentos internacionales de reconocimiento de los derechos humanos.

¹¹² El vínculo entre el derecho de autor y el derecho a la cultura, así como la interrelación que existe entre ellos está reconocida en el Preámbulo de la Convención: la importancia de la protección del derecho de autor para la creatividad (punto 17), así como el valor que tienen los contenidos culturales protegidos que no deben ser considerados solo por su valor comercial (punto 18).

¹¹³ Hasta el momento (julio 2005) han ratificado la Constitución europea: Hungría, Lituania, Letonia, Eslovenia, Eslovaquia, Chipre, España, Grecia, Italia, Austria, Alemania y Bélgica. Los dos últimos países que han ratificado son: Malta, cuyo Parlamento ratificó la Constitución europea por unanimidad el 6 de julio y Luxemburgo, que dio el SI a la Constitución europea por medio de referéndum, con un total de 56,5% de votos, el 10 de julio de 2005. En total, 14 de los 25 Estados miembros han ratificado la Constitución Europea, de los cuales dos ha sido por medio de referéndum: España y Luxemburgo. Otros países que han optado por este medio, Reino Unido, Dinamarca, Portugal, Irlanda, Chequia y Polonia, han pospuesto la consulta después del fracaso del "NO" de Francia y Holanda. Para que la Constitución europea pueda entrar en vigor es necesario que sea ratificada por todos los Estados miembros. Artículo IV-447 Ratificación y entrada en vigor "...2. El presente Tratado entrará en vigor el 1 de Noviembre de 2006, siempre que se hayan depositado todos los instrumentos de ratificación o, en su defecto, el primer día del segundo mes siguiente al del depósito del instrumento de ratificación del último Estado signatario que cumpla dicha formalidad."

¹¹⁴ No debemos perder de vista que la Constitución europea es un verdadero Tratado Internacional, no obstante tiene las características propias de un texto constitucional. V el análisis realizado por los servicios de la Comisión en www.constitucioneuropea.es. Consulta realizada el 28/06/05.

La elaboración de una Constitución para Europa¹¹⁵ es el resultado de un largo proceso de evolución que era necesario asumir debido a la dimensión que ha adquirido actualmente la Unión europea. Esto es debido, no sólo a las últimas ampliaciones¹¹⁶, sino también, a los fines y objetivos de la Unión que han ido creciendo y ganando competencias hasta conformar el espacio común al que pertenecen los ciudadanos de la Unión europea.

De una forma muy sintética podemos decir que la Constitución europea recoge los Tratados anteriores, añadiendo las modificaciones que ha sido necesario implementar para hacerla más operativa,¹¹⁷ así como los nuevos retos que necesita el proceso de construcción europea para continuar su desarrollo¹¹⁸.

Una de las novedades más destacadas de la Constitución europea es la incorporación de la Carta de los Derechos Fundamentales¹¹⁹ que dota a la Unión de un catálogo propio para la protección de los derechos fundamentales, lo cual configura un instrumento jurídicamente vinculante para la Unión, las instituciones, agencias, organismos y también para los Estados miembros¹²⁰.

La parte II de la Constitución, está dedicada a los derechos fundamentales y el Preámbulo de la Carta nos recuerda la idea inicial a partir de la cual se ha construido la Unión europea: "Los pueblos de Europa, al crear entre sí una

¹¹⁵ En la página Web <http://www.europa.eu.int/constitution> se puede encontrar información y un texto resumido, elaborado por los servicios de la Comisión, que explica de forma sencilla y amena los rasgos más importantes de la Constitución europea (fecha de la consulta 28/06/05).

¹¹⁶ Incorporación de nuevos Estados miembro, en especial los países de Europa central y oriental.

¹¹⁷ Establecer y supervisar la delimitación de competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la simplificación de los Tratados a fin de clarificarlos y facilitar su comprensión y la función de los Parlamentos nacionales en la arquitectura europea. Estudio elaborado por el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación. Texto elaborado por la Secretaría de Estado para la Unión Europea (Introducción, Pág. 7).

¹¹⁸ Entre las cuales se encuentra "la necesidad de mejorar y supervisar la legitimidad democrática y la transparencia de la Unión y de sus instituciones, con el fin de aproximar éstas a los ciudadanos de los Estados miembros" (Declaración de Niza relativa al futuro de la Unión).

¹¹⁹ Proclamada solemnemente en el Consejo Europeo de Niza, en diciembre de 2000 (información extraída de página Web, en fecha 28/06/05).

http://europa.eu.int/scadplus/constitution/index_es.htm.

¹²⁰ Parte II de la Constitución. Ibidem.

Unión cada vez más estrecha, han decidido compartir un futuro pacífico basado en valores comunes”.

Valores comunes son el respeto de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad¹²¹, que la Unión se compromete a respetar dentro del respeto de la diversidad cultural para alcanzar un desarrollo sostenible¹²². La Carta es, pues, el instrumento adecuado para reforzar la protección de los derechos fundamentales en el proceso de evolución de la Unión europea¹²³.

La Carta estructura los derechos fundamentales en seis títulos distintos: dignidad, libertades, igualdad, solidaridad, ciudadanía, justicia y disposiciones generales aplicables a la interpretación y la aplicación de la Carta.

Por lo que se refiere a los derechos culturales, hemos de decir que ni han sido omitidos ni recogidos expresamente, tan sólo encontramos algunas referencias dispersas. En el título de libertades, el artículo II-13 declara la libertad de las artes y de las ciencias y reconoce la libertad de cátedra. En el título de igualdad, el artículo II-22 reconoce la diversidad cultural; y en el mismo título, artículo II-25, se enuncian los derechos de las personas mayores, declarando que la Unión reconoce el derecho de los mayores a “participar en la vida social y cultural”.

Decepciona la brevedad de la Carta en relación a los derechos culturales, sobre todo porque en otros instrumentos legales se han tratado de forma distinta. Las Directivas europeas son, sin lugar a dudas, los textos legales realmente importantes por ser verdaderos instrumentos jurídicos con carácter vinculante para los Estados miembros. Encontramos que las Directivas han recogido y reconocido el derecho a la cultura de forma más explícita que el catálogo de derechos fundamentales, aspecto sobre el que volveremos mas adelante para

¹²¹ Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. Parte II. Carta de los derechos fundamentales de la Unión. Preámbulo, párrafo 2º.

¹²² Idem, párrafo 3º.

¹²³ Idem. Párrafo 4º.

analizar en detalle la regulación aplicable en materia de derecho de autor y su relación con el derecho a la cultura. No obstante, hemos de decir que el Título VII de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión, relativo a las disposiciones aplicables a la interpretación y la aplicación de la Carta, hace una mención expresa a la forma como deben interpretarse los derechos fundamentales y su nivel de protección, que en ningún caso debe ser limitativo o lesivo con los derechos fundamentales, reconociendo los Tratados internacionales, las normas y tradiciones de los Estados miembros¹²⁴. Si los derechos culturales no están incluidos en la Carta de los Derechos Fundamentales, al menos no son desconocidos para la Unión, ya que éstos se encuentran recogidos dentro del texto de la Constitución UE. Efectivamente, en el Título III, relativo a las Políticas y Acciones Internas, el Capítulo V, recoge los ámbitos en los que la unión puede decidir realizar una acción de apoyo, coordinación o complemento. La Sección 3ª. Cultura, en el artículo III-280, establece las competencias de la Unión en relación con los derechos culturales, quedando de manifiesto que la Unión se encuentra obligada al respeto y promoción de la diversidad nacional y regional y a fomentar y apoyar a los Estados miembros en la aplicación de sus políticas culturales¹²⁵.

¹²⁴ Artículo II-51: Ámbito de aplicación, Artículo II-52: Alcance e interpretación de los derechos y principios, Artículo II-53: Nivel de protección y Artículo II-54: Prohibición del abuso de derecho. En este punto es importante recordar que el artículo 151 del Tratado exige que la Comunidad tome en consideración los aspectos culturales en sus decisiones.

¹²⁵ Artículo III-280. 1. 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. 2. La acción de la Unión tendrá por objetivo fomentar la cooperación entre Estados miembros y, si es necesario, apoyar y complementar la acción de éstos en los siguientes ámbitos: a) la mejora del conocimiento y la difusión de la cultura y la historia de los pueblos europeos; b) la conservación y protección del patrimonio cultural de importancia europea; c) los intercambios culturales no comerciales; d) la creación artística y literaria, incluido el sector audiovisual. 3. La Unión y los Estados miembros propiciarán la cooperación con los terceros países y con las organizaciones internacionales competentes en el ámbito de la cultura, especialmente con el Consejo de Europa. 4. La Unión tendrá en cuenta los aspectos culturales en la actuación que lleve a cabo en virtud de otras disposiciones de la Constitución, en particular a fin de respetar y fomentar la diversidad de sus culturas. 5. Para contribuir a la consecución de los objetivos enunciados en el presente artículo: a) la ley o ley marco europea establecerá medidas de fomento, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros. La ley o

Finalizamos aquí el recorrido que nos ha llevado a conocer los principales instrumentos internacionales que reconocen el derecho a la cultura como derecho fundamental y que nos han proporcionado una base sólida para la construcción de esta tesis. Corresponde ahora iniciar el estudio del concepto del derecho a la cultura¹²⁶.

1.4 El concepto de derecho a la cultura

Cuál es el significado de derecho a la cultura, o dicho de otra forma, ¿qué derecho es el que hay que salvaguardar?

Si nos hubiéramos planteado esta pregunta en otro tiempo habríamos tenido serios problemas y grandes dificultades en encontrar una respuesta. Afortunadamente en la actualidad, gracias al proceso de definición de los derechos fundamentales llevado a cabo durante el pasado siglo XX, contamos con un concepto claro de derecho a la cultura. No olvidemos que el concepto es reciente y, de hecho, llegar a la definición de cultura ha requerido considerables esfuerzos, lo cual explica que hasta fechas muy recientes no contábamos con un concepto claro y conciso de derecho a la cultura.

Para determinar con precisión el alcance y contenido del derecho a la cultura es preciso analizar los instrumentos internacionales que han desarrollado este concepto.

La Declaración Universal sobre Diversidad Cultural nos proporciona, en el párrafo quinto del Preámbulo, una definición del concepto de cultura,

ley marco se adoptará previa consulta al Comité de las Regiones; b) el Consejo adoptará recomendaciones a propuesta de la Comisión.

¹²⁶ Una vez más debemos citar a Francisco Puy Muñoz, en "Ensayo de definición de los derechos culturales" toda vez que esta obra ha sido de gran utilidad para desarrollar este trabajo y que sostiene la existencia de los derechos culturales como derechos independientes de los civiles y políticos así como de los económicos y sociales. Op. Cit. Pág 206.

“... que la cultura debe ser considerada como el conjunto de los rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias.”¹²⁷

La cultura se entiende de una forma muy amplia, el concepto no limita ni su contenido ni sus formas de expresión. No tiene en consideración únicamente los conocimientos técnicos, las artes o las ciencias, admite incluso los aspectos afectivos. Es también importante considerar que la cultura se entiende como inseparable de los pueblos al ser un elemento característico de una sociedad o grupo.

Entender de esta forma a la cultura, nos lleva a reconocer que no puede ser encasillada en una época, ni limitada a la expresión de un solo grupo social. El concepto ha de entenderse de forma dinámica lo que equivale al respeto de la diversidad cultural que se refiere no sólo los contenidos culturales sino a las distintas formas de expresión. Este aspecto tiene suma importancia y, por ello, es objeto de protección:

“...la diversidad cultural es, para el género humano, tan necesaria como la diversidad biológica para los organismos vivos. En este sentido, constituye el patrimonio común de la humanidad y debe ser reconocida y consolidada en beneficio de las generaciones presentes y futuras.”¹²⁸

Por lo tanto, debemos admitir que la cultura es un patrimonio común de la humanidad y al mismo tiempo constituye un bien con valor propio, que se

¹²⁷ Preámbulo de la Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural, párrafo 5º. Como antes apuntamos, la construcción de este concepto ha sido paulatina y ha requerido la elaboración de diversos trabajos realizados por múltiples participantes. Por ello, el texto mismo del Preámbulo nos indica que la definición de cultura, es la que ha sido alcanzada en las conclusiones de la Conferencia Mundial sobre las Políticas Culturales (MONDIACULT, México 1982); de la Comisión Mundial de Cultura y Desarrollo, en el documento “nuestra diversidad creativa, 1995” y a la Conferencia Intergubernamental sobre Políticas Culturales para el Desarrollo, celebrada en Estocolmo en 1998.

manifiesta de forma individual en cada persona y permite al individuo contribuir con nuevas creaciones que van a sumarse al acervo cultural común para continuar acrecentándolo. Por ello, es preciso garantizar la libre circulación de ideas para que todos puedan beneficiarse del proceso cultural¹²⁹.

La cultura es, pues, un concepto complejo. Por un lado, es necesaria para el desarrollo integral de la persona y por ello se establece el derecho de las personas a acceder al conjunto de conocimientos o valores imperantes en la sociedad. Y, de otra parte, la cultura es un derecho irrenunciable de la persona ya que comprende un conjunto de bienes de los cuales no puede desprenderse porque son inseparables del ser humano (valores, creencias, tradiciones, idioma y otras formas de comunicación, etc.).

La protección de los derechos culturales no queda limitada al reconocimiento de la diversidad cultural, a la libertad de acceso a los contenidos y el libre intercambio de ideas. Requiere que sea tratada como un derecho fundamental, no como una mera concesión del Estado, sino con el reconocimiento de que son derechos de la persona. Lo que significa que el Estado debe garantizar su existencia y eficacia dentro de una sociedad democrática¹³⁰. Pero hasta ahora no hemos dicho nada nuevo y lo que sin lugar a dudas constituye una aportación sin precedentes de la Declaración Universal sobre Diversidad Cultural, es la consideración especial de los bienes y servicios culturales que exige un tratamiento especial para que no sean tratados como simples mercancías¹³¹.

¹²⁸ Declaración Universal sobre Diversidad Creativa. Identidad, diversidad y pluralismo. Art. 1 La diversidad cultural.

¹²⁹ Artículo 6 – Hacia una diversidad cultural accesible a todos

Al tiempo que se garantiza la libre circulación de las ideas mediante la palabra y la imagen, hay que procurar que todas las culturas puedan expresarse y darse a conocer. La libertad de expresión, el pluralismo de los medios de comunicación, el multilingüismo, la igualdad de acceso a las expresiones artísticas, al saber científico y tecnológico – comprendida su forma electrónica – y la posibilidad, para todas las culturas, de estar presentes en los medios de expresión y de difusión, son los garantes de la diversidad cultural.

¹³⁰ V. Los artículos 4 y 5 de la Declaración

“Frente a los cambios económicos y tecnológicos actuales, que abren vastas perspectivas para la creación y la innovación, se debe prestar una atención particular a la diversidad de la oferta creativa, a la justa consideración de los derechos de los autores y de los artistas, así como al carácter específico de los bienes y servicios culturales que, en la medida en que son portadores de identidad, de valores y sentido, no deben ser considerados como mercancías o bienes de consumo como los demás.”

Otro importante aspecto de la Declaración, que queremos resaltar, es que reconoce el deber de los Estados a desarrollar políticas culturales con la finalidad de asegurar la libre circulación de las ideas y de las obras¹³². Ello quiere decir que, para que los derechos culturales puedan existir realmente, no basta con el simple reconocimiento, sino que exige una acción positiva por parte de los Estados para alcanzar los objetivos culturales¹³³.

Después de este largo recorrido, es hora de volver al punto inicial donde nos cuestionábamos la existencia del derecho a la cultura como derecho fundamental.

Ahora sabemos que el derecho a la cultura existe y que ha sido reconocido por múltiples Estados¹³⁴. Que es un derecho fundamental cuyo ejercicio consiste en la libertad de participar, expresar y compartir los contenidos culturales, desde una perspectiva amplia, tal y como han sido definidos por los distintos instrumentos internacionales.

¹³¹ Declaración Universal sobre Diversidad Cultural. Artículo 8. Los bienes y servicios culturales, mercancías distintas de las demás

¹³² Artículo 9 – Las políticas culturales, catalizadoras de la creatividad

Las políticas culturales, en tanto que garantizan la libre circulación de las ideas y las obras, deben crear condiciones propicias para la producción y difusión de bienes y servicios culturales diversificados, gracias a industrias culturales que dispongan de medios para desarrollarse en los planos local y mundial. Cada Estado debe, respetando sus obligaciones internacionales, definir su política cultural y aplicarla, utilizando para ello los medios de acción que juzgue más adecuados, ya se trate de apoyos concretos o de marcos reglamentarios apropiados.

¹³³ La obligación que impone el artículo 9 de la Declaración Universal sobre Diversidad Cultural, será desarrollado en la Parte III, punto 1.2, de este trabajo.

¹³⁴ La Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural, fue aprobada por unanimidad por los 185 Estados miembros presentes en la reunión de la Conferencia General de 2001. Información obtenida del portal UNESCO, el 13 de noviembre de 2005.

http://portal.unesco.org/culture/es/ev.php-URL_ID=2450&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

La existencia del derecho a la cultura supone una obligación para los Estados, que implica: (1) el reconocimiento de la diversidad cultural y de la importancia de los derechos culturales para el desarrollo, no sólo desde la perspectiva individual (realización personal) sino en el contexto socio – económico de los Estados (patrimonio común de la humanidad); (2) la implementación de políticas culturales, que permitan el desarrollo de los derechos culturales y proporcione un marco legal que garantice la libre circulación de ideas, el tratamiento adecuado de los contenidos culturales y el establecimiento de los medios que permitan el acceso a todos los ciudadanos a los contenidos culturales y (3) garantizar el pacífico ejercicio de este derecho instaurando los mecanismos más eficaces para su existencia y realización.

Una vez establecido el concepto de cultura, debemos ahora iniciar el análisis del contenido del derecho a la cultura en nuestro ordenamiento jurídico, en particular, nos interesa conocer que obligaciones se derivan del mandato constitucional y en que medida han sido realizadas¹³⁵.

1.5 El derecho a la cultura en la Constitución española de 1978

Iniciamos este capítulo citando el art. 44.1 de la Constitución española, relativo al derecho de acceso a la cultura e inmediatamente después nos preguntamos sobre su alcance y contenido. En ese momento no fue posible dar una respuesta, pero ahora debemos abordar el análisis de la disposición constitucional y responder a la pregunta inicial:

¿El derecho a la cultura es una mera declaración de principios o un verdadero derecho a favor de los ciudadanos?

En las primeras páginas de este trabajo abordamos esta cuestión hasta llegar a la conclusión de que el derecho contemplado por el art. 44.1 CE es un derecho fundamental¹³⁶, a pesar de que el derecho a la cultura, al igual que todos los que se encuentran enumerados en la Sección segunda del Capítulo segundo, Título I de la Constitución, no queda sujeto al control del Tribunal Constitucional mediante el recurso de amparo. Lo cual no significa que estos derechos no puedan ser defendidos o que puedan ser ignorados. No obstante, habrá que analizar cuál es el cauce adecuado para su defensa. Llegados a este punto hemos de destacar el importante aspecto de la eficacia jurídica, que puede ser distinta a su grado de reconocimiento¹³⁷.

“Lo que sí parece claro es que, en última instancia, la determinación de la eficacia jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales dependerá de las concretas posibilidades reales de ejercicio y protección jurisdiccional con que cuenten dentro de los correspondientes ordenamientos jurídicos positivos y en relación con las respectivas condiciones sociales, económicas y políticas de los pueblos”¹³⁸

Salvado este primer escollo y reconocido como derecho fundamental el derecho a la cultura, el problema principal al que se enfrenta todo aquel que pretende desentrañar el contenido y alcance de este derecho es, en primer lugar, establecer el significado de cultura. Definir este complejo concepto, hemos visto, no ha sido fácil. No es posible establecer una definición que lo limite o circunscriba a una época o a una determinada forma de expresión. Por ello, coinciden los expertos que han tratado de esta difícil cuestión, en que el derecho a la cultura es ante todo un valor con un amplio contenido y distintas

¹³⁵ Un análisis más exhaustivo sobre el derecho de acceso a la cultura se realiza en la parte III de este trabajo. En esta parte, tan sólo nos estamos aproximando a las categorías de estudio que se desarrollarán más adelante.

¹³⁶ Extremo reconocido por diversos especialistas en la materia. “El hecho es que la Constitución española, (...) al positivizar en sus textos la cultura como “derecho”, han dado un paso decisivo en pro de su consolidación, en estricta técnica jurídica, como un derecho fundamental autónomo...”. Jesús Prieto de Pedro, “Artículo 44.1 El derecho a la cultura”, en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. Dir. Por Oscar Alzaga Villamil, Tomo IV, Artículos 39 a 55, Pág. 212. Cfr. Benito de Castro Cid, *Los derechos económicos, sociales y culturales...*, Op. Cit.

¹³⁷ El tema de la eficacia del derecho de acceso a la cultura será desarrollado en la parte III de este trabajo.

¹³⁸ Benito de Castro Cid, en *Los derechos económicos, sociales y culturales...*, Op. Cit. Pág. 175.

formas de manifestarse¹³⁹. Partiendo de esta premisa, debemos preguntarnos ahora si la Constitución impone una obligación a los poderes públicos en relación con el derecho a la cultura y cuál es.

La amplia dimensión del derecho a la cultura implica que su existencia sea reconocida desde una triple perspectiva: (1) libertad de creación y expresión, (2) reconocimiento de la diversidad creativa y (3) acceso a los contenidos culturales¹⁴⁰.

El derecho a la cultura requiere que sea reconocido en todos los ámbitos en los que se desarrolla¹⁴¹, pero nosotros vamos a centrar nuestra atención en las obligaciones que impone el art. 44.1 CE a los poderes públicos en relación con el derecho de acceso a la cultura. Dicho de otra forma, ¿qué deben hacer los poderes públicos para garantizar el acceso a la cultura?

Según la doctrina jurídica especializada, el artículo 44.1 establece un derecho de prestación¹⁴². Esto significa que no la obligación del Estado no se limita al simple reconocimiento del derecho, sino que le obliga a crear los mecanismos adecuados para que los ciudadanos puedan acceder a la cultura:

“...su objeto no es que los poderes públicos ofrezcan de forma inmediata prestaciones culturales propias, una cultura propia, a los individuos, sino que creen las condiciones para que esto sea posible, para que los individuos puedan participar realmente en la “vida cultural” que demanda el artículo 9.2 de la Constitución”¹⁴³.

¹³⁹ Cfr. Jesús Prieto de Pedro, en *Cultura, culturas y Constitución*, Editado por el Congreso de los Diputados. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1995. El análisis que hace del vocablo “cultura” y su significado en la Constitución Española, P. 15-51.

¹⁴⁰ Jesús Prieto de Pedro, “Artículo 44.1 El derecho a la cultura” Op. Cit. Idem. Pág. 210. El autor hace referencia a esta amplia dimensión especificando cuál es el ámbito en que son tratadas estas distintas atribuciones por la Constitución, así el art. 20 ap. 2 CE se proclama la libertad de creación, las garantías del pluralismo cultural son objeto del art. 2 CE y finalmente el derecho a la cultura en el art. 44.1 CE.

¹⁴¹ Marcos Vaquer, *Estado y Cultura: la función cultural de los poderes públicos en la Constitución Española*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S. A. Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1998.

¹⁴² Jesús Prieto de Pedro, *Cultura, culturas y Constitución*, Op. Cit. Pág. 280

¹⁴³ Jesús Prieto de Pedro, “Artículo 44.1 El derecho a la cultura”, Op. Cit. Pág. 215.

Ahora nos preguntamos en qué consiste la prestación, ¿qué es aquello que los poderes públicos han de dar?

El texto de la Constitución es claro, nos dice que “promoverán” lo cual implica una acción positiva tendente a alcanzar el acceso a la cultura. Promover significa tomar la iniciativa para la realización de algo¹⁴⁴. Los poderes públicos no deben esperar a que sean los ciudadanos, los individuos, quienes reclamen su derecho para iniciar las acciones necesarias. Y también deben “tutelar”, es decir, cuidar, defender o amparar el acceso a la cultura.

Establecido que el derecho a la cultura es un derecho fundamental, reconocido por el artículo 44.1 de la Constitución que impone un mandato a los poderes públicos, es preciso considerar ahora la amplitud del mandato. Este comprende una vertiente positiva, que implica la realización de acciones que permitan el acceso a la cultura dentro del marco global de los derechos humanos; y, una vertiente negativa, que obliga a eliminar los obstáculos que impiden a los ciudadanos el pleno ejercicio de sus derechos culturales, atentando contra los derechos fundamentales. El mandato es amplio y no es fácil de definir ni delimitar pero debe atender principalmente a los objetivos que le permitan alcanzar el ideal del Estado de Cultura¹⁴⁵, tal y como lo define J. Prieto de Pedro:

“...el Estado de Cultura no sólo debe garantizar la libertad de la cultura –de las culturas- y promover su progreso facilitando el acceso a ella, sino que debe favorecer las condiciones para que éste haga más tolerantes –o «más compasivos y dulces», como quería VOLTAIRE –a los individuos. El servicio público cultural ha de ser el paradigma del espíritu de tolerancia, del diálogo cultural y del respeto de la libertad cultural del otro.”¹⁴⁶.

¹⁴⁴ Diccionario de la Real Academia Española.

¹⁴⁵ Jesús Prieto de Pedro, Cultura, culturas y Constitución. Op. Cit. Pág. 285.

¹⁴⁶ Idem. Op. Cit. Pág. 285.

En esta primera parte nos hemos ocupado de analizar el derecho a la cultura, llegando a establecer que es un derecho fundamental y que dentro de este amplio concepto se ubica un derecho específico: el derecho de acceso a la cultura, del desarrollo de éste nos ocuparemos en la parte III de este trabajo.

2. El derecho de autor

De la misma manera que el concepto de derecho a la cultura evolucionó en el tiempo, el concepto de derecho de autor también ha pasado por su propio proceso de evolución. No han seguido caminos paralelos, ni tampoco se desarrollan en la misma época. Podemos decir que el reconocimiento y, en consecuencia, la regulación del derecho de autor ha sido anterior en el tiempo.

Ahora nos interesa, a los efectos de continuar con este trabajo, examinar determinados aspectos del derecho de autor. En realidad, lo que importa establecer es (1) si el derecho de autor es un derecho fundamental, es decir, si se encuentra en un plano paralelo al derecho a la cultura; (2) el alcance de la protección del derecho de autor y sus límites; (3) la relación entre el derecho de autor y el derecho a la cultura.

Del primer punto nos ocuparemos en este momento, ya que nos será de utilidad como introducción al estudio del derecho de autor y dejamos para más adelante el desarrollo de los temas señalados en los puntos dos y tres (ver parte II y III de este trabajo).

2.1 Origen y evolución histórica

La teoría generalmente extendida predica que el origen del derecho de autor tiene lugar a la par de la invención de la imprenta (1450) y evoluciona en relación con los privilegios reales otorgados a los impresores para el desarrollo de su actividad comercial e industrial. Esta idea ampliamente extendida ha sido contestada por Pierre Recht en su obra *Le Droit d'Auteur une nouvelle forme de propriété*, quién sostiene que la propiedad del autor sobre su obra no editada

nunca ha sido cuestionada¹⁴⁷, rompe con el mito de que los autores no tenían ningún derecho sobre sus manuscritos¹⁴⁸ y que la evolución del derecho de autor ha sido distinta en los países anglo-sajones y en los de derecho continental.

En realidad hemos encontrado diversos autores¹⁴⁹ que reconocen que el derecho de autor ha existido siempre¹⁵⁰, no obstante, consideran que al no formar parte del derecho positivo, se regía por el principio de la propiedad común, que permitía a los autores vender sus creaciones como cualquier otro objeto. Entonces, "Copiar y hacer circular el libro de otro autor podían ser consideradas como loables actividades"¹⁵¹.

La obra de Recht, pone de manifiesto la diferencia existente entre el monopolio o privilegio de impresión que gozaban los editores y la propiedad del autor sobre su obra literaria¹⁵². Diferencia que se manifestaba cuando el autor obtenía para sí mismo el privilegio de impresión, lo cual obligaba al autor a transmitir su derecho, puesto que él carecía de los medios necesarios para publicar su obra literaria. La teoría formulada por Recht tiene como finalidad

¹⁴⁷ Pierre Recht, *Le Droit d'Auteur, une nouvelle forme de propriété. Histoire et Théorie*. Librairie Général de Droit et de Jurisprudence. Editions J. Duculot. Paris 1969.

¹⁴⁸ Pierre Recht, *Op. Cit.* Pone de manifiesto el autor que en contra de las teorías extendidas por los especialistas, citando la obra de Françon y de Serrero, en el sistema anglo-sajón los autores gozaban de la propiedad sobre sus manuscritos. En Gran Bretaña, a partir de la ley de 1911 y en los Estados Unidos, antes de la publicación de una obra el autor estaba protegido por el Common Law como propietario.

¹⁴⁹ André Bertrand, en *Le Droit d'Auteur et les Droits Voisins*, 2^a édition, Dalloz 1999. Reconoce que el derecho de autor tiene sus orígenes en la antigüedad, no obstante, los autores en la edad media eran considerados como artesanos y regulados mediante reglas específicas. *Op. Cit.* Pág. 28.

¹⁵⁰ Dock M. C. en "Génesis y evolución de la noción de propiedad literaria", edición traducida por J. Martínez-Arretz, publicada en *RIDA*, enero de 1974. pp. 130-154, donde la autora cita ejemplos de las manifestaciones del derecho de autor en la antigüedad (Roma, Grecia). Pouillet en "*Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique*, 1908, p.2. Citados por Delia Lipszytc en *Derecho de autor y derechos conexos*, UNESCO, 1993.

¹⁵¹ Delia Lipszyc, *Derechos de autor y derechos conexos*. Ediciones UNESCO/ CERLALC/ ZAVALA. 1993. Pág. 29.

¹⁵² Pierre Recht, *Op. Cit.* El autor sostiene que tanto en Inglaterra como en Francia no ha habido grandes diferencias en la historia de la noción de propiedad literaria. Y considera que su origen no son los privilegios reales otorgados a los impresores, puesto que éstos no eran más que salvaguardias industriales o comerciales para el desarrollo de su actividad. La noción del derecho de autor, nace más tarde, en el Siglo XVI, cuando los editores reclamaban el derecho

demostrar que el derecho de autor es un derecho de propiedad, que así ha sido siempre y que las discusiones sobre la naturaleza jurídica del derecho de autor no siempre han sido afortunadas, llegando el autor a acuñar la noción de "propriété - création"¹⁵³. Otro aspecto destacable de su obra consiste en afirmar, contrariamente a la opinión más extendida, que no encuentra diferencias entre la protección que brinda la propiedad intelectual en los sistemas anglo-sajón y continental. El primero protege el derecho de copia. En cambio, el segundo protege la personalidad del autor. En su opinión, en ambos sistemas se protege al autor a través del monopolio que se le otorga para la reproducción y ejecución de su obra: "On ne protège pas les choses, on protège les hommes"¹⁵⁴.

i) La era de los monopolios

Con la aparición de la imprenta se pone fin al largo periodo de copia manual que había permanecido durante siglos. Con anterioridad a la imprenta no se desconocían los derechos de los autores sobre sus manuscritos, pero no era posible ponerlos al alcance del público. En este sentido la aparición de la imprenta fue toda una revolución ya que por primera vez fue posible reproducir mecánicamente las obras y en grandes cantidades. No obstante, pronto aparecieron los problemas. Los editores se percataron que imprimían las mismas obras haciéndose competencia entre ellos. Con el objeto de proteger su actividad, solicitan a las autoridades la regulación o establecimiento de normas que les permitan realizar su actividad de forma exclusiva, apareciendo el monopolio en forma de privilegio.

de reproducción para ellos mismos y por su interés, entonces surge la conciencia de que los autores tienen un derecho subjetivo sobre sus manuscritos de diferente naturaleza (Pág. 20).

¹⁵³ Pierre Recht. Op. Cit. Según el autor, la historia del derecho de autor ha sido relatada de forma que no se ajusta a la realidad de los hechos, por ello en su obra se incluye un relato histórico que pretende aclarar determinados conceptos para llegar a desentrañar la naturaleza jurídica del derecho de autor (Ver el Chapitre Premier.- LA GENESE DE LA NOTION DE PROPIETE-CREATION. Pág. 19-46).

¹⁵⁴ Pierre Recht, Op. Cit. « Les deux systèmes on en vue la protection de l'auteur par le moyen de l'octroi d'un monopole exclusif du droit de reproduction et d'exécution » Pág. 19

Los privilegios reales otorgados a los editores para la impresión de las obras tenían una finalidad clara: el control de la censura. Mediante este mecanismo se ejercitaba el control sobre las obras impresas. El origen del monopolio, no solamente cumplía la función de regular una actividad comercial o industrial, sino que a través de este mecanismo se podía controlar todo aquello que se publicaba.

En Inglaterra, el decreto de Marie Tudor de 1556 otorgaba a la corporación de editores (Stationers Company) de Londres la misión de asegurar la censura de los escritos mediante un privilegio que establecía un derecho perpetuo de copyright. Unos años más tarde, en 1640, el Parlamento mantiene la censura a través de las Licensing Acts. Estas concesiones ocasionan una rivalidad entre los editores privilegiados y los no privilegiados. En ambos casos los editores invocaban el interés de los autores para defender su monopolio. En 1710 se aprueba la primera ley para promover la ciencia y garantizar la propiedad de los libros. Los impresores se rebelan contra esta ley y la Reina Ana otorga el privilegio a los autores, limitando la duración del privilegio de impresión para los editores.

La ley Anne Stuart de 1710 (conocida como el estatuto de la Reina Ana) reconocía a los autores el derecho exclusivo de reproducción durante veintiún años, a contar desde su promulgación, para los libros existentes antes de la ley y, para los libros nuevos, se concedía un plazo de protección de catorce años después de la publicación con posibilidad de renovar otros catorce años más en caso de que el autor continuara con vida. La ley sancionaba los actos ilícitos con la retirada de los ejemplares no autorizados y una multa de un *penny* por cada página. Requisito indispensable de la protección era el cumplimiento de ciertas formalidades: la inscripción de la obra en los registros de la Corporación de Librerías, que los autores podían realizar en su propio nombre y el depósito de una cantidad de ejemplares de la obra destinados a bibliotecas y universidades. A partir de entonces, la regulación del derecho de autor se hace

de forma paralela entre el reconocimiento del privilegio otorgado a los autores por la ley de 1710 y el derecho no inscrito o Common Law que protege la propiedad.

En Francia, la noción del derecho de autor sigue un desarrollo similar. La aparición de la imprenta en 1450 y los privilegios reales otorgados a los impresores para asegurar su actividad industrial y comercial también servían de control para la censura. No obstante, los autores también obtuvieron de forma excepcional privilegios para imprimir y vender su obra. En este caso, el privilegio era similar al otorgado a los impresores u otros colectivos para salvaguardar su actividad económica. No obstante, y a los efectos de ejercer un control más eficaz sobre las obras publicadas, las autoridades otorgaban privilegios distintos a los libreros¹⁵⁵ de París. Las diferencias establecidas por el edicto de 1686 para regular la impresión, que otorgaba privilegios únicamente a los libreros de París, ocasionó grandes disputas con los libreros de las provincias. En su defensa, los libreros de París alegaban que sus derechos de impresión de obras literarias se fundaban no exclusivamente en los privilegios (protección de la actividad) sino en la adquisición del derecho de propiedad de los manuscritos obtenido directamente de los autores. De esta manera, a partir del siglo XVI los autores empiezan a tener conciencia de un derecho de propiedad sobre sus creaciones, pero que no lo invocan. Son los editores que reclaman el derecho en su propio interés¹⁵⁶. En 1777, bajo el gobierno de Luis XVI, se dictaron seis decretos creando categorías diferentes de privilegios: una para los editores y otra para los autores. A los primeros se les concedía un monopolio por un plazo de tiempo determinado a fin de que pudieran recuperar su inversión y a los segundos, a los autores, se les concedía un derecho a perpetuidad¹⁵⁷.

¹⁵⁵ En aquella época se les denominaba "libraires" a los impresores que editaban los libros, por ello, nosotros haciendo una traducción literal del término "libreros", nos referimos a los editores o impresores con ésta palabra.

¹⁵⁶ Pierre Recht, Op. Cit. Pág. 26-45.

¹⁵⁷ V. la obra de André Betrand, sobre la evolución del derecho de autor en Francia. Op. Cit.

En España, bajo el mandato de Carlos III una real ordenanza de 1763 otorgaba el privilegio exclusivo de imprimir una obra únicamente a los autores, negándosele a toda comunidad secular o regular. En 1764 el privilegio se extendió a los herederos, quienes podían solicitar una prórroga¹⁵⁸.

En los Estados Unidos, la Constitución de 1787 reconoce en el artículo 1 que el poder legislativo reside en el Congreso de los Estados Unidos, constituido por el Senado y la Cámara de los Representantes (House of Representatives). En la sección 8 de dicho artículo, la Constitución establece que el Congreso tiene poder para promover el progreso de la ciencia y de las artes, estableciendo un tiempo limitado de protección a los derechos exclusivos de los autores e inventores sobre sus respectivos escritos y descubrimientos (la traducción es mía¹⁵⁹). En este caso, el poder del Congreso es de limitar el tiempo de duración de la protección de la propiedad que se rige por el Common Law. Unos años más tarde, en 1790 aparece la primera ley federal sobre derecho de autor, que confiere una protección de catorce años con renovación posible por otros catorce años en caso de que el autor siga con vida y requiere el cumplimiento de ciertas formalidades, tales como el depósito de ejemplares, su registro y publicación en la prensa.

ii) La noción moderna del derecho de autor

La noción moderna del derecho de autor se empieza a construir a partir de finales del siglo XVII, con la evolución de las ideas protagonizada por los grandes pensadores de la época (John Locke) y las que inspira la revolución francesa, que hacen nacer en la conciencia de los individuos el concepto de las libertades y, entre éstas, la libertad de imprenta que ocasiona el fin de la era de

¹⁵⁸ V. el artículo de Juana Marco Molina "Bases históricas y filosóficas y precedentes legislativos del Derecho de Autor" en Anuario de Derecho Civil. Tomo XLVII, Fascículo I, enero-marzo MCMXCIV, Pág. 120-208.

¹⁵⁹ El texto original del Art. 1, sección 8 de la Constitución de los Estados Unidos: "To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Time to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries;"

los privilegios. El reconocimiento del derecho de autor sobre la propiedad de su obra va tomando cuerpo y se va concretando a finales del siglo XVIII.

Uno de los primeros antecedentes lo encontramos en los Estados Unidos con la promulgación de la primera ley federal sobre copyright en 1790, para la protección de libros, mapas y cartas marítimas, que establecía los plazos de duración y los requisitos o formalidades de registro de dichas obras.

En Francia, la Asamblea Constituyente de la Revolución, derogó todos los fueros (1789) y, posteriormente, mediante el decreto 13-19 de enero de 1791 estableció el derecho de los autores a la representación de sus obras como un derecho de propiedad durante toda su vida y cinco años después de su muerte para los herederos o derechohabientes. Más tarde, la protección del autor se extendió a la reproducción de sus obras (literarias, musicales y artísticas) por medio de un nuevo decreto en 1793, que establecía el derecho exclusivo de venta y distribución, a la vez que ampliaba el plazo de protección *post mortem* a 10 años¹⁶⁰.

Si el estatuto de la Reina Ana tuvo en Gran Bretaña gran impacto al otorgar al autor el privilegio o monopolio sobre su obra, el reconocimiento del derecho de autor como derecho de propiedad, no alcanza su auge hasta el siglo XIX.

2.2 Naturaleza jurídica del derecho de autor: ¿es un derecho fundamental?

Durante el siglo XVIII, se consolida el reconocimiento del derecho de autor como un derecho de propiedad y aparecen las primeras declaraciones sobre los derechos naturales o derechos del hombre.

¹⁶⁰ Delia Lipszyc, Derechos de autor y derechos conexos, Op. Cit. Pág. 34.

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789 fue, sin lugar a dudas, uno de los grandes acontecimientos de la revolución francesa y el que ha marcado un hito en el reconocimiento de los derechos humanos.

“...bajo su influjo se ha formado la noción de los Derechos subjetivos públicos del individuo en el derecho positivo de los Estados del Continente europeo”¹⁶¹.

El artículo 2º de la Declaración, enumera los derechos naturales e imprescriptibles del hombre: la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión. Y en relación con el derecho de autor, el artículo 11 consagra la libertad de expresión de la siguiente manera:

“La libre comunicación de los pensamientos y de las opiniones es uno de los derechos más preciosos del hombre; todo ciudadano puede, pues, hablar, escribir, imprimir libremente, sin perjuicio de responder por el abuso de esa libertad en los casos determinados por la Ley”.

Si la Declaración francesa es o no el antecedente más remoto y auténtico del sentir europeo en relación con los derechos fundamentales, no es en este trabajo donde se discutirá. No obstante, hemos considerado oportuno, después de haber consultado la obra de Jellinek, reproducir los fragmentos de la Declaración de Virginia de 12 de junio de 1776¹⁶², que en el punto I enumera los derechos inherentes al ser humano:

“I. Que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes, y tienen ciertos derechos inherentes, de los cuales, cuando entran en estado de sociedad, no pueden, por ningún contrato, privar o despojar a su posteridad;

¹⁶¹ Jellinek, Georg. La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano. Traducida por Adolfo Posada. Universidad Nacional Autónoma de México. 2000. Pág. 81-82.

¹⁶² Georg Jellinek en su obra *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, sostiene que *El contrato social* de Rousseau no ha sido el antecedente o la inspiración de la Declaración de derechos y busca el precedente en las Constituciones de las colonias de Estados Unidos, concretamente la Declaración de Virginia de 1776. Ver el *estudio introductorio* realizado por Miguel Carbonell a la obra de Jellinek, Op. Cit. Págs. 9-36.

especialmente el goce de la vida y de la libertad, con los medios de adquirir y de poseer la propiedad y perseguir y obtener la felicidad y la seguridad.”

A partir del reconocimiento de los derechos fundamentales y con la promulgación de las Constituciones estatales que reconocen la existencia de derechos inherentes al individuo, se va asentado el concepto de derecho de autor como un derecho de propiedad y se inicia la discusión sobre su naturaleza jurídica¹⁶³. De esta manera, la evolución del derecho de autor se impregna de las teorías filosóficas que trataron de dar respuesta a los problemas que planteaba este particular derecho de propiedad y que tuvieron como máximo representante a Kant, quién consideró a la propiedad intelectual como un derecho de la personalidad.

El centro del debate se encontraba en dos teorías opuestas: la teoría de la propiedad y una teoría personalista. Ambas trataban de explicar el doble contenido del derecho de autor, compuesto por dos distintas facultades, unas de carácter moral y otras de carácter patrimonial. Durante el siglo XIX aparecen diversas teorías que intentan dar respuesta a esta cuestión¹⁶⁴. Lo cierto es que en la actualidad, esta es una cuestión que no está cerrada y la opinión de la doctrina no es unánime¹⁶⁵. Los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, también se encuentra reconocido el derecho de autor, si bien, hemos de apuntar que se reconoce como un derecho de propiedad. El artículo 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el párrafo segundo, dice: “Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas,

¹⁶³ En aras a la brevedad hemos omitido hacer una síntesis de las principales teorías que explican la naturaleza jurídica del derecho de autor y por considerar que en este trabajo poco se puede aportar a las ya desarrolladas en otras obras sobre el derecho de autor. Citamos, no obstante algunas referencias útiles: André Bertrand, *Le Droit d'Auteur et les Droits Voisins*, Op. Cit. Pág. 69-78; Delia Lipszyc, *Derecho de autor y derechos conexos*, Op. Cit. Ver sobre todo el Capítulo I. Introducción, páginas 9-60; José Luis Lacruz Berdejo, “Comentario al artículo 2º”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Coordinador: Bercovitz Rodríguez-Cano Rodrigo, Págs 28-39. 2ª edición, Tecnos, Madrid 1997.

¹⁶⁴ Ver la obra de Pierre Recht, *Le Droit d'Auteur, une nouvelle forme de propriété*. Op. Cit., donde hace un estudio pormenorizado de las diferentes teorías y su evolución.

¹⁶⁵ Autores contemporáneos sostienen que el derecho de autor es un derecho fundamental, V. Delia Lipszyc, Op. Cit. Pág. 38-39.

literarias o artísticas de que sea autora”¹⁶⁶. Y recientemente, de una forma más explícita, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, en el artículo II-17, relativo al derecho a la propiedad, recoge expresamente en el punto dos: “Se protege la propiedad intelectual”.

En nuestro ordenamiento jurídico, el derecho de autor está reconocido como un derecho de propiedad. Una propiedad especial¹⁶⁷, porque recae sobre un bien inmaterial: la obra. Pero no está considerada dentro de la categoría de los derechos fundamentales¹⁶⁸.

Que la propiedad intelectual no sea un derecho fundamental, no significa que no tenga relación con éstos, ya que su existencia depende del reconocimiento de los derechos y libertades a los cuales se encuentra íntimamente vinculado¹⁶⁹. Como el derecho de propiedad (Art. 33 CE) y la libertad de expresión, creación, comunicación y recepción de información (Art. 20 CE)¹⁷⁰. Postura que ha sido

¹⁶⁶ De forma similar ha sido recogido en el Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales, en el artículo 15, párrafo 1º, letra c), mediante el cual los Estados miembros reconocen el derecho que asiste a toda persona a: “Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora”.

¹⁶⁷ Código Civil, Libro II, Título IV “De algunas propiedades especiales”, capítulo III “De la Propiedad Intelectual”, artículos 428 y 429. Cfr. Ramón Casas Vallés, “Artículos 428 y 429 del Código Civil y Ley de Propiedad Intelectual” en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*. Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1994.

¹⁶⁸ Esta opinión no está aceptada de forma unánime por la doctrina. Existen autores que defienden que el derecho de autor es un derecho fundamental. J. Manuel Otero Lastres, La protección constitucional del derecho de autor. Análisis del art. 20.1.b. de la CE de 1978” en *La Ley*, 1986-2, P. 370-379; Fernando Bondia Román, “Propiedad Intelectual. Su significado en la Sociedad de la Información”. Madrid. Trivium. 1988. Esteban de la Puente, “Su perfil en el orden Constitucional Español”, ponencia realizada sobre el derecho de autor, los derechos conexos y el derecho a la cultura en el marco de los derechos humanos y las garantías constitucionales. en I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual. Derecho de autor y derechos conexos en los umbrales del año 2000. Tomo I, Ministerio de Cultura, 1991, analiza las posturas que sostienen que el derecho de autor es un derecho fundamental así como los que sostienen criterios en contra, entre los cuales destaca la opinión de Storch de Gracia y la diferencia entre el *derecho a ser autor* (amparada por el artículo 20 CE: libertad de expresión) y el *derecho de autor* (protegido por el derecho de propiedad).

¹⁶⁹ V. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, “Artículo 1º”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Op. Cit., Págs. 19-27.

¹⁷⁰ Los textos de las Constituciones estatales enuncian los derechos fundamentales de forma similar. Es por todos reconocido que los individuos son libres e iguales ante la Ley, por tanto se reconoce el derecho a la propiedad y a la libertad de expresión. No obstante, no encontraremos al derecho de autor o a la propiedad intelectual como un derecho fundamental. Como derecho de propiedad se encuentra limitado por las Leyes, un buen ejemplo encontramos en la

confirmada por nuestros tribunales, en la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de diciembre de 1985, donde el Tribunal consideró:

“Que el derecho que se alega como perjudicado (...) se pone en relación con el artículo veinte de la Constitución, apartado uno, letra b), a cuyo tenor “se reconocen y protegen los derechos...a la producción y creación artística” (...); siendo de observar que lo que se consagra como fundamental, es un derecho genérico e impersonal, a producir o crear obras artísticas, pues no toda persona crea o produce arte, viniendo a proclamar la protección de una facultad; cuando se produce, crea, entonces lo que se protege es el resultado, que hace surgir un derecho especial, el derecho de autor, que no es un derecho de la personalidad porque asimismo carece de la nota indispensable de la esencialidad, pues no es consustancial o esencial a la persona, en cuanto que no toda persona es autor;...¹⁷¹”

El doble contenido del derecho de autor ha sido reconocido también por nuestros tribunales. La Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1991, declaró:

“...el derecho de autor es inescindible y ha de ser contemplado en unicidad, tiene un contenido plural de facultades (...) a) unos de contenido patrimonial (...) y b) Otro contenido, de carácter personal que son las facultades morales o derechos morales de los autores...¹⁷²”

Constitución de los Estados Unidos, artículo I, sección 8 (el cual hemos reproducido en la página 37 de este trabajo); y en la Constitución española en el artículo 33.2 “La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes”. En el Preámbulo de la Constitución francesa se establece el reconocimiento y adhesión a los derechos fundamentales proclamados en la Declaración de 1789: “Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946”. Dentro de los principios que recoge la Declaración (y que ya antes mencionamos, en la página 39 de este trabajo) se encuentran enumerados los de libertad de expresión en todas sus manifestaciones, así como el derecho de propiedad. No obstante, el artículo 4º de la Declaración contiene un límite importante: “La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a otro. Así el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que aseguren a los restantes miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Estos límites sólo pueden estar determinados por la Ley”.

¹⁷¹ RJ 1985/6320. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 9 de diciembre de 1985. Voto Particular del Excmo. Sr. D. Antonio Fernández Rodríguez (Considerando 3º).

Esta doble naturaleza o contenido del derecho de autor no debe prestar a confusión. El derecho de autor no es un derecho fundamental aunque está estrechamente vinculado a la existencia y reconocimiento de los derechos y libertades del hombre¹⁷³. En tanto que derecho de propiedad queda sometido a la regulación y límites que imponen las leyes, y, como forma de expresión y manifestación de la libertad, la creación o, mejor dicho, el proceso creativo, debe gozar del más absoluto respeto quedando obligado el legislador y los tribunales a garantizar el ejercicio de este derecho.

2.3 La regulación del derecho de autor

La regulación del derecho de autor siguió evolucionando en el tiempo a la par que se desarrollaban los conceptos, se definía al objeto protegido y a los sujetos de la protección, llegándose a considerar diferentes categorías de titulares de derechos. Actualmente no hablamos del derecho de autor a secas, ni de la propiedad literaria y artística, sino del derecho de autor y de los derechos conexos o vecinos al derecho de autor. El concepto se ha ampliado considerablemente y abarca en su objeto de protección no solamente obras artísticas, sino otro tipo de creaciones más utilitarias, menos bellas sin duda, pero sin las cuales no podríamos hoy concebir nuestra existencia. No es posible imaginar hoy como vivíamos antes del uso generalizado de los programas de ordenador.

¹⁷² RJ 1991/4407, Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 3 de junio de 1991, F.º J.º CUARTO. Reiterada en la ST 2.3.1992.

¹⁷³ Así lo demuestran los principales instrumentos internacionales de Derechos Humanos, que no han reconocido al derecho de autor como un derecho fundamental. Pero la vinculación de éste con los derechos fundamentales es evidente y podemos comprobarlo con la protección que goza la producción artística como derecho de propiedad y la libertad de expresión en todas sus manifestaciones. Así lo establecen: el Artículo 27.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el artículo 15.1,c) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966; y los artículos 18 y 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reconocen la libertad de pensamiento, conciencia y religión, así como la libertad de expresión. Un excelente estudio en esta materia es el realizado por Pierre Recht (Op. Cit, Pág. 167 II Parte Doctrinal).

El marco legal, o los instrumentos que regulan la propiedad intelectual en el presente son numerosos. Si son suficientes o no, si son adecuados o no, lo analizaremos a continuación. Pero una advertencia debemos hacer, el análisis se limita al objeto de estudio o finalidad de este trabajo, recordemos que estamos tratando de la relación entre el derecho de autor y el acceso a la cultura. No pretendemos un análisis exhaustivo de todos los instrumentos legales que regulan la propiedad intelectual, ni tampoco, hacer un recorrido histórico que relate su evolución en el tiempo y mucho menos un análisis de derecho comparado. El desarrollo de este trabajo no lo requiere, por ello vamos a limitarnos al estudio del marco legal aplicable al derecho de autor en nuestro entorno, es decir, al derecho positivo.

¿Cuál es el marco legal del derecho de autor? Básicamente se conforma por los instrumentos internacionales que lo regulan y por el 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 LPI) que ha incorporado los principios rectores de protección al derecho de autor, tanto internacionales como comunitarios, salvo la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2001 (en adelante DDASI), 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, cuya incorporación al ordenamiento jurídico nacional es uno de nuestros principales objetivos.

i) Convención de Berna

Con la aparición de las primeras leyes que regulaban el derecho de autor se puso de manifiesto el problema que suponía para los titulares de derechos, el

límite territorial de las leyes¹⁷⁴. En Francia, este hecho va a originar la creación de la *Association littéraire et artistique internationale* (ALAI)¹⁷⁵, cuyo principal impulsor fue Victor Hugo y la finalidad de ésta era velar por la protección del derecho de autor. En 1883, la ALAI organiza una reunión de escritores, artistas y editores de diferentes países en Berna, a partir de la cual se elabora un anteproyecto de convención internacional, que posteriormente fue modificado por el gobierno helvético e invitó "à tous les pays civilisés"¹⁷⁶ a debatirlo.

De esta forma, el 9 de septiembre de 1886 nace de forma oficial el primer instrumento de carácter internacional para la regulación del derecho de autor. Desde su firma, la Convención ha sido revisada periódicamente¹⁷⁷, la última vez en París en 1971¹⁷⁸ y también ha sido objeto de ampliaciones, contando en la actualidad con un total de 150 países que son parte¹⁷⁹.

La Convención de Berna estableció los principios¹⁸⁰ que habrían de sentar las bases para la regulación del derecho de autor. El principio de la asimilación del unionista al nacional¹⁸¹ reconoce los mismos derechos a los autores extranjeros

¹⁷⁴ André Bertrand, Op. Cit. Chapitre 1 : Histoire, évolution et nature du droit d'auteur, 1.1. Évolution historique du droit d'auteur des origines à nos jours en France et à l'étranger. Pág. 28 y ss.

¹⁷⁵ En español ALADA (Asociación Literaria y Artística de Derechos de Autor). Creada el 28 de junio de 1878 para la defensa de los intereses de los autores. A. Bertrand, Op. Cit, Pág. 40.

¹⁷⁶ A. Bertrand, Op. Cit. Pág. 471.

¹⁷⁷ Las más importantes son las hechas en Berlín en 1908, en Roma en 1928, en Bruselas en 1948, en Estocolmo en 1967 y el texto final es el de la revisión de París de 1971. Claude Colombet, Grands Principes du Droit d'Auteur et des Droits Voisins dans le Monde. Approche de droit comparé. 2^e édition, Litec-Unesco. 1990-1992. Pág. 138 y ss.

¹⁷⁸ El Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Derecho de Autor (1996) puede ser considerada como su última actualización.

¹⁷⁹ España firmó en París, el 24 de julio de 1971 el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, revisado en París el 24 de julio de 1971. Ratificando el 2 de julio de 1973 (BOE Nº 81, de 4 de abril de 1974, y nº 260, de 30 de octubre). En vigor desde el 19 de noviembre de 1984.

¹⁸⁰ Los principios también se fueron desarrollando con las revisiones. Así, el Acta de 1886 contenía el principio de la asimilación unionista al nacional. En Berlín en 1908 se decidió suprimir las formalidades para la protección de las obras. En Roma, en 1928 fue consagrado el derecho moral y el derecho patrimonial de radiodifusión. En Bruselas en 1948 se admitió la protección *post mortem* de 50 años, así que el derecho de participación. Y en Estocolmo en 1967, se consideró como uno de los objetivos la ampliación geográfica y la creación de un protocolo a favor de los países en vías de desarrollo. Colombet, Op. Cit. Pág. 140 (la traducción es mía).

¹⁸¹ Principio fundamental del Convenio de Berna, establecido en los artículos 3, 4 y 5, combina el criterio de la nacionalidad del autor con el del país de publicación de la obra, de tal forma

y la misma protección que se otorga a los autores nacionales. No obstante, el artículo 6º contiene una excepción en virtud de la cual un país puede imponer restricciones a la protección cumpliendo con los requisitos que establece dicho precepto.

El principio del tratamiento unionista tiene como finalidad limitar la libertad de los Estados miembros en la regulación del derecho de autor y lo hace a través de la imposición de unos mínimos obligatorios que todos los Estados deben respetar sobre los derechos de autor. Con esta medida se pretende asegurar a los autores una protección uniforme sobre unos mínimos establecidos: la definición del objeto protegido: las obras (artículo 2º¹⁸²), la ausencia de formalidades para beneficiarse de la protección (artículo 5º.2), el establecimiento de un plazo de duración de la protección que no podrá ser inferior a toda la vida del autor y cincuenta años después de su muerte (artículo 7º), el reconocimiento del derecho moral del autor (artículo 6º bis¹⁸³), el establecimiento de los derechos exclusivos (artículos 8º, 9º, 11º, 11º bis, 11º ter, 12º, 14º), el reconocimiento del derecho de participación o *droit de suite* (artículo 14º ter).

Paralelamente al reconocimiento y establecimiento de los derechos de autor, la Convención establece límites a estos, facultando a los Estados para establecer restricciones al derecho de exclusiva del autor, limitando así el alcance de la protección. Los Estados quedan, pues, facultados para establecer en sus respectivas leyes límites a los derechos de exclusiva del autor¹⁸⁴. No obstante, la Convención establece una pauta para la aplicación de estos límites, que se

que un autor nacional de un país que no sea miembro de la Convención, podrá obtener la protección de sus obras, si éstas son publicadas en un país de la Unión.

¹⁸² La enumeración de las obras se amplía considerablemente en el articulado de la Convención, por ello, el listado del Art. 2º no debería considerarse como limitativa o exhaustiva sino tan sólo enunciativa (V. Colombet, Op. Cit. Pág 146).

¹⁸³ Los derechos morales reconocidos al autor por la convención son el de paternidad y el de integridad de la obra, en ambos casos, son derechos intrasmisibles y por tanto, permanecen con el autor aun después de la cesión de los derechos patrimoniales de la obra. Derechos que siguen activos después de la muerte del autor, al menos durante el tiempo de validez de los derechos patrimoniales. En nuestra legislación son derecho a perpetuidad (V. Arts. 15 y 16 LPI).

conoce como la prueba de las tres fases, en virtud de la cual, los límites al derecho de exclusiva del autor debe respetar los siguientes parámetros: (1) establecerse en determinados casos especiales; (2) que no atenten a la explotación normal de la obra y, (3) que no causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor¹⁸⁵.

La Convención de Berna pese a su antigüedad es de plena aplicación debido a sus revisiones y actualizaciones, la última es la realizada en 1996, por dos tratados conocidos como los tratados Internet elaborados en el seno de la OMPI¹⁸⁶.

ii) Convención Universal

La Convención Universal¹⁸⁷ firmada en Ginebra en 1952 bajo la iniciativa de la UNESCO, contiene básicamente los mismos principios de la Convención de Berna, respeto de la equivalencia o reconocimiento de derechos entre los países firmantes (artículo II), pero difiere en relación con la amplitud de la protección del derecho de autor reconocida por la Convención de Berna. En realidad, la Convención Universal trata de establecer unos mínimos para los países que no podían adherir a la Convención de Berna por impedirlo su propia legislación nacional. De esta forma, se regula las formalidades y trámites necesarios para obtener la protección (artículo III), se dispone de un plazo de duración de la protección de toda la vida del autor y 25 años *post mortem* (artículo IV) y no contempla el reconocimiento del derecho moral del autor (artículo I y IV bis). La Convención Universal no es incompatible con la Convención de Berna. Para

¹⁸⁴ Art. 2º.2, 2º.4, 2º bis; Art. 9º.2; Art. 10º, 10º bis 11º bis.2 que faculta a los Estados unionistas, el establecimiento de licencias obligatorias en determinados casos.

¹⁸⁵ En el articulado de la Convención de Berna, encontramos diversos casos en los que se faculta a los Estados miembros para aplicar límites al derecho de autor, respetando, eso sí, la prueba de los tres pasos. V. Art. 9º.2, Art. 10.2, 10 bis.

¹⁸⁶ Actualmente, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual con sede en Ginebra, es el organismo encargado de gestionar la Convención de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas, firmada en 1886. Organismo del cual España es parte desde 1970.

¹⁸⁷ Han firmado este instrumento 30 países, entre ellos España el 24 de julio de 1971.

los países que han suscritos los dos instrumentos internacionales de protección del derecho de autor, se aplica el principio de primacía de la Convención de Berna, en virtud de la Declaración anexa relativa al artículo XVII.

iii) Convención de Roma¹⁸⁸

La Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión, hecha en Roma el 26 de octubre de 1961, regula los derechos conexos o vecinos al derecho de Autor¹⁸⁹.

Los derechos conexos conciernen a diferentes categorías de auxiliares de la creación, tanto a los artistas y ejecutantes como a otros, empresarios culturales,¹⁹⁰ que con el desarrollo de su actividad industrial, realizan grandes inversiones para lograr la más amplia difusión de las obras (musicales y audiovisuales principalmente). Las categorías que abarca presentan grandes diferencias, pero todas ellas tienen un punto en común¹⁹¹. Por lo que concierne a los artistas e intérpretes, no habría problema en reconocer que su actividad es creativa, en cambio, determinadas producciones son más bien actividades industriales. Por ello, los derechos conexos o vecinos al derecho de autor, son diferentes del derecho de autor que nace de la creación. En este caso, el derecho conexo es un derecho privativo o un monopolio que se otorga a los titulares, no para favorecer la creatividad sino la comunicación de las obras.

¹⁸⁸ La Convención de Roma, cuenta con 79 Estados parte, entre ellos España que firmó el 26 de octubre de 1961, ratificando el 14 de agosto de 1991. Entró en vigor el 14 de noviembre de 1991.

¹⁸⁹ V. Joseph Eked-Samnik, *L'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI)*, Bruylant, Bruxelles, 2975. El autor explica en su obra la relación y la necesaria cooperación especial que se establece en los organismos de la familia de las Naciones Unidas para la administración conjunta que se realiza a través de la Oficina Internacional (Bureaux Internacionales) de las dos Convenciones de derechos vecinos (Convención de Roma 1961 y Convención de Ginebra de 1971). La Secretaría está formada por funcionarios de la OMPI, UNESCO y de la OIT (V. Art. 32.5 Convención de Roma).

¹⁹⁰ V. Xavier Linant de Bellfonds, *Droits d'Auteur et Droits Voisins. Propriété Littéraire et Artistique*. 2ª edición, Delmas. Paris 1997.

La Convención define las categorías de los titulares de los derechos conexos. En relación con los artistas e intérpretes, el artículo 3º a), proporciona un listado que puede ser ampliado por los Estados contratantes. La característica fundamental del artista o intérprete reside en que su actuación debe ser sobre una obra (no obstante el Art. 9º faculta a los Estados para extender la protección). En el apartado c) del artículo 3º se define al productor de fonogramas como la persona física o jurídica que fija por primera vez los sonidos de una ejecución u otros sonidos. Vemos que, en este caso, no es necesario que la fijación sea de una obra para gozar de la protección. Por lo que se refiere a los organismos de radiodifusión, la Convención no los define, tan sólo nos dice lo que significa "emisión" (Art. 3º f) y "retransmisión" (Art. 3º g).

La Convención establece las condiciones de aplicación del trato nacional para cada una de las categorías de titulares protegidos (Arts. 2, 4 y 5), así como los derechos reconocidos (Arts. 7, 8, 10), en lo cuales destaca el de remuneración equitativa y única del artículo 12, en virtud del cual:

"Cuando un fonograma publicado con fines comerciales o una reproducción de ese fonograma se utilicen directamente para la radiodifusión o para cualquier otra forma de comunicación al público, el utilizador abonará una remuneración equitativa y única a los artistas intérpretes o ejecutantes, o a los productores de fonogramas, o a unos y otros. La legislación nacional podrá, a falta de acuerdo entre ellos, determinar las condiciones en que se efectuará la distribución de esa remuneración".

Los aspectos más destacables de la Convención de Roma son haber extendido la protección del derecho de autor a quienes con su actividad o mediante inversiones colaboran o ayudan a los creadores y autores y la instauración de los derechos de simple remuneración.

¹⁹¹ Colombet, Claude, Op. Cit. Pág. 168· « ...puisqu'un point commun relie les trois catégories :

iv) Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio¹⁹² (ADPIC¹⁹³)

El acuerdo sobre ADPIC, constituye un importante instrumento internacional en la regulación de la propiedad intelectual. Fue adoptado durante la Ronda Uruguay celebrada en 1994, por la que se establece la Organización Mundial del Comercio (OMC). Su interés radica en que establece unos mínimos que deben respetar todos los Estados y complementa las obligaciones establecidas en otros Convenios internacionales. La finalidad es lograr una armonización o aproximación de las legislaciones nacionales en materia de derechos de autor¹⁹⁴, aplicando los principios de Trato nacional, Trato de la nación más favorecida, así como los acuerdos multilaterales. El acuerdo contempla el derecho de autor y los derechos conexos al derecho de autor (Parte II, Sección 1ª, Art. 9º).

v) Tratados OMPI

El Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Derecho de Autor¹⁹⁵ tiene por objeto adaptar la protección del derecho de autor a la era digital, tal y como lo expresa el Preámbulo del mismo.

L'auxiliaire de la création littéraire et artistique contribue à la diffusion des œuvres ».

¹⁹² Acuerdo por el que se establece La Organización Mundial del Comercio y Acuerdos Anejos, entendimiento relativo a los compromisos en materia de servicios financieros y acuerdo sobre contratación pública, hechos en Marrakech el 15 de abril de 1994 (Anexo 1C: Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio. Firmado el 15 de abril de 1994 y ratificado mediante Instrumento de ratificación de 30 de diciembre de 1994, Madrid.

¹⁹³ Son también conocidos por sus siglas en inglés: TRIP's.

¹⁹⁴ Para mayor información sobre este tema, consultar la obra de Carlos Correa, *Acuerdo TRIPs. Régimen Internacional de la Propiedad Intelectual*. Ediciones Ciudad de Argentina, Buenos Aires, 1996.

¹⁹⁵ Firmados en Ginebra en la Conferencia Diplomática sobre ciertas cuestiones de derecho de autor y derechos conexos, celebrada del 2 al 20 de diciembre de 1996. Cuenta con 53 Estados parte. Entró en vigor el 6 de marzo del 2002, después de que al menos treinta Estados depositaran sus instrumentos de ratificación.

“Reconociendo la necesidad de introducir nuevas normas internacionales y clarificar la interpretación de ciertas normas vigentes a fin de proporcionar soluciones adecuadas a los interrogantes planteados por nuevos acontecimientos económicos, sociales, culturales y tecnológicos,”

La finalidad, pues, es de actualizar el marco establecido en el Convenio de Berna, (como lo dice textualmente el Preámbulo¹⁹⁶) y la de “mantener un equilibrio entre los derechos de los autores y los intereses del público en general, en particular en la educación, la investigación y el acceso a la información, como se refleja en el Convenio de Berna,”¹⁹⁷.

El Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Interpretación o Ejecución de Fonogramas¹⁹⁸, constituye la actualización de la Convención de Roma a la era digital¹⁹⁹.

vi) Normativa comunitaria

Los Tratados constitutivos de la Comunidad Europea no contemplaban ninguna regulación específica al derecho de autor. No obstante, pronto surge la necesidad de regular las legislaciones nacionales de los Estados miembros en materia de derechos de autor para asegurar la libre circulación de mercancías en el mercado interior. El proceso se inicia debido a las diferencias detectadas en las legislaciones nacionales, que en determinados casos impedían la libre circulación de mercancías. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea tuvo que pronunciarse sobre la aplicación del derecho de autor, concretamente, tuvo

¹⁹⁶ El Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Derecho de Autor (en adelante TDA) establece la aplicación del Convenio de Berna en su articulado. V artículos: 1º, 3º, 4º, 8º y en el artículo 10 se reconoce la existencia de límites al derecho de autor.

¹⁹⁷ TDA, punto 5º del Preámbulo.

¹⁹⁸ Conferencia Diplomática sobre ciertas cuestiones de derechos de autor y derechos conexos. Ginebra, 2 a 20 de diciembre de 1996. Entró en vigor el 20 de mayo de 2002. Cuenta con 51 Estados parte.

¹⁹⁹ V. para mayor información la obra de Ignacio Garrote Fernández-Díez, *El derecho de autor en internet. Los Tratados de la OMPI de 1996 y la incorporación al Derecho Español de la Directiva 2001/29/CE*, 2ª edición. Editorial Comares, 2003. Págs 175 y ss.

que decidir si el ejercicio legítimo de los derechos de autor puede, en determinadas circunstancias ser contrario a la libre circulación de mercancías²⁰⁰.

El siguiente paso decisivo fue la publicación del Libro Verde sobre el Derecho de Autor de 1988, que demostró que el desafío tecnológico requería de una acción inmediata. La Comisión europea se fija como objetivo la armonización de las legislaciones nacionales de los Estados miembros en materia de derechos de autor y fruto de esa labor es la adopción de ocho Directivas:

Directiva 91/250/CE del Consejo, de 14 de mayo de 1991, sobre la protección jurídica de programas de ordenador; Directiva 92/100/CEE del Consejo de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual; 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; Directiva 93/98/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1993, relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines; Directiva 96/)/CE, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de bases de datos; Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo 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; Directiva 2001, 84/CE del Parlamento y del Consejo de 27 de septiembre de 2001, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original; Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual²⁰¹.

²⁰⁰ André Bertrand, *Le Droit d'Auteur et les Droits Voisins*", Op. Cit. Pág. 66 y ss. (la traducción es mía).

²⁰¹ Salvo las tres últimas Directivas de nuestro listado, todas las anteriores ya han sido incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico.

Si el detonante de la acción comunitaria fue la salvaguardia del principio de libre circulación de mercancías en el mercado interior, en la actualidad debido a la irrupción de las tecnologías de las comunicaciones ha cobrado gran importancia la gestión de derechos por parte de las entidades de gestión colectiva del derecho de autor y su incidencia en el espacio virtual debido a las peculiaridades de la transmisión en línea.

vii) Ley de Propiedad Intelectual

En nuestro ordenamiento jurídico, el derecho de autor se encuentra regulado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (en adelante LPI). También es de aplicación el Código Penal²⁰² para los delitos contra la propiedad intelectual, así como las leyes procesales y otras disposiciones complementarias²⁰³

Los rasgos principales del derecho de autor se encuentran definidos en el Libro I de la LPI, que establece las normas aplicables en nuestro derecho y que a continuación enunciamos brevemente: la ausencia de formalidades para gozar de la protección (Art. 1); el doble contenido del derecho de autor configurado por facultades morales y patrimoniales (Art. 2); las características del derecho moral (Art. 14); las modalidades del derecho de explotación (Art. 17); el derecho de participación (Art. 24); los derechos de simple remuneración (Art. 25, 108.3, 116.2, 122.2); duración de la protección (Art. 26-30); las excepciones o límites al derecho de autor (Art. 31-40 bis). También contempla la transmisión de derechos, estableciendo un régimen general (Art. 42-50) y otro aplicable al autor asalariado (Art. 51). Regula determinados contratos:

²⁰² Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (B.O.E. 26 noviembre de 2003). Libro II, Título XIII, Capítulo XI. De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores. Sección 1ª, artículos 270, 271 y 272.

edición, representación teatral y ejecución musical (Art. 58-85), establece un régimen especial para determinadas obras: audiovisuales y programas de ordenador (Título VI y VII del Libro I) y en el Libro II se encuentran las normas relativas a los derechos vecinos o conexos al derecho de autor.

Una vez finalizado el recorrido por los distintos textos legales que regulan al derecho de autor debemos preguntarnos si en la actualidad contamos con un marco legal adecuado para la protección y desarrollo del derecho de autor.

²⁰³ Reglamento del Registro de la Propiedad Intelectual, la Ley del libro, el Decreto que establece la obligación de consignar el ISBN, así como la normativa común que le es de aplicación.

3. Construcción de la hipótesis

El análisis de los principios básicos nos permite proponer una premisa como punto de partida:

El derecho a la cultura es un derecho fundamental reconocido por nuestra Constitución, que obliga a los poderes públicos a garantizar su existencia y eficacia.

El derecho de autor, en nuestro ordenamiento jurídico no está considerado como un derecho fundamental, sino como un derecho de propiedad sobre un bien inmaterial: la obra. La Constitución reconoce el derecho de propiedad como un derecho fundamental, pero no es absoluto y queda sujeto a límites.

Si admitimos como válidos los extremos arriba enunciados, debemos plantear la pregunta a la que este trabajo debe dar respuesta:

¿La regulación del derecho de autor debe quedar subordinada al derecho de acceso a la cultura?

Creemos que sí y que no hay otra respuesta posible. Para quienes defienden la importancia de proteger el derecho de autor (como es mi caso), deben pensar en su presente y en su futuro. Impedir o establecer obstáculos al acceso a la cultura no es benéfico para el autor ni para la sociedad. ¿Qué puede ocurrir si la legislación del derecho de autor obstaculiza el derecho de acceso a la cultura? ¿Cuáles serían sus posibles consecuencias?

Nuestra hipótesis nos servirá para analizar el proyecto para la reforma de la ley de propiedad intelectual, a fin de poder establecer si los cambios propuestos

por el Gobierno, son acordes o constituyen un obstáculo al derecho de acceso a la cultura. Es preciso determinar si el proyecto para modificar la normativa de propiedad intelectual es congruente o contrario con nuestro ordenamiento jurídico y con los principios imperantes en nuestra sociedad.

Parte II El derecho de autor y los límites relacionados con el derecho de acceso a la cultura

Introducción.

La evolución del derecho de autor deja de manifiesto los esfuerzos realizados durante siglos por los titulares de derechos para alcanzar una protección adecuada. Podemos decir que actualmente, al menos en nuestro ordenamiento jurídico nacional, el derecho de autor cuenta con una amplia protección que se complementa con las disposiciones de derecho comunitario e internacional que regulan la materia. Sin embargo, no es objeto de estudio del presente trabajo, el análisis de la LPI para determinar el grado de protección del derecho de autor en España. Tampoco pretendemos poner de manifiesto los defectos o carencias de la LPI, si acaso las tuviera, ni mucho menos compararla con la legislación de otros países. No es la finalidad de este trabajo elaborar un juicio crítico sobre la LPI. La intención es analizar únicamente la situación del derecho de autor en relación con los supuestos de libre utilización de las obras en los casos en los que se encuentre implicado el derecho de acceso a la cultura y la evolución o su adaptación a la era digital.

Los límites al derecho de autor permiten que en determinados casos y sin que sea necesario contar con el consentimiento del autor sea posible la utilización

de una obra²⁰⁴. Estos afectan principalmente a los derechos patrimoniales o de explotación de las obras, ya que el respeto al derecho moral es un requisito para que el uso sea permitido.

Los países que pertenecen al sistema continental o de protección del derecho de autor²⁰⁵ tienen el precedente de los límites en la Convención de Berna²⁰⁶, cuyo artículo 9 párrafo 2º, admite que los países de la Unión se reserven la facultad de permitir la reproducción de las obras siempre y cuando se limite a determinados casos especiales, que no atente a la explotación normal de la obra y que no cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor²⁰⁷.

Este principio denominado *la prueba de las tres fases*²⁰⁸, es la medida que permite saber si una utilización es o no legítima y puede por tanto quedar justificada o amparada por una norma.

En nuestro ordenamiento jurídico, el Texto Refundido de Ley de Propiedad Intelectual (en adelante LPI) incorpora y desarrolla este principio en el Libro Primero, Título III Capítulo II²⁰⁹, enumerando los supuestos de libre utilización de las obras, los cuales quedan sometidos a la *prueba de las tres fases*, es

²⁰⁴ Otro límite a la explotación patrimonial de las obras es la duración del plazo de protección. La LPI establece una regla general en el artículo 26, para los derechos de explotación, en virtud de la cual los derechos de explotación durarán toda la vida del autor y setenta años después de su muerte. La Ley prevé también otros plazos distintos para determinados tipos de obras en los artículos 27, 28 y 29. Los derechos conexos tienen un plazo de protección menor, la regla general es de 50 años.

²⁰⁵ En el sistema anglosajón o de copyright, los supuestos de libre utilización de las obras no se encuentran determinados previamente en la Ley, sin embargo, se fijan unos parámetros que se deben respetar y en función de ellos se valorará si el uso es justificado o legal. Es lo que se conoce como *faire use*.

²⁰⁶ Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, revisado en París el 24 de julio de 1971, e instrumento de ratificación de 2 de julio de 1973 (BOE n.º 81, de 4 de abril de 1974, y n.º 260, de 30 de octubre).

²⁰⁷ Delia Lipszyc. Derecho de autor y derechos conexos. La autora constata que el derecho de cita "es una de las limitaciones tradicionales del derecho de autor, universalmente aceptada" Op. Cit. Pág. 231. Ver las referencias en derecho comparado.

²⁰⁸ La prueba de las tres fases también se encuentra en nuestro ordenamiento jurídico en el Art. 40 bis LPI, en la DASI en el artículo 5.5.

²⁰⁹ *Límites*, Art. 31 - 40bis.

decir, que sea para determinados casos, que no cause perjuicio injustificado a los intereses del autor ni a la explotación normal de la obra²¹⁰.

Dentro del capítulo dedicado a los límites, la LPI enumera los supuestos en los que está permitida la reproducción, comunicación, distribución y transformación de una obra, así como las condiciones a las que quedan sometidas. Fuera de los casos previstos en la Ley no es posible la utilización de las obras.

Existen distintos supuestos de libre utilización de las obras contemplados por la LPI, sin embargo, en este trabajo sólo vamos a analizar aquellos que se encuentran en relación con el derecho de acceso a la cultura: el derecho de cita²¹¹, el de libre utilización de obras situadas permanentemente en la vía pública²¹² y el relativo a la libre reproducción y préstamo en determinadas instituciones²¹³. En estos tres supuestos, el fundamento de la excepción se encuentra justificado por el derecho de acceso a la cultura²¹⁴.

Esta primera selección tiene por objeto delimitar el tema de estudio, no pretendemos ignorar o descartar el estudio de otros supuestos o límites en caso que sea necesario para el desarrollo de este trabajo. También es preciso aclarar que dentro de los límites al derecho de autor recogidos por la LPI, existen supuestos específicos que merecen una atención especial, en algunos

²¹⁰ El Art. 40 bis se introdujo en el Texto Refundido de Ley de Propiedad Intelectual en virtud del art. 40.3 de la Ley 5/1998, de 6 de marzo, de incorporación al Derecho español de la Directiva 96/9/CE, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos.

²¹¹ Art. 32 *Citas y reseñas* LPI.

²¹² Art. 35 *Utilización de las obras con ocasión de informaciones de actualidad y de las situadas en vías públicas*. En particular el p.2.

²¹³ Art. 37 *Libre reproducción y préstamo en determinadas instituciones*. Es de los límites antes citados el que más se relaciona con el derecho de acceso a la cultura y tal vez el que debería de centrar nuestra atención, ya que no solamente será necesario analizar en profundidad cual es su alcance y contenido en la LPI, sino también habrá que considerarlo en relación con las disposiciones de la Directiva 92/100 sobre derechos de alquiler y préstamo público y otros derechos afines a los derechos de autor y con las disposiciones de la Directiva 2001/29/CE, por su incidencia en la sociedad de la información.

²¹⁴ En otros casos, la existencia de límites al derecho de autor se justifica por otros derechos fundamentales, como la libertad de expresión y el derecho a la información. V. en Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, Coord. Bercovitz, Págs. 593-724.

casos, por su marcado interés económico²¹⁵ y, en otros, debido a la naturaleza misma de las obras²¹⁶. Indudablemente que la complejidad del tema y las características de los distintos límites al derecho de autor es un tema interesante y debería tratarse en profundidad, no obstante, no es posible incluirlo en este trabajo ya que ello nos llevaría inevitablemente a distraer nuestro objeto de estudio.

Por lo que respecta a las modalidades de explotación, es decir a las formas de explotación permitidas, como tendremos ocasión de comprobar en el curso de nuestro análisis, en unos casos se admiten algunas y se excluyen otras²¹⁷, variando en función del supuesto contemplado. En este trabajo el estudio de las modalidades permitidas se realizará en paralelo con el supuesto analizado y, por supuesto, contemplando las modalidades de la era analógica y las propias de la era digital.

²¹⁵ En este supuesto se encontraría el límite de la copia privada debido a la existencia del canon en concepto de remuneración compensatoria establecido por el Art. 25 LPI, que supone una contraprestación económica para los autores por las copias privadas de sus obras que actualmente mueve cifras millonarias. El problema principal se encuentra en que el canon se impone de forma indiscriminada a todos los aparatos y soportes aptos para la reproducción, aunque se conozca que no van a tener esta finalidad (Vgr. los CD que se utilizan para grabar los procedimientos judiciales, los que utilizan los profesionales para fijar sus propias creaciones: fotógrafos, publicistas, productores de audiovisual). El canon respondía a una necesidad de la era analógica, debido a la imposibilidad de controlar la copia, por ello se impuso una remuneración compensatoria para paliar los efectos que sufrían los titulares de derechos por las copias privadas efectuadas por los particulares. Actualmente, debido a la irrupción de la tecnología digital se ha originado gran polémica en torno a la copia privada digital y se discute si debe seguir existiendo tal y como está concebida, es decir, sujeta a una remuneración compensatoria, o bien, si su existencia en la sociedad de la información es solamente fuente de conflicto y por ello debería quedar sujeta a un estricto control que gracias a las medidas de protección tecnológica de las obras es posible ejercer, limitando con ello el derecho de reproducir libremente una obra protegida incluso para uso privado. Esta precisión se hace necesaria ya que resultaría imposible realizar nuestro análisis excluyendo por completo el límite de la copia privada y tal vez sea necesario hacer alguna referencia en relación con el derecho de acceso a la cultura, pero no se analizarán otros posibles usos que no están vinculados con nuestro objeto de estudio. Hacemos esta advertencia debido a que la copia privada digital tiene entidad suficiente para ser objeto de estudio, por ello, debemos insistir en que las referencias a la misma son aisladas y que la copia privada no constituye objeto de este trabajo por interesante que pueda resultar el desarrollo de este interesante y complejo tema. Recientemente se ha publicado una monografía sobre la copia privada. V. Ignacio Garrote Fernández-Díez, *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*. Ed. Actualidad Jurídica, 2005.

²¹⁶ En este supuesto se encuentran comprendidos los programas informáticos y las bases de datos, cuya aplicación de los límites o supuestos de libre utilización es muy restrictiva.

²¹⁷ La reproducción, la comunicación pública, la distribución e incluso, en el caso de la parodia, cabe admitir la transformación de las obras

Queda pues establecido que nuestro análisis se limita a tres supuestos concretos o límites al derecho de autor.

Antes de continuar es preciso hacer una importante advertencia y afirmar que la protección del derecho de autor frente a las utilizaciones ilegítimas de su obra no debe quedar a salvo. Está claro que nuestra postura es defender la existencia del derecho a la cultura y de ahí la importancia de establecer límites al derecho de autor. Nuestro objetivo es demostrar que es posible encontrar un equilibrio entre el acceso a la cultura y la defensa del derecho de autor. En ningún caso, estamos defendiendo la posibilidad de introducir nuevos límites ni supuestos que puedan poner en peligro o menoscabar la protección del derecho de autor. No estamos a favor ni defendemos la utilización ilícita de las obras que perjudica los legítimos intereses del autor. Esta aclaración se hace con la finalidad de reafirmar nuestro más estricto compromiso con la defensa del derecho de autor, pero también porque es necesario distinguir entre los supuestos de libre utilización de obras que son, por su propia naturaleza, inocuos y las infracciones o delitos contra la propiedad intelectual.

La protección y defensa del derecho de autor exige que los conceptos sean tratados con rigor y con exactitud. No es lo mismo ampararse en uno de los supuestos de libre utilización previsto por la ley que cometer una infracción al derecho de autor. Este punto es de vital importancia y requiere de la existencia de parámetros adecuados y claros que permitan una interpretación de las normas en caso de conflicto, de tal forma que sea posible realizar la ponderación de los valores a salvaguardar. Es necesario contar con una idea clara y concisa del objeto protegido en relación con el uso permitido, de esta manera será posible encontrar los mecanismos que nos ayuden a determinar o apreciar de forma objetiva cuándo estamos frente a un uso permitido y cuándo frente a una infracción al derecho de autor.

Uno de los objetivos de este trabajo es analizar la inminente reforma de la LPI para la incorporación de la DDASI, porque la reforma afectará a la regulación de los límites al derecho de autor. La finalidad es encontrar respuesta a dos grandes interrogantes: ¿Qué cambios que se van a introducir en nuestra legislación? Y ¿Cómo pueden afectar al derecho de acceso a la cultura?

- i) Antecedentes de la reforma: la transposición de la Directiva 2001/29/CE (en adelante DDASI).

El proceso de incorporación de la Directiva en nuestro ordenamiento jurídico ha dado lugar a la elaboración de distintos textos o propuestas, realizadas por el gobierno anterior y el actual. Nuestro análisis tiene como finalidad conocer los límites al derecho de autor que facilitan o permiten el acceso a la cultura y su evolución en la era digital, es decir, después de la transposición de la DDASI. Para ello, vamos a analizar el Borrador de Proyecto de Ley de Reforma del Real Decreto Legislativo 1/1996 elaborado por el gobierno anterior²¹⁸; las disposiciones de la DDASI; las de la LPI y las del Proyecto de Ley aprobado por el actual gobierno²¹⁹.

Imagino que el lector se estará preguntado, qué razón me ha impulsado a estudiar un texto que no tienen ninguna aplicación práctica. La respuesta es bien simple. En mi opinión, los trabajos realizados por el anterior gobierno se habían elaborado desde una perspectiva objetiva y amplia. La valoración se había efectuado a partir de los problemas actuales detectados en nuestro entorno y no de forma coyuntural y arbitraria. Los trabajos realizados respetaban la transparencia, prueba de ello es que no hubo problemas en

²¹⁸ De fecha 7 de noviembre de 2002, elaborado por el anterior gobierno y publicado (en esa fecha) en la Web del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte: <http://www.mcu.es>.

²¹⁹ Proyecto de Ley 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. Elaborada por el Ministerio de Cultura. Ministerio de Industria, Turismo y Comercio. Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, el 26 de agosto de 2005. Núm. 44-1, Serie A.

difundirlos. La primera propuesta del anterior gobierno²²⁰ es un instrumento adecuado para nuestro análisis porque nos ilustra sobre la forma como los gobiernos se plantean la protección de derechos. Es decir, la protección del derecho de autor no debe obviar los derechos de los ciudadanos. No debemos olvidar que en determinados supuestos se entrelazan los derechos de autor con los derechos de las personas. Nuestro trabajo consiste en demostrar que la protección de derecho de autor no implica necesariamente una reducción en los derechos fundamentales de los individuos. Por el contrario, si eliminamos la posibilidad de disfrutar de las obras en determinados casos, estamos condicionando el intercambio cultural tan necesario en el proceso creativo. Una postura tan radical ¿sería realmente útil para los autores? Creemos que no, consideramos que es posible articular una protección eficaz del derecho de autor compatible con el derecho fundamental de acceso a la cultura. El texto elaborado por el anterior gobierno contenía una interesante propuesta, cuya adopción haría posible la existencia del equilibrio necesario entre el derecho de autor y el derecho de acceso a la cultura. Esta es la razón por la cual dicha propuesta ha de ser analizada.

- ii) La Directiva 2001/29/CE y los cambios que se introducirán en nuestro ordenamiento jurídico

¿Qué relación guarda la DDASI con el derecho de acceso a la cultura? Ya hemos dicho que el objeto de la DDASI es la armonización de las legislaciones de los Estados miembros para adaptarlas a la era digital. Lo que se pretende es alcanzar un nivel similar de protección en el entorno europeo que garantice una protección adecuada al derecho de autor y a los derechos conexos al derecho

²²⁰ El texto del Borrador de anteproyecto fue modificado rápidamente, sólo dos meses después y de forma sustancial, por un nuevo texto: Anteproyecto de Ley de reforma del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril de fecha 23 de enero de 2003. En este caso, el texto de la propuesta elaborada por el gobierno también fue ampliamente difundido.

de autor y, que a su vez, permita la realización del mercado interior²²¹. No obstante, esta finalidad no excluye el respeto y el reconocimiento de los derechos fundamentales, como el derecho de acceso a la cultura²²².

La Directiva no pretende unificar la regulación del derecho de autor en la Unión europea. Es de suponer que las diferencias no van a desaparecer, el problema es que éstas pueden incrementarse de forma considerable debido a que la DDASI contiene dos tipos de normas distintas. Unas normas obligatorias que los Estados miembros deben incorporar en su legislación nacional y otras, de carácter optativo que afectan sobre todo a los límites al derecho de autor²²³.

Las medidas que deben ser incorporadas necesariamente y que supondrán cambios en nuestro actual marco legal son las que se refieren al derecho exclusivo del autor y de los titulares de derechos conexos al derecho de autor en relación con las modalidades de explotación de las obras en el entorno digital, que se encuentran en los artículos 2²²⁴, 3²²⁵ y 4²²⁶ DDASI.

Otra disposición cuya incorporación es obligatoria es la excepción relativa a los actos de reproducción necesarios²²⁷ para efectuar las transmisiones o utilidades lícitas, del artículo 5 DDASI²²⁸, que afecta exclusivamente al derecho de reproducción.

²²¹ Uno de los objetivos de la Directiva 2001/29/CE es dar cumplimiento a las obligaciones internacionales derivadas de los Tratados OMPI de 1996: Tratado OMPI sobre derechos de autor y Tratado OMPI sobre interpretación y ejecución de fonogramas. V. Considerando 15.

²²² José Carlos Erdozain. Derechos de autor y propiedad intelectual en Internet. Tecnos, 2002. Pág. 137. El autor reconoce que las excepciones y límites pretende la existencia de un equilibrio entre el interés general de acceso a la cultura y los intereses de los titulares de derechos de propiedad intelectual.

²²³ Cfr. Christophe Geiger, en *Droit d'auteur et droit du public à l'information*, Litec, París 2004. Pág. 256 – 263.

²²⁴ Derecho de reproducción.

²²⁵ Derecho de comunicación al público de obras y derecho de poner a disposición del público prestaciones protegidas.

²²⁶ Derecho de distribución

²²⁷ En este caso, la excepción se establece por motivos tecnológicos y, afecta exclusivamente al derecho de reproducción. V. José Carlos Erdozain. Op. Cit. pág. 138.

²²⁸ "Artículo 5. Excepciones y limitaciones. 1. Los actos de reproducción provisional a que se refiere el artículo 2, que sean transitorios o accesorios y formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico y cuya única finalidad consista en facilitar: a) una transmisión en una red entre terceras partes por un intermediario, o b) una utilización lícita de una obra o

También es obligatorio para los Estados miembros adoptar las medidas necesarias para evitar la elusión de las medidas de protección tecnológicas que se aplican a las obras o contenidos protegidos (Art. 6 DDASI); la protección frente a los actos de supresión o modificación de la información para la gestión de derechos (Art. 7 DDASI) y la implementación de sanciones y recursos en caso de incumplimiento (Art. 8 DDASI).

En relación con las medidas tecnológicas efectivas, la obligación de los Estados miembros es la de establecer una protección adecuada contra los actos que tengan por objeto la elusión de las medidas de protección de las obras. El alcance de la protección quedará delimitado por los Estados miembros a tenor de lo expuesto en el Art. 6.2 DDASI²²⁹. No hay duda de que esta disposición deberá ser incorporada a nuestro ordenamiento jurídico y que el margen de actuación no es muy amplio para los Estados miembros, por ello, es de suponer que la transposición se efectuará de forma "literal", tal y como se presentó en los proyectos de reforma a la LPI²³⁰.

Otra importante modificación que se introducirá en la LPI, es la disposición del Art. 6.4 DDASI²³¹, relativa al acceso a las obras o prestaciones protegidas

prestación protegidas, y que no tengan por sí mismos una significación económica independiente, estarán exentos del derecho de reproducción contemplado en el artículo 2."

²²⁹ Artículo 6. Obligaciones relativas a medidas tecnológicas. 2. Lo Estados miembros establecerán una protección jurídica adecuada frente a la fabricación, importación, distribución, venta, alquiler, publicidad para la venta o el alquiler, o posesión con fines comerciales, de cualquier dispositivo, producto o componente o la prestación de servicios que: a) sea objeto de una promoción, de una publicidad o de una comercialización con la finalidad de eludir la protección, o b) sólo tenga una finalidad o uso comercial limitado al margen de la elusión de la protección, o c) esté principalmente concebido, producido, adaptado o realizado con la finalidad de permitir o facilitar la elusión de la protección de cualquier medida tecnológica eficaz.

²³⁰ El proyecto de modificación a la LPI de noviembre de 2002 como el de enero de 2003 introdujeron lo dispuesto en la DASI (Art. 6.1, 6.2 y 6.3) de forma literal, en el correspondiente Art. 63 en ambos proyectos.

²³¹ No obstante la protección jurídica prevista en el apartado 1, en el caso de que los titulares de los derechos no adopten medidas voluntarias, incluidos los acuerdos con otros interesados, los Estados miembros tomarán las medidas pertinentes para que los titulares de los derechos faciliten al beneficiario de una excepción o limitación establecida por el Derecho nacional de conformidad con las letras a), c), d) y e) del apartado 2 del artículo 5 o con las letras a), b) y e) del apartado 3 del mismo artículo, los medios adecuados para disfrutar de dicha excepción o

cuando estén amparados por uno de los límites reconocidos en la legislación nacional. Esta medida afecta al derecho de reproducción²³² y al derecho de comunicación y puesta a disposición del público²³³ únicamente en los supuestos detallados en el punto 4 del Art. 6 DDASI. En estos casos, los Estados miembros deberán prever las medidas necesarias para facilitar el acceso a los beneficiarios de la excepción, regulando el procedimiento. No podemos predecir como se incorporará este precepto en nuestra LPI, sin embargo hemos considerado conveniente comentar que los proyectos de reforma a la LPI contemplaban límites distintos de los estipulados en la DDASI. Es importante destacar que esta medida no se aplicará cuando las obras o prestaciones protegidas se pongan a disposición del público con arreglo a lo convenido por contrato (párrafo 4º, del Art.6.4 DDASI²³⁴). Esto significa que las partes podrán bloquear el acceso a la obra o prestación protegida dejando sin aplicación los límites al derecho de autor.

Por lo que respecta a la supresión o alteración de la información para la gestión de derechos (Art. 7 DDASI), los Estados miembros quedan obligados a establecer una protección adecuada contra las personas o los medios encaminados a tal fin, por lo tanto, esta disposición deberá ser trasladada a nuestro ordenamiento jurídico.

limitación, en la medida necesaria para ese disfrute, siempre y cuando dicho beneficiario tenga legalmente acceso a la obra o prestación protegidas.

Un Estado miembro podrá adoptar asimismo tales medidas respecto del beneficiario de una excepción o limitación establecida en virtud de la letra b) del apartado 2 del artículo 5, a menos que los titulares de los derechos hayan hecho ya posible la reproducción para uso privado en la medida necesaria para el disfrute de la excepción o limitación contemplada y de conformidad con lo dispuesto en la letra b) del apartado 2 del artículo 5 y en el apartado 5 del mismo artículo, sin impedir a los titulares de derechos la adopción de medidas adecuadas respecto del número de reproducciones de conformidad con tales disposiciones.

²³² Según el tenor literal de la DASI (Art. 6.4), para el derecho de reproducción se limita a la copia analógica, actos específicos realizados por bibliotecas, grabaciones efímeras realizadas por organismos de radiodifusión y las de radiodifusión realizada por instituciones sociales

²³³ Afecta al derecho de reproducción, de comunicación y puesta a disposición del público en los siguientes ámbitos: la ilustración con fines educativos o de investigación, el uso por personas discapacitadas y cuando afecte la seguridad pública o el desarrollo de un procedimiento administrativo, judicial o parlamentario.

²³⁴ Lo dispuesto en los párrafos primero y segundo no será de aplicación a obras o prestaciones que se hayan puesto a disposición de tal forma que personas concretas del público puedan acceder a ellas desde un lugar y un momento que ella misma haya elegido.

Finalmente, por lo que respecta al establecimiento de sanciones y vías de recurso, es de esperar una ampliación de las medidas contenidas en el Título I del Libro III de la LPI, que incluyan a los actos de elusión de medidas tecnológicas y de supresión de la información para la gestión de derechos. En relación con la protección penal del derecho de autor, es importante mencionar la modificación de los artículos 270, 271 y 278 del Código penal²³⁵, que sancionan los actos de elusión de las medidas de protección tecnológica y los de supresión de la información, con penas de prisión que oscilan entre seis y veinticuatro meses²³⁶.

Por lo que se refiere a las normas con carácter optativo, la DDASI prevé una lista de medidas opcionales relacionadas con la libre utilización de las obras o límites al derecho de autor. La facultad de los Estados miembros es amplia para decidir que supuestos deben ser incorporados en sus respectivas leyes nacionales. No vamos a detenernos en explicar ni a analizar si existen divergencias en las legislaciones de los Estados miembros, ni si éstas se verán incrementadas, nuestro objetivo es examinar los límites contemplados por la DDASI que afectan exclusivamente al derecho de acceso a la cultura²³⁷ y las consecuencias sobre su incorporación en nuestra LPI.

²³⁵ La modificación del Código penal entró en vigor el 1 de octubre de 2004.

²³⁶ La pena de prisión podrá aumentar hasta cuatro años cuando existan circunstancias agravantes: a) Que el beneficio obtenido posea especial trascendencia económica. b) Que los hechos revistan especial gravedad, atendiendo el valor de los objetos producidos ilícitamente o a la especial importancia de los prejuicios ocasionados. c) Que el culpable pertenezca a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que tuviese como finalidad la realización de actividades infractoras de derechos de propiedad intelectual. d) Que se utilice a menores de 18 años para cometer estos delitos. (Art. 271 CP).

²³⁷ Cfr. J. Carlos Erdonzain en su libro *Derechos de Autor y propiedad intelectual*, Op. Cit. Pág. 140-147, hace una clasificación de las excepciones impuesta por el derecho a la cultura aplicando un criterio distinto del que hemos adoptado. En primer lugar, clasifica a las excepciones que tienen como base los fines culturales y de acceso personal a la cultura, donde se encuentran: (a) las reproducciones en papel; (b) la reproducción en cualquier soporte para uso privado; (c) la reproducción por centros de cultura y enseñanza; (d) las reproducciones de radiodifusiones por instituciones sociales. En segundo lugar se encuentran las excepciones basadas en criterios e investigación científica y desarrollo cultural, donde podemos ubicar al derecho de cita y reseña ilustrativa. En realidad estamos completamente de acuerdo con este planteamiento, la única razón que justifica el carácter más limitado de nuestra selección es porque determinados supuestos, que indiscutiblemente están vinculados con el derecho a la cultura como es la copia privada, son mucho más complejos de analizar porque los derechos económicos a los que están sujetos es un tema me merece un análisis individual, que no sería aplicable a otras excepciones. Por ejemplo, la cita es un supuesto que nunca ha generado

derechos de simple remuneración y que consideramos que sería absurdo que los generara aunque a estas alturas y considerando los términos de la propuesta para la modificación de la LPI parece que no estamos lejos de llegar a ese punto.

1. El derecho de cita en la LPI

La cita es un límite al derecho de autor reconocido por el Convenio de Berna²³⁸, que ha sido recogido por nuestra legislación y se encuentra regulado en el Art. 32 de la LPI, donde se detalla el alcance y contenido de este límite. Es importante recordar que en el tema de los límites²³⁹, la interpretación sobre su utilización debe ser siempre acorde con lo dispuesto en la Ley sin que sea posible ampliar los supuestos ni modificar las condiciones establecidas.

“Artículo 32. Citas y reseñas.- El lícita la inclusión en una obra propia de fragmentos de otras ajenas de naturaleza escrita, sonora o audiovisual, así como la de obras aisladas de carácter plástico, fotográfico figurativo o análogo, siempre que se trate de obras ya divulgadas y su inclusión se realice a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico. Tal utilización sólo podrá realizarse con fines docentes o de investigación, en la medida justificada por el fin de esa incorporación e indicando la fuente y el nombre del autor de la obra utilizada.

Las recopilaciones periódicas efectuadas en forma de reseñas o revistas de prensa tendrán la consideración de citas”.

Para que una cita pueda considerarse lícita debe respetar todos los parámetros del Art. 32 LPI, según el cual, todo tipo de obras es susceptible de ser citada siempre que sean obras ya divulgadas, que su inclusión se realice a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico; que la utilización se realice

²³⁸ Art. 10. 1. 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 revista de Prensa.

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

3. Las citas y utilidades a que se refieren los párrafos precedentes deberán mencionar la fuente y el nombre del autor, si este nombre figura en la fuente.

con fines docentes o de investigación y que se indique la fuente y el nombre del autor de la obra²⁴⁰.

i) El significado de la cita

El alcance del concepto de cita se encuentra limitado por la finalidad o destino de la cita y por el cumplimiento de todos los requisitos. Sin embargo, queda por determinar si la cita únicamente tiene por objeto analizar, comentar o hacer un juicio crítico de la obra ajena citada o bien, si la cita admite una relación diferente entre la obra citada y la propia.

Es importante al respecto considerar la opinión de C. Pérez de Ontiveros Baquero, en relación con el contenido de derecho de cita del Art. 32 LPI. "Sin perjuicio de que tradicionalmente se considera que el íntegro contenido del precepto regula lo que se denomina "derecho de cita", la cita en sentido estricto es sólo una de las posibilidades que ofrece el texto del artículo 32, pues en él se contempla también la utilización de la obra para análisis, comentario o juicio crítico". La autora constata el significado de "cita" según la acepción del diccionario RAE: "Nota de Ley, doctrina, autoridad o cualquier otro texto que se alega para prueba de lo que se dice o refiere"²⁴¹. Es admisible, pues, que la inclusión de la obra ajena tenga por objeto ilustrar o hacer referencia sobre aquello de lo que se habla²⁴².

El doble contenido del derecho de cita ha sido admitido también por la jurisprudencia. La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid²⁴³, hace un

²³⁹ Por aplicación de la regla de las tres fases del Art. 9.2 del Convenio de Berna.

²⁴⁰ Carmen Pérez de Ontiveros Baquero, en su comentario al "Artículo 32. Citas y reseñas" en Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual. Coord. por Bercovitz Rodríguez-Cano R. Op. Cit. Págs. 607-616. Considera otro requisito de la cita: "...2) la fidelidad de la cita al texto original y al pensamiento del autor manifestado en la obra de la que procede..."

²⁴¹ Carmen Pérez de Ontiveros Baquero, Op. Cit., Pág 612.

²⁴² Germán Bercovitz, en Manual de Propiedad Intelectual, Op. Cit. Pág. 103.

²⁴³ Sentencia de 23 de diciembre de 2003. La empresa editorial que había sido demandada por la VEGAP por ilustrar libro de texto con obras plásticas, recurrió la sentencia del Juzgado de 1ª instancia.

análisis del concepto del derecho de cita, proporcionando una definición del mismo que determina el alcance del artículo 32 LPI. Esta interpretación nos ayuda a comprender la diferencia entre el derecho de cita o uso inocuo y la explotación económica o uso comercial de una obra, que se pone de manifiesto con la aplicación de la prueba de las tres fases²⁴⁴.

"...la inclusión de una obra plástica ajena divulgada y aislada, recibe el nombre genérico de cita en sentido amplio, pero puede presentarse en diversas manifestaciones. El precepto se refiere a un análisis, un comentario, un juicio crítico, y además, a una mera cita (en sentido estricto), pudiéndose considerar que la finalidad perseguida al reproducir en los libros las obras plásticas ajenas es la de ilustrar, complementar, aleccionar o facilitar la explicación que contiene la obra principal a la que se incorpora la ilustración. Considerando a la ilustración como el adorno de un impreso mediante estampas, grabados o dibujos alusivos al texto, lo cierto es que una interpretación correcta del artículo 32 nos lleva a considerar que la ilustración en nuestro sistema constituye una modalidad de cita, admisible tratándose de obras plásticas y similares."²⁴⁵

"...la reproducción de una obra plástica puede ser lícita aun cuando no se analice, comente o critique la obra plástica reproducida..."²⁴⁶

La interpretación del artículo 32 LPI que han realizado nuestros Tribunales es acorde con nuestro ordenamiento jurídico y con el respeto del derecho de acceso a la cultura, fundamento de esta excepción al derecho de autor²⁴⁷.

Podemos decir que la cita, en nuestro ordenamiento jurídico, admite tanto la ilustración como la crítica, análisis o comentario. En cuanto al tipo de obra y a diferencia de otros países, la legislación española permite la cita de todo tipo de

²⁴⁴ En los fundamentos jurídicos 2º, 4º y 5º. Se analizan los parámetros de licitud de la cita.

²⁴⁵ Fº. Jº. Segundo. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, núm. 26/2003.

²⁴⁶ Idem.

²⁴⁷ V. Carmen Pérez Ontiveros Baquero, Op. Cit. Pág. 608 "El fundamento de la excepción debe buscarse necesariamente en intereses públicos ligados con el acceso a la cultura, como demuestra claramente el texto del precepto cuando indica que sólo podrá practicarse con fines docentes o de investigación."

obras: escrita, sonora o audiovisual. Incluso admite la posibilidad de cita en la obra plástica, fotográfica figurativa o análoga.

ii) La cita de obra plástica

El derecho de cita ha sido reconocido de forma general e incorporado en la mayoría de las legislaciones de los países europeos pero con ciertas diferencias²⁴⁸. En la legislación francesa, el derecho de cita difiere sustancialmente de lo dispuesto en el Art. 32 de la LPI española, por ser más restrictivo. La comparación entre ambos textos legales pone de manifiesto las diferencias existentes en materia de derechos de autor en los países miembros de la Unión europea, de ahí el temor de que estas diferencias lejos de desaparecer por la armonización puedan ampliarse por la incorporación de la DDASI. Como tendremos ocasión de comprobar, los parámetros legales de la DDASI en relación con el derecho de cita son mucho más amplios que los contemplados por la LPI y en consecuencia, su ámbito de aplicación es mayor que lo dispuesto en el Código de la Propiedad Intelectual francés.

¿Cuál es la situación en nuestro ordenamiento jurídico en relación con la cita de obra plástica? Como se dijo antes, la Ley de Propiedad Intelectual admite expresamente la posibilidad de citar la obra plástica siempre que se ajuste a los parámetros establecidos en el propio texto jurídico. Si bien, la apreciación de lo que supone un fragmento u obra aislada en un determinado caso, no es una cuestión pacífica en la práctica y, de hecho, nuestros Tribunales se han tenido que pronunciar al respecto en un asunto donde se discutía si la incorporación de obras plásticas en libros de texto podrían ampararse por el derecho de cita. La demanda fue presentada por la Entidad de gestión de derechos de autor de los artistas plásticos Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos (VEGAP).

²⁴⁸ V. Carmen Pérez Ontiveros Baquero. Op. Cit. Idem. Pág. 607.

En este caso, el Juzgado de 1ª Inst. nº 8 de Barcelona, admitió en la sentencia de fecha doce de febrero de dos mil uno, los argumentos de la entidad demandada (empresa editorial) que se apoyaban en el derecho de cita, el derecho acceso a la cultura y en el derecho a la educación, considerando que: “dichas ilustraciones son necesarias y convenientes para la formación integral del alumno y que la actora no es titular de derechos morales de los autores...”²⁴⁹”

Esta sentencia es muy importante porque nos indica cuáles son los aspectos relevantes para hacer la valoración que permite determinar si estamos frente a una utilización lícita de las obras. Para ello, es necesario considerar: la finalidad o destino del uso, la ausencia de explotación económica y el derecho moral del autor o voluntad para que su obra sea citada. La valoración contempla también la necesidad de respetar los derechos fundamentales consagrados por la Constitución.

Otro importante aspecto que destaca la sentencia en relación con la utilización lícita de la obra es la relativa al uso inocuo.

“los usos y costumbres honrados vigentes desde siempre amparan este tipo de citas que han constituido una práctica consolidada y pacífica en el sector de la edición de libros de texto, sin que existan reclamaciones por éste concepto”²⁵⁰.

La finalidad es un requisito esencial para que la cita sea lícita. Extremo que también fue valorado por el Juez para determinar si, en este caso concreto, la cita se ajustaba a los parámetros de la LPI. Recordemos que el uso de una obra como cita únicamente puede hacerse con fines docentes o de investigación. El Juez consideró que en este caso se justificaba la cita por la finalidad docente, necesaria para el acceso a la cultura. Argumento que constituye sin duda un precedente importante para la interpretación de los límites.

²⁴⁹ Sentencia de fecha 12 de febrero de dos mil uno, Fº. Jº 3º “in fine”.

“no hay fundamentación jurídica que justifique el cambio de criterio en torno a la interpretación del criterio interpretativo del derecho de cita que legitime a la reproducción de obras en los libros de texto, siendo coherente con la Constitución Española un criterio no restrictivo que facilite el acceso a la educación y cultura por todos los españoles”²⁵¹.

Esta sentencia es importante porque la valoración se realiza sobre un caso concreto, analizando los intereses en juego y los valores a salvaguardar. Ello permite que sean apreciados dentro de un contexto determinado, única forma de poder encontrar el equilibrio entre la protección del derecho de autor y el derecho de acceso a la cultura. Es de destacar que no ha faltado en la apreciación del Juez la comprobación de la aplicación de la prueba de las tres fases:

“-no se detecta ningún perjuicio para los autores de las obras originales, sino que la simple aplicación de las reglas del sentido común permiten afirmar que la cita es inocua y divulgativa del nombre y de la obra del autor, acrecentando su fama en la que se fundamenta la valoración de la obra original”²⁵².

En cambio, en un asunto similar²⁵³ no se admitió que la inclusión de obras plásticas podrían quedar amparadas por el derecho de cita, al considerar el Juez que la utilización no se adecuaba a los parámetros establecidos en el Art. 32 de la LPI, porque en dichos libros de texto no se analizaba la obra del autor y tampoco el uso estaba destinado a mostrar su obra. La cita, en este caso, se había utilizado para ilustrar un texto que no tenía relación con el autor de la obra plástica. Vemos que el criterio restrictivo que se utiliza para valorar la

²⁵⁰ Idem. Fº. Jº. 2º.

²⁵¹ Sentencia de fecha 12 de febrero de dos mil uno. Juzgado 1ª Inst. nº 8 de Barcelona. Fº. Jº 2º.

²⁵² Idem.

²⁵³ Sentencia de 26 de febrero de 2001, Juzgado 1ª Instancia de Madrid. En este asunto también la entidad de gestión VEGAP había demandado a una empresa editorial, por haber incluido en libros de textos (educación secundaria) imágenes de obras plásticas.

utilización de la obra rechaza la posibilidad de ilustrar, es decir, lo propio de la cita, ya que el requisito de la finalidad docente sí está presente²⁵⁴.

En este caso, la decisión judicial es lamentable, debido a la interpretación restrictiva del derecho de cita y también por la deficiente valoración efectuada, ya que, no tuvo en consideración a los derechos fundamentales que justifican la excepción del derecho de cita, a pesar de que la colisión de derechos fue detectada, el Juez no se pronunció al respecto:

"...subyaciendo en toda esta problemática la colisión entre los derechos de autor y el respecto a los derechos de los terceros, sean éstos tratados desde la perspectiva del consumidor, o bien como los destinatarios y beneficiarios de la actuación del Estado conducente a la promoción y tutela del acceso a la cultura, o del derecho a la educación, como derechos constitucionales."²⁵⁵

Afortunadamente esta sentencia fue revocada por la Audiencia Provincial de Madrid²⁵⁶, de la misma forma que la Audiencia Provincial de Barcelona²⁵⁷ confirmó la sentencia del Juzgado de 1ª Instancia desestimando el recurso presentado por la Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos (VEGAP).

En ambos casos, las sentencias son importantes porque han hecho una Interpretación del límite del derecho de cita acorde con los derechos consagrados en la Constitución, fundamento legal de las excepciones al derecho de autor y porque han delimitado el alcance de la cita, que en determinados casos, como puede ser tratándose de obra plástica puede tener aspectos controvertidos.

²⁵⁴ Sentencia nº 56/2001 de veintiséis de febrero de dos mil uno. Juzgado de Primera Instancia de Madrid, N. 73. V. Fº. Jº. 5º y 6º.

²⁵⁵ Idem. Fundamento Jurídico 2º.

²⁵⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm 26/2003 (Sección 14), de 23 de diciembre de dos mil tres.

²⁵⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15, de treinta y uno de octubre de dos mil dos.

La situación de la cita de obra plástica en Francia es bien distinta. La legislación francesa, a diferencia de la española, no admite expresamente la cita de obra plástica. El Art. L.122-5 del Código de la Propiedad Intelectual²⁵⁸ literalmente dice "corta citación", lo que significa un fragmento de la obra, sólo una parte de ella. Esta disposición ha ocasionado un gran debate entre los defensores del derecho de cita de obra plástica y sus detractores. Los tribunales han tenido ocasión de pronunciarse en diferentes casos, llegando a admitir en algunos casos la posibilidad de realizar la cita de obra plástica²⁵⁹. La polémica giraba en torno a las reproducciones de obras plásticas en los catálogos de ventas editados por los promotores. Si en un principio la jurisprudencia admitió este tipo de reproducciones como cita, en resoluciones posteriores se adoptó un criterio restrictivo, que limitaba la cita a la obra literaria²⁶⁰. Posteriormente, se adoptó una ley que modificaba el artículo L. 122-5²⁶¹ añadiendo un nuevo apartado d), mediante el cual se admitió la posibilidad de cita de obra plástica, quedando restringido a los catálogos de ventas públicas²⁶². En la actualidad, sigue existiendo la dualidad de opiniones en la doctrina: (1) los que consideran que no es admisible la cita de obra plástica ya que no es posible hacer la cita de la obra completa sino sólo de una fracción y ello supone una mutilación de la obra que afecta al derecho moral del autor y a la integridad de la obra. Y (2) quienes consideran que el concepto de "corta citación" solamente es aplicable a las obras literarias, circunstancia que reduce considerablemente el campo de aplicación de la cita, que se debería extender a todo tipo de obras²⁶³.

²⁵⁸ "Art. L.122-5. Lorsque l'oeuvre a été divulgué, l'auteur ne peut interdire (...) 3º. Sous réserve que soient indiqués clairement le nom de l'auteur et la source: a) Les analyses et courtes citations justifiées para le caractère critique, polémique, pédagogique, scientifique ou d'information de l'oeuvre à laquelle elles sont incorporées;"

²⁵⁹ Aff. Frabris : « Lorsqu'il s'agit d'une oeuvre picturale, les courtes citations peuvent consister en l'adoption de reproduction de tableaux dans un format assez réduit de l'oeuvre elle-même. » Citado por André Bertrand, Op. cit. Pág 244.

²⁶⁰ André Bertrand. Op. Cit. Pág 243.

²⁶¹ Ley de 27 de marzo de 1997, artículo 17. André Bertrand. Op. Cit. Pág 245

²⁶² André Bertrand, Op. Cit. Idem.

²⁶³ Andre Bertrand. Op. Cit. Idem. En sus conclusiones, el autor, recomienda al legislador adoptar un criterio más flexible para la utilización de las obras, semejante al del faire use del sistema anglo-sajón.

La cuestión no es pacífica y como tendremos ocasión de analizar en el siguiente punto, la jurisprudencia ha admitido en determinados supuestos la reproducción de una obra plástica en los casos en que su inclusión es accesoria y parcial.

Con la información precedente, resulta difícil y arriesgado construir un argumento que permita acogerse al derecho de cita -en Francia-, para la obra plástica. La única posibilidad sería la de considerar "el análisis justificado por la finalidad docente" previsto en el Art. L 122-5 del CPI, cuyo ámbito de aplicación es bien restringido. O bien, considerar la inclusión de una obra plástica, no como derecho de cita, sino dentro del marco del derecho de información. En nuestra legislación este supuesto se encuentra contemplado en los artículos 33 y 35 de la LPI²⁶⁴. Este argumento encuentra apoyo en una reciente Sentencia del Tribunal de Grande Instance de Paris²⁶⁵, que desestimó la demanda presentada por el titular de derechos de Maurice Utrillo contra France 2, por la reproducción y comunicación pública de diversas obras de Utrillo que se exponían en un museo. En la valoración se analizó la aplicación de la excepción al derecho de autor prevista en el L. 122-5.3º, del Código de la Propiedad Intelectual (derecho de cita) y también se consideró la aplicación del Art. 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos, relativo al derecho a la información. Sobre el derecho de cita, el Tribunal decidió que no podía considerarse como "corta citación"²⁶⁶ y no admitió la excepción; no obstante, dio la razón a France 2, al considerar que en este caso en concreto, se encontraba en juego el derecho a la información y por ello, consideró que se podría aplicar una excepción al derecho de autor por la finalidad informativa perseguida²⁶⁷.

²⁶⁴ En estos casos, el fundamento de la excepción al derecho de autor es el derecho a la información.

²⁶⁵ Tribunal de Grande Instance de Paris, 3e Chambre, 23 février 1999. Jean FABRIS c./ Sté France 2. *Revue Internationale du Droit d'Auteur*. 2000.

²⁶⁶ « ...il n'en demeure pas moins que douze tableaux de Maurice Utrillo sont apparus à l'écran ; que ceux-ci ont fait l'objet d'une représentation intégrale qui quelles que soient sa forme et sa durée, ne peut constituer une courte citation ;... » Sentencia del T.G.I. París, 23 février 1999 R.I.D.A. 2000 - Jurisprudence

²⁶⁷ « Attendu que, dès lors, la défenderesse soutient qu'en vertu de cette convention, il existe un droit du public à l'information qui constitue une exception aux dispositions figurant dans le

Este caso es importante y nos sirve para ilustrar la colisión entre el derecho de autor y los derechos fundamentales. Son varias las cuestiones que interesa señalar: en primer lugar, que la demanda fue interpuesta por el titular de derechos, no por el autor, quién pretendía cobrar y autorizar por dicha transmisión. En segundo lugar, por el hecho denunciado, ya que la demanda se presentó por "contrefaçon" es decir, falsificación o imitación fraudulenta. Y en tercer lugar, por el uso que era del todo inocuo y la única finalidad era informar, puesto que la transmisión que efectuó France 2, no tenía ninguna intención de explotar las obras, no se trataba de un reportaje sobre el pintor ni sus obras, tampoco editó ningún tipo de soporte, únicamente se limitó a proporcionar información sobre la exposición de las obras del pintor.

Desafortunadamente, la Sentencia del Tribunal de primera instancia de París fue cambiada por el Tribunal de Apelación y posteriormente confirmada por el de Casación. Considerando, el primero, que el derecho a la información consagrado por la Convención Europea de Derechos Humanos admite límites en una sociedad democrática y estos son los que establece la legislación del derecho de autor²⁶⁸.

El derecho de cita también existe en el derecho anglosajón o sistema de copyright, pero a diferencia del sistema continental, el principio del fair use se desarrolló como doctrina judicial y posteriormente fue introducido en la ley. La doctrina del faire use requiere una apreciación por parte de los tribunales para saber si una utilización es lícita. Los criterios que se deben valorar son cuatro: (1) la cantidad de la obra utilizada en relación con la totalidad de la obra; (2) el carácter del uso: si es comercial o sin ánimo de lucro; (3) la naturaleza de la obra protegida y (4) la influencia de la utilización de la obra en el mercado

Code de la Propriété Intellectuelle,... » « ...en vertu de ce droit du public à l'information, la société nationale de télévision France 2 n'était pas tenue de solliciter l'autorisation de représenter les œuvres de Maurice Utrillo dans un reportage de courte durée au sein de son journal télévisé ; que, de ce fait, cette représentation n'est pas illicite et ne constitue pas une contrefaçon... » Sentencia del T.G.I. París, 23 février 1999 R.I.D.A. 2000 - Jurisprudence.

potencial, es decir, si el uso atenta o hace competencia a la explotación económica de la obra²⁶⁹. La diferencia que existe entre el sistema de derecho continental y el sistema de copyright es que en el primer caso, los límites se encuentran determinados por la Ley, en cambio, en el segundo, el fair use permite apreciar la libre utilización de las obras, sin que sea necesario que se ajuste a un supuesto predeterminado siempre que se ajuste a los criterios de aplicación²⁷⁰.

iii) La finalidad de la cita

Otro importante aspecto del derecho de cita y el que podríamos considerar como determinante en nuestro ordenamiento jurídico, es el fin o destino que se le da al fragmento de obra utilizada. La LPI dispone que la única posibilidad de beneficiarse de la excepción de la cita, sea cuando el uso esté destinado o tenga una finalidad docente o de investigación. Extremo que limita enormemente la posibilidad de incluir fragmentos de obras ajenas en la obra propia. Es decir, todo aquello que no tenga relación con la docencia o la investigación no puede ser objeto de cita puesto que no se encuentra dentro del supuesto de libre utilización.

En el caso que hemos analizado antes, la discusión se centraba en determinar si la cita admitía la ilustración en la obra plástica, hecho que felizmente es

²⁶⁸ Geiger, Christophe, en *Droit d'auteur et droit du public à l'information*, Litec, irpi, Paris 2004. Pág. 394.

²⁶⁹ V. Delia Lipszyc, *Derecho de autor y derecho conexos*, Op. Cit. Pág. 224. Cfr. Paul Goldstein, *El copyright en la sociedad de la información*, traducido por Ma. Luisa Llobregat Hurtado. Publicaciones Universidad de Alicante, Murcia, 1999.

²⁷⁰ Lawrence Lessig, en su libro *Por una cultura libre*. Traficantes de sueños. Madrid, 2005, relata con ayuda de ejemplos reales la aplicación del fair use y los problemas a los que se enfrenta en la actualidad. Por un lado, encontramos que la el monopolio del copyright es cada vez más amplio y depende de la voluntad de los titulares de derechos de propiedad intelectual (copyright). Si ellos deciden que no debe aplicarse la excepción del *fair use*, pueden iniciar una batalla legal que impida a los legítimos beneficiarios su uso (Pág. 113-116). Y, de otra parte, la diferencia que existe entre la era analógica, donde el copyright admitía múltiples usos de las obras que no estaban regulados, es decir, no formaban parte del monopolio del autor o titular de derechos, en cambio, en la era digital todos los usos pueden ser controlados, circunstancia que hace que el fair use sea prácticamente inaplicable (Pág. 133-184).

aceptado, pero hemos de considerar que uno de los requisitos esenciales que determinan la licitud de la cita es la finalidad.

¿Qué puede ocurrir si la cita sale de los parámetros establecidos en la LPI? Existe un tipo de cita cuyo uso está muy extendido, pero que no se encuentra comprendido dentro del supuesto del artículo 32 LPI porque su destino no está relacionado con la docencia o la investigación. Nos referimos a las citas que se hacen al inicio de las novelas y a las citas de versos o poemas dentro de un libro²⁷¹. Es importante apuntar que este tipo de cita, no se encuentra dentro de los parámetros de la ley pero tampoco puede decirse que este tipo de uso pueda ocasionar daño al autor o colisionar con la explotación de la obra. Cuales serían las consecuencias en un caso determinado. Es decir, si una persona utiliza un fragmento de obra para incluirlo en la suya propia, en un ámbito distinto de la investigación y docencia, podría el titular de derechos reclamar por infracción al derecho de autor. La interpretación estricta del artículo 32 LPI, nos conduciría a excluir la posibilidad de hacer uso de la cita fuera de la finalidad establecida en la Ley, pero este criterio puede llegar a ser desproporcionado e incluso atentar contra otros derechos de las personas. Un claro ejemplo, lo encontramos en la Sentencia de Juzgado de 1ª instancia de Madrid, núm. 21, de fecha 27 de noviembre de 2003²⁷², que consideró que la inclusión de las letras de canciones en la revista "Magazine" con el título "Aquellos años...", no constituye una infracción al derecho de autor. En su valoración, el Juez consideró que si bien la inclusión de las letras de las canciones no quedaba cubierta por el supuesto de la finalidad docente o de investigación, podría ampararse en el derecho a la información a pesar de que no era una noticia de actualidad.

²⁷¹ Germán Bercovitz. Tema 3 Los derechos de explotación, 7. los límites a los derechos patrimoniales exclusivos. En Manual de Propiedad Intelectual. Coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Tirant lo Blanch. Valencia, 2001, Pág. 102 y 103.

²⁷² Demanda presentada por los titulares de derechos de las obras musicales: Warner Chappell Music Spain, SA, Universal Music Publishing, SA, BMG Music Publishing Spain, SA, Peermusic Española, SA y Southern Music Española, SL, Ediciones Musicales Hispavox, SA, y Emi Songs España, S.R.L, contra la editorial que reprodujo las letras de las canciones.

“Es cierto que el indicado precepto exige que la justificación informativa de la reproducción de la obra derive de informaciones sobre acontecimientos de la actualidad. Sin embargo, en el ámbito de determinadas publicaciones el término actualidad puede tener un sentido ambivalente de tal modo que no parece que sea adecuada la exclusión, al amparo de tal precepto, de la publicación de informaciones que incluyan, en lo que sea imprescindible para tal información, creaciones intelectuales ajenas susceptibles de ser vistas u oídas sobre hechos que constituyen parte de la actualidad desde un punto de vista retrospectivo -concepto que, por mucho que pudiera parecer contradictorio, no lo es-. En definitiva hechos pasados desde un punto de vista cronológico, pero actuales desde un punto de vista de la información.”

273

Este caso es interesante, porque el Juez valoró también si el uso había causado un perjuicio económico a los titulares de derechos, llegando a determinar que el uso de un fragmento de la letra de las canciones no comporta un daño económico para la explotación de las obras.

“Ahora bien, lo cierto es que los beneficios que en virtud de la explotación de los derechos de propiedad intelectual no se obtienen por los titulares de canciones como consecuencia de sólo la titularidad de las letras de las canciones. Donde se encuentra el verdadero talón de Aquiles de los explotadores de los derechos derivados de canciones se encuentra en lo que en la actualidad se ha dado a conocer como piratería musical consistente en la reproducción conjunta de letra y música de la canción para su comercialización por parte de personas o entidades que no ostentan ningún derecho sobre las mismas. La mera reproducción de la letra de una canción con un carácter meramente informativo no parece que pueda afectar, desde un prisma económico, a los titulares de los derechos de explotación de las canciones”²⁷⁴.

El caso anterior pone de manifiesto que la cita podría ser admitida en un sentido más amplio. Considerar exclusivamente la finalidad docente, la investigación o la información cierra la posibilidad de utilizar la cita en otros

²⁷³ Sentencia del Juzgado de 1ª instancia de Madrid, núm. 21, de 27 de noviembre de 2003 (AC 2003/1929).

²⁷⁴ Idem.

supuestos que son inocuos para el autor y la obra. ¿Por qué sólo se admite la cita con fines docentes y de investigación?

iv) Otros requisitos

Además del destino, otra importante cuestión que suscita el derecho de cita es la relativa a la cantidad de obra reproducida. Como hemos visto, el derecho de cita supone la inclusión de un fragmento de obra ajena en la obra propia, el problema es saber si existe una medida que pueda ser considerada justa o dentro del parámetro legal. En realidad es difícil dar una respuesta válida para todos los supuestos, hemos visto que en las obra plásticas se admite la cita de la integridad de la obra puesto que fragmentarla podría ocasionar un daño a la integridad de la obra. En otras ocasiones, la extensión de la cita vendrá determinada por el uso que se haga: ilustración, comentario o análisis. Por ello, la licitud de la cita siempre podrá ser sujeto de apreciación para determinar si el tamaño de la obra utilizada se ajusta o no a lo estipulado en la LPI²⁷⁵.

En cuanto a las modalidades de explotación permitidas, hemos de atender que la incorporación de una obra preexistente en la obra propia puede incluir todas las modalidades de explotación: la reproducción, la comunicación pública y la distribución, ya que esto dependerá del tipo de obra en el que se incorpore la cita.

Por lo que se refiere a la necesidad de incorporar el nombre del autor y la fuente, es importante mencionar que la expresión recogida en la DDASI relativa a los datos de identificación de la obra citada del artículo 5.3, letra d) "...siempre que, salvo en los casos en que resulte imposible, se indique la fuente, con inclusión del nombre del autor..." ha despertado suspicacias. Del todo infundadas a nuestro parecer ya que no tendría caso citar, si no se hace

²⁷⁵ Cfr. M^a Asunción Esteve Pardo, Contratos Multimedia, Marcial Pons, Madrid 2003. Págs 96y ss.

referencia a los datos de la obra citada. Y puesto que es un requisito de la licitud de la cita, expresamente previsto en la LPI, no es admisible otra posibilidad.

Entender que dicha mención permite eliminar los datos de identificación del autor es del todo absurdo y desnaturaliza completamente al derecho de cita, puesto que, si la finalidad de la cita es hacer referencia a una obra o autor, de qué sirve entonces evadir la identificación. No se debe confundir un supuesto de libre utilización de obras con un uso inadecuado o una infracción al derecho de autor. Son dos planos bien diferentes y no tienen punto de convergencia.

Finalmente, hemos de considerar que no existe la posibilidad de transformación en la cita y, por ello, una modificación en la misma podría ser un atentado al derecho de integridad de la obra²⁷⁶.

1.2 La cita en la era digital

¿Es posible la cita en la era digital? Es decir, ¿es posible digitalizar un fragmento de obra ajena para incorporarlo en otra nueva? ¿Cual será el alcance de la cita en la era digital? ¿Será posible considerar, al igual que en la era analógica, las mismas modalidades de explotación? ¿La obra nueva donde se incorpora la obra ajena deberá ser analógica o digital?

Diversas cuestiones se plantean respecto del derecho de cita, incluso, debemos considerar las posibilidades de la cita "on line", es decir, hasta que punto se puede considerar que la utilización de la técnica del enlace de hipertexto (link) tan común en la red, puede ser un supuesto de cita.

²⁷⁶ Cfr. Carmen Pérez Ontiveros Baquero, Artículo 32 en Comentarios... Op. Cit. Pág. 609. La autora considera que la exactitud y fidelidad de la cita es uno de los requisitos de validez: "2) la fidelidad de la cita al texto original y al pensamiento del autor manifestado en la obra de la que procede;".

Es necesario hacer un paréntesis para examinar si la utilización de enlaces (link) puede ser considerada como cita en el sentido del Art. 32 LPI.

El desarrollo de Internet y de las comunicaciones "on line" se ha llevado a cabo a través de los enlaces de hipertexto²⁷⁷ utilizados para encontrar la información dispersa en la red, este sistema ha contribuido a tejer la inmensa tela de araña que es la "World Wide Web"²⁷⁸. Toda información que se encuentra en la red tiene una dirección URL²⁷⁹ que remite al lugar donde se encuentra alojada, los enlaces de hipertexto se utilizan para vincular los contenidos que se encuentran en la red con información relacionada y su mecánica de funcionamiento es la siguiente: el enlace de hipertexto se forma por dos órdenes que reconoce el software, una, visible para el usuario le indica la existencia del "link" y, otra, invisible para el usuario manda información a la máquina para buscar la dirección o URL donde se encuentra alojada la información a la cual se remite el navegante. Con frecuencia, la parte visible del "link" está formada por texto subrayado en color azul y cuando el puntero se coloca por encima, cambia la flecha o guión por un dedo que indica al usuario la posibilidad de hacer "click", en ese caso, el navegante se transportará a otro espacio diferente de aquel donde se encuentra. En otras ocasiones, la parte visible del "link" está formada por una imagen o un botón que no permiten conocer al usuario que navega en la red la existencia del enlace. En estos casos, cuando la navegación puede llevar a sitios distintos de los solicitados por el usuario, el enlace de hipertexto puede llegar a ser conflictivo, a este sistema se le conoce como enlace automático. Tanto el enlace visible como el automático permiten la entrada en

²⁷⁷ Cfr. STROWEL ALAIN, "La responsabilidad de los intermediarios en Internet: actualidad y temas acerca de las hiperuniones", I y II. De la responsabilidad en materia de hiperuniones. *Revue Internationale du Droit d'Auteur*. nº, 186, oct. 2000. Págs. 2-140. GARROTE FERNANDEZ-DIEZ, Ignacio, "Propiedad Intelectual en Internet: el derecho a establecer enlaces en la WWW", *Revista pe. i. Nº. 1*, 1999, Bercal, S.A. Eduardo Serrano Gómez, La propiedad intelectual y las nuevas tecnologías. Cuadernos civitas. Madrid. 200. Págs 93-110.

²⁷⁸ La expresión significa literalmente la gran tela de araña mundial. Para conocer sobre el funcionamiento técnico y sus orígenes, consultar la obra de Ignacio Garrote Fernández-Díez, *El derecho de autor en Internet*. Edilt. Comares. Granada 2003. Págs. 5-50.

²⁷⁹ Las siglas significan en inglés: Uniform Resource Locator. Y corresponden a una secuencia numérica que identifica al ordenador y que corresponde a su dirección de Internet. Para facilitar el uso de éstos, las direcciones se presentan con palabras que tienen un significado y permiten

páginas Web distintas de la visitada por el usuario, de hecho, la finalidad es justamente la de entrar o vincularse, desde un espacio Web con otros espacios relacionados de la red. Sin embargo, la técnica utilizada puede ser determinante para considerar si un enlace puede vulnerar los derechos de terceros, nos estamos refiriendo a los enlaces en profundidad o "deep linking", que consisten en entrar en un espacio diferente pero saltando la "home page" o página de entrada o principal, donde se encuentran los signos de identificación de dicho espacio Web.

En principio, el enlace de hipertexto que "avisa" al navegante o usuario de la existencia del mismo y que enlaza con un espacio diferente entrando por la puerta principal no debería causar problema y es ampliamente admitido, sin embargo, otras técnicas²⁸⁰ que posibilitan o impiden el conocimiento de los datos del espacio visitado pueden ser conflictivos y suponer una violación de derechos de terceros. Por las razones expuestas habrá de considerar la posibilidad de admitir o no que la técnica del enlace de hipertexto sea equivalente al derecho de cita en la red. En todo caso, se tomará en consideración para el análisis única y exclusivamente los supuestos legales o permitidos, es decir, aquellas técnicas que no suponen una vulneración de derechos y que son transparentes.

Para intentar dar respuesta a las preguntas planteadas al inicio de este apartado, será necesario analizar el derecho de cita, tal y como está previsto en la DDASI.

que sean recordadas fácilmente por los usuarios. Por ejemplo, la dirección <http://www.ub.edu>, corresponde a los dígitos: 161.116.100.2.

1.3 El derecho de cita en la Directiva 2001/29/CE

La Directiva de armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, prevé en el artículo 5, las excepciones y limitaciones que los Estados miembros pueden establecer a los derechos de autor. Salvo la excepción del Art. 5 párrafo 1 que es obligatoria²⁸¹, el resto de límites son facultativos para los Estados miembros, lo que significa que podrán incorporarlos o no en su legislación nacional²⁸².

Las excepciones previstas por la DDASI en relación con el derecho de cita las encontramos dispersas en tres diferentes apartados del artículo 5, párrafo 3º. Concretamente, la DDASI admite la ilustración limitada a fines educativos o de investigación, la cita con fines de crítica o reseña y la inclusión incidental. En todo caso se exige que la obra haya sido divulgada, que se indique el nombre del autor y la fuente, salvo cuando resulte imposible, y que la finalidad no sea comercial.

La letra a) del Art. 5.3 se refiere a la ilustración de la siguiente manera:

“Cuando el uso tenga únicamente por objeto la ilustración con fines educativos o de investigación científica, siempre que, salvo en los casos en que resulte imposible, se

²⁸⁰ Como por ejemplo el enmarcado o “framing”, han suscitado numerosos problemas y litigios. V. Ignacio Garrote Fernández-Diéz, El derecho de autor en Internet. Op. Cit. Pág. 375 y ss. Eduardo Serrano Gómez, La propiedad intelectual y las nuevas tecnologías. Op. Cit. Pág 105.

²⁸¹ Artículo 5. Excepciones y limitaciones. 1. Los actos de reproducción provisional a que se refiere el artículo 2, que sean transitorios o accesorios y formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico y cuya única finalidad consista en facilitar: a) una transmisión en una red entre terceras partes por un intermediario, o b) una utilización lícita de una obra o prestación protegidas, y que no tengan por sí mismos una significación económica independiente, estarán exentos del derecho de reproducción contemplado en el artículo 2.

²⁸² Existe el temor que esta circunstancia pueda ocasionar que el mercado interior se presente como un espacio desarmonizado, agravando la situación existente en cuanto a las diferencias existentes en materia de límites al derecho de autor

indique la fuente, con inclusión del nombre del autor, y en la medida que esté justificado por la finalidad no comercial perseguida²⁸³.

La excepción prevista en la letra c) del Art. 5, párrafo 3, es relativa a las reproducciones realizadas por la prensa o para anunciar temas de actualidad y cuando el uso de las obras guarde conexión con la información sobre acontecimientos de actualidad²⁸⁴. Este tipo de uso, puede estar vinculado con el derecho de cita o bien, encuadrarse con lo previsto en los Arts. 33 y 35 de la LPI que se refieren a trabajos sobre temas de actualidad y utilización de obras con ocasión de informaciones de actualidad, respectivamente. En este caso, se encuentran amparados por el derecho a la información.

La letra d) del Art. 5.3, hace referencia a las citas con fines de crítica o reseña, en estos casos, expresamente requiere que sea indicada la fuente y el autor, salvo en los casos en que resulte imposible. Se exige además que se haga buen uso de la cita y que se ciña al objetivo perseguido²⁸⁵. El derecho de cita en la DDASI no se ciñe a la finalidad docente. Simplemente exige que se "haga buen uso de ellas, y en la medida en que lo exija el objetivo específico perseguido". Este es el sentido de la cita, ya que nada impide a un escritor citar un poema dentro de su obra, ni una frase al inicio de su novela. Es sin duda esta la característica esencial de la cita, por ello, no debería quedar limitada a la finalidad docente y de investigación.

²⁸³ Letra a), apartado 3, artículo 5 de la Directiva 2001/29/CE.

²⁸⁴ "cuando la prensa reproduzca o se quiera comunicar o poner a disposición del público artículos publicados sobre temas de actualidad económica, política o religiosa, o emisiones de obras o prestaciones del mismo carácter, en los casos en que dicho uso no esté reservado de manera expresa, y siempre que se indique la fuente, incluido el nombre del autor, o bien cuando el uso de obras o prestaciones guarde conexión con la información sobre acontecimientos de actualidad, en la medida en que esté justificado por la finalidad informativa y siempre que, salvo en los casos que resulte imposible, se indique la fuente, con inclusión del nombre o del autor." Letra c), apartado 3, artículo 5 de la Directiva 2001/29/CE.

²⁸⁵ "cuando se trate de citas con fines de crítica o reseña, siempre y cuando éstas se refieran a una obra o prestación que se haya puesto ya legalmente a disposición del público, se indique, salvo en los casos en que resulte imposible, la fuente, con inclusión del nombre del autor, y se haga buen uso de ellas, y en la medida en que lo exija el objetivo específico perseguido." Letra d), apartado 3, artículo 5 de la Directiva 2001/29/CE

Y finalmente, la letra i) del mismo artículo, considera la inclusión accidental de una obra o prestación en otro material²⁸⁶.

Como se puede apreciar y salvo lo dispuesto en la letra c), el derecho de cita en la Directiva se contempla desde una amplia perspectiva, es decir, se admite para la ilustración con fines docentes o de investigación científica; con fines de crítica o reseña, en este caso no se encuentra limitada a la función educativa o docente, solo se exige que "se haga buen uso de ellas" y cuando se realice de forma accidental.

Por lo que respecta a las modalidades permitidas, la excepción se aplica al derecho de reproducción, al derecho de comunicación al público y al derecho de puesta a disposición del público²⁸⁷.

1.4 Propuestas para la incorporación de la Directiva

- i) El Proyecto de Ley 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 abril²⁸⁸ (en adelante Proyecto)

La razón de la reforma, según dice la Exposición de Motivos (en adelante EM), es por la "necesidad de incorporar al derecho español" la Directiva 2001/29/CE (DDASI). Los criterios para la transposición respetan "la fidelidad al texto de la directiva y el principio de la mínima reforma de la actual normativa". En el punto II de la EM se explican los cambios introducidos, anunciando la

²⁸⁶ "cuando se trate de una inclusión incidental de una obra o prestación en otro material". Letra i), apartado 3, artículo 5 de la Directiva 2001/29/CE

²⁸⁷ Artículo 5.3 "Los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones a los derechos que se refieren los artículos 2 y 3 en los siguientes casos:". Recordamos que el artículo 2 de la DASI se refiere al derecho de reproducción y el artículo 3 al derecho de comunicación al público y derecho de poner a disposición del público prestaciones protegidas.

²⁸⁸ Elaborado por el gobierno y aprobado por el Consejo de Ministros el 22 de julio de 2005. Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, el 26 de agosto de 2005.

incorporación de dos límites nuevos: “la ilustración con fines educativos y (..) la consulta mediante terminales especializados en bibliotecas y otros establecimientos”.

El artículo Siete del Proyecto modifica el artículo 32 en los siguientes términos:

“Artículo 32. Cita e ilustración de la enseñanza.

1. 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.

Las recopilaciones periódicas efectuadas en forma de reseñas o revista de prensa tendrán la consideración de citas. No tendrán tal consideración las recopilaciones de artículos periodísticos que consistan básicamente en su mera reproducción cuando dicha actividad se realice con fines comerciales.

2. 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 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 aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo.”

La modificación propuesta por el Proyecto añade un segundo párrafo al artículo 32, que no figura en la DDASI y que tampoco aporta nada al derecho de cita de la actual LPI. Este supuesto no tiene sentido ya que no se refiere a la cita propiamente hablando, sino a la actividad docente dentro de las aulas. ¿Qué significa esto? ¿Es que actualmente un profesor no puede ilustrar? Debemos destacar que esta posibilidad que ahora se permite queda supeditada a que sea realizada dentro de las aulas, pero no sabemos si esta expresión se refiere al ámbito de la educación presencial y excluye la educación a distancia y en consecuencia a las aulas virtuales.

No tiene ningún sentido este añadido, puesto que no dice nada nuevo en relación con lo dispuesto en la LPI y tampoco está incorporando la DDASI. Recordemos que el derecho de cita en la DDASI está contemplado de una forma mucho más amplia, es decir, no se limita a la "docencia e investigación". Dice textualmente para fines "educativos". Esta expresión tiene un alcance mucho más amplio ya que no la restringe a la docencia o enseñanza escolar. Tampoco es acertado considerar que la educación se ciñe únicamente a la realizada por "el profesorado de la educación reglada", en todo caso, esa limitación no existe en la DDASI.

Recordemos que el párrafo 3º, letra a) del artículo 5 DDASI, dice textualmente: "Cuando el uso tenga únicamente por objeto la ilustración con fines educativos o de investigación científica,..."

El texto del Proyecto no es fiel a lo que dispone la DDASI. El derecho de cita, tal y como ha quedado redactado en el texto del Proyecto, no tiene el mismo significado ni el mismo alcance. No es lo mismo que los Estados miembros puedan establecer limitaciones al derecho de reproducción, de comunicación pública y de puesta a disposición del público para permitir la ilustración con fines educativos. Uso que puede hacer cualquier persona siempre y cuando se ajuste a los fines permitidos. Entendiéndose comprendidos los usos que se

efectúan tanto de forma analógica como digital, puesto que son límites a los artículos 2 y 3 DDASI.

El texto del Proyecto no es fiel con lo dispuesto en la DDASI en relación con la ilustración. Todo lo contrario, lo que hace es desvirtuar y sacar de contexto el límite que permite la ilustración. Ilustrar forma parte del derecho de cita. Este texto no añade nada nuevo en relación con el derecho de cita de la LPI, todo lo contrario, está limitando las posibilidades actuales de la cita de una forma incomprensible. Debemos preguntarnos ¿cuál es la finalidad de esta nueva disposición? No puede decirse que este añadido sea debido a la incorporación de la DDASI puesto que esta exigencia no existe en la Directiva. La EM del Proyecto dice que la transposición es fiel a la Directiva y que se sigue el principio de la mínima reforma. Entonces, cuál es la razón para introducir este cambio en el Art. 32 LPI. La impresión es que se está utilizando la facultad legislativa de forma coyuntural. ¿Es posible que esta nueva disposición pretenda vaciar de contenido la Sentencia de la Audiencia de Madrid de 23 de diciembre de 2003? No tiene ninguna otra explicación la restricción al derecho de cita de la actual LPI. Tampoco tiene sentido limitar la ilustración a un grupo determinado y limitado de personas, dejándolo inoperante en el espacio virtual. En todo caso, esto no es lo que dispone la DDASI.

Vemos que la redacción del derecho de cita en el texto del Proyecto supone un paso atrás para el derecho a la cultura, contrario a lo dispuesto en la DDASI que contempla el derecho de cita e ilustración de forma coherente con la finalidad que persigue la regulación del derecho de autor.

Hemos de recordar que los *Considerandos* de las Directivas ayudan a la hora de encontrar pautas para la incorporación de las mismas en las legislaciones nacionales. ¿Cuál es la finalidad de la DDASI?

La DDASI no desconoce la importancia que tienen los derechos culturales para el desarrollo, ni el equilibrio que debe existir entre el derecho de autor y los derechos de terceros. Así lo expresa el *Considerando* nº 12:

“La adecuada tutela de las obras protegidas mediante derechos de autor y de las prestaciones protegidas mediante derechos afines a los derechos de autor tiene gran importancia desde el punto de vista cultural. El artículo 151 del Tratado exige que la Comunidad tome en consideración los aspectos culturales en su actuación”.

Y el *Considerando* 14:

“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”.

Vemos que el criterio de la DDASI en relación con la excepción que permite el derecho de cita es bien distinto del que sigue el Proyecto y sus diferencias quedan de manifiesto si analizamos el Borrador de Anteproyecto realizado por el Gobierno anterior.

Por lo que se refiere a la inclusión incidental, el Proyecto no hace ninguna mención expresa a la misma, hemos de suponer que no se incorporará esta posibilidad en nuestro ordenamiento jurídico.

- ii) Borrador de Anteproyecto de Ley elaborado por el anterior gobierno²⁸⁹
(en adelante Borrador)

²⁸⁹ Borrador de Anteproyecto de Ley de Reforma del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, elaborado por el gobierno anterior. Ministerio de Educación, Cultura y Deporte. Subsecretaría. Secretaría General Técnica. Subdirección General de la Propiedad Intelectual. 7/11/02, en adelante Borrador.

La Exposición de Motivos (en adelante EM) del Borrador dice que son dos las razones que justifican la reforma del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual: (1) la incorporación de la DDASI y (2) la introducción de "ciertas mejoras en el actual sistema de gestión de los derechos de propiedad intelectual, que facilite su ejercicio y desarrollo pacífico y armonioso"²⁹⁰.

La EM no oculta la necesidad de cambiar o introducir mejoras en la LPI, explicando las circunstancias que la motivan: (1) la evolución tecnológica; (2) la creciente importancia económica de la propiedad intelectual; (3) la conflictividad que marca algunos aspectos de las relaciones entre titulares y usuarios; y (4) el carácter transfronterizo y globalizado de los mercados.

La EM reconoce que los cambios son debidos a nuevas circunstancias y a problemas detectados que no existían en el momento en que se aprobó la LPI²⁹¹. Mención que tiene importancia ya que las modificaciones propuestas eran las necesarias para adaptar el marco legal a la era digital y también las que suponían una mejora considerable del marco legal aplicable al derecho de autor, consideradas desde la perspectiva que da la experiencia. Por ello debemos destacar la importancia que tiene la valoración o ponderación de intereses para la introducción de los límites al derecho de autor. La EM constata la necesidad de mantener un equilibrio entre el derecho de autor y la salvaguarda de los derechos fundamentales, que son la justificación del establecimiento de límites al monopolio del autor.

"Dicho equilibrio es uno de los principios informadores del sistema de propiedad intelectual. Su justificación radica en una composición equitativa de la tríada de intereses concurrente en las obras y prestaciones intelectuales: los de los titulares originarios de derechos, los de las industrias culturales y los del público en general"²⁹²

²⁹⁰ Exposición de Motivos, II, Pág. 3. En esta parte nos ocuparemos del primero, dejando el análisis del segundo punto para la parte III de este trabajo.

²⁹¹ Idem. EM, Pág. 4.

²⁹² EM. III. Pág. 6

Esta mención tiene gran importancia ya que justifica la introducción de nuevos límites: la consulta mediante terminales especializados en bibliotecas y otros establecimientos y los anuncios de exposiciones y subastas, así como la mejoras técnicas que se introducen a los límites existentes, cuyo contenido se amplía de conformidad con lo establecido en la DDASI²⁹³. Estas modificaciones en los límites, como es lógico, se amplían al entorno digital y se aplican al derecho de cita.

En el texto del Borrador, a diferencia del texto del Proyecto, el artículo 8 recogió en los mismos términos que la DDASI, el derecho de cita. Modificando la rúbrica y el contenido del Art. 32 de la LPI, en los siguientes términos: "Cita e ilustración de la enseñanza e investigación".

El texto del Borrador admitía el derecho de cita de una forma muy amplia y similar a la contemplada en la DDASI, con ello se introducía un cambio sustancial ya que se eliminaba la exigencia de ajustarse a fines docentes o de investigación.

"1. Es lícita la inclusión en una obra propia de fragmentos de otras ajenas de naturaleza escrita, sonora o audiovisual, así como la de obras aisladas de carácter plástico, fotográfico, figurativo o análogo, siempre que se trate de obras ya divulgadas y su inclusión se realice para su análisis, comentario, juicio crítico, reseña o un fin similar, en la medida justificada por el fin de esa incorporación e indicando, salvo cuando resulte imposible, la fuente y el nombre del autor de la obra utilizada".

Vemos que en este caso, la propuesta para la incorporación de la DDASI, sí es fiel al texto de la Directiva y también se cumple el requisito de la mínima reforma. La propuesta de modificación de la LPI se hacía para adaptar el derecho de cita a la era digital, ampliando su campo de aplicación. En cambio, el texto del Proyecto además de restringir la cita al ámbito analógico o presencial limita las actuales posibilidades que permite el Art. 32 LPI.

²⁹³ EM. Pág. 8. La ampliación de los límites afecta a los artículos 31 y 32 LPI.

En el punto 2º, del artículo 32, se introduce la disposición de la DDASI relativa a la ilustración, quedando restringida a fines “educativos o de investigación científica”, pero no limita su uso a determinadas personas, ni queda restringida al espacio analógico. La exigencia es que el uso no tenga una finalidad comercial y que se ajuste a los parámetros de la cita: obras divulgadas, con la identificación del autor y la fuente.

El derecho de cita en la DDASI y en el texto del Borrador tiene un ámbito de aplicación más amplio que la LPI. Comprende la investigación y la finalidad educativa, no quedando limitada a la actividad docente (concepto más restringido). La actividad docente se refiere exclusivamente a aquellas actividades que se realizan en centros escolares o universitarios, pero no incluye las actividades organizadas por instituciones de difusión cultural, ni las que lleva a cabo de forma individual una persona ya sea para su formación personal o como pasatiempo, diversión o cultura. Estas actividades podrían ser beneficiarias de la excepción si la transposición se hace de forma fiel a la DDASI.

Es importante la mención final de esta disposición en el texto del Borrador, según la cual, “los supuestos y condiciones para el disfrute de este límite serán determinados reglamentariamente”. Posiblemente se refiere a los casos en los que los titulares introducen medidas de protección tecnológica a las obras y no disponen de mecanismos voluntarios para el levantamiento de las medidas. Esta disposición proporciona una herramienta útil, ya que si la regulación²⁹⁴ de este límite se hace de forma adecuada y considerando las necesidades de los usuarios así como las instituciones de difusión cultural, estos podrían beneficiarse de la excepción e incorporarla en el desarrollo de sus actividades. Si esta medida se aplica con criterio puede colaborar con la difusión cultural,

²⁹⁴ Disposición final segunda.- Se autoriza al Gobierno a dictar las normas para el desarrollo reglamentario de la presente Ley. Texto del Borrador (Op. Cit.)

aportando datos para un mayor conocimiento del público en general de los autores y de sus obras.

1.5 Valoración y perspectivas

El artículo 32 de la LPI relativo a "citas y reseñas", permite la inclusión de fragmentos de obra ajena a título de cita para su análisis, comentario o juicio crítico. Según la interpretación que han hecho los Tribunales de esta disposición, el derecho de cita permite la ilustración, siempre que tenga fines docentes o de investigación.

Nuestra legislación es más restrictiva que el texto de la DDASI²⁹⁵ porque la finalidad docente y de investigación se refiere a actividades bien concretas. No contempla la finalidad educativa y los supuestos previstos por la LPI, análisis, comentario o juicio crítico, están enumerados de forma cerrada a diferencia del enunciado abierto que contempla la DDASI.

En ningún caso se considera la exención de indicar el nombre del autor y la fuente.

El derecho de cita se contempla en la DDASI en términos más amplios que en nuestra legislación y había sido recogido en los mismo términos por el Borrador de Anteproyecto de Ley elaborado por el anterior Gobierno. Sin embargo, la modificación que propone el Proyecto tendrá como consecuencia una restricción que dejará el derecho de cita en una situación precaria.

²⁹⁵ Esta opinión no es generalizada. Ignacio Garrote, Op. Cit. Pág. 485 considera que no hay necesidad de cambiar el texto de la LPI puesto que de una u otra manera están comprendidos los supuestos previstos por la DASI, admite incluso la posibilidad de que el texto de nuestra Ley pueda ser más generoso pero no por ello vulnera al Art. 5.5 DASI.

Con esta información debemos intentar dar respuesta a las preguntas que nos planteamos al inicio de este capítulo. En primer lugar, nos preguntamos si era posible la pervivencia de la cita en la era digital.

El texto del Proyecto nos impide dar una respuesta afirmativa acorde con lo dispuesto en la DDASI. El análisis efectuado nos demuestra que la DDASI admite la existencia del derecho de cita en la era digital, al permitir el establecimiento de límites y excepciones a los derechos de reproducción, comunicación pública y de puesta a disposición del público. Estas limitaciones se admiten en distintos supuestos sin especificar de forma cerrada y limitada los usos. El uso debe ser contemplado en función de la "finalidad no comercial perseguida" o del "buen uso de ellas". Usos o finalidades que no contempla el Proyecto, limitando además la ilustración comprendida hoy dentro del derecho de cita. Esta postura restrictiva no puede ser admisible, no solamente porque está recortando derechos existentes sino porque constituye un atentado contra el derecho de acceso a la cultura.

En cuanto a la posibilidad de digitalizar un fragmento de obra para incorporarlo en otra nueva, hemos visto que la digitalización comporta una reproducción y esta modalidad se encuentra prevista en la DDASI, es decir, si para incorporar un fragmento de obra ajena en otra nueva es necesario realizar una digitalización y esta incorporación se ciñe a lo previsto en la Ley, no cabe duda de que podrá beneficiarse del derecho de cita siempre y cuando dicha inclusión quede restringida a fines docentes o de investigación.

La cuestión relativa al alcance del derecho de cita es ciertamente preocupante, ya hemos visto que en derecho francés, la cita tiene limitaciones aun mayores que las que encontramos en nuestro derecho nacional ¿Qué va ocurrir con la incorporación de la Directiva? Desafortunadamente hemos podido examinar dos diferentes textos o propuestas para la incorporación de la DDASI en nuestra legislación nacional. Lo cual nos ha llevado a constatar que la incorporación puede ser radicalmente opuesta, es decir, es posible tanto una concepción

amplia del derecho de cita como una muy restringida que limite incluso el alcance de la cita actual de la LPI. Si la incorporación se realiza de forma desigual en los distintos Estados miembros ¿Cómo vamos a citar? Es decir, en unos casos y dependiendo de la nacionalidad del autor citado o del lugar de publicación de la obra citada, será posible la inclusión de obra ajena en otra obra nueva y en otros casos no será permitido, como ocurre hoy con la cita de obra plástica.

Por lo que respecta a las modalidades de explotación, la DDASI contempla la reproducción, la comunicación y puesta a disposición del público, entendiéndose que se trata de la cita digital y por ello, únicamente se admiten las modalidades de explotación relacionadas con la sociedad de la información. Lo que nos conduce a considerar que la excepción contemplada por la DDASI en relación con el derecho de cita ha sido prevista para la obra digital. No obstante, debemos de considerar que ésta puede ser aplicable a la obra analógica siempre y cuando ya esté previsto en derecho nacional, en virtud de lo dispuesto en la letra o) del artículo 5.3 DDASI²⁹⁶. También es importante considerar que el párrafo 4 del artículo 5 DDASI, admite la posibilidad de que la excepción contemple también al derecho de distribución, siempre que lo justifique la finalidad del acto de reproducción autorizado²⁹⁷.

Finalmente y en relación con la cita "on line", debemos decir que considerar al enlace de hipertexto o link como cita es más que arriesgado. En el caso de que el enlace se realice utilizando la técnica que permite informar al usuario de la existencia del link y que una vez realizada la conexión con el otro espacio Web sea debidamente identificada, no sería posible equiparar este acto y darle la

²⁹⁶ La letra o) del artículo 5 párrafo 3 de la Directiva 2001/29/CE, dispone que "cuando el uso se realice en otros casos de importancia menor en que ya se prevean excepciones o limitaciones en el Derecho nacional, siempre que se refieran únicamente a usos analógicos y que no afecten a la libre circulación de bienes y servicios en el interior de la Comunidad, sin perjuicio de las otras excepciones y limitaciones previstas en el presente artículo".

²⁹⁷ Directiva 2001/29/CE, Art. 5, párrafo 4 "Cuando los Estados miembros puedan establecer excepciones o limitaciones al derecho de reproducción en virtud de los apartados 2 y 3, podrán igualmente establecer excepciones o limitaciones al derecho de distribución previsto en el artículo 4, siempre que lo justifique la finalidad del acto de reproducción autorizado".

calificación de cita, puesto que el establecimiento de un enlace o "link" no supone la inclusión, propiamente hablando, de una obra ajena en otra obra nueva. Para que sea posible equiparar la cita al enlace o link, será necesario que éste se active sin que exista información al usuario, es decir, sin que el usuario tenga conocimiento de que está navegando a un espacio diferente del consultado y, además, es indispensable que el enlace se active de forma automática, es decir, sin necesidad de que el usuario o navegante tenga que hacer "clic" para activar el enlace, sólo en este caso podríamos hablar propiamente de "inclusión en una obra propia de fragmentos de otras ajenas".

Otro argumento que nos induce a considerara que no debe equipararse la técnica del enlace o link a la cita es que ambos persiguen una distinta finalidad. La función del enlace es la de conectar con diferentes espacios en la red, independientemente de que en ellos existan obras protegidas. Es decir, la realización de un enlace fraudulento, ya sea por la técnica utilizada o por la finalidad perseguida puede vulnerar derechos de terceros, pero no necesariamente al derecho de autor. Para alcanzar la finalidad de conectar con otros espacios en la red, es necesario proporcionar o introducir datos para realizar el enlace, es decir, la técnica exige que se introduzca la dirección del espacio a donde se quiere conectar, estos datos no son protegibles por el derecho de autor, ya que se trata de direcciones de Internet o URL, es decir, meros datos. Técnicamente hablando, la realización de un enlace o link, supone la introducción este tipo de datos, es decir, la reproducción no se realiza sobre una obra o prestación protegida sino de meros datos que configuran una dirección de Internet. La introducción de un enlace o link en una página Web propia, requiere por parte de quién lo realiza, introducir o incorporar la dirección de Internet a donde se quiere conectar, pero no implica la introducción o reproducción de sus contenidos. En cambio, la cita supone la incorporación de una obra ajena en la propia, no la de datos que la rodean. En cuanto a la finalidad también podemos apreciar diferencias, la cita se usa para analizar, comentar, ilustrar o reseñar obras protegidas. Actividades distintas a

las de conectar espacios relacionados donde pueden encontrarse obras protegidas.

Otra aplicación que podría encontrarse relacionada con el derecho de cita, es la actividad desplegada por los buscadores de Internet. Algunos autores reflexionaron sobre posibles problemas que podrían ocasionar en el entorno de Internet²⁹⁸. De hecho existe un precedente en los Estados Unidos, que relata Lawrence Lessig, en su obra *Por una cultura libre*. Es la historia de un estudiante que investigaba sobre el desarrollo de tecnología de búsqueda en la red, y llegó a crear un motor de búsqueda que encontraba información dentro de las intranets. El buscador catalogaba toda la información que se encontraba en la Intranet de la institución donde cursaba sus estudios, para configurar un índice donde se incluía todo tipo de archivos que se encontraba en la Intranet de la institución. La finalidad del motor de búsqueda era facilitar el acceso a la información que contiene una Intranet. El chico colgó su motor en la red para que todo el mundo pudiera usarlo. De esa forma, el índice captaba todo tipo de archivos que los estudiantes habían puesto en sus propias páginas y toda información que existía en la Intranet. El problema surgió porque una parte considerable de su índice contenía archivos musicales. Circunstancia que motivó una reclamación de la Asociación de la Industria Discográfica en EEUU, cuyas amenazas le obligaron a abandonar su investigación para evitar el litigio. Lo penoso de este caso es que aunque hubiera podido ganar el pleito el estudiante, puesto que no había cometido ninguna infracción al derecho de autor, el coste del pleito era tan elevado que no podía asumirlo y tampoco podría recuperar la inversión realizada en su defensa²⁹⁹. Afortunadamente, este hecho no afecta a todos los motores de búsqueda, aunque es lamentable que una amenaza infundada pueda paralizar el desarrollo de una herramienta útil. En realidad, el uso masivo de los motores de búsqueda por parte de los usuarios nos permite comprobar que son bien aceptados, e incluso

²⁹⁸ Cfr. Ignacio Garrote Fernández-Díaz, *El derecho de autor en Internet*. Edit. Comares, Granada 2003. Págs. 484-485.

²⁹⁹ Lawrence Lessig, *Por una cultura libre*. Traficantes de sueños. Madrid, 2005. P. 67-71.

indispensables para moverse en el espacio digital, lo cual también ha favorecido su evolución y perfeccionamiento³⁰⁰.

Y hablando de catálogos y citas, resulta oportuno hacer una referencia al proyecto que lidera Google para construir una mega biblioteca digital de obras que se encuentran en dominio público (más de 60 millones) y los problemas a los que se ha enfrentado, debido a la reticencia de los titulares de derechos de obras (editores) que no desean que sean citados los títulos de sus publicaciones, negándose a permitir que éstos integren el listado de obras con derechos de propiedad intelectual³⁰¹.

El ejemplo anterior deja de manifiesto que no es fácil delimitar al derecho de cita en la red. Por ello, consideramos que nos encontraremos ante el supuesto del derecho de cita "on line", únicamente cuando dentro de un espacio Web se incorpore obra ajena, y sólo será lícita si respeta los parámetros establecidos en la Ley. El problema es que si el Proyecto se convierte en Ley la existencia del derecho de cita en el espacio virtual quedará muy restringida, es decir, únicamente podrá utilizarse en relación con la docencia o investigación.

³⁰⁰ El buscador Google, posiblemente el más usado de la red ha puesto a libre disposición del público una nueva aplicación que permite a los usuarios combinar búsquedas en Internet, con los contenidos de su disco duro y organizar su escritorio. El programa Goolgel Desk 2, es gratuito y se encuentra disponible en <http://desktop.google.com>. V. "La Vanguardia" martes 23 agosto de 2005. Sociedad. Pág. 21

³⁰¹ V. "La Vanguardia" miércoles 24 de agosto de 2005. Cultura. Pág. 25. Una vez más podemos constatar el conflicto que existe entre la ambición de los titulares de derechos y el derecho a la cultura. El proyecto Google, es de gran envergadura y requiere del apoyo y la colaboración de las bibliotecas, que permiten que sus fondos sean digitalizados y accesibles a todo el mundo en la red, La negativa de los editores a permitir únicamente el uso de sus títulos parece exagerada ya que las obras con copyright vigente no pueden ser digitalizadas y puestas a disposición del público, sólo se permite hacer referencias. La noticia recoge el comunicado del portavoz de la Universidad de Michigan, donde admite que "las ventajas son enormes, incluso para las editoriales".

2. Obra situada en vía pública.

Consideramos que ante todo, el análisis del Art. 35.2, relativo a las obras ubicadas de forma permanente en la vía pública, merece una explicación, de otra forma no se entendería la razón que nos ha llevado a seleccionarlo, cuando la finalidad de este trabajo es analizar los supuestos de libre utilización de las obras justificados por el derecho de acceso a la cultura.

Dos motivos nos llevan a hacer el análisis del presente supuesto de libre utilización de obras, por un lado, porque en la vía pública existen multitud de obras que están protegidas por el derecho de autor: obras arquitectónicas, esculturas y en algunos casos murales o pinturas. El hecho que estas obras puedan ser reproducidas libremente puede llevarnos a una falsa conclusión y hacernos pensar que dichas obras son de dominio público. Nada más falso y por ello, hemos considerado necesario analizar el régimen jurídico al que se encuentran sujetas las obras ubicadas de forma permanente en la vía pública. El segundo motivo, consiste en analizar un supuesto de libre utilización de obras que no existe actualmente en nuestra legislación pero está contemplado en la DDASI y se refiere a la posibilidad de utilizar las obras para anunciar eventos relacionados con las mismas³⁰².

Si las obras ubicadas de forma permanente en la vía pública son susceptibles de ser utilizadas libremente por parte del público, debemos preguntarnos ¿cuál es la razón que lleva al autor a decidir esta forma de divulgación de su obra?

La decisión del autor para ubicar su obra en la vía pública, lógicamente tendrá diversas consecuencias. En primer lugar, destacamos que esta peculiar forma de divulgación limita considerablemente el monopolio del autor frente a su

obra. Sin embargo, (segunda consecuencia) a cambio de esta concesión el autor se beneficia de la publicidad que supone la exhibición permanente de su obra, lo que evidentemente le promociona. Y en tercer lugar, se aprecia que la finalidad que se persigue al colocar una obra en la vía pública no es únicamente la de embellecer una ciudad, calle o plaza, sino que comporta una finalidad cultural, a través de la cual se pretende vincular a los ciudadanos con la cultura.

La LPI permite, en determinados casos, el libre uso de las obras ubicadas de forma permanente en la vía pública, sin embargo, este supuesto no está felizmente aceptado por todos los autores y derechohabientes, sino que es un límite más bien controvertido³⁰³. Analizar la conveniencia o no de la existencia de este límite al derecho de autor será uno de los objetivos de este capítulo.

Otra cuestión importante a considerar, son las diferencias existentes en las legislaciones de los Estados miembros de la Unión europea respecto de este supuesto de libre utilización de obras que analizaremos en paralelo con el supuesto previsto por la DDASI, en virtud del cual, sería posible la libre utilización de obras con el objeto de anunciar exposiciones o eventos culturales.

³⁰² "cuando el uso tenga la finalidad de anunciar la exposición pública o la venta de obras de arte, en la medida en que resulte necesaria para promocionar el acto, con exclusión de cualquier otro uso comercial" Art. 5.3, letra f) de la Directiva 2001/29/CE.

³⁰³ Como hemos expuesto antes, no se entiende que si el autor ha aceptado ubicar su obra en la vía pública de forma permanente no acepte las consecuencias que ello representa. Sin duda, esta situación le otorga publicidad, prestigio, fama, en consecuencia debe aceptar la contrapartida y es la de permitir el libre uso en determinados supuestos. De hecho, el autor ha debido sopesar su decisión y seguramente ha considerado otros inconvenientes, tales como, el deterioro de la obra por el paso del tiempo y su permanencia en la intemperie, las catástrofes naturales o incluso el vandalismo. El autor ha pensado en todo ello antes de adoptar su decisión y si acepta lo hace por la promoción que obtiene y los beneficios que ello le puede ocasionar. Ahora bien, si promocionarse le supone una restricción al monopolio de su obra es un precio que debe pagar en beneficio del acceso a la cultura por parte de los ciudadanos. Esta opinión no es compartida por la doctrina e incluso hay quienes afirman que esta opción excede de lo dispuesto en el Convenio de Berna. Cfr. Carmen Perez Ontiveros Baquero, "comentario al Artículo 35", en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Op. Cit. Pág. 630-637.

¿Es posible que este supuesto se incorpore en nuestro ordenamiento jurídico? Y ¿cuáles serían sus consecuencias? Definitivamente la incorporación de este supuesto ampliaría considerablemente el alcance de los límites previstos en nuestra LPI³⁰⁴.

¿La libre difusión de obras es una medida de apoyo a la cultura? o más bien ¿Representa un peligro o menoscabo para el derecho de autor? Encontrar respuesta a estos interrogantes hace que sea interesante plantear el estudio de la limitación contenida en el Art. 35.2 de la LPI en relación con el derecho de acceso a la cultura.

A continuación reproducimos el artículo 35, párrafo 2º de la LPI.

“Las obras situadas permanentemente en parques, calles, plazas u otras vías públicas pueden ser reproducidas, distribuidas y comunicadas libremente por medio de pinturas, dibujos, fotografías y procedimientos audiovisuales”.

Como se puede apreciar, la libre reproducción de obras que se encuentran permanentemente situadas en la vía pública, constituye un límite al derecho de autor, porque permite la libre reproducción, distribución y comunicación pública de las obras, sin que sea necesario recabar autorización previa del autor y tampoco genera la obligación de remuneración por reproducción efectuada.

¿Cuál es el alcance exacto de este supuesto de libre reproducción?

Tal y como se desprende del redactado literal del Art. 35.2 LPI, la libre reproducción de la obra situada en vía pública está concebida de una forma muy amplia y abarca diversos aspectos. La primera impresión que nos deja este artículo es que prácticamente todo lo que está en la vía pública puede

³⁰⁴ El borrador de anteproyecto de Ley de Propiedad Intelectual, contempló la posibilidad de introducir este límite en nuestro ordenamiento jurídico, lo cual, lógicamente ampliaría el alcance y contenido del Art. 35.2 LPI.

reproducirse libremente, sin embargo, hemos de considerar que la ley exige que se cumplan determinados requisitos para que la reproducción pueda efectuarse.

2.1 Requisitos

La LPI exige el cumplimiento de tres requisitos para estar dentro del supuesto de libre reproducción: (1) que la obra se encuentre ubicada de forma permanente en la vía pública; (2) que la reproducción se haga por medio de pinturas, dibujos, fotografías y procedimientos audiovisuales y (3) que se respeten los derechos de autor.

i) Ubicación permanente en la vía pública

La primera pregunta que debemos plantearnos es la de determinar qué entiende nuestra Ley por vía pública. ¿Se refiere exclusivamente a los espacios abiertos? o bien, podrían quedar incluidos los espacios cerrados en los que la entrada al público es libre y abierta. Por ejemplo los aeropuertos, son lugares abiertos al público, cuya entrada no se encuentra restringida, al menos a la zona general. En estos espacios es común encontrar ubicadas de forma permanente obras plásticas que en muchos casos se utilizan como punto de referencia o encuentro.

La LPI no proporciona una definición explícita de vía pública, por lo que habrá de atenerse al concepto de espacios abiertos al público y de libre utilización, eliminando los espacios cerrados aunque la entrada sea gratuita.

Que una obra se encuentre ubicada en la vía pública no la hace objeto de libre utilización, se requiere además que dicha ubicación sea permanente.

La ubicación de la obra de forma permanente en la vía pública fue el elemento decisivo que tomó en consideración la Audiencia Provincial de Santa Cruz de

Tenerife para dar la razón a la empresa y del fotógrafo profesional que habían efectuado la reproducción del conjunto escultórico, protegido como modelo industrial, para elaborar postales que se vendía al público.

La Audiencia Provincial consideró que la "ubicación permanente de la obra escultórica en una plaza pública constituye un límite a los derechos de la explotación de la obra reconocidos a su autor" (Sentencia de fecha 9/09/95 AP. Santa Cruz de Tenerife).

El requisito indispensable para que pueda haber libre reproducción es el carácter de permanencia de la obra en la vía pública. Un caso opuesto al anterior y que no entra dentro del supuesto contemplado por el artículo 35.2 LPI, sería el de una exposición itinerante que se ubica temporalmente en la vía pública, en este caso no se cumple el requisito de la permanencia y por tanto la libre reproducción no sería posible.

Si acatamos lo contemplado en la norma estaremos actuando conforme a legalidad vigente en materia de derechos de autor, pero, ¿que ocurre fuera del ámbito de aplicación de la LPI? ¿Existe otro tipo de protección posible a través de leyes distintas a la Propiedad Intelectual? ¿Qué pasa si la obra ubicada en vía pública se encuentra protegida por otra ley diferente como podría ser la Ley de Marcas?

Los titulares de derechos de edificios ubicados en la vía pública, han encontrado en la Ley de Marcas, un buen aliado para evitar que terceras personas puedan reproducirlas, realizando registros de marca gráfica en diferentes clases del nomenclátor de Niza, ampliando de esta forma el monopolio sobre su obra³⁰⁵. Ahí donde la protección del derecho de autor no llega, se cubren bajo el paraguas de la marca registrada. Debemos destacar que la ampliación del monopolio es también temporal y puede ser indefinida, ya que las marcas a

diferencia de otros derechos de exclusiva pueden prorrogarse de forma ilimitada, recordemos que el derecho de autor dura toda la vida del autor y setenta años después de su muerte³⁰⁶.

Otra cuestión importante a considerar, son las diferencias que encontramos fuera de nuestras fronteras físicas. ¿La legislación de los países miembros de la Unión europea es igual o equivalente?

Una breve referencia al derecho comparado nos permitirá apreciar que la legislación europea no es uniforme en este sentido. Existen países que, al igual que el nuestro, permiten la libre reproducción de la obra situada en la vía pública, por ejemplo, Inglaterra y Alemania. No obstante, también encontramos países como Italia y Francia donde la legislación nacional no contempla este supuesto, y, por lo tanto, no está permitida la libre reproducción de las obras ubicadas en la vía pública.

Efectivamente, en Francia no existe la posibilidad de utilizar libremente las obras artísticas ubicadas de forma permanente en la vía pública. De hecho la reproducción de obra arquitectónica mediante fotografía es una cuestión que ha suscitado numerosos litigios. La abundante Jurisprudencia nos permite extraer las conclusiones siguientes:

Para que pueda considerarse lícita la inclusión de una obra situada de forma permanente en la vía pública se deben cumplir una serie de requisitos cumulativos: (1) la obra fotografiada no debe constituir más que un elemento accesorio del conjunto de la fotografía; (2) la obra fotografiada debe ser

³⁰⁵ Podemos citar algunos ejemplos de edificios que se encuentran en la vía pública protegidos ahora por el derecho de marca. Vgr: "la pedredra" con la marca M26008903; el edificio antiguo de la Universidad de Barcelona M1226069.

³⁰⁶ El plazo de toda la vida del autor y setenta años después de su muerte, es la norma general (artículo 26 LPI), no obstante, la ley prevé otros plazos en función del tipo de obra en los artículos 27, 28 y 29 LPI. Es importante mencionar que los derechos conexos al derecho de autor suelen tener plazos más breves, Vgr. Art. 112 y 119 LPI.

difícilmente o no identificable; y (3) la obra fotografiada se reproduce por necesidad ya que forma parte del paisaje³⁰⁷.

En consecuencia, en Francia no es posible ilustrar un libro, reportaje, documental o realizar un anuncio publicitario donde se puedan apreciar imágenes de edificios, esculturas o cualquier tipo de obra en la vía pública sin la correspondiente autorización y cesión de derechos del autor.

Hemos visto con anterioridad que la Convención de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas, en el artículo 9.2, reserva a las legislaciones de los países de la Unión, la facultad de permitir la libre reproducción de las obras protegidas, en casos especiales, siempre y cuando no se atente a la explotación normal de la obra ni perjudique los intereses legítimos de los autores.

¿La libre reproducción, tal y como la contempla el artículo 35.2 de la LPI puede colisionar con lo dispuesto por la Convención de Berna en su artículo 9.2?

La Convención de Berna deja que sean los países miembros quienes decidan la libre reproducción, imponiendo que se limite a "casos especiales" y la somete a una doble condición: que no atente a la explotación normal de la obra, haciendo referencia en exclusiva a los derechos patrimoniales de reproducción, y por otra parte, que no perjudique los legítimos intereses de los autores, en los que cabe entender se refiere tanto a los derechos morales y los patrimoniales que se deriven.

ii) Explotación económica

La pregunta que nos planteamos en relación a la redacción y alcance del artículo 35.2 LPI, que permite la libre reproducción, distribución y comunicación

³⁰⁷ Conclusiones recogidas del libro de MARCELLIN Yves, "Photographie et Loi", Cedat 1997, pág 76 (la traducción es mía).

pública de obras situadas permanentemente en la vía pública, incluso en caso de que la reproducción se realice con ánimo de lucro (Vid. Supra), es saber si la amplitud del precepto, no colisiona con el contenido del Art. 9.2 de la Convención de Berna, puesto que la explotación de la obra la ejecuta un tercero y el autor no percibe ninguna participación por la utilización de su obra, ni siquiera es posible la gestión a través de las entidades de gestión colectiva de derechos de autor³⁰⁸.

La cuestión que debemos abordar, es la de determinar si el supuesto permite el uso libre cuando el destino o finalidad comporta una explotación económica. El Art. 35.2 LPI no dice nada al respecto, lo que nos obliga a plantear si la reproducción, distribución y comunicación pública es libre en todo caso o sólo es admisible cuando no hay finalidad comercial.

¿Constituye el supuesto de explotación comercial un criterio determinante para delimitar la libre reproducción?

Es una pregunta interesante por cuanto la libre reproducción, distribución y comunicación pública de una obra, permitida por el artículo 35.2 LPI, podría verse limitada al menoscabar los intereses económicos de su titular, sin embargo la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife en su Sentencia del 9/09/95, conoció el caso de la reproducción de una obra escultórica ubicada de forma permanente en la vía pública, con la finalidad de hacer postales para su venta al público. En este caso, la Sala no consideró el supuesto comercial como una infracción a los derechos de autor. Debemos cuestionarnos si este criterio sería aplicable actualmente, después de la incorporación del artículo 40 bis en la LPI³⁰⁹, que recoge uno de los requisitos comunes a la aplicación de todos los límites o supuestos de libre utilización de las obras:

³⁰⁸ Este tipo de uso o explotación de la obra no genera ni tan siquiera un derecho de remuneración compensatorio, por ello, las entidades de gestión de los artistas plásticos están completamente en contra de la existencia de este límite y por supuesto de su ampliación.

³⁰⁹ Este precepto se ha introducido en virtud del Art. 4º.3 de la Ley 5/1998, de 6 de marzo, de incorporación al Derecho español de la Directiva 96/9/CE, de 11 de marzo de 1996, sobre la

“Los artículos del presente capítulo no podrán interpretarse de manera tal que permita 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”³¹⁰.

Es difícil alcanzar una conclusión ya que nos encontramos ante un panorama muy variado. Frente a países, como el nuestro, en los que se permite la libre reproducción, nos encontramos con otros, en los cuales no es posible la libre reproducción de obras situadas en la vía pública. Como antes se indicó, la legislación europea dista de ser uniforme, lo que significa que lo que está permitido en un país en otro puede ser una infracción al derecho de autor.

Para terminar nuestro análisis comentamos a continuación un par de sentencias donde se puede apreciar la aplicación de los parámetros legales o requisitos exigidos por la Ley para determinar la existencia de la libre utilización de una obra ubicada permanentemente en la vía pública. Recordemos que los límites de la aplicación de esta norma se encuentran en el respeto de los siguientes requisitos: que la obra se encuentre de manera permanente en la vía pública y que la reproducción se realice de la forma descrita por la ley.

iii) Modalidades de explotación permitidas

La forma o medios de efectuar la reproducción son un requisito que se debe respetar para que el límite pueda operar. Este requisito se encuentra contemplado expresamente por la LPI y exige que sea exclusivamente "por medio de pinturas, dibujos, fotografías y procedimientos audiovisuales".

protección jurídica de bases de datos y como se puede apreciar, la fecha de la Sentencia es anterior.

³¹⁰ Art. 40 bis LPI

De lo anterior se desprende que la libre reproducción, distribución y comunicación pública de una obra ubicada de forma permanente en la vía pública, se limita a las dos dimensiones y excluye una reproducción en tercera dimensión. A este respecto es interesante el supuesto contemplado en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (S.11/11/94)³¹¹, en la cual se planteó la reproducción de una obra escultórica ubicada permanentemente en la vía pública. La reproducción consistió en hacer copias de la escultura original, para lo cual se utilizó el boceto original que dio lugar a la obra escultórica.

En este caso, se trataba de dilucidar cual era la obra original: el boceto o la escultura. La Audiencia consideró finalmente que el boceto original es distinto de la obra escultórica, de esta manera, al considerar la escultura como una reproducción y como obra original solo el boceto, no entra en el estudio de la aplicación del límite al derecho de autor relativo a la forma de efectuar la reproducción, un supuesto interesante ya que no se trataba de una reproducción de las que señala el Art. 35.2 LPI, "por medio de pinturas, dibujos, fotografías y procedimientos audiovisuales", sino que se trataba de reproducciones en 3D, o sea de forma tridimensional, lo que parece estar fuera del límite permitido por la ley.

Por lo que se refiere al tipo de obra no cabe hacer distinción entre las obras arquitectónicas y las obras plásticas. Para el objeto de nuestro estudio tienen el mismo alcance puesto que la ley no distingue entre una y otra, en consecuencia no es posible considerar que gozan de mayor protección las obras plásticas que las obras arquitectónicas. Estas últimas normalmente están ubicadas en la vía pública, de lo que cabría deducir que solo las obras arquitectónicas que no se encuentre en la vía pública podrían estar excluidas del supuesto de libre reproducción.

³¹¹ La sentencia de la Audiencia de Madrid, 11/11/94 fue modificada por la Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 138/1993, de 20 de febrero de 1998.

iv) El derecho moral del autor.

La libre reproducción, distribución y comunicación pública suponen un límite a los derechos de explotación del autor, que permite, en determinados casos y sin consentimiento del autor, la utilización de su obra. En general, los límites afectan al derecho patrimonial, pero en el caso de las obras ubicadas de manera permanente en la vía pública, debemos considerar vital el consentimiento del autor para esta modalidad de divulgación. El cual se entiende otorgado desde el momento en que éste ejercitó su derecho a divulgar su obra eligiendo este medio y decidió dejarla al alcance del público en general (S.9/09/95 AP. Santa Cruz de Tenerife).

Por lo tanto, que la obra se encuentre en la vía pública por expreso consentimiento del autor, no significa que los terceros que pueden reproducir, comunicar o distribuir dicha obra puedan obviar los derechos morales del autor. En particular el derecho al reconocimiento del autor, puesto que una obra reproducida siguiendo los parámetros del Art. 35.2 LPI, que omita el nombre de la obra y el del autor, podría a nuestro parecer vulnerar los derechos morales del autor contenidos en el artículo 14.3 LPI.

Por todo lo anterior, podemos afirmar que en principio no existe impedimento legal para la reproducción, distribución y comunicación pública de las obras situadas en la vía pública siempre que se ajusten a lo previsto por la Ley. En cuanto a los supuestos que representen o tengan una finalidad comercial directa o indirecta y a pesar de que no lo especifica expresamente el artículo 35.2 LPI debemos de considerar que este supuesto de libre utilización de las obras ubicadas de forma permanente en la vía pública debe respetar los límites del artículo 40bis LPI y, por supuesto, los del Art. 14 LPI por su carácter de irrenunciables e inalienables.

2.2 La obras ubicadas de forma permanente en la vía pública en la Directiva 2001/29/CE

El listado de excepciones al derecho de autor del artículo 5.3 de la DDASI incluye a las obras ubicadas de forma permanente en lugares públicos, en la letra h)³¹².

A diferencia de la LPI, la DDASI habla de lugares públicos y no de vía pública, lo que podría tener un mayor alcance en su aplicación y extenderse a lugares abiertos de forma permanente al público, como aeropuertos y otros establecimientos que no son estrictamente hablando vía pública.

Pero sin lugar a dudas, la novedad se encuentra en el supuesto contemplado en la letra j) del artículo 5.3 DDASI, que permite la libre utilización de las obras para anunciar la exposición pública o la venta de obras de arte.

“cuando el uso tenga la finalidad de anunciar la exposición pública o la venta de obras de arte, en la medida en que resulte necesaria para promocionar el acto, con exclusión de cualquier otro uso comercial;”

Vemos que el texto de la DDASI contiene un límite al derecho de autor que no contempla nuestra legislación actual vigente. Cabe entonces preguntarse si sería adecuado incluirlo en nuestra legislación porque su inclusión vendría a complementar el límite del artículo 35 LPI y también por su interés en relación con el derecho de acceso a la cultura.

Esta posibilidad fue contemplada por el Borrador elaborado por el gobierno anterior, pero no se incluye en el texto del Proyecto.

2.3 Propuestas para la incorporación de la Directiva

i) Proyecto

En el texto del Proyecto no se hace ninguna mención a este límite o excepción al derecho de autor. No obstante, y a pesar de que se ha descartado la posibilidad de incluirlo en la LPI, consideramos necesario analizar el texto del Borrador donde se recogía íntegramente el límite contemplado en el artículo 5.3, letra j) DDASI.

ii) Borrador

Como indicábamos en el punto precedente, el texto del Borrador contemplaba la introducción de un nuevo límite al derecho de autor contemplado en la DDASI, que venía a complementar la disposición del artículo 35 LPI. El artículo 11 del texto del Borrador modificaba la rúbrica y contenido del Art. 35 TRLPI de la siguiente manera: "Obras situadas en vías públicas y anuncios de exposición o venta".

La novedad se encuentra en el párrafo 2º que introdujo la libre utilización de obras de arte, en la que cabe incluir todas las modalidades (reproducción, distribución y comunicación pública) cuando se trate de anunciar la exposición pública o la venta de las obras artísticas. Condicionando la utilización a los actos necesarios para la promoción del evento, lo cual permite excluir cualquier tipo de explotación comercial. Este último extremo introduce un criterio importante en la valoración del ámbito de aplicación del límite que nos permitirá determinar

³¹² Artículo 5.3, h) "cuando se usen obras, tales como obras de arquitectura o escultura, realizadas para estar situadas de forma permanente en lugares públicos;"

los casos en los que la utilización puede quedar amparada por la Ley. Por poner un ejemplo, imaginemos que para la celebración de un acto o evento determinado (exposición, homenaje, etc.) se editan catálogos donde se reproducen las obras del evento. En este caso concreto, cabría preguntarse si la elaboración del catálogo donde se reproducen las obras, se encuentra amparada por el límite. La respuesta vendrá impuesta en función de la finalidad que se persigue. Es decir, si el catálogo se pone a la venta se encontrará en un supuesto distinto que si se distribuye de forma gratuita.

¿Qué finalidad persigue el anuncio de exposiciones o venta de obras artísticas? No puede deducirse otra que no sea la promoción o difusión de los eventos relacionados con las obras, quedando justificados por el beneficio que suponen tanto para el autor como para el público en general. Hemos de considerar que este tipo de difusión también es benéfico para el derecho de acceso a la cultura, ya que la difusión de un evento determinado, no se limita a promocionar la venta o exposición de obras en beneficio del autor por la aplicación del derecho de participación³¹³, sino que la difusión de anuncios de estos eventos hace que el público en general conozca la existencia de un autor y de su obra. Esta circunstancia es importante, sobre todo, para personas que son ajenas a dichos actos, puesto que el hecho de no participar en una subasta de obras de arte, no debe ser un obstáculo o impedimento para que el público conozca del evento, del autor y su obra.

¿Este tipo de información puede ser dañina al autor o a su obra? Definitivamente la respuesta la tendría que proporcionar el autor, pero teniendo en consideración los costos tan elevados de la publicidad, este tipo de información no puede considerarse "per se" como nociva. Todo lo contrario, cabría admitir que una información respetuosa podría ser benéfica para el autor y su obra por la difusión que alcanza en el público en general.

³¹³ Pág. 8, párrafo 1º, de la Exposición de motivos y arts. 11 y 13 del borrador de anteproyecto de Ley.

2.4 Valoración y repercusiones para el derecho de acceso a la cultura

La incorporación del límite que establece la DDASI en el artículo 5.3, j), en nuestro ordenamiento jurídico supondría, por un lado una mejora considerable para las actividades que realizan las instituciones de difusión cultural y por otro, la posibilidad de informar al público de los actos y actividades culturales, de tal forma que sería lícito utilizar las obras del evento siempre y cuando no exista una explotación comercial.

La protección del derecho de autor, no debería ser un obstáculo a las actividades culturales ya sean promovidas por entes públicos o privados. El acceso a la cultura requiere del apoyo a las iniciativas y actividades que realizan las instituciones de difusión cultural, que permiten al Estado garantizar el acceso a la cultura.

El justo equilibrio entre los derechos de autor y los derechos colectivos exige la incorporación de mecanismos de apoyo a las actividades que realizan las instituciones de difusión cultural, puesto que ellas permiten al Estado garantizar el acceso a la cultura.

La utilización de obras en anuncios promocionales no supone, *per se*, daño al autor ni a sus obras. En todo caso, siempre será de aplicación la prueba de las tres fases, para determinar la medida del uso³¹⁴.

Consideramos que si este límite permanece definitivamente en el texto final de la Ley de Propiedad Intelectual, tendrá gran repercusión y aceptación social, puesto que el obstáculo que actualmente supone el pago de las tarifas por reproducción, distribución y comunicación pública a las entidades de gestión

³¹⁴ El artículo 14 del borrador de anteproyecto de Ley, incorpora la prueba de las tres fases en nuestro ordenamiento jurídico, modificando al Art. 40 bis del TRLPI. El texto de esta disposición también ha sido cambiado por uno más restrictivo.

colectiva de derechos de autor, reduce considerablemente los actos de difusión y publicidad que única y exclusivamente pueden proporcionar beneficio al autor y a sus obras. La mayor difusión de un evento provoca mayor afluencia de público y, al menos, un mayor conocimiento de la existencia del mismo, inclusive entre quienes no asisten. Por otra parte, debe considerarse el inestimable valor que supone para un artista la publicidad de sus obras y que será posible realizar si este límite no sufre modificaciones.

Pero el texto del Proyecto no lo contempla, lo cual nos lleva a suponer que se ha eliminado definitivamente la posibilidad de admitir este límite en nuestra LPI.

¿Debería plantearse un debate sobre la permanencia de este límite en el texto de la Ley de Propiedad Intelectual?

Independientemente del resultado y de la aceptación que tenga, no debemos negar que esta posibilidad tiene gran interés social y que es un vehículo adecuado para la difusión cultural, por ello, si finalmente se llega a la consideración de no estipularlo de forma general como un límite, al menos, se debería dejar abierta la posibilidad de utilizar esta forma de difusión cuando el autor lo autorice. En la actualidad esta modalidad está sumamente condicionada por las entidades de gestión de derechos que impiden que los autores asociados puedan adoptar este tipo de acciones para la promoción de sus obras.

3. Libre reproducción y préstamo en determinadas instituciones

El supuesto contemplado en el artículo 37 LPI, contempla tanto la libre reproducción como el préstamo en determinadas instituciones. En ambos casos, la finalidad es de permitir la utilización de las obras sin necesidad de contar con la autorización del autor.

La libre reproducción y el préstamo, encuentran su justificación en el derecho constitucional del acceso de todos los ciudadanos a la cultura, por tanto la introducción de límites a los derechos de autor, debe ser articulada exclusivamente cuando, fines de interés social realizados bajo determinadas condiciones y el interés cultural de la sociedad, primen sobre el derecho de autor.

3.1 Requisitos

Para que la libre reproducción sea posible, se deben respetar una serie de requisitos indispensables, de forma cumulativa, que limitan la libertad contenida en el artículo 37.

“Art. 37. Libre reproducción y préstamo en determinadas instituciones.- 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, hemerotecas o archivos, de titularidad pública o integrada en instituciones de carácter cultural o científico, y la reproducción se realice exclusivamente para fines de investigación.

2. Asimismo, los museos, archivos, bibliotecas, hemerotecas, fonotecas o filmotecas de titularidad pública o que pertenezcan a entidades de interés general de

carácter cultural, científico o educativo sin ánimo de lucro, o a instituciones docentes integradas en el sistema educativo español, no precisarán autorización de los titulares de los derechos ni les satisfarán remuneración por los préstamos que realicen.”

i) Que la obra haya sido previamente divulgada.

Aunque el precepto legal no lo diga expresamente, resulta evidente que deben tratarse de obras divulgadas, lo cual resulta por demás lógico ya que si las obras están en una institución de las reseñadas por la ley, cabría preguntarse si este depósito no constituye ya una forma de divulgación tácita querida por el autor.

ii) Que se realice de forma gratuita.

Las instituciones no pueden obtener rendimiento económico por su actividad de préstamo o reproducción. Este tipo de utilización no está sujeta a canon ni licencia. La pregunta es si esta limitación económica es extensible al sujeto que realiza dicha reproducción. ¿Es posible considerar que este tipo de reproducciones están exentas del canon por copia privada? En todo caso y aún cuando el préstamo o reproducción se realice con fines de investigación, hemos de considerar que el investigador no quedará facultado para hacer pública la reproducción realizada ni a la divulgación de la obra prestada.

iii) En instituciones autorizadas.

La excepción solo puede operar cuando se realice en museos, filmotecas, hemerotecas, bibliotecas, fonotecas o archivos de titularidad pública o integrada en instituciones de carácter cultural o científico.

La enumeración que hace el Art. 37, no puede considerarse como indicativa, sino más bien limitativa, en el sentido que restringe la actividad de reproducción a instituciones culturales públicas, o aquellas cuyo fin sea garantizar el acceso a la cultura o la investigación.

La sentencia del Tribunal Supremo de fecha 15 de diciembre de 1998, lo confirma en el fundamento segundo: "...la Administración Postal no es en sí misma ninguno de los establecimientos que específicamente señala el precepto". Por tanto cabe afirmar que la libre reproducción sólo está permitida cuando se realice por las instituciones que expresamente determina la ley, sin que sea posible ampliarla a otras instituciones públicas en perjuicio de los derechos de autor.

iv) Que el objetivo sea la investigación.

El precepto es bien claro: "...se realice exclusivamente para fines de investigación". Actividad que excluye la docencia, la enseñanza, así como el uso masivo por los estudiantes de estos fondos, de acuerdo a la interpretación de la Audiencia Provincial de Zaragoza³¹⁵, sentencia del 2 de diciembre, en la que condenó a la Universidad de Zaragoza por realizar reproducciones masivas que pretendía justificar alegando la aplicación del artículo 37, supuesto que no se ajusta al supuesto de hecho: "...pues el precepto alude a que la reproducción se realice "exclusivamente" para fines de investigación, que es concepto preciso y distinto del de "fines docentes".

³¹⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, núm. 708/1998, de fecha 2 de diciembre (AC 1998\2303)..

v) Problemas relacionados con la libre reproducción

La libre reproducción ha sido criticada por gran parte de la doctrina, al considerar que este límite conculca los derechos de autor, no obstante se debería considerar que la introducción de este límite viene impuesta por fines de interés social³¹⁶, en particular, los que están relacionado con el derecho de acceso a la cultura. ¿Qué otra finalidad tienen las bibliotecas e instituciones del artículo 37 LPI? En contra de la opinión de quienes consideran que este límite al derecho de autor es excesivo y que debería quedar sujeto a una compensación, hemos de considerar que el servicio que prestan las bibliotecas, tanto al público investigador como al autor, tienen una utilidad que bien admite este límite. De manera general, podemos afirmar que si no se cumplen los requisitos arriba mencionados no será posible realizar la libre reproducción. Sólo cuando se realice sin finalidad lucrativa, en las instituciones que se encuentran expresamente previstas en la Ley y cuando la finalidad sea la investigación es posible hacer una reproducción sin autorización y sin que genere derechos económicos. El cumplimiento de los requisitos es la medida que permite determinar la licitud de la reproducción y por ello es admisible.

No obstante y a pesar de la utilidad de este límite, su aplicación no siempre será clara y exenta de polémica. Ello es debido a que no es posible realizar un control efectivo sobre la libre reproducción. Es posible que en muchas ocasiones nos encontremos en situaciones que no se encuentran incluidas en el límite o que están en una zona confusa, donde no es fácil determinar con exactitud si nos encontramos ante el supuesto permitido por la ley que permite la libre reproducción, o bien, la situación de hecho excede del límite permitido y por ello debiera impedirse que se efectuara la libre reproducción.

³¹⁶ Carmen Pérez de Ontiveros Baquero. Art. 37, "Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual" Op. Cit. Págs. 647 y ss.

Los problemas que pueden presentarse son muy variados y éstos pueden a su vez revestir formas diversas que no es posible controlar.

¿De que forma se lleva a cabo el control sobre las reproducciones de las obras que se encuentran en las instituciones públicas con fines educativos o culturales?

Si la libre reproducción solo es posible con fines de investigación, esto supone un límite importante que es necesario aplicar para impedir que se reproduzcan las obras que no se encuentren en este supuesto concreto. Por tanto, cabe afirmar que las obras que se encuentran en los museos, bibliotecas, fonotecas, filmotecas, hemerotecas o archivos, están protegidas por la ley, ya que el supuesto de la libre reproducción está muy limitado y las obras reproducidas con fines distintos de los señalados por la ley, son susceptibles de generar derechos patrimoniales compensatorios que puede gestionar directamente el autor o las entidades de gestión a las que pertenezca.

El problema radica en controlar el ámbito en el que la obra se reproduce y la calidad de quién efectúa la reproducción.

Por ejemplo, imaginemos el caso en que se encuentra una obra que pertenece al fondo museístico de una determinada institución pública. Esta puede ser reproducida lícitamente por quien se encuentre investigando, sin embargo, si los resultados de dicha investigación se publican y ello implica la reproducción de la obra, al menos de un fragmento de ésta, en este caso concreto, nos salimos del límite permitido por la ley, por tanto, en este caso la reproducción requerirá tanto de la autorización como de la compensación económica que genere por concepto de reproducción. El problema es pues, el seguimiento y control cuando la reproducción excede de la finalidad de investigación.

El ámbito territorial en el cual se lleva a cabo la reproducción, es otro problema añadido. ¿Cómo controlar que la reproducción no exceda del ámbito territorial?

Imaginemos el caso de una revista o publicación científica especializada. Si ésta se distribuye en bibliotecas de diversos países y se hacen reproducciones, como se controla si el uso es para investigación o tiene una aplicación profesional, cual es preparar un artículo, conferencia, una clase o la defensa en juicio de un asunto concreto. ¿Como controlar que la reproducción de las obras tenga la finalidad prevista en el precepto?

En realidad, el problema se encuentra en el carácter sumamente restringido del concepto de investigación que aplica la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza³¹⁷. La actividad que realizan los estudiantes no excluye la investigación, lo correcto sería considerar que forma parte del estudio y que es una herramienta necesaria para el aprendizaje. Tampoco podemos negar que la investigación es una actividad necesaria en distintas profesiones (médicos, abogados, escritores, periodistas) ya sea que se realice de forma continuada como objeto principal de la actividad o esporádicamente en ocasiones aisladas para alcanzar una finalidad concreta.

El mismo supuesto sería aplicable al caso en el que las obras se reproduzcan durante una conferencia, alocución o congreso, puesto que esto dificultaría mucho, por no decir sería prácticamente imposible que el autor pudiera conocer esta reproducción.

Estos ejemplos nos permiten reflexionar sobre distintos supuestos de investigación y nos obligan a cuestionarnos si deben estar comprendidos o no dentro del límite de libre reproducción del artículo 37 LPI. Consideramos que no es sencillo llegar a determinar con precisión cuando nos encontramos dentro del supuesto de libre reproducción. Lo que está claro es que fuera del límite, la reproducción no se puede realizar sin que genere derechos económicos al autor por dicha reproducción, al menos por copia privada, otros problemas que entonces se añaden son la gestión de los derechos, el seguimiento y control de las reproducciones.

¿Para evitar males mayores sería conveniente fijar una compensación económica por la reproducción de las obras que se encuentran en las instituciones que señala el Art. 37?

Muchos autores se han pronunciado a favor de esta solución, y han sugerido que podrían ser gestionadas a través de las entidades de gestión colectiva de derechos de autor, como por ejemplo, a través del canon que pagan los fabricantes y distribuidores de máquinas reproductoras, puesto que las instituciones que el precepto señala, no están exentas del pago de dicho canon.

Hemos de considerar que en contra de este argumento, la compensación económica por concepto de reproducción es un concepto antagónico al de libre reproducción y, por lo tanto, si el artículo 37 señala los casos especiales en los cuales esta permitida la libre reproducción, lo importante no es buscar una forma de compensación económica sino delimitar el concepto de libre reproducción a los casos específicos que señala el precepto.

Nuestros tribunales han tenido ocasión de pronunciarse al respecto, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, donde se reconoce el derecho del autor a percibir una remuneración compensatoria, cuando la reproducción de las obras se realice con fines educativos o docentes. "...los altos fines que por esencia persigue todo centro universitario no justifica sin más el quebranto de los derechos de autor, cuando unos y otros son compatibles, y el cumplimiento de los primeros no implica que el autor se quede sin la debida remuneración compensatoria".

Podemos concluir por tanto, que la compensación económica es requerida cuando la reproducción no se realiza en los establecimientos señalados expresamente en el artículo 37 y cuando dicha reproducción no tenga fines de investigación. Únicamente en los casos en que el supuesto de hecho se ajuste a

³¹⁷ V. Lipman, "Pensamiento complejo y educación".

los parámetros establecidos por la LPI, que son muy restringidos, es posible reconocer la libre reproducción.

Por lo que respecta a la ausencia de autorización del autor para la reproducción de su obra, hemos de considerar dos circunstancias: (1) esta posibilidad únicamente está permitida en el supuesto establecido por la Ley, si se excede de lo previsto no es posible realizarla; y (2) si la condición es que la copia sea autorizada no estamos ante un supuesto de libre reproducción, ya que estos suponen un límite al monopolio del autor mediante el cual, se permite la reproducción sin autorización. Es decir, únicamente en los casos previstos en el artículo 37 estamos dentro del supuesto del límite al derecho de autor, por el cual, no se requiere su autorización. En caso contrario, siempre que se quiera reproducir una obra, independientemente que se encuentre en una biblioteca pública será necesario contar con la autorización del autor. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza³¹⁸, se pronunció a favor del autor de unas fotografías realizadas con autorización de la Diputación General de Aragón y de las cuales, el autor, dejó copia en el archivo fotográfico de la Dirección General de Ordenación Rural. Dichas fotografías fueron reproducidas en dos ocasiones por un periódico que tomó las fotografías de un folleto del Gobierno de Aragón sobre zonas de Especial Protección para las Aves, en la cual fueron reproducidas sin indicar el nombre del autor.

En este caso, si bien las fotografías se encontraban en el archivo antes mencionado, la reproducción se realizó a partir de un catálogo, del cual se omitió el nombre del autor. Concretamente, en esta situación no se puede considerar que la reproducción quede amparada por el supuesto contemplado en el artículo 37, puesto que no se realizó dentro de los parámetros contemplados por la LPI. Por lo tanto, la autorización del autor para la elaboración de un catálogo concreto, no puede considerarse extensible a otros sujetos. En estas circunstancias, la infracción al derecho de autor no solamente

³¹⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 25/06/96.

afectaba al derecho patrimonial de reproducción, sino que también se vulneró al derecho moral del autor al omitir su nombre.

La libre reproducción en determinadas instituciones no supone un presupuesto para la infracción a los derechos morales del autor, bien al contrario, el derecho moral sirve de parámetro para valorar la aplicación de los límites. Recordemos que éstos se presentan como una excepción a la explotación de la obra, es decir, al derecho patrimonial que genera la reproducción, pero en ningún caso los límites pueden vulnerar los derechos morales del autor al reconocimiento de su condición de autor o al respeto a la integridad de la obra (supuestos analizados en la sentencia). No puede alegarse como argumento para que la excepción pueda operar, el acceso de todos los ciudadanos a la cultura, ya que el derecho fundamental no se encuentra reñido con el respeto a los derechos morales del autor, límite lógico a la libre reproducción y que permite que el acceso a la cultura sea efectuado en condiciones, es decir, identificando al autor y a la obra.

vi) El préstamo público.

La definición de préstamo la encontramos en el artículo 19.4 LPI "Se entiende por préstamo la puesta a disposición de los originales y copias de una obra para su uso por tiempo limitado sin beneficio económico o comercial directo ni indirecto, siempre que dicho préstamos se lleve a cabo a través de establecimientos accesibles al público."

Si el préstamo es por definición gratuito ¿es admisible que quién efectúe un préstamo deba pagar por ello? En realidad la LPI no descarta la posibilidad de que exista pago por préstamo, lo que excluye es la posibilidad de "beneficio económico".

“Se entenderá que no existe beneficio económico o comercial directo ni indirecto cuando el préstamo efectuado por un establecimiento accesible al público dé lugar al pago de una cantidad que no exceda de lo necesario para cubrir sus gastos de funcionamiento.³¹⁹”

La discusión sobre la gratuidad del préstamo se ha planteado a raíz de un informe de la Comisión europea³²⁰ donde constata que el derecho de préstamo público no se aplica de forma homogénea en el territorio de la Unión europea. El informe pone de manifiesto que la aplicación del derecho de préstamo público no es conforme a lo estipulado en la Directiva 92/100/CE 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 intelectual³²¹.

El artículo 5 de la Directiva 92, faculta a los Estados miembros a establecer excepciones al derecho exclusivo de préstamo al público (apartado 1) pero establece que los titulares deben recibir una remuneración por dichos préstamos. Y en el apartado 3º de la misma disposición, establece que los Estados miembros pueden eximir a determinadas categorías de establecimientos del pago a la remuneración.

La cuestión está en determinar si la excepción contemplada en el artículo 37 LPI es tan amplia que deja vacía de contenido y priva de los efectos del derecho a la remuneración a los titulares por el préstamo público de sus obras. El procedimiento iniciado por la Comisión europea³²², ha dado lugar a una denuncia ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas por no

³¹⁹ Artículo 19.4, párrafo 2º. LPI

³²⁰ Referente: IP/02/1303, de 16 de septiembre de 2002.

³²¹ Incorporada a nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 43/1994, de 30 de diciembre.

³²² Referencia: IP/04/60, 16 de enero de 2004. El procedimiento se inicia cuando la Comisión Europea solicita oficialmente información mediante el envío de cartas requerimiento, a los países que están incumpliendo la normativa sobre su aplicación. Los países a los que se dirigió son: España, Francia, Italia, Irlanda, Luxemburgo y Portugal.

haber integrado totalmente en la legislación nacional el derecho de préstamo público previsto en la Directiva 92/100/CEE³²³.

El procedimiento iniciado por la Comisión es muy importante porque ha abierto el debate público que cuestiona el alcance del monopolio del autor en relación con determinados usos inocuos, tales como los préstamos que efectúan las bibliotecas públicas y que permiten a los particulares disfrutar de una obra. Este supuesto se encuentra en estrecha vinculación con el derecho de acceso a la cultura.

El argumento de la Comisión es que la falta de armonización en las legislaciones nacionales puede introducir distorsiones en el mercado único. La razón que lo motiva es que "las actividades de préstamo de las instituciones públicas pueden repercutir de manera significativa en el mercado del préstamo comercial. Por ejemplo, si se puede obtener el préstamo de un libro de una biblioteca pública, podrá haber menos demanda para adquirirlo, lo que puede reducir los ingresos de los titulares del derecho, a no ser que ellos también cobren cuando las bibliotecas públicas prestan sus obras."³²⁴

"Llega el «pagar por leer»"³²⁵ Con este titular "La Vanguardia" inicia un reportaje sobre el polémico canon que debe imponerse a las bibliotecas por préstamo público de las obras, donde se recogen las opiniones de diversos sectores y se destaca el déficit del sistema bibliotecario español. Por otra parte, escritores beneficiarios del canon, expresaron su repulsa contra esta medida en

³²³ Referencia: IP/04/1519, 21 de diciembre de 2004. Después del procedimiento iniciado, mediante el cual se solicita información a los países, la Comisión europea denunció a España, Irlanda y Portugal por aplicación incorrecta del derecho de préstamo público. Los otros países contra los cuales se había incoado el procedimiento, no han sido denunciados por haber corregido su normativa y haber incorporado la remuneración en su legislación nacional. Bélgica adoptó un decreto en abril de 2004 sobre el derecho de préstamo público. Francia, adoptó un decreto en septiembre de 2004 adaptando su legislación al derecho de préstamo público. Italia y Luxemburgo están adaptando sus respectivas leyes nacionales para ajustarse a lo dispuesto en la Directiva 92/100/CE. Por esta razón la Comisión ha pospuesto su decisión de denunciar a estos dos países ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

³²⁴ Comunicado de Prensa de fecha 21 de diciembre de 2004. Ref. IP/04/1519. Comisión europea http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/droit_com/index_en.htm

³²⁵ En La Vanguardia, 12 de abril de 2004, Pág.29. Cultura.

el manifiesto contra el canon por préstamo bibliotecario, donde reconocen que los presupuestos de las bibliotecas públicas son bajos y comentan el argumento de la Comisión: "decir que pierden compradores por cada libro que se presta «es una burda falacia», ya que «las bibliotecas dan a conocer los libros, los promocionan y permiten que estén en circulación durante años, en un momento en el que las librerías sólo duran algunos meses». «Esto permite mantener viva la presencia de muchos autores que, de otro modo, desaparecerían casi por completo del panorama literario.»³²⁶

Los escritores en su manifiesto contra el canon no solamente hacen un detalle de la función pública de las bibliotecas y se su labor en beneficio del derecho de autor, puesto que la adquisición de las obras genera derechos de autor y la clasificación y conservación, evidentemente también tiene su coste, y todo esto para promocionar a las obras de sus fondos. Consideran que las bibliotecas prestan un "servicio público de primer orden" y que exigir un canon por esto "es, más que un disparate, un ataque contra la cultura"³²⁷. Opinión que no es compartida por todos los colectivos de escritores, ya que en opinión de la "Associació col·legial d'Escriptors de Catalunya" el pago del canon por préstamo público es un derecho legítimo que se debería implementar en España³²⁸.

Otros colectivos también han tenido ocasión de expresar su opinión sobre el canon por préstamo público. Los profesores universitarios consideran que el pago del canon por préstamo público "supondría su consideración como entidades comerciales y no como instituciones culturales"³²⁹. En cambio CEDRO³³⁰ consideró que "el cobro del canon es «una asignatura pendiente» que debe abordarse desde el máximo consenso y preocupación por mejorar el sistema bibliotecario, pero sin olvidar que hay que «garantizar una adecuada compensación económica a los titulares de derechos»"³³¹.

³²⁶ La Vanguardia, lunes 12 de abril de 2004. Cultura. Pág. 29.

³²⁷ Idem.

³²⁸ La Vanguardia, jueves 15 de abril de 2004. Cultura. Pág. 36.

³²⁹ La Vanguardia, lunes, 12 de abril de 2004. Cultura. Pág. 29

³³⁰ Centro Español de Derechos Reprográficos, entidad de gestión de derechos de autor.

³³¹ La Vanguardia, Idem.

La discusión esta servida y no cabe duda que la decisión que tome el Tribunal de las Comunidades Europeas tendrá importancia en esta delicada cuestión, puesto que los intereses que están en juego son muchos y no es posible contemplarlos desde una perspectiva económica que contemple únicamente el beneficio que pueden dejar de obtener los titulares, sin examinar, la contrapartida a la excepción, es decir, los enormes beneficios que prestan las bibliotecas a los autores y sus obras y el servicio que prestan al público en general. ¿Qué intereses deben prevalecer? ¿El interés económico de los autores o titulares de derechos? Destacamos que en este caso, la opinión de los escritores difiere sustancialmente del criterio de la entidad de gestión CEDRO. Por ello, la valoración sobre la pérdida o la reducción de ingresos por parte de los titulares se debe efectuar desde una amplia perspectiva que permita detectar quién deja de ganar y qué se pierde en el camino. No olvidemos que todo canon o sistema de remuneración obligatorio requiere de la actividad de las entidades de gestión colectiva del derecho de autor, quienes perciben un porcentaje sobre la recaudación. Cuando un derecho fundamental, como el derecho a la cultura, se encuentra en el medio de esta polémica, es preciso que se tome en consideración sea cual sea la decisión final aplicable.

La aplicación del canon por préstamo público en bibliotecas es sin lugar a dudas importante porque nos permite cuestionar la relación que existe entre el derecho de autor y el derecho de acceso a la cultura y deja de manifiesto que los intereses o valores a salvaguardar poco tienen que ver con la voluntad de los autores y sus legítimos intereses. ¿Es únicamente el valor económico de las ventas perdidas lo que debe primar? Resolver esta cuestión es fundamental, puesto que si ignoramos que el préstamo proporciona otros beneficios a los autores, tales como la promoción, la circulación y la conservación de sus obras más allá de lo que permite una explotación comercial, estamos obviando que para el autor tal vez sea más importante la pervivencia de su obra que la explotación de la misma. Recordemos que no siempre el autor es quién decide sobre la explotación de su obra, en el caso de los libros, el editor es quién debe

tomar la decisión si una obra agotada se vuelve a poner en circulación. Entonces es preciso, que a pesar de la decisión que impide a una obra circular tenga que ganar regalías por cada vez que la obra es prestada. No es el derecho de autor el que prevalece en el préstamo público, al menos, no exclusivamente. Por ello es preciso cuestionar todos los casos en los que se impone un canon o remuneración por el acceso a las obras y determinar quienes participan y quienes se benefician. Si ponemos a todos estos en una parte de la balanza y, en la otra parte, los intereses culturales colectivos podremos apreciar hacia donde se inclina, así es posible determinar qué intereses deben prevalecer.

3.2 La libre utilización de las obras en determinados establecimientos en la Directiva 2001/29/CE

La DDASI permite a los Estados miembros establecer excepciones al derecho de reproducción cuando dichos actos se realicen por bibliotecas, centros de enseñanza, museos accesibles al público, o archivos, que no tengan intención de obtener un beneficio económico o comercial directo o indirecto (Art. 5, apartado 2º, letra c))³³².

El Art. 5, apartado 3º, letra n) DDASI³³³, permite la libre comunicación o puesta a disposición a personas concretas del público de las obras, con fines de investigación o estudio personal, a través de terminales especializados establecidos en los locales mencionados en la letra c), del apartado 2º del Art. 5.

³³² "c) en relación con actos específicos de reproducción efectuados por bibliotecas, centros de enseñanza o museos accesibles al público, o por archivos, que no tengan intención de obtener un beneficio económico o comercial directo o indirecto;"

³³³ "n) cuando el uso consista en la comunicación a personas concretas del público o la puesta a sus disposición, a efectos de investigación o de estudio personal, a través de terminales especializados instalados en los locales de los establecimientos mencionados en la letra c) del apartado 2, de obras y prestaciones que figuren en sus colecciones y que no son objeto de condiciones de adquisición o licencia;"

En ambos casos, la existencia del límite no exige una contraprestación o compensación para los titulares de derechos. La existencia de este límite se explica por su finalidad: "Debe ofrecerse a los Estados miembros la posibilidad de establecer determinadas excepciones o limitaciones en casos tales como aquellos en que se persiga una finalidad educativa o científica, en beneficio de organismos públicos, tales como bibliotecas y archivos,..."³³⁴

La excepción que establece la DDASI en beneficio de determinados establecimientos queda circunscrita a los casos específicos contemplados por el precepto y para el derecho de reproducción³³⁵. No incluye "las utilizaciones realizadas en el contexto de la entrega en línea de obras o prestaciones protegidas"³³⁶. Y debe aplicarse de conformidad con lo establecido en la Directiva 92/100, relativa al préstamo público.

Por lo que respecta a las entidades beneficiarias, es importante considerar que únicamente las entidades sin fines lucrativos pueden gozar de la excepción³³⁷. En cuanto a la aplicación de la excepción para fines educativos o de investigación el criterio de aplicación queda determinado por la actividad, tal y como dispone el considerando nº 42.

"la naturaleza no comercial de la actividad de que se trata debe venir dada por la actividad en sí. La estructura institucional y los medios de financiación de la entidad de que se trate no son los factores decisivos a este respecto"³³⁸.

³³⁴ Directiva 2001/29/ CE. Considerando nº 34.

³³⁵ V. Ignacio Garrote Fernández-Díez. Op. Cit. Pág. 490. Sobre la posibilidad y las condiciones para la digitalización de los fondos bibliográficos.

³³⁶ Directiva 2001/29/CE. Considerando nº 40.

³³⁷ Idem.

³³⁸ Directiva 2001/29/CE. Considerando nº 42.

3.3 Propuestas para la transposición de la DDASI

i) Proyecto de Ley

El artículo ocho del Proyecto modifica la rúbrica y el contenido del actual artículo 37 LPI, añadiendo un apartado:

“Artículo 37. Reproducción préstamo y consulta mediante terminales especializados en determinados establecimientos.

3. No necesita autorización del autor la comunicación de obras o su puesta a disposición a 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”.

El texto de Proyecto para la incorporación de la DDASI en nuestro ordenamiento jurídico sigue el mismo criterio restrictivo, es decir, la transposición elimina la posibilidad de que la comunicación a personas concretas del público, se realice con fines de “estudio personal”. Un absurdo si pensamos que en las bibliotecas nadie controla que el usuario tenga una determinada calificación, y en todo caso, también se pone de manifiesto la dificultad de acreditar la actividad. ¿Cómo se acredita que un usuario hace una consulta en calidad de investigación o en calidad de estudio personal? ¿Es que un investigador no puede hacer una consulta cuya finalidad no esté relacionada con su investigación? Y en ese caso, ¿quién lo controlaría?

¿Qué consecuencias puede ocasionar excluir los fines de estudio personal? La primera y quizás la más importante es que las bibliotecas o instituciones beneficiarias podrán negar el acceso a las personas que no acrediten ser

investigadores. Es decir, si no tienen una profesión o actividad relacionada con la investigación quedarán excluidos. El problema es que esta limitación introduce una discriminación innecesaria e injustificada, puesto que nada impide a una persona que no tiene como principal actividad la investigación, el hecho de que pueda realizarla en determinadas circunstancias. En este caso, la persona que realice una investigación de forma esporádica tendrá unas condiciones de acceso distintas de aquellas cuya actividad principal sea la investigación o se encuentre comprendida como parte de su actividad habitual. En consecuencia, hemos de entender que la única forma de realizar la consulta será mediante pago, lo cual deja a la mayoría de las personas que consultan fondos en las bibliotecas sin acceso, ya que un estudiante no podrá ser beneficiario si no acredita ser investigador.

ii) Borrador

En cambio, el texto del Borrador era fiel con las disposiciones de la DDASI y había incorporado el límite de la libre utilización de obras en determinados establecimientos de la misma forma.

El Art. 13 del Borrador proponía la modificación de la rúbrica y contenido del Art. 37 del TRLPI, de la siguiente manera:

“Actos específicos de reproducción, préstamo y consulta mediante terminales especializados en determinados establecimientos”.

En el apartado primero del artículo 13, se enumeran los establecimientos donde pueden realizarse los actos de reproducción, puesta a disposición y comunicación pública de las obras, donde se incluyen los establecimientos accesibles al público, museos y archivos, donde no existe la limitación del artículo 37 LPI, que únicamente contempla a los de titularidad pública.

La letra c) del mismo artículo, incorporó el derecho de libre utilización a efectos de investigación o estudio personal.

El texto del Borrador, mantiene la excepción prevista para determinadas instituciones en la utilización de las obras sin necesidad de recabar autorización o de efectuar el pago de una remuneración para los actos siguientes: reproducción, préstamo, comunicación o puesta a disposición de personas concretas del público. El texto del Borrador, al utilizar éste término restrictivo excluye que la excepción pueda ser aplicada al público en general. Restringiendo el acceso a la necesidad de acreditar una calidad o condición determinada. Por ejemplo, ser socio de una biblioteca, estudiante en una Universidad, visitante en un museo, etc.

Los supuestos de comunicación y puesta a disposición se encuentran limitados al cumplimiento de los siguientes requisitos: (1) que se realicen en una red cerrada interna; (2) a través de terminales especializados; (3) dentro de los locales de los establecimientos; (4) que se trate de obras ya divulgadas y que figuren en sus colecciones; (5) que sea para fines de investigación o estudio personal; y (6) que las obras afectadas no sean objeto de condiciones de adquisición o licencia.

Las cuestiones que suscitaban las características técnicas de los terminales especializados y si éstos debieran quedar sujetos al pago del canon obligatorio del Art. 25 LPI ha quedado zanjada en el texto del Proyecto aprobado por el Consejo de Ministros que excluye a los discos duros de ordenador. La pregunta es ¿Sólo al disco duro? Debemos entender que los demás componentes que permiten la visualización están fuera del alcance por no ser aptos para la realización de copias, tales como la pantalla del ordenador³³⁹. En el mismo sentido, habrá que aclarar qué significa la exigencia de especialización de los terminales. Quiere decir que los terminales especializados son aquellos que

limitan las posibilidades de los usuarios³⁴⁰ y, por ello, deben quedar exentos del pago del canon obligatorio. O, la especialidad se refiere a la posibilidad de impedir que los usuarios puedan efectuar usos de las obras o prestaciones protegidas distintos de los permitidos por la Ley³⁴¹, en este caso, la especialidad no radica en la capacidad técnica del aparato sino en sus aplicaciones que limitan las posibilidades de los usuarios³⁴².

En cuanto al ámbito de aplicación del límite, el texto del Borrador introduce una ampliación para la aplicación de esta excepción al permitir el uso con fines de estudio personal.

La ampliación del límite al derecho de reproducción del Art. 37, resulta congruente con la salvaguarda de los derechos fundamentales e intereses generales que plantea la Exposición de Motivos del Borrador elaborado por el gobierno anterior, ya que de esta forma es posible garantizar el derecho de acceso a la cultura a todas las personas. Esta excepción, planteada en términos generales, es aplicable a toda la sociedad y no sólo a quienes puedan acreditar la calidad de investigador. Por lo tanto, consideramos que la aplicación de este límite tendrá un efecto positivo para el acceso a la cultura.

Finalmente, debemos recordar que la lista de instituciones del Art. 37 es limitativa. Por esta razón, el enunciado: "determinados establecimientos" no puede ser interpretado en sentido amplio³⁴³, pero habría que considerar la

³³⁹ En el texto del Anteproyecto han quedado excluidos del canon por copia privada los discos duros de ordenador (Disposición transitoria única. Compensación equitativa por copia privada. Punto 4).

³⁴⁰ En este caso los terminales no permiten posteriores reproducciones, distribuciones y comunicaciones públicas. Sería el caso de terminales que no necesariamente son ordenadores personales, sino más bien están configurados como simples pantallas de transmisión de datos pero que no ofrecen posibilidad al usuario de interactuar y de reproducir las obras más allá de la simple visualización.

³⁴¹ En este caso, no tendría importancia si el terminal es un ordenador personal o una simple pantalla de transmisión de datos, siempre y cuando no permita o posibilite la reproducción, distribución o comunicación pública fuera de la red interna donde se encuentra.

³⁴² Esta reflexión es válida tanto para el texto del borrador como para el texto del anteproyecto

³⁴³ En este punto existe un consenso entre la doctrina y la Jurisprudencia, ya que ambos han considerado que la enumeración del texto legal es limitativa y por tanto no cabe añadir más instituciones que las expresamente comprendidas en el mismo. La STS 15/12/1988, "la

posibilidad de incluir instituciones de titularidad privada siempre que se ajusten al requisito o finalidad no comercial.

3.4 Situación actual y valoración

Nuestro análisis permite apreciar las diferencias de criterio entre el texto de la DDASI, la LPI y las propuestas para la incorporación de la Directiva.

El texto del Borrador elaborado por el gobierno anterior era muy similar al texto de la DDASI, contemplaba de la misma forma tanto a las instituciones beneficiarias como la finalidad que justifica la libre reproducción. En particular podemos afirmar que se ampliaba el listado de instituciones comprendidas en el Art. 37 de la LPI, incluyendo a instituciones accesibles al público, los museos y archivos, sin distinguir entre las públicas y las privadas. Por lo que se refiere a los fines, también se aprecia la diferencia. Recordemos que la LPI únicamente admite la posibilidad de realizar una reproducción en las instituciones que señala el artículo 37, con fines de investigación. En cambio, la DDASI, al igual que el Borrador había contemplado la finalidad de estudio personal, actividad distinta de la investigación.

3.5 Aplicación de las normas sobre límites

Antes de terminar, hemos de hacer referencia a una norma del texto del Borrador sobre la interpretación y aplicación de los límites, que no contiene el texto del Proyecto, no obstante, hemos considerado conveniente hacer referencia al artículo 14 del Borrador que proponía una reforma a la rúbrica y contenido del Art. 40 bis LPI.

Administración Postal no es en sí misma ninguno de los establecimientos que específicamente señala el precepto”.

El texto del Borrador proponía la introducción de la prueba de las tres fases como criterio de aplicación de los límites, posibilidad que ya existe en la LPI, pero en esta ocasión se regulaba con mayor detalle.

La novedad aparece en el primer párrafo, donde hace referencia expresa a los supuestos concretos detallados en la Ley y a la necesidad de ajustarse tanto a las modalidades de explotación previstas en cada caso, como a la finalidad a la que responden. Es importante la aclaración que hace respecto de la obligación de remuneración para los supuestos previstos expresamente por la Ley, ya que, en determinados casos, los supuestos de libre utilización contemplan la existencia de una remuneración compensatoria.

4. Valoración sobre los límites al derecho de autor

El análisis de los límites al derecho de autor nos permite alcanzar dos conclusiones básicas: (1) que los supuestos de libre utilización únicamente son operativos en casos muy restringidos y (2) que los límites al derecho de autor se contemplan como una excepción al derecho patrimonial del autor sobre la explotación de su obra.

4.1 Aplicación restrictiva de los límites.

La aplicación restrictiva de los límites al derecho de autor impide que las obras puedan ser utilizadas fuera de los casos expresamente previstos por la Ley, ello nos lleva a considerar que la aplicación de los límites no es suficiente para garantizar el derecho de acceso a la cultura.

Promover una ampliación de los límites tal vez no sea acorde con la protección del derecho de autor y podría suponer un riesgo para la explotación de las

obras en detrimento del autor o titulares de derechos. Consideramos que sería muy arriesgado abrir de forma generalizada la posibilidad de libre utilización de las obras. No obstante, no podemos obviar que la aplicación de los límites impide determinados usos inocuos por la simple razón de que no están incluidos en el supuesto legal.

Esta circunstancia se agrava debido a las nuevas formas de comunicación de la era digital y nos conduce a buscar una salida que permita garantizar el acceso a la cultura que definitivamente no es suficiente con la existencia de los límites.

4.2 La excepción al derecho patrimonial

Por lo que respecta al aspecto económico o explotación de la obra, hemos de considerar que los límites se presentan siempre como un menoscabo al derecho patrimonial del autor, una pérdida en su patrimonio, una resta. Aspecto que no podemos considerar del todo cierto pues con ello estamos obviando la importancia que tiene para un autor la difusión o promoción de su obra, que se hace posible gracias a los supuestos de libre utilización de las obras.

Actualmente no podemos negar el aspecto benéfico de los límites o supuestos de libre utilización de las obras. Negar que la cita proporcione un beneficio al autor y a su obra es absurdo, tanto como pretender cobrar por cada cita realizada. ¿Será acaso más benéfico para los autores y las obras precedentes que sean del todo olvidados? Lo mismo puede decirse de las obras que se encuentran en la vía pública. No todos los autores tienen la opción de colocar su obra al alcance y a la vista de todo el mundo. Es innegable que este tipo de difusión otorga una promoción excepcional del autor y de su obra, que aporta prestigio al autor y revaloriza su obra. Y qué decir de las obras que se encuentran en las bibliotecas, en realidad, es mayor el beneficio que obtienen los autores cuando sus obras son objeto de conservación. De lo contrario quedarían sujetas a los cambios o modas. No debemos olvidar que la

explotación económica de las obras sigue criterios muy distintos de los que mueven a los archivos, bibliotecas, hemerotecas a clasificar y conservar todo tipo de obras³⁴⁴.

Los límites al derecho de autor no constituyen necesariamente una pérdida en el patrimonio del autor, no es posible afirmar que únicamente le restan beneficios sin aportar nada a cambio. Los supuestos de libre utilización de las obras son una vía de promoción y difusión de las obras que, en muchos casos, el autor no podría financiarse y dado los elevados costes en publicidad, debemos preguntarnos si esto no constituye una aportación o contraprestación en especie importante para el autor; una forma de inversión que aumenta su fama, prestigio y revaloriza su obra. ¿Es posible que los supuestos de libre utilización de las obras supongan una suma y no una resta en el patrimonio del autor? ¿Por qué esta posibilidad no se contempla? Consideramos que obviar el aspecto positivo de los límites al derecho de autor es una omisión importante que pone en peligro no solamente el acceso a la cultura sino a los autores y a sus obras.

La conservación de las obras, la promoción de los autores y de sus obras a través de diversos mecanismos, ya sea mediante la educación, difusión cultural o la investigación y la publicación de los resultados obtenidos, requiere de grandes esfuerzos e inversiones. No sería honesto desconocer la labor que realizan las personas físicas o jurídicas en la promoción de las obras. Por ello, no es acertado afirmar que en todo caso, los límites o supuestos de libre utilización suponen un menoscabo, una pérdida, en el patrimonio del autor o titular de derechos, pues con ello se están obviando las inversiones y esfuerzos realizados por terceras personas que no se dedican a explotar las obras y que

³⁴⁴ Lawrence Lessig, en su obra *Por una cultura libre*, Op. Cit. (parte II, Propiedad, 9 Coleccionistas, Pág. 125) relata con la ayuda de un caso real, los antecedentes del copyright y la utilidad que tenía el requisito del depósito de las obras para la obtención del derecho. También pone de manifiesto que las actividades de los coleccionistas aportan gran valor a los autores y a sus obras, puesto que la mayoría de las obras tiene una vida muy corta tal y como lo demuestran los resultados estadísticos que aporta.

mediante el desempeño de su actividad únicamente están promocionando a los autores y sus obras.

Parte III El derecho de acceso a la cultura

Introducción

El análisis de los límites al derecho de autor nos permite apreciar que existe una enorme contradicción entre la justificación de los límites al derecho de autor y la aplicación de los mismos. Si los límites se imponen para que sea posible el ejercicio de derechos fundamentales, los criterios de aplicación sumamente restrictivos, hacen del todo insuficiente el ejercicio del derecho de acceso a la cultura.

Esta contradicción nos obliga a plantear una reflexión que nos proporcione elementos útiles para que el derecho de acceso a la cultura no quede vaciado de contenido. Si la existencia de límites al derecho de autor encuentra su justificación en los derechos fundamentales, por qué la libre utilización de las obras no se permite en aquellos casos en los que resulta idónea para hacer efectivo el derecho de acceso a la cultura³⁴⁵.

En realidad, tampoco sabemos exactamente que significado tiene el derecho de acceso a la cultura ni que circunstancias requiere el ejercicio de este derecho.

³⁴⁵ Esta cuestión íntimamente relacionada con la eficacia de los derechos fundamentales y en particular con el derecho de acceso a la cultura, nos obliga a investigar que mecanismos de control existen para los derechos fundamentales que no tienen acceso al recurso de amparo (punto 1 de este capítulo).

¿Cuáles son las condiciones necesarias para que el derecho de acceso a la cultura sea eficaz?³⁴⁶

Otro extremo que habría que analizar es la compatibilidad entre el derecho de autor y el derecho de acceso a la cultura. ¿Es el derecho a la cultura un aliado del derecho de autor o su principal enemigo?³⁴⁷

Esta es la cuestión primordial a la que deberíamos dar respuesta. Para ello vamos a intentar analizar los vínculos existentes entre ambos, los conceptos y las relaciones de los agentes implicados. ¿Quiénes son los responsables de asegurar la existencia del derecho a la cultura y la protección del derecho de autor? ¿Qué mecanismos existen para que ambos derechos puedan existir real y eficazmente? ¿Quiénes son los beneficiarios y quienes sus patrocinadores? ¿Cuáles son los medios, vías o canales que permiten el acceso a la cultura?

Indudablemente existen diversos intereses que pueden colisionar entre ellos y, en ocasiones, el ejercicio de un derecho fundamental puede encontrarse bloqueado por el monopolio del autor, en este caso, ¿cuál de ellos ha de prevalecer?

El análisis que propongo efectuar trata de confrontar al derecho de autor con el derecho fundamental de acceso a la cultura. Actualmente y debido a la evolución del derecho de autor, es necesario realizar una revisión de los conceptos y particularmente del monopolio del autor, de tal forma que nos permita apreciar su alcance y los intereses que se están protegiendo. Es preciso que el monopolio del autor admita ciertos límites y que la protección de las obras sea contemplada desde una perspectiva distinta, que no se limite a la mera explotación de las obras. Es importante poner el acento en la existencia

³⁴⁶ Las interrogantes que este tema nos plantea, nos lleva a realizar una investigación sobre el alcance y contenido del derecho de acceso a la cultura y si éste genera obligaciones determinadas a los poderes públicos (punto 2 de este capítulo).

³⁴⁷ Y finalmente, las relaciones entre el derecho de acceso a la cultura y el derecho de autor, así como de los sujetos o agentes participantes son el objeto de análisis del punto 3 de este capítulo.

de usos inocuos que no están comprendidos dentro del ámbito de aplicación de los límites al derecho de autor y reflexionar sobre la necesidad de admitirlos³⁴⁸.

Existen diversas cuestiones que nos preocupan en relación con el derecho de acceso a la cultura, por ejemplo, quienes son los beneficiarios. La Constitución no nos dice quién o quienes son los beneficiarios del derecho ni la forma de obtener la tutela garantizada. Hemos de suponer que los destinatarios son los ciudadanos, todos, incluidos los autores. Si las personas son beneficiarias del derecho de acceso a la cultura, quienes son los obligados a facilitar la prestación³⁴⁹. Es preciso establecer si realmente contamos con mecanismos que permitan a los ciudadanos el ejercicio de su derecho de acceso a la cultura.

En el capítulo anterior habíamos analizado las excepciones al derecho de autor impuestas para garantizar el derecho de acceso a la cultura, considerando como idóneas el derecho de cita, la utilización de las obras situadas en la vía pública y la libre reproducción y préstamo en determinadas instituciones. Vimos que cada uno de los supuestos señalados establece los parámetros de aplicación, para que la utilización sea considerada como de libre uso. Recordemos que sólo cuando el uso se ajusta a lo previsto en la ley este puede considerarse lícito y dentro de la excepción, de lo contrario se estaría cometiendo una infracción al derecho de autor³⁵⁰. ¿Las excepciones al derecho

³⁴⁸ Debemos poner el acento en que las excepciones al derecho de autor que propone la DDASI y que no han sido contempladas, o bien, han sido incluidas de forma distorsionada en el Proyecto de reforma de la Ley de Propiedad Intelectual son de gran utilidad para garantizar el derecho de acceso a la cultura puesto que admiten usos inocuos. Nos referimos en particular al límite que admite la ilustración con fines educativos, la cita, la inclusión incidental de obras, el uso de obras de arte para informar sobre eventos relacionados con las mismas y el que permite la comunicación y puesta a disposición del público a personas concretas, través de terminales instaladas en determinadas instituciones con fines de estudio o investigación, contemplados en la DASSI en el artículo 5.3, letras a), d), i), j) y n). No se ha previsto incorporar nuevos límites en nuestro ordenamiento jurídico y los que han sido contemplados no solamente no respetan la fidelidad del texto de la Directiva sino que introducen recortes en los límites de nuestra vigente Ley de Propiedad Intelectual.

³⁴⁹ En cuanto al ente responsable de la prestación, nos referimos en general a los poderes públicos y esta advertencia se hace necesaria, ya que el objeto de estudio es determinar el alcance y contenido de la obligación, pero no podemos extendernos a tratar el problema de la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

³⁵⁰ Cfr. Mihály Ficsor: "El derecho de autor y la transmisión del saber" en *Boletín de derecho de autor*, UNESCO. Vol. XVII, Nº 3, 1983, Pág. 6-16. El autor pone el acento en la necesidad de ampliar la lista de utilidades lícitas para actualizarlas de acuerdo al proceso tecnológico, sin

de autor son suficientes para garantizar el derecho de acceso a la cultura? Nuestra conclusión es negativa, los límites no permiten usos inocuos en beneficio del derecho de acceso a la cultura y no podemos ser optimistas ya que si la transposición de la DDASI se realiza en los términos del Proyecto³⁵¹, los supuestos de libre utilización de las obras serán aun más restrictivos llegando incluso a eliminar, en determinadas circunstancias, el acceso a las obras³⁵².

Aún queda otra importante cuestión por resolver, si los límites al derecho de autor están previstos para garantizar el derecho de acceso a la cultura a los ciudadanos, como garantiza el Estado a los ciudadanos el ejercicio del derecho.

Presupuesto básico del ejercicio del derecho de acceso a la cultura, es la existencia de medios con contenidos culturales, ya sea en forma material (productos) o se trate de instituciones que presten un servicio. ¿Debe el Estado promover la existencia de entidades que hagan posible el uso y disfrute de las obras en beneficio de los ciudadanos de tal forma que se pueda garantizar el derecho de acceso a la cultura?

Para que el derecho de acceso a la cultura sea efectivo se necesitan dos elementos: (1) una manifestación de las personas, reflejada en el deseo de acceder a contenidos culturales. Por ejemplo, las personas que acuden a una biblioteca, universidad, conferencia, museo, exposición itinerante o participan

rebajar la protección del derecho de autor: "Cabe observar que éste es un punto crucial en la evolución del derecho de autor. El hecho de que los gobiernos no fueran capaces de reconocer que los principios originales culturales y políticos del derecho de autor deben aplicarse a las nuevas utilidades, sería desastroso para el derecho de autor y para todas las actividades creativas.... La naturaleza y los principios básicos del derecho de autor son los que deben permanecer intactos, y justamente por eso debería ampliarse la lista de utilidades amparadas por los derechos de autor para que esté en consonancia con el progreso tecnológico."

³⁵¹ Proyecto de Ley por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2000, de 12 de abril. Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. VIII Legislatura, el 26 de agosto de 2005.

³⁵² En relación con los supuestos contemplados en el artículo 6 de la DASI, cuando las obras están protegidas por medidas de protección tecnológicas eficaces, en estos casos, es preciso establecer mecanismos que permitan el acceso a las obras a los beneficiarios de los límites. La solución que propone el Anteproyecto nos parece muy poco acertada, pero volveremos sobre este punto en la parte IV de este trabajo.

en cualquier manifestación cultural; y (2) las entidades públicas o privadas que proporcionan el material o los contenidos culturales, es decir, la biblioteca, la universidad, institución que organiza una conferencia, museo, sala de exposiciones y todos aquellos establecimientos cuya finalidad sea la difusión de la cultura.

Partiendo de esta premisa, debemos analizar por un lado como se ejercita el derecho de acceso a la cultura por los individuos y, por otra parte, que garantías gozan las entidades que nutren de contenidos culturales a la sociedad ¿Hay una vinculación entre ambos? ¿La eficacia del derecho de acceso a la cultura exige la existencia de entidades de difusión cultural? ¿Forma parte del compromiso del Estado garantizar la existencia de entidades de difusión cultural para que el acceso a la cultura sea real?

¿Cuáles son las obligaciones del Estado en relación con el derecho de acceso a la cultura?

Consideramos que la obligación del Estado es la de garantizar el derecho de acceso a la cultura a los ciudadanos³⁵³. Pero para que este derecho se pueda ejercer, es preciso que los ciudadanos cuenten con medios que les permitan el acceso. En consecuencia, podemos entender que la obligación del Estado consiste en crear y promover la existencia de entidades dotadas de contenidos culturales capaces de realizar la difusión, garantizando el ejercicio del derecho de acceso a la cultura a todos los ciudadanos. Ello nos lleva a considerar que la existencia de entidades de difusión cultural es un presupuesto básico del ejercicio del derecho de acceso a la cultura. No obstante, la obligación del Estado no termina aquí, si bien es fundamental la creación de una infraestructura determinada para que los ciudadanos puedan acceder a la cultura, esta debe estar guiada por líneas o directrices que permitan un desarrollo y funcionamiento adecuado, este es el marco de creación de las políticas culturales que deben definir las actividades de los poderes públicos en

³⁵³ V. Supra. Parte I, 1.5 El derecho a la cultura en la Constitución Española. Pág. 65 y ss.

relación con el derecho de acceso a la cultura. La definición de las políticas culturales debe ser acorde con nuestro ordenamiento jurídico, lo que equivale a decir que las leyes deben ser una herramienta y no un obstáculo que permita el acceso a la cultura.

Nuestro trabajo consiste en encontrar los fundamentos legales que puedan apoyar la hipótesis planteada y nos permita encontrar respuesta a las cuestiones que suscita el derecho de acceso a la cultura.

1. La eficacia del derecho de acceso a la cultura.

El primer problema que debemos resolver antes de analizar el contenido del derecho de acceso a la cultura y las obligaciones del Estado derivadas de este derecho fundamental, es determinar si existen mecanismos de control que permitan garantizar su eficacia. La investigación nos permitirá conocer cuales son las obligaciones que se derivan del mandato constitucional y establecer la relación entre el derecho de autor y el derecho de acceso a la cultura.

El artículo 44.1 de la Constitución española establece una obligación a los poderes públicos: promover y tutelar el acceso a la cultura, en beneficio de todos. Pero no proporciona detalles ni indica el alcance de la obligación.

Pretender desentrañar en este trabajo el contenido del mandato constitucional excede de nuestra finalidad³⁵⁴. El objetivo de este trabajo es determinar si la obligación de garantizar el derecho de acceso a la cultura supone una limitación al derecho de autor y cuales son las obligaciones del Estado para encontrar el punto de equilibrio entre los intereses contrapuestos.

Posteriormente vamos a analizar el contenido del derecho de acceso a la cultura y las relaciones que existen entre los autores o creadores, los titulares de derechos que explotan las obras y el público en general. Establecer el marco de acción de cada uno de estos agentes nos ayudará a determinar cuáles son las obligaciones del Estado en relación con el derecho de acceso a la cultura.

Los instrumentos legales que se han ocupado de analizar los derechos culturales y las relaciones entre los agentes participantes, han sido elaborados en el seno de la UNESCO. A ellos nos referimos en la parte I de este trabajo,

³⁵⁴ Cfr. Prieto de Pedro Jesús, en *Cultura, culturas y Constitución*. Op. Cit. el análisis que realiza en el capítulo IV "La Cultura en la Constitución", Pág. 193-211.

cuando tratamos de averiguar la naturaleza jurídica de los derechos culturales. Corresponde ahora analizar las relaciones entre los sujetos participantes para determinar cuáles son las obligaciones de los Estados en relación con el derecho de acceso a la cultura; quienes son los beneficiarios del derecho a la cultura y cuales son los medios o mecanismos que permiten el derecho de acceso a la cultura.

Básicamente contamos con dos importantes documentos relacionados con los derechos culturales: la Declaración Universal de la UNESCO sobre diversidad cultural, adoptada en París, en noviembre de 2001³⁵⁵ (en adelante la Declaración); y la Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales³⁵⁶.

Los trabajos realizados en el seno de la UNESCO son herramientas valiosas para nuestro trabajo, porque han llegado a establecer las características de los derechos culturales y a identificar las obligaciones de los Estados en relación con éstos. Su estudio nos aporta una perspectiva distinta sobre el derecho de autor que nos permite apreciar que el monopolio del autor en relación con su obra debe ceder en determinados casos, es decir, cuando se encuentre frente al derecho fundamental de acceso a la cultura. Recordemos que el monopolio del autor es una concesión que las leyes le otorgan para que pueda obtener beneficios mediante la explotación económica de su obra. No obstante, ese monopolio no es exclusivo del autor ya que puede transmitirse. En ese caso, la explotación de las obras se realiza por terceras personas autorizadas por el autor que le ayudan a realizar esta labor. Esta circunstancia, que es necesaria para la eficaz explotación de las obras añade un elemento extraño que también se debe proteger: la inversión. Los intereses van aumentando, se protege la

³⁵⁵ V. Supra. Parte I, 1.3, iv), Pág. 49 y ss. Es preciso recordar que la Declaración es un documento que carece de fuerza vinculante y de aplicación directa en la legislación de los Estados parte, no obstante, es innegable su valor ético y la importancia que tiene como precedente de la Convención sobre la protección de la diversidad de los contenidos culturales.

³⁵⁶ Adoptada el 20 de octubre de 2005 en París por la Conferencia General de la UNESCO. Esta investigación se realizó con los trabajos preparatorios y el Anteproyecto de Convención. Uno de los documentos base de este análisis ha sido el Informe preliminar del Director General de la UNESCO, Ref: CLT/CPD/2005/CONF.203/6. París, 3 de marzo de 2005.

creatividad del autor pero también las inversiones que realizan terceras personas para la divulgación de las obras. Hasta ahora no encontramos nada nuevo en el panorama del derecho de autor si nos remontamos a sus orígenes. Pero el derecho de autor ha evolucionado y no solamente proporciona protección al autor y a los titulares de los derechos de explotación, sino que existen otros agentes que son titulares de derechos propios, nos referimos a los derechos conexos al derecho de autor³⁵⁷. En este caso, incluso aquellos productos que no lleguen a la categoría de obras pueden ser objeto de protección, tales como las bases de datos o meras fotografías. A la par que los derechos conexos se incorporan como objeto de protección del derecho de autor, se introduce un nuevo concepto en la explotación de las obras, mediante el cual, no es necesaria la autorización del autor para el uso de las obras y a cambio se le otorga una remuneración compensatoria. La gestión, recaudación y administración de este derecho se hace mediante las entidades de gestión colectiva del derecho de autor, apareciendo otro nuevo sujeto en la escena con intereses propios que también serán reivindicados.

El panorama actual puede sintetizarse de la siguiente manera: un autor crea una obra y para que pueda obtener beneficios económicos mediante la explotación de su actividad creativa, requiere la participación de múltiples agentes, la consecuencia lógica, es que para que dicha obra pueda producir rendimientos suficientes para todos los agentes implicados, el monopolio ha de ser cada vez mayor e impedir cualquier tipo de uso que no produzca rendimientos económicos³⁵⁸. El problema no lo ocasionan los usuarios

³⁵⁷ Cfr. Antonio Cabanillas Sánchez, "Libro II de los otros derechos de propiedad intelectual. Título Primero. Derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes", en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Op. Cit. Pág. 1521-1612.

³⁵⁸ Cfr. Andrés Ollero Tassara, "Entre creación y propiedad. El problemático carácter «fundamental» de los derechos del autor" en *Anuario de Derechos Humanos*. Instituto de Derechos Humanos. Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid. Nº 5, 1988-1989. Pág. 131-157. El autor analizando el contenido del derecho de autor, llega a constatar la existencia de derechos de terceros sobre la obra creada: "Que otras personas, sin ser creadoras de su obra, puedan compartir con el autor alguno de sus derechos sobre ella no supone obstáculo alguno para el reconocimiento del protagonismo que al autor le corresponde en este ámbito jurídico." Pág. 135.

accediendo a las obras sino la ambición sin límites de los agentes que exigen la parte que les corresponde por la explotación de las obras.

Esta circunstancia hace necesario que los derechos de autor sean contemplados desde una perspectiva real, obligándonos a replantear los conceptos y volver a encontrar la esencia o el verdadero núcleo de protección³⁵⁹. Indudablemente que en esta actividad el Estado tiene un papel determinante y sobre todo el legislador, expresión de la voluntad popular en una sociedad democrática. Es pues preciso determinar en estos momentos en los que se han de introducir cambios en la legislación del derecho de autor, cuál es el objeto de protección y quién o quiénes son los sujetos protegidos³⁶⁰.

1.1 Obligaciones de los poderes públicos derivadas de la Constitución

Cuando iniciamos este trabajo, nos preguntamos acerca del mandato constitucional del artículo 44.1 CE³⁶¹, porque constatamos que dentro del texto de nuestra Constitución, existían ciertas diferencias que aparentemente dividían a los derechos humanos en diferentes categorías³⁶². El análisis demostró, que las divisiones o diferencias encontradas, no responden al establecimiento de

³⁵⁹ Idem. En su análisis el autor trata de ubicar al derecho de autor como un derecho fundamental, y para ello, parte de un análisis del Art. 20 CE, constando que en esencia lo que se debe proteger es la creatividad y lo contrasta con el Art. 33 CE que rige al derecho de propiedad.

³⁶⁰ Cfr. Pierre-Henri Imbert, "Los derechos humanos en la actualidad", en *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*. Op. Cit. Pág 81-85. El autor advierte que incluso en las sociedades democráticas pueden haber problemas con los derechos humanos e incluso violaciones que están silenciadas y se manifiestan de diferentes formas: xenofobia, racismo, etc., llegando a constatar que la Ley no es la única herramienta para su desarrollo y defensa, sino una educación que nos lleva a considerarlos en todos los aspectos de nuestra vida.

³⁶¹ V. Supra. Parte I, 1.1, iv) Pág. 39.

³⁶² Cfr. Antonio-Enrique Pérez Luño, "Análisis funcional de los derechos fundamentales" en *Anuario de Derechos Humanos*, nº 5, 1988-89, Pág. 177-202. Edit. Universidad Complutense de Madrid. El análisis del autor, parte de la constatación de una evolución en la concepción de los derechos fundamentales, que denomina como "generacional" y donde distingue una primera fase correspondiente a los derechos y libertades individuales; una segunda, donde se ubican los derechos económicos, sociales y culturales; y finalmente, los que denomina "de tercera generación" y donde pueden quedar comprendidos el derecho a la paz, a la calidad de vida o libertad informática (Pág. 186).

una jerarquía en los derechos fundamentales, sino a los mecanismos de control que son distintos³⁶³.

Nuestro estudio nos ha llevado a considerar que los derechos fundamentales no pueden ser tratados de forma jerárquica, sino como un bloque compacto o paquete de derechos que le pertenecen al individuo y que interactúan entre sí. Es pues, tarea del Estado encontrar el justo equilibrio que permita garantizar su plena eficacia y desarrollo dentro del ordenamiento jurídico³⁶⁴.

La indivisibilidad de los derechos fundamentales, también corresponde al concepto de paquete único reconocido en los instrumentos internacionales sobre derechos fundamentales, criterio que también ha adoptado nuestro Tribunal Constitucional, por ello, el Estado está obligado a establecer garantías para su existencia, donde no se pueden admitir separaciones entre ellos, lo que equivale a afirmar que en materia de derechos fundamentales no se pueden excluir unos en detrimento de otros. El Estado debe garantizar a todos los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución, sin que prevalezcan unos por encima de otros³⁶⁵.

Partiendo de estas premisas que nos permiten responder de forma negativa a la pregunta de si deben existir jerarquías entre los derechos fundamentales, debemos continuar con nuestro análisis para responder a la siguiente cuestión

³⁶³ El análisis de la eficacia del derecho de acceso a la cultura y los mecanismos de control será el objeto de este primer punto, ya que como antes hemos constatado, estos derechos no acceden al recurso de amparo, pero no por ello podemos afirmar que no sean eficaces o que su existencia no pueda ser garantizada por los poderes públicos. Cfr. Karl-Peter Sommermann, "El desarrollo de los derechos humanos desde la declaración universal de 1948", en *Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el tercer milenio*. Ed. Marcial Pons. Madrid, 1996, Pág. 97-112.

³⁶⁴ V. Supra. Parte I, 1.2 y 1.3. Págs. 41 y ss. Para ampliar información, consultar el artículo de Pedro De Vega García, Dificultades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad (en caso de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales), en *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*. Op. cit. Pág. 265 y ss.

³⁶⁵ V. Supra, Parte I, 1.3, Pág. 41. Ver para ampliar información, Antonio-Enrique Pérez Luño, "Derechos Humanos y Constitucionalismo en la actualidad: ¿continuidad o cambio de paradigma?", en *Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el tercer milenio*, Op. Cit. Pág. 11-52.

que hemos planteado anteriormente³⁶⁶ y que atañe ya al derecho de acceso a la cultura³⁶⁷.

¿Qué mecanismos existen para garantizar el derecho de acceso a la cultura? En este punto, debemos analizar que ocurre cuando entran en colisión derechos fundamentales consagrados por la Constitución y, en particular, para aquellos que no pueden acceder al recurso de amparo. ¿Contamos con mecanismos de control?

En las primeras páginas de este trabajo habíamos esbozado una línea de protección y defensa para aquellos derechos fundamentales, que no tienen acceso al recurso de amparo³⁶⁸, pero cuentan con el mecanismo establecido en el artículo 53.3 de la Constitución³⁶⁹:

“El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”.

Esta disposición contiene un triple mandato para los poderes públicos: (1º) impone la obligación de incorporarlos en el ordenamiento jurídico, lo cual sin duda alude al proceso legislativo; (2º) establece un criterio aplicable a la

³⁶⁶ V. Supra. Parte I. 1.1, i) Pág. 21.

³⁶⁷ Cfr. Enric Fossa, *Regions i Sector cultural a Europa. Estudi comparat: Bèlgica, França, Itàlia, RFA i Espanya*. Generalitat de Catalunya. Institut d'Estudis Autònoms. Barcelona, 1990. Pág. 25. El autor llega a considerar que el derecho consagrado por el artículo 44.1 de la Constitución española es un derecho de acceso que lo sitúa dentro de los derechos de «tercera generación en cuso de gestación» y lo expresa de la siguiente manera: “Per això, l’art. 44 CE no consagraria un dret a la cultura, el qual presenta serioses dificultats per a ser definit, sinó el *dret de accés* a la cultura, entès com «la facultat de disposar dels mitjans necessaris per al coneixement i assimilació dels valors culturals inherents a la societat» (Gálvez, 1985;514) en consonància amb l’art. 9.2 CE que obliga els poders públics a facilitar la participació de tots els ciutadans en la vida cultural”.

³⁶⁸ V. Supra. Parte I. 1.1, ii). Pág. 24 y ss., en particular las sentencias del Tribunal Constitucional.

³⁶⁹ Cfr. Enric Fossa, Op. Cit. idem. “La doctrina ha deduït de l’art. 53.3 CE que els principis rectors, per una part, no són vertaders drets però, per l’altra, en virtut de la supremacia pròpia de totes les normes contingudes a la Constitució (art. 9.1. CE), son també normes jurídiques

actividad judicial para la interpretación y aplicación del derecho; e (3º) impone una obligación tan amplia y extensa que obliga a los poderes públicos a considerarlos en distintos aspectos de su actividad, incluso cuando no se trate ni de desarrollarlo o aplicarlos. Ello supone que actos de los poderes públicos, como pueden ser la actividad legislativa de una materia distinta, por ejemplo, la regulación de la propiedad intelectual, debe tener en consideración los derechos reconocidos en el Capítulo tercero, siguiendo con nuestro ejemplo, el derecho de acceso a la cultura se debería tener en consideración para la regulación del derecho de autor, para evitar colisiones entre ambos. Aparece así un elemento clave en nuestro trabajo, ya que se advierte la relevancia de la ponderación o valoración de los derechos fundamentales, para encontrar el equilibrio que permita garantizar su plena eficacia. La ponderación debe realizarse siempre durante el proceso de elaboración de las leyes cuando se regulan materias que puedan afectarlos. De esta manera, la valoración previa evitaría la colisión entre los derechos confrontados garantizando su existencia y eficacia³⁷⁰.

Partiendo de este triple mandato de la Constitución a los poderes públicos, vamos a analizar, si el Estado asume sus obligaciones en relación con el derecho de acceso a la cultura³⁷¹.

que obliguen a tots el poders públics i, per tant, poder ser invocats com a criteri interpretatiu davant dels Tribunals ordinaris i davant del Tribunal Constitucional”.

³⁷⁰ Para una información más amplia, consultar el artículo de Luis María Díez-Picazo Giménez, “Desarrollo y regulación de los derechos fundamentales” en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, num. 20/2001. Ed. Aranzadi, S. A. Pamplona 2002.

³⁷¹ Cfr. Enric Fossas, *Regions i Sector cultural a Europa. Estudi comparat: Bèlgica, França, Itàlia, RFA, i Espanta*. Generalitat de Catalunya. Institut d’Estudis Autonòmics. Barcelona, 1990. El autor se cuestiona sobre el valor jurídic del dret a la cultura inclòid en un principi de limitada efectivitat: “La doctrina ha deduït de l’art. 53.3 CE que els principis rectoris, per una part, no són veritables drets però, per l’altra, en virtut de la supremàcia pròpia de totes les normes contingudes a la Constitució (art. 9.1 CE), són també normes jurídiques que obliguen tots el poders públics i, per tant, poder ser invocats com a criteri interpretatiu davant dels Tribunals Ordinaris i davant del Tribunal Constitucional.” Op. Cit. Pàg. 25.

1.2 El desarrollo legislativo del derecho de acceso a la cultura

El primer punto del mandato constitucional hace referencia a la incorporación en el ordenamiento jurídico de los derechos fundamentales, actividad que se realiza a través del proceso legislativo³⁷², ya que los principios contenidos en la Constitución requieren necesariamente de su incorporación o desarrollo legal para que puedan ser aplicados. Este es el criterio del Tribunal Constitucional, reiterado en las sentencias: STC 71/1982, FJ3º; STC 189/1987, FJ10º; y STC 53/1985, FJ 4º³⁷³.

Tenemos pues, que el mandato de la Constitución del artículo 44.1 requiere de un desarrollo posterior, una actividad del poder legislativo, para que el derecho de acceso a la cultura sea eficaz y pueda aplicarse. Corresponde ahora analizar si se ha dado cumplimiento a este requisito, revisando el marco legal donde queda comprendido el derecho de acceso a la cultura.

Un estudio realizado por Luis María Cazorla Prieto, sobre la cultura en el marco de la Constitución³⁷⁴, pone de manifiesto la importancia de los derechos culturales en nuestra Constitución y la amplitud del concepto, cuyo contenido se extiende a la regulación de diversas materias relacionadas. El autor utiliza el término de Constitución cultural³⁷⁵, para establecer el contenido de los derechos culturales, constatando que el término cultura y la referencia a los derechos culturales, se encuentran dispersos y repetidos en distintas partes de nuestro texto constitucional³⁷⁶. De esta forma, encontramos referencias a la cultura en

³⁷² V. Supra. Parte I, 1.1, ii), Pág. 24 y ss.

³⁷³ V. Supra. La reproducción de las Sentencias en la Parte I. Págs 24 y ss.

³⁷⁴ Luis María Cazorla Prieto. "La cultura en el marco de la Constitución de 1978 y de su desarrollo legislativo", en *20 años de ordenamiento constitucional. Homenaje a Estanislao de Aranzadi*. Editorial Aranzadi, Pamplona, 1999.

³⁷⁵ Este término acuñado y desarrollado por Peter Häberle ha sido objeto de estudio por distintos autores. Cfr. Peter Häberle, "la «Teoría de la Constitución como ciencia cultural» en el ejemplo de los cincuenta años de la Ley fundamental" en *Derecho constitucional y cultura. Estudios en homenaje a Peter Häberle*. Tecnos 2004, Págs. 23-41.

³⁷⁶ Idem. Op. Cit. Pág. 150-151.

distintas partes de la Constitución: en el Preámbulo³⁷⁷, en el Título preliminar³⁷⁸, en el Título I, capítulo segundo³⁷⁹ y tercero³⁸⁰ y en el Título VIII, capítulo tercero³⁸¹. Es pues, un hecho cierto que nuestra Constitución está impregnada de los valores culturales, esto nos lleva necesariamente a considerar que la actividad de los poderes públicos frente a los derechos culturales es compleja, debido no solamente a la amplitud de la materia caracterizada por el amplio contenido de estos, sino que también es preciso considerar a los entes implicados que también son diversos y dispersos³⁸².

En cuanto al desarrollo de los derechos culturales de nuestra Constitución, podemos encontrar un enorme abanico de disposiciones que se corresponden con la amplia materia que comprende este vasto enunciado. De hecho, la recopilación de todas estas disposiciones, que regulan las materias

³⁷⁷ Preámbulo de la Constitución Española de 1978. "Proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones", (párrafo 4º). "Promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida" (párrafo 5º).

³⁷⁸ Art. 3.3 CE "La riqueza de las distintas modalidades lingüísticas de España es un patrimonio cultural que será objeto de especial respeto y protección". Y Art. 9.2 CE "Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social".

³⁷⁹ CE. Título I, De los derechos y deberes fundamentales. Capítulo segundo, "Derechos y libertades". De forma general tanto el artículo 20 que consagra la libertad de expresión, reconoce expresamente tanto la libertad de producción y creación como la libertad de cátedra; como el artículo 27 que proclama el derecho a la educación, están vinculados directamente con los derechos culturales aunque no lo digan expresamente. En el artículo 25.2 CE, se reconoce el derecho de los reclusos al acceso a la cultura.

³⁸⁰ El artículo más relevante en relación con la cultura, es sin lugar a dudas el Art. 44.1 CE "Los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, a la que todos tiene derecho". No obstante, en este apartado, la Constitución enumera derechos de los ciudadanos que, según el autor, pueden quedar comprendidos en los derechos culturales: "el fomento de la educación física y el deporte" Art. 43.3, y aunque el autor no lo incluya, en el mismo artículo 43.3 también se establece que los poderes públicos "...facilitarán la adecuada utilización del ocio". El artículo 46 sobre el patrimonio histórico, cultural y artístico. El artículo 48, relativo a la promoción de la participación de la juventud en el desarrollo cultural. El artículo 50 que garantiza el derecho a la cultura a las personas mayores.

³⁸¹ Los derechos culturales son también un capítulo importante en la organización territorial, quedando reconocidos en los artículos 143.1, 148 y 149 CE. Es importante considerar que las Comunidades Autónomas gozan de competencias en materias culturales.

³⁸² El tratamiento de los beneficiarios del derecho a la cultura, lo realizaremos en siguiente punto (2), no obstante podemos adelantar que es un tema complejo por su indefinición. Cfr. Nicolás López Calera, *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*. Ariel Derecho, Barcelona 2000. Ma. Eugenia Rodríguez Palop, *La nueva generación de derechos humanos. Origen y justificación*. Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson. 2002.

comprendidas en el ámbito de los derechos culturales nos llevaría a la conclusión de que efectivamente los poderes públicos se han ocupado del desarrollo de estos derechos³⁸³. Pero no debemos perder de vista, que los derechos culturales recogidos en nuestra Constitución son de diversa naturaleza y nuestro objetivo es analizar la relación entre el derecho de autor y el derecho de acceso a la cultura³⁸⁴. Por ello, no podemos detenernos en el estudio de todos los derechos culturales, sino de aquel que nos interesa y que es el comprendido en el artículo 44.1 de nuestra Constitución: el derecho de acceso a la cultura, cuyo contenido ya es bastante extenso.

En consecuencia, el deber de promover y tutelar el acceso a la cultura, supone una obligación extensísima, casi ilimitada, si atendemos al amplio concepto de cultura, donde quedan comprendidas las garantías que los poderes públicos deben prever para la creación cultural, la difusión y comunicación - que suponen el respeto de derechos fundamentales tales como la libertad de expresión y la enseñanza o educación-³⁸⁵; así como, la protección de los bienes creados a través de los mecanismos de protección de la propiedad intelectual y la conservación de los mismos; y, por último, los mecanismos o vías que se proponen para que los todos puedan disfrutar de la cultura creada³⁸⁶.

En este contexto, debemos analizar si la regulación del derecho de autor es compatible con el derecho de acceso a la cultura³⁸⁷. Para ello, hemos de

³⁸³ Cfr. Luis María Cazorla Prieto, *Op. Cit.* Págs 154-165, el autor realiza un estudio sobre el desarrollo legislativo relativo a los derechos culturales de la Constitución española en los 20 años de su vigencia.

³⁸⁴ Cfr. Álvaro Garzón, "Planteamiento. Panorámica y perspectivas globales" Págs. 35-45. Esteban de la Puente, "Su perfil en el orden Constitucional Español", Págs. 47-64; Ricardo Antequera Parili, "El derecho de autor y el derecho a la cultura", Págs. 65-78, en *El derecho de autor, los derechos conexos y el derecho a la cultura en el marco de los derechos humanos y las garantías constitucionales*. Primera sesión plenaria del I Congreso Iberoamericano en Propiedad Intelectual. Editado por el Ministerio de Cultura. Madrid, 1991. Tomo I,

³⁸⁵ En este punto debemos hacer referencia al Art. 9 de la Declaración Universal sobre Diversidad Cultural UNESCO, de "Las políticas culturales, catalizadoras de la creatividad", donde se establece que la finalidad de las políticas culturales es de garantizar la libre circulación de las ideas y de las obras (V. *Supra*, Parte I, 1.4, página 60 y ss.).

³⁸⁶ Cfr. Ricardo Antequera Pireli, "El derecho de autor y el derecho a la cultura", en *I. Congreso Iberoamericano*, *Op. Cit.* Pág. 69.

³⁸⁷ Cfr. Esteban De la Puente, "Su perfil en el orden Constitucional Español", en *I. Congreso Iberoamericano*, *Op. Cit.* Pág 64 "Este derecho de acceso a la cultura que en muchas ocasiones

considerar cuales son los requisitos que se deben reunir para que exista un derecho efectivo de acceso a la cultura.

En este sentido, el desarrollo del artículo 44.1 CE pocos argumentos puede aportarnos, ya que no se establece relación de interdependencia entre el derecho de autor y el derecho a la cultura, a pesar de que ambos se encuentran íntimamente conectados:

“Sin autor no hay obra. Toda creación se nutre de un orden cultural preexistente. La desprotección al autor desalienta la creatividad intelectual”³⁸⁸.

La premisa establecida por R. Antequera Parili, refleja fielmente cuál es el fundamento de la protección del derecho de autor y la necesidad de salvaguardar la cultura preexistente, única forma de garantizar el desarrollo de la creatividad.

El reto pues, consiste en alcanzar un equilibrio entre la protección elevada del derecho de autor y el fomento a la cultura propiciando una divulgación adecuada de las obras. Por esta razón, aunque el artículo 44.1 CE no lo diga expresamente, el derecho a la cultura requiere que la protección elevada que debe garantizar el Estado al autor no desconozca el derecho fundamental de acceso a la cultura.

De esta forma, podemos entender que la obligación de los poderes públicos comprende no solamente el desarrollo de políticas culturales que permitan alcanzar la finalidad prevista en la Constitución³⁸⁹, es también imperativo que exista un control en la regulación de la materia, evitando a toda costa que

habrá de significar una limitación de los derechos exclusivos de los autores y titulares de derechos de propiedad intelectual, se inserta en nuestra legislación reciente en esta materia.”

³⁸⁸ Cfr. Sobre la interdependencia del derecho de autor y el derecho a la cultura, consultar la ponencia de Ricardo Antequera Parili. “El derecho de autor y el derecho a la cultura”. Op. Cit. Pág. 70.

³⁸⁹ Op. cit. Idem. V. sobre las propuestas de políticas culturales propicias para el derecho a la cultura que a su vez son favorables a los autores y suponen un aliciente a la creatividad.

pueda suprimirse o limitarse el derecho de acceso a la cultura en aras de alcanzar una mayor protección de la propiedad intelectual³⁹⁰.

1.3 La interpretación y aplicación del derecho de acceso a la cultura

Si la actividad legislativa para el desarrollo de los derechos culturales puede calificarse de positiva en general, todavía no hemos logrado despejar las lagunas o vacíos sobre el desarrollo legislativo del derecho de acceso a la cultura. Y ello es debido a una doble dificultad, por un lado, el amplio contenido de los derechos culturales impone que la obligación de acceso se aplique a todos ellos y, de otra parte, porque hacer una recopilación de toda la normativa que suponga una regulación o desarrollo del derecho de acceso a la cultura supone un enorme trabajo que poco puede aportar a nuestra investigación, puesto que nuestra finalidad no es hacer un estudio exhaustivo del mandato constitucional del artículo 44.1 CE, tan sólo necesitamos saber si éste derecho es aplicable. Por ello, los interrogantes que aun tenemos los iremos despejando durante el desarrollo de este capítulo, siempre orientados por nuestro objeto de investigación. Para ello vamos a analizar si la extensa normativa que ha sido desarrollada para garantizar el derecho de acceso a la cultura ha sido aplicada y cuales son los criterios de interpretación.

Hemos tenido ocasión de apreciar que el desarrollo legislativo de los derechos culturales abarca un campo tan extenso que nos impide conocer con exactitud su alcance debido a que el análisis de toda la normativa relacionada nos llevaría a distraer en nuestro objeto de estudio. No obstante, hemos podido constatar que efectivamente se ha realizado una importante actividad por parte de los poderes públicos en esta materia, pero esta circunstancia no nos deja del todo satisfechos, puesto que seguimos sin encontrar una disposición específica que desarrolle el artículo 44.1 CE. Podemos entender que el ámbito de aplicación

³⁹⁰ Op. Cit. Idem. V. sobre las propuestas que permiten el goce de las obras y que no causan daño a los intereses económicos o morales del autor. Págs. 74-76.

del derecho de acceso a la cultura es amplio y se encuentra vinculado al resto de los derechos culturales e incluso a derechos afines, pero esta situación nos crea incertidumbre sobre las obligaciones del Estado³⁹¹ y los derechos de los ciudadanos³⁹² que no están definidas y por ello hablar de la aplicación del derecho de acceso a la cultura puede parecer una abstracción irreal. Consientes de esta dificultad, vamos a intentar encontrar criterios de aplicación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, advirtiendo que los conflictos que resuelven las sentencias analizadas, se refieren básicamente a cuestiones de competencias y no al contenido del derecho. Es decir, la finalidad de estas sentencias no ha sido analizar la normativa que desarrolla el derecho de acceso a la cultura, sino resolver conflictos de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, en relación con la aplicación de determinadas disposiciones, cuestiones que como antes indicamos no son objeto de nuestra investigación. Nuestro análisis tiene una perspectiva distinta, trata de encontrar una relación o vinculación de los poderes públicos con el derecho de acceso a la cultura, intentando establecer si este objetivo es o no contemplado en la interpretación y aplicación del derecho.

Para ello, será preciso establecer si existe normativa que desarrolla al artículo 44.1 CE y si ésta ha sido interpretada o aplicada por nuestros tribunales.

En este sentido, la Sentencia núm. 84/1983 del Tribunal Constitucional, proporciona apoyo a nuestros argumentos al reconocer, por un lado, la dificultad de acotar o delimitar el concepto de cultura y, por otra parte, que el contenido del mandato constitucional a los poderes públicos abarca la

³⁹¹ Sobre el reconocimiento del mandato constitucional a los poderes públicos para desarrollar los cometidos culturales y hacer posible el derecho de acceso a la cultura, consultar la obra de Enric Fossas, Op. Cit. Pág. 26 "La incorporació del dret a la cultura al Dret positiu es realitzaria, com assenyala Peces-Barba (1988:207), mitjançant normes que ordenen (als poders públics) realitzar conductes positives tendents a crear serveis públics que facilitin o facin possible una acció promocional positiva. La seva realització precisa una participació activa dels poders públics, una tasca cultural de l'Estat que molt bé es pot calificar de constitucional, car s'extreu d'una lectura sistemàtica del text constitucional...".

³⁹² Enric Fossa, Op. Cit. Idem. "Pel que fa a l'àmbit subjectiu, els destinataris de l'acció pública cultural són tots els ciutadans, el que no impedeix que es contemplin casos de grups o col·lectius específics:...".

conservación, difusión y creación cultural³⁹³. En este caso, se hace especial referencia a la actividad de promoción y difusión cultural.

"... hay que observar que el Real Decreto que incluye el precepto hoy polémico regula la distribución de créditos para financiar inversiones «de carácter cultural» a realizar con motivo de la efemérides a que ya se aludió, con expresa referencia a museos, archivos, bibliotecas, edificios con valor histórico o artísticos, teatros, salas de conciertos, exposiciones y conferencias o centros análogos, tratándose de la conservación, difusión y creación de «la cultura española»; y siendo ello así, entendido, de una parte, áreas muy amplias y genéricas alusiones a la cultura y a lo cultural y, de otra, cuando la norma desciende a específicas y concretas determinaciones, a la apelación a museos y demás instituciones o centros que antes detallamos siguiendo la numeración que el Real Decreto contiene, parece adecuado aceptar la pretensión que ejercita la Generalidad de Cataluña partiendo de la base del impreciso deslinde competencial en esta materia de «cultura», donde la terminología utilizada en el bloque constitucional está impregnada de la amplitud y generalidad propia de este término, derivada de las consiguientes imprecisiones conceptuales y dificultades prácticas para establecer ámbitos competenciales excluyentes,..."³⁹⁴

Los conflictos resueltos por el Tribunal Constitucional nos permiten observar que en materia de cultura, la regulación ha sido abundante y que en este desarrollo concurre el Estado con las Comunidades Autónomas. Si bien, los aspectos de distribución de competencias no son objeto de nuestro estudio, las resoluciones del Tribunal Constitucional nos ilustran sobre el extenso ámbito de aplicación de la normativa de cultura y su dificultad para acotarla.

"La afirmación de que la competencia sobre cultura del art. 149.2 no constituye un título que se superpone sin más a los demás títulos específicos ha sido reiteradamente corroborada de forma implícita por este Tribunal en las numerosas resoluciones en las

³⁹³ Cfr. Enric Fossa, Op. Cit. Idem. El autor considera que, en cuanto al ámbito funcional, la acción de los poderes públicos en relación con el mandato constitucional, comprende la obligación de conservación, fomento y la prestación de servicios de carácter cultural.

³⁹⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 84/1983 de 24 de octubre, sobre el Conflicto positivo de competencias número 343/1982. F.J..

que ha procurado delimitar con minuciosidad los ámbitos correspondientes a cultura y los relativos a materias afines o colindantes como espectáculos.”³⁹⁵

En otro caso, el Tribunal Constitucional conoció del recurso de inconstitucionalidad promovido por el Consejo Ejecutivo de la Generalitat de Catalunya, sobre algunas disposiciones de la Ley 1/1982 de 24 de febrero de 1982, que regula las salas especiales de exhibición cinematográficas y tasas de licencia y doblaje, considerando que estas actividades se realizan para la promoción cultural prevista en el artículo 44.1 CE.

“La calificación de películas de «arte y ensayo» (art. 7.º) es un medio que con técnicas de fomento se orienta a la promoción y tutela de un bien cultural y que en definitiva se sitúa dentro de uno de los principios proclamados por la CE (art. 44.1). En el caso del artículo 7.º la protección se dirige a películas de nacionalidad española o extranjera, estas últimas en versión original, subtituladas o no, de interés cultural, y se dota mediante estímulos fiscales (art. 8.º) cuando la exhibición de la película calificada se hace en salas también calificadas. Se trata en este caso, de una actividad de fomento de bienes culturales a la que se sirve mediante estímulos positivos desgravatorios, esto es, mediante exenciones tributarias de carácter objetivo.”³⁹⁶.

Esto nos demuestra una actividad positiva de los poderes públicos³⁹⁷ tanto de la obligación de incorporación en el ordenamiento jurídico del mandato constitucional que requiere el acceso a la cultura, así como, su consideración en la interpretación y aplicación del derecho.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional también nos aporta elementos para conocer los ámbitos a los que puede ser aplicable el derecho de acceso a la cultura. Así, la Sentencia nº 1996/16 considera como materias comprendidas

³⁹⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional, núm. 109/1996 de 13 de junio, sobre el Conflicto positivo de competencia número 2390/1989. Es importante señalar que esta Sentencia reitera principios consagrados en las anteriores STC 84/1983, 17/1991, 153/1985 entre otras.

³⁹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de abril de 1984, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad número 182/1982. Ref. RTC 1984/49 FJ.

³⁹⁷ Es importante poner el acento en que la normativa analizada ya sea que provenga de la actividad del Estado o bien de las Comunidades Autónomas, trata en todo caso del desarrollo del artículo 44.1 CE, ya sea de forma directa o indirecta.

en el ámbito de la cultura las relativas a archivos, museos, bibliotecas, libros, promociones y publicaciones culturales, la cinematografía y las artes audiovisuales, reconociendo y aplicando el mandato constitucional como "*labor de fomento y apoyo*" (la cursiva es mía).

"Esta argumentación no puede ser compartida por este Tribunal, toda vez que, en jurisprudencia constante, se ha venido sosteniendo que la materia «cultura» atañe a la competencia propia tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas (por todas, STC 49/1984 (RTC 1984\49), fundamento jurídico 6º.). De ahí que el Estado, en virtud del art. 149.2 CE, pueda desempeñar una labor de fomento y apoyo de las diversas manifestaciones culturales (STC 157/1985 (RTC 1985\157), fundamento jurídico 4º.); tarea de fomento que, obviamente, como se reseñó expresamente en el fundamento jurídico 2º. de la STC 84/1983 (RTC 1983\84), abarca también la financiación de inversiones «de carácter cultural» relativas a los archivos. En suma, nada cabe objetar desde el punto de vista competencial a estas partidas presupuestarias"³⁹⁸.

Por otra parte, la Sentencia núm. 106/1987, del Tribunal Constitucional, reconoció que a pesar de haber concurrencia en las competencias entre el Estado y la Generalitat de Catalunya en materia de cultura, es admisible que las Comunidades Autónomas puedan desarrollar políticas culturales propias³⁹⁹.

"Ello permite, además, que las demás Comunidades Autónomas también dotadas de competencia en la materia, aunque no cuenten con una infraestructura productora cinematográfica, puedan llevar a cabo también una política cultural propia en materia de cinematografía, dentro de su propio territorio. En consecuencia, ha de reconocerse la competencia de la Generalidad de Cataluña para realizar tal declaración en relación

³⁹⁸ En este asunto, se discutían cuestiones de competencias de las Comunidades Autónomas en materia de financiación en diversas partidas del presupuesto, incluso contemplaban materias relacionadas a la cultura, tales como la enseñanza, educación y deporte, no obstante, se tratan de forma diferenciada por el Tribunal, aportando así un criterio para su autonomía en relación con los derechos afines (Sentencia del Tribunal Constitucional, núm. 16/1996 del 1 de febrero (Recurso de Inconstitucionalidad 2280/1990).

³⁹⁹ Cfr. Enric Fossa, El autor destaca que nuestra Constitución reconoce como principios que deben guiar la acción de los poderes públicos, tanto el respeto de la diversidad cultural y lingüística como la organización territorial, que permite a las Comunidades Autónomas crear sus propias políticas culturales.

con las películas, sea cual sea su lugar de producción, que se exhiban dentro del territorio de Cataluña.”⁴⁰⁰

En resumen, debemos admitir que el derecho de acceso a la cultura se encuentra desarrollado en nuestro ordenamiento jurídico y ha sido considerado en la aplicación e interpretación de las normas por los Tribunales. Si bien hemos de admitir, que no se ha desarrollado una definición del derecho⁴⁰¹ ni una delimitación de su ámbito de aplicación⁴⁰², lo cual, no resta importancia ni eficacia al derecho de acceso a la cultura⁴⁰³.

1.4 La consideración del derecho de acceso a la cultura en los distintos aspectos de la actividad de los poderes públicos.

Hemos tenido ocasión de comprobar que el derecho de acceso a la cultura ha sido desarrollado por normas muy diversas que abarcan los distintos ámbitos de la actividad cultural y que ha sido objeto de interpretación, si bien, en ningún caso hemos podido constatar un litigio o controversia entre el derecho de

⁴⁰⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 106/1987, de 25 de junio. FJ.

⁴⁰¹ La Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 17/1997 de 31 de enero, en su F.J., hace un intento de definición del término cultura dentro del marco de distribución de competencias: «la cultura es algo de la competencia propia e institucional, tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas...», para llegar a reconocer que «Esta es la razón a que obedece el art. 149.2 C. E. en el que después de reconocer la competencia autonómica se afirma una competencia estatal, poniendo el acento en el servicio de la cultura como deber y atribución esencial». Observamos que la definición que proporciona el Tribunal tiene una finalidad clara: establecer el criterio para las competencias concurrentes entre el Estado y las Comunidades Autónomas, pero no la delimitación del mandato constitucional del Art. 41 CE.

⁴⁰² Además de las Sentencias analizadas, donde se demuestra el extenso ámbito de aplicación de los derechos culturales, lo que supone que en todos estos se ha de garantizar el derecho de acceso, hemos de añadir que también se ha considerado parte del mandato constitucional del artículo 44.1 CE la creación de ayudas aplicables al sector del libro, incluyendo la comercialización, como parte del mandato constitucional: “el Estado puede regular la concesión de ayudas y subvenciones al sector del libro para fomentar la difusión de la cultura escrita común a todos los pueblos que lo conforman” (STC 71/1997), así como la aplicación de partidas presupuestarias para fines culturales (STC 17/1996).

⁴⁰³ Cfr. Antonio-Enrique Pérez Luño, “Análisis funcional de los derechos fundamentales” Op. Cit. “La interpretación funcional de los distintos derechos y libertades hace patente la pluralidad de funciones o dimensiones que éstos desempeñan en el sistema constitucional, al actuar como instrumentos de defensa y elementos integradores del ordenamiento jurídico, como derechos de participación y garantías jurisdiccionales, como derechos a prestaciones y orientaciones para el legislador” (Pág. 193).

acceso a la cultura y otro derecho ya sea fundamental o bien, un derecho de propiedad⁴⁰⁴. Por esta razón, no hemos avanzado en la definición de las obligaciones que impone el mandato constitucional, no obstante aun nos queda analizar qué tipo de obligación supone tener en consideración al derecho de acceso a la cultura en "la actuación de los poderes públicos"⁴⁰⁵.

Es justamente en este punto, donde nuestro trabajo cobra importancia puesto que nuestra finalidad es analizar los cambios que se introducirán en nuestra legislación por la incorporación de la Directiva comunitaria 2001/29/CE (en adelante DDDASI). Es necesario hacer una reflexión que nos permita valorar si la existencia del derecho a la cultura puede suponer un límite en la regulación del derecho de autor y si este límite es adecuado, es decir, si es propicio a la creatividad o supone un obstáculo.

Para ello, habrá que examinar si nuestro ordenamiento jurídico cuenta con mecanismos que permitan realizar esta valoración y si ésta puede suponer una garantía para la eficacia de los derechos fundamentales y/o un medio de control de la actividad de los poderes públicos.

i) El límite de los derechos fundamentales

¿Se pueden limitar los derechos fundamentales?⁴⁰⁶ Con esta pregunta, L. Prieto Sanchís, inicia su estudio sobre los límites que deben admitir los derechos

⁴⁰⁴ En este sentido, tampoco cabría introducir la noción de inconstitucionalidad por omisión, por dos motivos: 1º. Porque se ha constatado una intensa actividad de los poderes públicos en materia de cultura y en particular, en acciones encaminadas a dar cumplimiento al mandato constitucional de acceso a la cultura, y 2º, porque este argumento ha sido rechazado por el Tribunal Constitucional. STC 127/1991, de 31 de enero: "Tampoco puede admitirse, como sostiene la Comunidad Autónoma de Galicia, que la falta de precisión sobre quién sea la Administración Pública competente para la declaración de integración en el patrimonio histórico de un bien salvo en el caso de la declaración de bienes de interés cultural lo vicie de inconstitucionalidad por la inseguridad jurídica que crea."

⁴⁰⁵ Art. 53.3 CE. Cfr. Con la opinión de Enric Fossa, Op. Cit. Pág. 27.

⁴⁰⁶ Luis Prieto Sanchís, en *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Con esta pregunta inicia el autor el análisis de "La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades", capítulo 5. Editorial Trotta. Madrid, 2003

fundamentales. En la páginas precedentes afirmamos que los derechos fundamentales no pueden aceptar jerarquías y, por lo tanto, el equilibrio entre ellos se debe encontrar tanto en su regulación y desarrollo como en la aplicación de las normas por los tribunales. Esta forma de limitación de los derechos fundamentales ha sido admitida por el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 11/1981, donde introduce la noción del contenido esencial de los derechos fundamentales, como criterio de valoración para la aplicación de los límites a los derechos fundamentales.

“La Constitución establece por sí misma los límites de los derechos fundamentales en algunas ocasiones. En otras ocasiones el límite del derecho deriva de la Constitución sólo de una manera mediata o indirecta, en cuanto que ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionales protegidos”⁴⁰⁷.

La Sentencia 2/1982, reitera este principio:

“No existen derechos ilimitados. Todo derecho tiene sus límites que [...] en relación a los derechos fundamentales, establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones, mientras en otras el límite deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionales protegidos”⁴⁰⁸.

Este principio aplicable al legislador tiene como finalidad impedir que pueda establecer límites a los derechos fundamentales más estrictos o severos que los que establece la Constitución⁴⁰⁹. Si los derechos fundamentales no son ilimitados⁴¹⁰, menos aún serán los derechos que no tienen la categoría de

⁴⁰⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional, número 11/1981, Pleno, de 8 de abril.

⁴⁰⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional, número 2/1982, (Sala primera) de 29 de enero.

⁴⁰⁹ Luis Prieto Sanchís, Op. Cit. Idem. Pág. 220

⁴¹⁰ Cfr. Antonio-Enrique Pérez Luño, “Análisis funcional de los derechos fundamentales” Op. Cit. Pág. 199. “Como referencia ilustrativa basta atender a nuestra vigente Carta constitucional en la que existen importantes cláusulas limitadoras de los derechos fundamentales (arts. 16.1; 20.4; 33.2; y 37.2), e incluso una cláusula de suspensión (art. 55.).”

derechos fundamentales, como es el derecho de propiedad sobre las obras o bienes inmateriales que caracteriza al derecho de autor. El monopolio del autor sobre su obra no es ilimitado y por ello, no puede extenderse más allá de su fundamento e impedir el ejercicio de los derechos fundamentales. Es preciso analizar si la regulación del derecho de autor impone restricciones injustificadas al derecho fundamental de acceso a la cultura.

Nuestro análisis será concreto, no vamos a extendernos y revisar si la propuesta para la regulación del derecho de autor tiene una incidencia negativa en los derechos fundamentales, aunque consideramos que este análisis es necesario porque hay muchos derechos fundamentales afectados⁴¹¹. Incluso, sería aconsejable un control previo que permita verificar si las disposiciones se ajustan al texto de nuestra Constitución. A pesar de la importancia de los derechos fundamentales que afecta la propuesta de Ley, nosotros nos limitamos al análisis del derecho de acceso a la cultura, no por ser el más importante, en realidad es justo lo contrario, el derecho de acceso a la cultura es impreciso, su contenido no está desarrollado o delimitado, ni tampoco sus destinatarios o beneficiarios. No es un derecho que tenga acceso al recurso de amparo y justamente por ello nos interesa. Ya que, cuando la libertad de expresión está en juego, los ciudadanos cuentan con mecanismos de defensa y control realmente eficaces, de la misma forma que si se vulnera el derecho a la intimidad. Pero no ocurre lo mismo cuando se desconoce el derecho de acceso a la cultura ¿a quién le importa? O, mejor dicho ¿a quién puede afectar?

Sin ánimo de adelantar conclusiones, consideramos que la falta de protección del derecho de acceso a la cultura terminará por afectar al derecho de autor, ya que una sociedad sin estímulos culturales necesariamente rebajará los niveles de sus ciudadanos, eliminando sus necesidades culturales y convirtiéndolos en consumidores de productos. En consecuencia, desaparecerá el primer elemento requerido para el acceso a la cultura: la voluntad o deseo, que mueve a las

⁴¹¹ V. Infra, el análisis del Proyecto para la modificación de la Ley de Propiedad Intelectual, Parte IV, punto 2, 2.2.

personas a realizar una actividad positiva para ver, gozar, disfrutar, sentir y aprender con las obras y contenidos culturales.

¿Qué relación tiene la regulación del derecho de autor con el derecho de acceso a la cultura?

Para responder a esta pregunta debemos antes analizar los criterios que nos permiten hacer una valoración o ponderación de los intereses en juego⁴¹². En este sentido, debemos afirmar que en el proceso de elaboración de las leyes se deben tomar en consideración los derechos fundamentales. L. M. Díez-Picazo Giménez, constata que existe una paradoja entre los derechos fundamentales y la Ley:

“Una notable paradoja de los derechos fundamentales es que, tratándose primariamente de barreras frente al legislador, su plena eficacia a menudo está necesitada de colaboración legislativa”⁴¹³.

Efectivamente, los derechos fundamentales requieren necesariamente de la actividad del legislador para que se pueda garantizar su plena eficacia⁴¹⁴, pero a su vez, son un límite para el legislador cuando el desarrollo o regulación de una materia puede afectar a los derechos fundamentales⁴¹⁵. Y este es precisamente

⁴¹² Antonio-Enrique Pérez Luño, en sus conclusiones sobre las aportaciones del análisis funcional de los derechos fundamentales (Op. Cit. Pág. 197 y ss), considera que el papel multifuncional de los derechos fundamentales se manifiesta a través del principio de la ponderación de bienes el cual ha sido reconocido por nuestra jurisprudencia constitucional. “La teoría multifuncional, al partir del carácter institucional de los derechos fundamentales, los vincula a la realización de fines prefijados en la norma constitucional, y al propio tiempo, afirma la dimensión abierta y plural de los fines y funciones constitucionales. Dichas premisas conducen la teoría de la interpretación de los derechos fundamentales hacia un proceso de «ponderación de bienes» (*Güterabwägung*); es decir, cifran la labor hermenéutica en el esfuerzo por hacer compatibles los valores, bienes y derechos fundamentales que pueden incidir, de forma simultánea, en un supuesto.”

⁴¹³ Luis María Díez-Picazo Giménez, *Desarrollo y regulación de los derechos fundamentales*, en Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, núm. 20/2001. Editorial Aranzadi, S.A. Pamplona 2002. Pág. 1.

⁴¹⁴ Op. Cit. Idem. Según el autor, ésta sería la característica de la vinculación positiva, que atañe a la promoción o desarrollo por la ley de los derechos fundamentales.

⁴¹⁵ Op. Cit. Idem. En este caso, se trata de la vinculación negativa o límite a la Ley.

nuestro caso, es decir, nos encontramos ante una propuesta de Ley⁴¹⁶ que pretende modificar la regulación del derecho de autor y, los cambios propuestos afectan a derechos fundamentales, por ello es preciso hacer una valoración que nos permita determinar si éstos se verán limitados o disminuidos.

En este caso, la regulación no trata del desarrollo de un derecho fundamental⁴¹⁷, por ello, los límites se encuadran en lo que sería la vinculación negativa del legislador con los derechos fundamentales, es decir, como límite de su actuación⁴¹⁸. Otro importante extremo que debemos considerar, es que no nos encontramos ante dos derechos fundamentales enfrentados y, por lo tanto, el límite a la actividad del legislador ha de ser contemplado desde la perspectiva de los derechos humanos, es decir, debemos utilizar como parámetro al derecho de acceso a la cultura y a partir de éste, valorar si la regulación del derecho de autor permite la realización del derecho fundamental de acceso a la cultura o se encuentra en un plano opuesto, limitando, restringiendo, o haciendo imposible su existencia⁴¹⁹.

⁴¹⁶ Proyecto de Ley 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. Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 26 de agosto de 2005.

⁴¹⁷ En la Parte I, punto 1.5, consideramos que el mandato del artículo 44.1 CE contenía una doble vertiente: una positiva que consiste en la realización de acciones positivas que permitan el acceso a la cultura a los ciudadanos y donde podemos encontrar el desarrollo y aplicación de las leyes; y frente a esta, se encuentra la negativa, que supone la obligación de eliminar los obstáculos que impidan a los ciudadanos el ejercicio efectivo de su derecho de acceso a la cultura (V. Págs 65 y ss).

⁴¹⁸ Cfr. Rafael de Asís Roig, *Las Paradojas de los Derechos Fundamentales como límite al poder*, Editorial Debate, 1992. Madrid. V. Pág. 93-94. "La *paradoja de la generalización* aparece cuando la fórmula «derechos fundamentales como límites al poder» se refiere no a la prohibición de actuar, sino a la obligación de hacerlo bajo determinados parámetros. El concepto de límite empleado en el proceso de positivación cambia de forma radical.(...) Así, cuando se hable de estos derechos como límites al poder, no se estará haciendo alusión exclusiva a su situación frente a éste, sino que se podrá estar indicando que éstos obligan al Estado a actuar bajo determinados principios".

⁴¹⁹ Como antes se ha demostrado, la jurisprudencia constitucional es prolija en materia de cultura, si bien, esta atiende a conflictos de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, pero los criterios de ponderación de los intereses en juego son una constante, así la STC 17/1991 consideró: "No cabe sin embargo extender la competencia estatal a ámbitos no queridos por el constituyente, por efecto de aquella incardinación general del patrimonio histórico-artístico en el término cultural, pues por esta vía se dejarían vacíos de contenido los títulos del bloque de la constitucionalidad que se limitan a regular una porción definida del amplio espectro de la misma....sin que ello implique que la eventual afectación de intereses generales o la concurrencia de otros títulos competenciales del Estado en materia

Para ello, habría que desentrañar lo que la doctrina autorizada ha denominado *contenido esencial* de los derechos humanos⁴²⁰ y averiguar cuál es el contenido esencial del derecho de acceso a la cultura.

Vamos a recurrir a la doctrina del Tribunal Constitucional que nos ayudará a entender lo que significa el *contenido esencial*⁴²¹. En la Sentencia 11/1981, el Tribunal nos proporciona los criterios aplicables para determinar el contenido esencial de los derechos fundamentales, principio que puede extenderse a todos los derechos incluso si no están en esta categoría:

“Para tratar de aproximarse de algún modo a la idea de «contenido esencial», que en el artículo 53 de la Constitución se refiere a la totalidad de los derechos fundamentales y que puede referirse a cualesquiera derechos subjetivos sean o no constitucionales, cabe seguir dos caminos.⁴²²”

Los caminos a los que se refiere la sentencia son los criterios que permiten determinar el contenido esencial de los derechos, y como en la misma se admite, no son contrapuestos ni alternativos, sino complementarios. Reproducimos a continuación el texto de la Sentencia 11/1981, fraccionando los criterios para su mejor comprensión y análisis:

“El primero es tratar de acudir a lo que se suele llamar la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho. Según esta idea, hay que tratar de establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y en general los especialistas en Derecho. (...) Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea

determinada no deban también tenerse presentes como límites que habrá que ponderar en cada caso concreto”.

⁴²⁰ La cursiva es mía. Cfr. Luis María Díez-Picazo Giménez, Op. Cit. Pág. 7. Luis Prieto Sanchís, en *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Op. Cit.

⁴²¹ Cfr. Antonio-Enrique Pérez Luño, “Análisis funcional de los derechos fundamentales”, Op. Cit.

⁴²² Sentencia del Tribunal Constitucional, número 11/1981, Pleno, de 8 de abril.

recognoscible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales.”

El primer parámetro que nos proporciona el Tribunal Constitucional, alude a las facultades o posibilidades de actuación del derecho analizado, que no deben quedar vacías. Importante también es la consideración del momento histórico, ya que este puede condicionar su contenido esencial.

“El segundo posible camino para definir el contenido esencial de un derecho consiste en tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.”

El segundo parámetro a utilizar consiste en buscar el interés protegido, de ahí que el análisis o ponderación entre las normas en conflicto, deberá considerar si éste elemento del derecho del que se trata se está limitando o no.

Para determinar cuál es el contenido esencial de un derecho, el análisis se ha de hacer considerándolo de forma individualizada, lo que significa que se debe analizar a cada derecho aparte. En nuestro caso, nos ocuparíamos exclusivamente del derecho de acceso a la cultura y para determinar cuál es el contenido mínimo, necesario e indisponible de éste derecho⁴²³, debemos volver atrás - parte I de este trabajo, punto 1.5. Pág. 65 - donde nos ocupamos de analizar el contenido del artículo 44.1 CE. Nuestro análisis nos llevó a

⁴²³ Luis María Díez-Picazo Giménez, Op. Cit. Idem.

considerar que, básicamente, la obligación que la Constitución impone a los poderes públicos tiene una doble vertiente: (1) positiva, que supone la elaboración de las políticas adecuadas que permitan el ejercicio del derecho; y (2) negativa, que supone la eliminación de los obstáculos para el ejercicio del derecho.

De la primera nos ocuparemos en el siguiente punto y en este momento vamos a analizar la obligación negativa del Estado, que supone la eliminación de los obstáculos al derecho de acceso a la cultura, concretamente, los límites que suponen para los poderes públicos los derechos fundamentales.

Para analizar si la modificación propuesta de la regulación del derecho de autor afecta al derecho de acceso a la cultura, debemos en primer lugar, encontrar cuál es el contenido esencial de este derecho. Ya habíamos visto que el principal obstáculo al que nos enfrentamos, es debido a su amplio contenido que dificulta seriamente esta labor, pero esto no puede ser una excusa válida para no intentar realizar la valoración de la normativa del derecho de autor en relación con el derecho de acceso a la cultura.

Un antecedente importante lo encontramos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 362/1993), si bien, debemos decir que no es en el texto de la sentencia donde encontramos los argumentos o parámetros para encontrar el contenido esencial del derecho de acceso a la cultura, sino en el voto particular del Magistrado Don Rafael Mendizábal Allende⁴²⁴.

En el derecho de acceso a la cultura ¿cuál es el bien constitucionalmente protegido?

⁴²⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional, número 362/1993, Sala primera, de fecha 13 de diciembre. Voto particular de Don Rafael Mendizábal Allende, Magistrado del Tribunal Constitucional, punto 6. En este asunto, se confrontaba el derecho de huelga con el derecho de acceso a la cultura.

Esta es la cuestión a la que el Magistrado trató de dar respuesta, en el caso que enfrentaba al Sindicato de trabajadores del Museo del Prado y al Estado. Para ello, realiza un análisis de la actividad o función de la institución.

“Esta primera indagación permite situar la utilidad social del Museo del Prado, cuya actividad de prestación al público, que configura un servicio de tal carácter y consiste en la exhibición permanente de obras maestras de la pintura, más otras complementarias como la copia, la restauración o la enseñanza, tiende a procurar el acceso a la cultura, como algo en principio distinto de la educación pero muy vinculado a ella, de la cual es un precioso instrumento pedagógico para la explicación de muchas disciplinas en las distintas etapas del proceso educativo y para la formación de los futuros artistas, así como para el perfeccionamiento de quienes ya lo son profesionalmente. Esta función no sólo divulgadora sino también estrictamente didáctica es propia de cualquier museo, pero no adquiere en todos la misma intensidad ni por tanto implica los mismos perjuicios en caso de perturbación y, por tanto, hay que evaluar cada uno de ellos en particular.⁴²⁵”

Otro extremo que toma en cuenta para la realización de su análisis, es la importancia de la institución o museo en relación con otras similares, tanto en España como en el mundo.

“No se necesita mayor discurso ni esfuerzo dialéctico para llegar a la conclusión de que el Prado es la mejor pinacoteca de España por su contenido y una de las más importantes del mundo, cuya función trasciende su propio valor intrínseco en más de un aspecto, como tendremos ocasión de apuntar más adelante, hasta adquirir un significado simbólico.⁴²⁶”

El siguiente elemento que entra a valorar y sin lugar a dudas el más importante, es la colisión de los derechos en el caso concreto. Para ello es preciso determinar si la actividad que realiza el museo está comprendida dentro de la categoría de los derechos fundamentales y, una vez despejada esta incógnita, proceder a la ponderación de los derechos implicados: el derecho a la

⁴²⁵ STC. Idem. Voto particular, punto 6, párrafo 2º.

cultura y el derecho a la huelga, en este caso, ambos consagrados por la Constitución como derechos fundamentales.

"...así perfilado este servicio público no cabe la menor duda de que se encuentra comprendido de lleno en el derecho a la cultura, que la Constitución consagra como uno de sus principios rectores (art. 44.1), sin olvidar la estrecha vinculación, ya señalada, con la educación, cuyo fin último es el pleno desarrollo de la personalidad humana (art. 27.1 y 2), éste sí incluido en el catálogo de los derechos fundamentales que se reconoce, a seguido en el mismo Texto (art. 28.2), con rango equivalente al de huelga. Desde otra perspectiva forma parte del patrimonio histórico, cultural y artístico del pueblo español, cuya conservación y acrecentamiento se predica también en el mismo Texto (art. 46). Esta norma legitima, a su vez, la porción de los servicios mínimos dedicados a la seguridad de la pinacoteca y de las obras que en ella se custodian, aun cuando no conlleven necesariamente la apertura al público y fueran compatibles con el cierre. Ahora bien no puede olvidarse que esa preocupación por garantizar la integridad del conjunto y de cada uno de sus componentes particulares fue el factor desencadenante, aun cuando no la causa única, ni la principal, de la intervención gubernativa en el conflicto colectivo.⁴²⁷"

El análisis efectuado por el Magistrado que emitió el voto particular, nos ha sido de gran utilidad para desentrañar el contenido esencial del derecho de acceso a la cultura y nos proporciona parámetros adecuados para efectuar la valoración cuando dos derechos se encuentran enfrentados⁴²⁸.

⁴²⁶ STC. Idem.

⁴²⁷ STC. Idem. Voto particular, punto 6, párrafo 3º.

⁴²⁸ Hemos considerado pertinente transcribir el texto del voto. STC. Idem. Punto 6, párrafo 4º: "...hora es ya de examinar desde cerca los demás factores en juego, para ponderar así la intensidad de los efectos de la huelga anunciada respecto de la actividad y sus resultados previsibles. El primero de tales elementos de juicio es la extensión laboral de la huelga, que comprendía a todos los trabajadores del Museo, así como su dimensión espacial y la del grupo social sobre el cual incide, ambos estrechamente interconectados. Pues bien, puede tenerse por notoria la afluencia masiva de visitantes procedentes de los más variados puntos de la geografía española y de más allá de sus fronteras, e incluso de ultramar, que acuden por distintos motivos (estéticos, profesionales, pedagógicos o investigadores). Se trata en general de personas, hombres o mujeres, nacionales y extranjeros, de economía media y un plazo limitado de estancia, atraídos por la riqueza artística de esta pinacoteca, única en su especie, a quienes un cierre puede hacer imposible la visita y perjudicarles irreversiblemente en ese aspecto. Esta reflexión nos acerca a otro de los factores invocados por nuestra propia jurisprudencia, el temporal. Es evidente sin mayor razonamiento que los efectos negativos de la clausura para los potenciales visitantes son más netos y se extienden en progresión geométrica

Por lo que respecta al contenido esencial del derecho de acceso a la cultura, en relación con la actividad que desarrollan los museos, podemos decir que su contenido esencial⁴²⁹ se refiere a: (1) la divulgación de las obras, (2) las actividades relativas a la conservación de las obras⁴³⁰, (3) las actividades didácticas relacionadas con la educación y formación⁴³¹. En este sentido, hemos de considerar que la divulgación debe permitir el acceso a las obras independientemente de la finalidad que se persiga, ya sean: “estéticos, profesionales, pedagógicos o investigadores”⁴³². En cuanto a la conservación de las obras, se puede entender que dicha obligación queda comprendida dentro del artículo 44.1 CE y también que constituye una obligación independiente en virtud de lo dispuesto en el artículo 46 CE, sea cual sea la interpretación que quiera darse, lo que resulta innegable es la estrecha relación entre ambos y que, igual que ocurre entre el derecho de acceso a la cultura y el derecho a la educación, la disminución de uno afectaría necesariamente al otro⁴³³.

y a velocidad uniformemente acelerada, proporcionalmente a la duración del paro y muy en especial si éste se anuncia como indefinido, según se hizo en la última de las convocatorias. En definitiva, el conjunto entrelazado de estas circunstancias en función de la naturaleza intrínseca de este singular Museo, sin parangón en nuestro país por el contenido y la vis atractiva, permite calificar sus prestaciones como esenciales para la comunidad, calificación que, a su vez, legitima la previsión de servicios mínimos para garantizar la continuidad durante una huelga que iba a durar cuatro días intermitentes al principio del conflicto y terminó teniendo un carácter ilimitado, aun cuando en la realidad se prolongara por una quincena. En definitiva, ese cierre sin limitación de tiempo podía causar previsiblemente «graves perjuicios a la colectividad nacional», en la expresión que utiliza al respecto el Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo.”

⁴²⁹ V. Supra. STC número 84/1983.

⁴³⁰ Sobre el contenido del derecho de acceso a la cultura, en las páginas precedentes se analizó la jurisprudencia de Tribunal Constitucional que reconoce que forma parte de la obligación de los poderes públicos las acciones de difusión, promoción y creación de contenidos culturales (V. Supra. STC 84/1983; STC 16/1996)

⁴³¹ En este caso, debemos admitir, que propiamente nos encontramos ante un derecho fundamental, distinto del derecho de acceso a la cultura: el derecho a la educación del Art. 27 CE. No obstante, es importante considerar su estrecha vinculación con el derecho de acceso a la cultura. Debemos tener presente esta relación tan estrecha, que en determinados casos puedo incluso ser de interdependencia y ello es importante porque la supresión de uno de estos derechos afectaría seriamente al otro.

⁴³² TSC. Idem. Punto 6, párrafo 4º. En la valoración que hace el Magistrado para emitir su voto particular, toma en consideración la afluencia de visitantes que recibe el Museo del Prado, constatando que no solamente acuden españoles, sino gran cantidad de extranjeros a visitarlos, movidos por diversos motivos.

⁴³³ Cfr. Enric Fossas, Op. Cit, Págs. 44 – 47, sobre las funciones culturales de los poderes públicos: tutela policial del patrimonio cultural, servicio público cultural para la difusión y participación y fomento y regulación cultural.

En este asunto, cobra importancia el análisis que el Magistrado realiza sobre la ponderación de los derechos fundamentales en conflicto y la valoración de los intereses en juego, llegando a considerar que el cierre del museo causaba daño a un mayor número de personas, al impedir su derecho de acceso a la cultura. El daño también se ocasionaba a las obras, porque la huelga impide la realización de las tareas de conservación y mantenimiento.

“Como recapitulación, la anunciada huelga de todos los trabajadores y con duración indefinida, no cualquier huelga, en el Museo del Prado, no en todos los museos, afecta directamente a un servicio esencial de la comunidad, vinculado estrechamente a bienes constitucionalmente protegidos, causando graves perjuicios a la colectividad nacional y por ello hizo necesario establecer servicios mínimos para asegurar su mantenimiento y continuidad, como dispuso la Delegada del Gobierno en Madrid, cuya Resolución -por otra parte- aparece suficientemente motivada y se adoptó con escrupuloso respeto a la objetividad que debe inspirar la actividad administrativa, en función exclusivamente de los intereses generales a los cuales ha de servir. En consecuencia, no ha vulnerado sustantiva o formalmente el ejercicio legítimo del derecho de huelga por los trabajadores de la pinacoteca y, por tanto, el amparo pedido debió serle negado a la Confederación Sindical demandante por estas razones, sin aceptar su desistimiento”⁴³⁴.

Establecido de esta manera el contenido esencial del derecho a la cultura, debemos ahora intentar desentrañar cuál es el contenido esencial del derecho de autor⁴³⁵. Recordemos que éste posee un doble contenido o dos tipos distintos de facultades: morales y patrimoniales, cuya protección ha de ser considerada independientemente. Aplicando los parámetros de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, debemos en primer lugar, establecer cuál es la naturaleza jurídica o las facultades que el derecho de autor ha de salvaguardar, atendiendo a este primer criterio, el contenido esencial debe garantizar al autor la plena disposición sobre su obra y el ejercicio efectivo de todos los derechos tanto morales como patrimoniales. Por lo que respecta al interés jurídicamente protegido por el derecho de autor, hemos de considerar que es la creatividad,

⁴³⁴ TSC. Idem. Voto particular, punto 6, párrafo 5º.

⁴³⁵ Cfr. Rosa María García Sanz, *El derecho de autor en Internet*, Colex, Madrid, 2005. Pág. 172 y ss.

considerada como esencial para la existencia y desarrollo del derecho de autor. Esta idea la expresa R. M. García Sanz en su obra *el derecho de autor en Internet*, de la siguiente manera:

“Sentado por la doctrina, proclamado por la jurisprudencia y reconocido universalmente por la ley, el fin de la institución del derecho de autor es el de proteger la creación para el progreso de la humanidad.”⁴³⁶

Contamos con los parámetros que nos permitirán realizar la valoración o ponderación de intereses en caso de conflicto y a los que habría que acudir para establecer los límites a la acción de los poderes públicos, tanto en la elaboración de leyes como en la aplicación del derecho.

Por lo que respecta al límite que los derechos fundamentales imponen al legislador, debemos considerar que el respeto de los principios constitucionales es un requisito esencial en la elaboración de las leyes, reconocerlo impedirá la fractura de los derechos consagrados en nuestro ordenamiento jurídico. Pero esta opción o control, no opera de forma automática, para que los derechos fundamentales puedan servir de límite al poder del legislador, es necesario que se haga uso de esta facultad, examinando en cada caso concreto, si la normativa propuesta puede vulnerar o infringir un derecho fundamental⁴³⁷.

En consecuencia, hacer uso de esta posibilidad supone hacer una ponderación entre los contenidos esenciales de los derechos que se encuentran implicados⁴³⁸. En nuestro caso, se trata de dilucidar si la modificación que el

⁴³⁶ Rosa María García Sanz, Op. Cit. Pág. 182. Cfr. Andrés Ollero Tassara, “Entre creación y propiedad. El problemático carácter «fundamental» de los derechos de autor”, en *Anuario de Derechos Humanos*, nº 5, 1988-89. Pág. 131-157. Edit. Universidad Complutense de Madrid. Gunnar Karnell, “Utilización de obras protegidas por el derecho de autor en actividades pedagógicas o didácticas”, en *Boletín de derecho de autor*, UNESCO, Vol. XX, nº 1, 1986, Pág. 8-22. Mihály Ficsor, “El derecho de autor y la transmisión del saber”, en *Boletín de derecho de autor*, UNESCO, Vol. XVII, nº 3, 1983, Pág. 6-16. Daniel Bécourt, “La Revolución Francesa y el derecho de autor: por un nuevo universalismo”, en *Boletín de derecho de autor*, UNESCO, V. XXIV, nº 4, 1990. Pág. 4-13.

⁴³⁷ Cfr. Luis María Díez-Picazo Giménez, Op. Cit. punto 6, considera que para que los derechos fundamentales puedan operar como límites deben además reunir los requisitos que permitan realizar la ponderación.

⁴³⁸ Consultar para ampliar información: Luis Prieto Sanchís “El Constitucionalismo de los derechos”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 24. Núm. 71, mayo-agosto

Gobierno propone para la regulación del derecho de autor puede interferir con el derecho de acceso a la cultura. La aplicación de este criterio será de utilidad para analizar las modificaciones en los supuestos de libre utilización de las obras; los casos en los que los autores y titulares de derechos apliquen medidas de protección tecnológica que impidan a los legítimos beneficiarios el acceso a las obras; las medidas que se establecen para el acceso en estos casos y finalmente si, en su conjunto, la ley del propiedad intelectual es un obstáculo o un vehículo del derecho de acceso a la cultura. Aplicando estos criterios se podría realizar la ponderación de intereses en juego que nos permitirá el control de la actividad legislativa, en la cual, debe tener en consideración a los derechos fundamentales. Sólo nos resta añadir, que para que este control se ejecute es necesaria una auténtica participación democrática donde se cuestionen y debatan los intereses implicados. En este procedimiento, la acción de los ciudadanos es muy importante sin ella, ni hay debate, ni control.

Otra forma de eliminar los obstáculos que impiden el derecho de acceso a la cultura, se realiza también por la ponderación o valoración de los intereses en juego, pero en este caso no le corresponde al legislador realizar esta tarea, sino a los jueces. En este punto, es preciso recordar que el derecho de acceso a la cultura no puede realizarse por vía del recurso de amparo, no obstante, esta circunstancia no es obstáculo para que el Tribunal Constitucional pueda conocer de un caso en concreto, ya sea mediante el procedimiento de la Cuestión de Inconstitucionalidad (Art. 163 CE)⁴³⁹ o bien, mediante Recurso de Inconstitucionalidad⁴⁴⁰.

En consecuencia, podemos afirmar que la ponderación de derechos en la elaboración de las leyes constituye una de las obligaciones que la Constitución impone a los poderes públicos para garantizar la existencia del derecho de acceso a la cultura. El análisis de su aplicación y, en su caso, de cuál sería la

2004. Pág. 47-72. Del mismo autor: *Justicia Constitucional y Derechos fundamentales*, editorial Trotta, Madrid, 2003

⁴³⁹ Cfr. Marc Carrillo, "La aplicación judicial de la Constitución" en *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 24. Núm. 71, mayo-agosto 2004. Pág. 73-102

respuesta que habría de darse en caso de colisión entre el derecho de autor y el derecho de acceso a la cultura, será desarrollado en la parte IV de este trabajo, limitándonos por ahora a dejar establecidos los criterios para efectuar la ponderación⁴⁴¹.

Por lo que respecta a la actividad positiva que el Estado debe desarrollar para garantizar el derecho de acceso a la cultura, vamos a continuación a examinar que requisitos se necesitan y cuál es la forma de garantizar este derecho.

⁴⁴⁰ Luis Prieto Sanchís, "El Constitucionalismo de los derechos", en *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 24. Núm. 71, mayo-agosto 2004. Pág. 47-72. El autor considera que incluso no cabe descartar de forma absoluta la posibilidad de acudir al recurso de amparo (Pág. 68).

⁴⁴¹ Luis Prieto Sanchís, "El constitucionalismo de los derechos" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Op. Cit. Pág. 55. La ponderación es una técnica efectiva para conocer cuando la regulación de un derecho puede afectar a otro. El estudio analizado, se refiere a derechos fundamentales, no obstante consideramos que es perfectamente aplicable en el caso de la valoración entre el derecho de autor y el derecho de acceso a la cultura. "Efectivamente, el sentido de la ponderación consiste en ofrecer una forma de argumentación plausible cuando nos hallamos en presencia de razones justificatorias del mismo valor y tendencialmente contradictorias, algo que suele ocurrir con frecuencia en el ámbito de los derechos fundamentales. Por eso, su regla constitutiva tiene como punto de partida un conflicto: «cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación del otro». Para decirlo con palabras del Tribunal Constitucional, «no se trata, de establecer jerarquías de derechos ni precedentes *a priori*, sino de conjugar, desde la situación jurídica creada, ambos derechos o libertades, ponderando, pesando cada uno de ellos, en su eficacia recíproca». No se trata, pues, de establecer jerarquías abstractas entre principios o derechos, ni de la formulación de uno de ellos como excepción permanente frente al otro; la ponderación desemboca más bien en una jerarquía móvil o axiológica donde, a la vista de las circunstancias concurrentes, se concede mayor peso o importancia a una de estas razones."

2. El contenido del derecho de acceso a la cultura

En la parte I de este trabajo, analizamos la definición de los derechos culturales⁴⁴², su pertenencia a la categoría de los derechos humanos⁴⁴³ y las interacciones entre ellos⁴⁴⁴, llegando a constatar la existencia del derecho de acceso a la cultura como una modalidad específica del amplio concepto de los derechos culturales. También se indicó la importancia que han alcanzado en la actualidad los bienes y servicios culturales como herramienta de progreso y desarrollo económico de los pueblos⁴⁴⁵, así como la diferencia entre éstos y las mercancías comunes⁴⁴⁶.

Otra importante característica de los derechos culturales es la diversidad, elemento que se ha de tener en consideración para el desarrollo del derecho de acceso a la cultura. El Director General de la UNESCO, Koichiro Matsuura, en el discurso de presentación de la Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural, define a la diversidad cultural como "tesoro vivo", destacando la cualidad esencial de este fenómeno como "proceso que garantiza la supervivencia de la humanidad..."

Las líneas más destacables de la Declaración son: (1) el reconocimiento de la diferencia y el carácter plural de la cultura, como requisitos necesarios para continuar con el "proceso evolutivo, fuente de expresión, creación e innovación"; (2) el encuentro del nexo causal entre la defensa de los bienes culturales y el fomento de la cultura, que demuestra que no son posturas irreconciliables sino complementarias, y que "no puede existir una sin la otra"; y (3) el establecimiento de "las grandes líneas de un plan de acción" dirigidas a

⁴⁴² Preámbulo, artículo 1, 2 y 3 de la Declaración Universal de la UNESCO sobre Diversidad Cultural.

⁴⁴³ Artículos 4 y 5, Idem.

⁴⁴⁴ Artículos 6 y 7, Idem.

⁴⁴⁵ Artículo 3 Idem.

⁴⁴⁶ Artículo 8 Idem.

los Estados Miembros para que desarrollen políticas culturales en cooperación con el sector privado y la sociedad civil.

Sobre estas premisas, vamos a analizar las propuestas de la Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural para que los Estados implementen y desarrollen políticas culturales propias y objetivos comunes a alcanzar que permitan un desarrollo equilibrado entre la protección a la creatividad y el acceso a los bienes protegidos en relación con las disposiciones de la Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales.

¿Por qué analizamos instrumentos internacionales? En este punto, nos encontramos ante la necesidad de hacer una aclaración, ya que, actualmente no podemos afirmar que, de los instrumentos internacionales que vamos a analizar se deriven obligaciones vinculantes para los Estados⁴⁴⁷. La razón que nos lleva a su estudio es doble, por un lado, nos proporciona criterios válidos que pueden ser aplicables a nuestro derecho nacional, ya que estos documentos se han ocupado de analizar el alcance y contenido del derecho de acceso a la cultura; y por otra parte, por que de ser adoptados y suscritos por nuestro Estado, deberán integrarse en nuestro ordenamiento jurídico⁴⁴⁸. En consecuencia, su estudio no es inútil, todo lo contrario, nos aporta importantes datos para entender los conceptos que estamos tratando⁴⁴⁹.

⁴⁴⁷ La reciente aprobación de la Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales el pasado 20 de octubre de 2005, cambia completamente el panorama internacional, puesto que cuando esta investigación se inició aun no estaba aprobada y no era más que un Anteproyecto. El primer paso para que existan obligaciones vinculantes derivadas de la Convención se ha dado, pero aun queda esperar a la entrada en vigor de la Convención y a la ratificación por parte de los Estados firmantes.

⁴⁴⁸ Es importante mencionar que la Comisión Europea, ha negociado en nombre de la Unión Europea, en virtud del mandato conferido por el Consejo en noviembre de 2004, junto con los Estados miembros, representados por la Presidencia del Consejo. La Comisión ha reconocido que la Convención de la UNESCO "permite colmar un vacío jurídico en la gobernanza mundial, al establecer una serie de derechos y obligaciones, tanto a escala nacional como internacional, con vistas a la protección y la promoción de la diversidad cultural." Y la ha comparado a otros instrumentos internacionales tales como las convenciones de la OMPI en materia de propiedad intelectual, los acuerdos de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y los de la organización mundial de la salud (OMS). Ref. MEMO(05/387, Bruselas, 20 de octubre de 2005.

⁴⁴⁹ La relación de interdependencia que existe entre la protección nacional y la internacional de los derechos culturales ha sido analizada por destacados juristas especialistas en derechos

Iniciamos, pues, con el artículo 9 de la Declaración, donde se establecen las ideas clave para que los Estados puedan adoptar sus políticas culturales. Según esta disposición, las políticas culturales deben: (1) garantizar la libre circulación de las ideas y las obras; (2) crear condiciones propicias para la producción y difusión de bienes y servicios culturales diversificados; (3) estar definidas y ser aplicadas⁴⁵⁰.

Partiendo de esta disposición, que nos es de gran utilidad a la hora de establecer cuales son las obligaciones de los poderes públicos en relación con el derecho de acceso a la cultura, vamos a analizar cuales son las pautas que se deben establecer para su aplicación⁴⁵¹.

2.1 Obligaciones de los Estados derivadas de los instrumentos internacionales.

En la parte I de este trabajo hemos tenido ocasión de observar que los derechos humanos han seguido un proceso imparable de desarrollo, iniciado por los organismos internacionales especializados en la materia. Su importante labor se materializa con la elaboración de los instrumentos jurídicos vinculantes para los Estados estableciendo los derechos que deben garantizar a los

humanos. Cfr. Peter Häberle, "La protección constitucional y universal de los bienes culturales: un análisis comparativo", en *Revista de Derecho Constitucional*, número 54, año 18, septiembre/diciembre 1998, Pág. 11-38. Karl-Peter Sommermann, "El desarrollo de los derechos humanos desde la declaración universal de 1948" en *Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio*, Marcial Pons, Madrid, 1996. Pág. 97-112. Enric Fossas, *Regions i sector cultural a Europa*. Op. Cit. Pág. 52.

⁴⁵⁰ Si la Declaración es una propuesta con contenido ético para los Estados firmantes, la Convención supone un instrumento normativo que impone obligaciones vinculantes a los Estados parte. Esta consideración se hace necesaria, ya que los objetivos que deben guiar la acción de los Estados para la elaboración de sus políticas culturales deben estar encaminadas a alcanzar los objetivos de protección y difusión de obras y contenidos protegidos. V. los artículos 7, 8, 9, 10, 11 y 12 de la Convención.

⁴⁵¹ Cfr. Karl-Peter Sommermann, "El desarrollo de los derechos humanos desde la declaración universal de 1948", en *Derechos humanos y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio*. Op. Cit. Pag. 97-112. Los especialistas en la materia, no son ajenos a la problemática que supone la implementación de los "derechos humanos de tercera generación", tanto en la identificación de los sujetos titulares de derechos como el desarrollo de mecanismos de aplicación efectivos.

ciudadanos y que las democracias actuales han incorporado en sus respectivos ordenamientos jurídicos.

De la misma manera que los Pactos Internacionales sobre derechos humanos han materializado en obligaciones vinculantes las premisas de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la reciente Convención sobre la diversidad cultural de la UNESCO ha introducido una serie de obligaciones vinculantes para los Estados en materia de cultura a nivel internacional, complementando así los compromisos anteriores y los instrumentos internacionales existentes. Corresponde ahora, analizar cuales son las obligaciones que impone el derecho de acceso a la cultura⁴⁵².

i) Garantizar la libre circulación de las ideas y las obras

Las políticas culturales deben garantizar la libre circulación de las ideas y de las obras. La primera pregunta que surge es si esto sería compatible con el derecho de autor. Definitivamente, la Declaración no tiene previsto que se liberalicen los bienes culturales, ni que desaparezca el monopolio del autor respecto de su obra. La Declaración se complementa con un documento anexo: Orientaciones principales de un plan de acción para la aplicación de la Declaración Universal de la UNESCO sobre la diversidad cultural. El documento propone unos objetivos a alcanzar para lograr una protección eficaz de los bienes culturales que favorezca su desarrollo y a su vez, define las grandes líneas para implementar acciones que permitan el derecho de acceso a la cultura. Ello requiere del establecimiento de políticas adecuadas que permitan

⁴⁵² En este sentido, es importante insistir en el principio del respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales en el desarrollo legislativo, que recoge la Convención en el artículo 2. Principios rectores, 1. Principio de respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales. "Cultural diversity can be protected and promoted only if human rights and fundamental freedoms, such as freedom of expression, are guaranteed. No one may invoke the provisions of this Convention in order to infringe human rights and fundamental freedoms as enshrined in the Universal Declaration of Human Rights or guaranteed by international law or to limit the scope thereof."

el acceso a las obras, lo cual no impide la protección y salvaguarda del derecho de autor, tal y como queda establecido en el punto número 16:

“Garantizar la protección de los derechos de autor y de los derechos conexos, con miras a fomentar el desarrollo de la creatividad contemporánea y una remuneración justa del trabajo creativo, defendiendo al mismo tiempo el derecho público de acceso a la cultura, de conformidad con el Artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.”⁴⁵³

El establecimiento de políticas culturales que permitan la libre circulación de las ideas y de las obras no es incompatible con la protección del derecho de autor. Todo lo contrario, promocionar la difusión de las obras implica realizar grandes inversiones y crear las infraestructuras necesarias, que indudablemente benefician a los autores⁴⁵⁴.

La Declaración y las directrices orientadoras contemplan la necesidad de que el autor y los titulares de derechos conexos puedan percibir una justa remuneración por el trabajo creativo. Lo cual no excluye la posibilidad de permitir el acceso a la cultura. No obstante, aun nos estamos preguntando ¿Cómo alcanzar esta finalidad?

La respuesta se encuentra también en los criterios orientadores que complementan la Declaración, donde se enumeran una serie de acciones a seguir para alcanzar la doble finalidad. La propuesta comprende diversas acciones a emprender que incluyen las ayudas a la creación o consolidación de industrias culturales en países en desarrollo que faciliten el acceso de los bienes

⁴⁵³ Declaración Universal de la UNESCO sobre Diversidad Cultural. Orientaciones principales, nº 16.

⁴⁵⁴ La propuesta de la Declaración adquiere un carácter vinculante en el artículo 5 de la Convención que establece los derechos y obligaciones de las partes, y en particular, el punto 2, obliga a los Estados parte a respetar las previsiones de la convención al establecer sus políticas culturales. “When a Party implements policies and take measures to Project and promote the diversity of cultural expressions within its territory, its policies and measures shall be consistent with the provisions of this Convention.

culturales al mercado mundial y a los circuitos de distribución internacionales⁴⁵⁵, la cooperación o asociación entre los diferentes sectores de la sociedad civil que permita aplicar políticas públicas de salvaguardia y promoción de la diversidad cultural⁴⁵⁶, estas acciones han de reconocer la valiosa participación que puede aportar el sector privado por ello promueve la existencia de "espacios de diálogo entre el sector público y el privado"⁴⁵⁷.

Las propuestas de la Declaración, así como las orientaciones principales de un plan de acción, nos proporcionan criterios para establecer el contenido del derecho de acceso a la cultura. A ello hay que añadir el carácter vinculante que han adquirido por la adopción de la Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales, en el plano internacional, que incorpora dichas propuestas estableciendo como obligaciones de los Estados parte⁴⁵⁸. De esta forma hemos de considerar que en el momento en que sean ratificadas, deberán ser incorporados en nuestro ordenamiento jurídico. Es pues importante considerar estas propuestas y su innegable valor para el cambio de orientación que requiere el tratamiento de las obras en el siglo XXI⁴⁵⁹.

Es importante retener que la obligación que se impone a los Estados para implementar políticas culturales ha de poder alcanzar una doble finalidad: por un lado, alcanzar la más alta difusión de las obras y contenidos creados⁴⁶⁰ y, de

⁴⁵⁵ Declaración Universal de la UNESCO sobre Diversidad Cultural. Orientaciones principales, nº 17.

⁴⁵⁶ Idem. Nº 19.

⁴⁵⁷ Idem. Nº 20.

⁴⁵⁸ La obligación de establecer políticas culturales para los Estados, se establece dentro del marco de los derechos humanos y del reconocimiento de los instrumentos internacionales. V. Art. 5.1. de la Convención sobre protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales: "The Parties, in conformity with the Charter of the United Nations, the principles of international law and universally recognized human rights instruments, reaffirm their sovereign right to formulate and implement their cultural policies and to adopt measures to protect and promote the diversity of cultural expressions and to strengthen international cooperation to achieve the purpose of this Convention."

⁴⁵⁹ En este punto, cobra importancia las definiciones de la Convención sobre contenidos culturales, expresiones culturales y actividades productos y servicios culturales, del artículo 4, puntos 2, 3 y 4.

⁴⁶⁰ Art. 6. 2, (b) "measures that provide opportunities in an appropriate manner for domestic cultural activities, goods and services among the full range of cultural activities, goods and

otra parte, han de poder estimular y promover la actividad de los artistas y creadores⁴⁶¹.

Es preciso destacar que en ningún caso se justifica una utilización ilícita de las obras, ni existe intención de promover un comercio paralelo de obras⁴⁶². Todo lo contrario, la cultura requiere del más absoluto respeto al trabajo creativo⁴⁶³. Para alcanzar este objetivo se requiere, además de las acciones represivas la ayuda y colaboración del público. Para ello es preciso que se sienta involucrado y que esté sensibilizado con el trabajo de los autores. Si la visión del público en relación con las obras se relaciona con el trabajo creativo y el esfuerzo del autor, será fácil que coopere en la medida de sus posibilidades para preservar la propiedad intelectual, por ejemplo, negándose a participar en cualquier forma que suponga un comercio ilícito de bienes y servicios culturales. La ayuda del público es necesaria y se podría obtener cuando se le permita participar en el proceso cultural accediendo a las obras. Indudablemente que el cambio de perspectiva puede propiciar la desaparición de las acciones ilícitas, al menos habría que intentarlo para demostrar si esta teoría se cumple o no⁴⁶⁴.

services available within the national territory with regard to the creation, production, dissemination, distribution and enjoyment of such domestic cultural activities, goods and services, including provisions relating to the language used therefore;" Y el Art. 7. 1 (a) "Parties shall endeavour to create in their territory an environment that encourages individual and social groups: (a) to create, produce, disseminate, distribute and have access to their own cultural expressions, paying due attention to the special circumstances and needs of women as well as various social groups, including persons belonging to minorities and indigenous peoples;
⁴⁶¹ Art. 6. 2, (g) "measures aimed at nurturing and supporting artist and others involved in the creation of cultural expressions;". Y el Art. 7. 2 "Parties shall also endeavour to recognize the important contribution of artist, others involved in the creative process, cultural communities, and organizations that support their work, and their role in nurturing the diversity of cultural expressions."

⁴⁶² Ya antes habíamos apuntado la necesidad de adaptar los límites o supuestos de libre utilización de las obras al progreso tecnológico, evitando así que la transmisión del conocimiento quede bloqueada. No obstante, se advierte la necesidad de que la adaptación o regulación, sea rigurosa evitando que con esto pueda eludirse la protección elevada que requiere el derecho de autor para su desarrollo y pervivencia. V. Mihály Ficsor, "El derecho de autor y la transmisión del saber" Op. Cit. Págs. 14 y ss.

⁴⁶³ En este sentido, es importante el criterio número 13, de las orientaciones..., que propone "elaborar políticas y estrategias de preservación y valorización del patrimonio cultural y natural, en particular del patrimonio oral e inmaterial, y combatir el tráfico ilícito de bienes y servicios culturales."

⁴⁶⁴ La Convención ha considerado que la educación y la sensibilización del público son también acciones a emprender por los Estados partes como medidas para asegurar la consecución de la protección y difusión de los contenidos culturales. Art. 10 letra a: "Parties shall: (a) encourage and promote understanding of the importance of the protection and promotion of the diversity

Confrontemos este hecho con la perspectiva actual, en la que el público en general ha de aceptar el pago de "peajes" culturales que no siempre están justificados y que en múltiples ocasiones se encuentran claramente fuera de contexto. Una pregunta nos puede ayudar a simplificar esta idea: ¿Cómo pueden aceptar el pago del canon por copia privada las personas que utilizan los materiales gravados para el desarrollo de su actividad habitual, fijando en ellos sus propias obras?⁴⁶⁵

El exceso ha llevado a cuestionar acciones que en su día fueron consideradas justas y adecuadas pero que han devenido obsoletas con el paso del tiempo. No obstante, eliminarlas no será sencillo porque suponen una fuente importantísima de ingresos para diversos agentes: autores, titulares de derechos de autor y de derechos conexos al derecho de autor y para las entidades de gestión colectiva del derecho de autor, quienes son las encargadas de realizar la gestión obligatoria de este derecho y, por ello, les corresponde una participación en la recaudación. Esta reflexión se realiza porque actualmente no es posible ignorar que los intereses en juego son múltiples y no siempre pueden quedar justificados. El justo equilibrio que debe establecerse entre el derecho de autor y el derecho de acceso a las obras requiere que la protección que brinda el derecho de autor sea concedida a los verdaderos protagonistas: el autor y la obra. Conseguir el equilibrio entre la difusión de las obras y una protección adecuada requiere la colaboración de todos los agentes y del establecimiento de compromisos mutuos que garanticen

of cultural expressions, *inter alia*, through educational and greater public awareness programmes;".

⁴⁶⁵ Esta situación se presenta en distintos colectivos profesionales: programadores informáticos, fotógrafos, productores de audiovisual tanto de obras como de meras grabaciones, publicistas y un sin fin de profesiones que utilizan soportes materiales: CD, DVD, CD-R, CD-data para fijar sus obras o trabajos. En este sentido, es preciso hacer referencia a la reciente sentencia, del juzgado de primera instancia nº 7 de Alcalá de Henares, que condenó a una tienda, a devolver a un programador informático el importe íntegro del canon que pagó cuando compró CD's vírgenes para grabar su trabajo (V. nota al pie nº 10, Parte V, de este trabajo).

el acceso a las obras pero a su vez permitan a los autores y titulares de derechos una explotación óptima⁴⁶⁶.

- ii) Crear condiciones propicias para la producción y difusión de bienes y servicios culturales.

La obligación del Estado de garantizar la difusión adecuada de las ideas y de las obras, para hacer efectivo el derecho de acceso a la cultura, requiere de cierta infraestructura que permita alcanzar la finalidad propuesta. Dentro de este amplio enunciado es preciso contemplar la actividad de las industrias culturales en el proceso de producción y difusión de los bienes y servicios culturales⁴⁶⁷.

La creación de industrias culturales requiere de mecanismos de cooperación y solidaridad entre los Estados, sobre todo, en aquellos países en desarrollo, para que puedan tener industrias competitivas y viables⁴⁶⁸.

Una idea para la creación de las industrias culturales y de la implementación de las políticas estatales se encuentra en el artículo 11 de la Declaración, que propone establecer relaciones de asociación entre el sector público, el sector privado y la sociedad civil.

“Las fuerzas del mercado por sí solas no pueden garantizar la preservación y promoción de la diversidad cultural, condición de un desarrollo humano sostenible. Desde este punto de vista, conviene fortalecer la función primordial de las políticas públicas, en asociación con el sector privado y la sociedad civil”.

⁴⁶⁶ Cfr. Rosa María García Sanz, *El derecho de autor en Internet*, Colex, Madrid, 2005. La autora considera a la creación como el elemento clave de protección del derecho de autor, por ello, en sus propuestas podemos encontrar un equilibrio o punto de encuentro entre la protección del derecho de autor y la difusión que deben alcanzar los contenidos protegidos, distinguiendo entre las facultades esenciales inherentes al derecho de autor, de aquellas que no lo son (V. Capítulo V, hacia un nuevo derecho de autor en Internet: propuesta de ordenación, Pág. 170-215).

⁴⁶⁷ Declaración, Art. 9. Convención, Art. 6. 2, letra c): “measures aimed at providing domestic independent cultural industries and activities in the informal sector effective access to the jeans of production, dissemination and distribution of cultural activities, goods and services;”.

Los mecanismos de cooperación que propone la Declaración son importantes porque nos obligan a reflexionar sobre las necesidades reales y el clima que debe existir para que los objetivos sean alcanzados: la difusión de las obras y la adecuada protección de los contenidos. Es significativo la consideración que se hace sobre "las fuerzas del mercado", puesto que en estos momentos son éstas fuerzas quienes están imponiendo las condiciones de difusión de las obras. El importante valor que tienen las obras y productos culturales requiere de la implementación de mecanismos que hagan posible a todos los autores una difusión adecuada de sus obras. Favorecer la creación de industrias culturales alternativas y variadas es una meta difícil de alcanzar, pero más que necesaria en nuestra sociedad actual, donde las industrias culturales son grandes monopolios internacionales que ejercen su poder de forma excluyente y cuyos intereses predominantes se imponen a toda la sociedad⁴⁶⁹.

La propuesta de establecer mecanismos de cooperación entre el sector privado y la sociedad civil no debe quedar como una buena recomendación⁴⁷⁰. Es preciso estudiar si puede ser útil y favorecer la creación de proyectos que permitan el desarrollo de políticas culturales. La propuesta de actuar en cooperación con el sector privado y la sociedad civil tal vez la única forma, de alcanzar los objetivos de difusión cultural. Es primordial considerar la labor que desarrollan las asociaciones y fundaciones privadas, que actúan en el ámbito de la cultura, cuya única finalidad es la promoción y difusión cultural. Este tipo de entidades no gozan de protección, ni apoyos públicos, ni condiciones especiales que faciliten el desarrollo de su actividad. La financiación es privada y sus

⁴⁶⁸ Declaración, Art. 10. Convención Art. 6.

⁴⁶⁹ En este sentido, es interesante la aportación de María Eugenia Rodríguez Palop, *La nueva generación de derechos humanos. Origen y justificación*. Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 2002. La autora pone de manifiesto la importancia y la necesidad de la solidaridad para el desarrollo de los derechos fundamentales, que llama de cuarta generación, en los cuales desaparece la característica de la individualidad (Vgr. Derecho a la vida) para concebirlas como derechos colectivos que afectan a todas las personas de forma global sin distinción de fronteras (Vgr. Derechos medioambientales).

⁴⁷⁰ El artículo 11 de la Convención reconoce la importancia de la participación de la sociedad civil en el proceso de promoción y protección de la diversidad cultural, proponiendo a los

principales promotores son generalmente personas altruistas que trabajan de forma desinteresada para promover una determinada acción cultural. El establecimiento de políticas culturales debe tomar en consideración a las entidades que trabajan para la difusión y apoyo de los contenidos culturales implicándose en su labor y trazando juntos objetivos comunes. La participación de diversas entidades en el proceso de difusión cultural, es un punto que será examinado a continuación cuando tratemos de las relaciones de los agentes.

iii) Definir las políticas culturales y aplicarlas.

De esta manera llegamos a obtener las directrices que nos permiten definir lo que debe entenderse por políticas culturales. En primer lugar se establece que la finalidad es la difusión de las obras y contenidos culturales y, en segundo lugar, se requiere la creación de mecanismos que permitan alcanzar el objetivo primero, contando con la cooperación del sector privado y de la sociedad civil.

Hemos de señalar que cuando esta investigación se inició se basó principalmente en las recomendaciones de la Declaración, cuyas disposiciones no crean obligaciones jurídicas vinculantes para los Estados, sin embargo su estudio ha sido de gran utilidad para desentrañar el contenido del derecho de acceso a la cultura, pero no por ello podemos afirmar que la obligación que se desprende del mandato constitucional del artículo 44.1 CE sea la de aplicar las directrices de la Declaración.

La Declaración Universal sobre Diversidad Cultural es un compromiso ético para los Estados. Es la culminación de muchos años de trabajo y reflexión sobre los derechos culturales y es el documento base para la elaboración de un instrumento normativo internacional con carácter vinculante que se está

Estados partes que promuevan la cooperación con la sociedad civil. Esta cooperación también se ha contemplado en el plano internacional, Art. 12.

elaborando en el seno de la UNESCO, por expresa decisión de los Estados Miembros, cuyo proceso concluirá cuando se apruebe la Convención sobre la Protección de la Diversidad de los Contenidos culturales y las Expresiones Artísticas. Afortunadamente, el proceso ha culminado con la reciente aprobación de la Convención el pasado 20 de octubre de 2005 en la Conferencia General de la UNESCO, celebrada en París. Con este acto, se iniciado el procedimiento para su entrada en vigor, que requiere la ratificación de al menos 30 Estados firmantes. No está tan lejos el objetivo de que las obligaciones derivadas de la Convención puedan devenir vinculantes y en todo caso, ya ahora, podemos establecer una relación entre las disposiciones de la Convención y el mandato constitucional del artículo 44.1 CE. Es indudable que las disposiciones de la Convención pueden aportarnos una base sólida para la construcción de las políticas culturales⁴⁷¹.

El objetivo de la Convención es proteger y promover la diversidad de las expresiones culturales, acrecentando el diálogo y la cooperación para lograr una cultura de paz. Un ambicioso objetivo se describe en el artículo primero de la Convención, donde alcanza gran importancia la acción de los Estados Miembros para definir sus políticas culturales con plena soberanía en beneficio de la protección y promoción de los contenidos culturales y expresiones artísticas⁴⁷².

⁴⁷¹ El análisis de las disposiciones de la Convención sobre la protección de la diversidad cultural, se realizó con los documentos preparatorios y los Anteproyectos, por ello, en adelante, las referencias que se encuentran no son del texto definitivo, puesto que todavía no hay una versión disponible hasta que termine el proceso de traducción y la UNESCO haga una publicación del texto oficial definitivo. El texto en inglés publicado por la UNESCO aun no ha sido calificado de definitivo, no obstante, también lo hemos utilizado para comprobar la versión definitiva de los trabajos preparatorios.

⁴⁷² UNESCO. CLT/CPD/2005/CONF.203/6 – Pág 2, punto II, nº 7. En el texto definitivo, los objetivos de la Convención se contemplan de forma muy amplia: Article 1 – Objectives The objectives of this Convention are: (a) to project and promote the diversity of cultural expressions; (b) to create the conditions for cultures to flourish and to freely interact in a mutually beneficial manner; (c) to encourage dialogue among cultures with a view to ensuring wider and balanced cultural exchanges in the world in favour of intercultural respect and a culture of peace; (d) to foster interculturality in order to develop cultural interaction in the spirit of building bridges among peoples; (e) to promote respect for the diversity of cultural expressions and raise awareness of its value at the local, national and international levels; (f) to reaffirm the importance of the link between cultural and development for all countries, particularly for developing countries and to support actions undertaken nationally and internationally to secure recognition of the true value of this link; (g) to give recognition to the

En este sentido, es importante subrayar la precisión de los expertos sobre el término "protección"⁴⁷³. Quienes han manifestado que la voluntad de los Estados Parte es darle un significado positivo al término, es decir, entendiendo que la finalidad es preservar las expresiones culturales, al mismo tiempo que se crean condiciones propicias para su evolución y desarrollo. Ello implica una actitud abierta por parte de los Estados que garantiza la libertad de expresión y permite al público el más amplio acceso posible⁴⁷⁴.

El trabajo realizado por los expertos se ha hecho paulatinamente, comenzando por determinar los objetivos⁴⁷⁵ y principios⁴⁷⁶ que deben orientar la acción de los Estados para el establecimiento de las políticas culturales⁴⁷⁷. En la siguiente etapa se han definido los conceptos⁴⁷⁸ y posteriormente se ha establecido los derechos y obligaciones de los Estados parte, tanto en el plano nacional como en el internacional. Finalmente, los expertos han considerado que el éxito de la Convención dependerá de los mecanismos de seguimiento que permitan la

distinctive nature of cultural activities, goods and services as vehicles of identity, values and meaning; (h) to reaffirm the sovereign rights of States to maintain, adopt and implement policies and measures that they deem appropriate for the protection and promotion of the diversity of cultural expressions on their territory; (i) to strengthen international cooperation and solidarity in a spirit of partnership with a view, in particular, to enhancing the capacities of developing countries in order to protect and promote the diversity of cultural expressions."

⁴⁷³ En el texto final, se define protección en el artículo 4.7 como: "Protection" means the adoption of measures aimed at the preservation, safeguarding and enhancement of the diversity of cultural expressions".

⁴⁷⁴ Idem. Punto II, nº 8.

⁴⁷⁵ Ref: CLT/CPD/2005/CONF.203/6 – Pág. 13. Apéndice I. Anteproyecto de Convención sobre la protección de la Diversidad de los contenidos Culturales y de las Expresiones Artísticas (Texto Compuesto). Artículo 1º establece los objetivos de la Convención. El texto no es definitivo y aún debe ser discutido en una reunión plenaria, no obstante, hemos de hacer referencia a la doble finalidad a alcanzar: la protección y promoción de los contenidos y expresiones culturales.

⁴⁷⁶ Idem. Artículo 2 – Principios. Los nueve principios elaborados por los expertos constituyen las pautas sobre las cuales se deben desarrollar las acciones de los Estados. A continuación los enunciamos: (1) principio de respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales. (2) principio de acceso. (3) principio de igual dignidad y respeto de todas las culturas. (4) principio de complementariedad de los aspectos económicos y culturales del desarrollo. (5) principio de solidaridad y cooperación internacionales. (6) principio de sostenibilidad. (7) principio de apertura y equilibrio. (8) principio de soberanía. (9) principio de transparencia (suprimido).

⁴⁷⁷ Cfr. Prieto de Pedro, Jesús, en *Cultura, culturas y Constitución*. Op. Cit. Pág.96-100.

⁴⁷⁸ Anteproyecto de Convención. Artículo 4. El texto se encuentra en discusión, no obstante los conceptos definidos son: diversidad cultural, expresiones culturales, bienes y servicios culturales, industrias culturales, políticas culturales e interculturalidad. Se suprimió la definición del concepto cultura.

implementación de las normas y de la existencia de un sencillo mecanismo de resolución de conflictos como medida útil para resolver litigios de carácter estrictamente cultural teniendo en consideración que la Convención no prevé el establecimiento de sanciones⁴⁷⁹.

Por lo que respecta a las obligaciones de los Estados parte, la Convención⁴⁸⁰ contiene una regla general en materia de derechos y obligaciones en el artículo 5, que recuerda los compromisos anteriores suscritos en materia de derechos humanos, sobre esta base se asienta el compromiso de formular políticas culturales para la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales en el ámbito nacional, incluido el compromiso de respetar las obligaciones internacionales suscritas con anterioridad.

Si la obligación de los Estados es de implementar políticas culturales, hemos de proporcionar la definición de éstas que nos proporciona el artículo 4.6 de la Convención.

“Se entiende por “políticas culturales” todas aquellas políticas, ya sean locales, regionales, nacionales o internacionales, que [se refieran o afectan] a cualquier aspecto de las [expresiones culturales] de una persona, comunidad o sociedad determinada, comprendidas la creación, producción, distribución y difusión de [bienes y servicios culturales], así como el acceso a éstos.”⁴⁸¹

Esta definición nos permite observar, una vez más, la doble finalidad que persiguen las políticas culturales: la protección y el acceso de los bienes y productos culturales, constituyendo una constante dentro del capítulo de los

⁴⁷⁹ Idem. Punto II, nº 9, 10, 11 y 12

⁴⁸⁰ Anteproyecto de Convención. III. Derechos y obligaciones de los Estados parte. Artículo 5 – Reglas generales en materia de derechos y obligaciones.

⁴⁸¹ La definición que hemos reproducido es la que encontramos en el Anteproyecto de Convención debido a que no hemos podido acceder a un texto definitivo en español, no obstante se ha contrastado con las traducciones al inglés y francés que ha publicado la UNESCO recientemente. II. Ámbito de aplicación y definiciones. Artículo 4 – Definiciones. 5. Políticas culturales. El texto no es definitivo, y la nota 55 dice textualmente que: el Comité de Redacción cuestionó la necesidad de una definición de “políticas culturales” en este instrumento. Si se pide una definición, habría que definir “políticas culturales” *strictu sensu*.

derechos y obligaciones de los Estados parte. Por lo que respecta al plano nacional, el artículo 6 de la Convención, relativo a los Derechos de los Estados parte, enuncia una serie de medidas que los Estados han de adoptar para proteger y promover la diversidad de las expresiones culturales en sus respectivos territorios. En el artículo 7, establece las medidas que los Estados deben adoptar para promover y proteger la diversidad de las expresiones y contenidos culturales. El listado de obligaciones de los Estados parte, en relación con las finalidades de la Convención, contempla principalmente la creación de mecanismos que favorezcan la creación y producción de contenidos y expresiones culturales, a la vez que propician el acceso a los mismos. Es importante subrayar la obligación que se impone a los Estados para velar por el respeto de los derechos de propiedad intelectual⁴⁸².

“Los [Estados Parte] velarán por que [los derechos de propiedad intelectual] [se respeten y apliquen plenamente], de conformidad con los instrumentos internacionales existentes en los que los Estados son Parte, en particular elaborando [o reforzando] las medidas contra la piratería.”⁴⁸³

La promoción y difusión de las obras no desconoce la existencia de los derechos de propiedad intelectual. Tampoco puede decirse que el acceso a los contenidos protegidos pueda ser un obstáculo para el derecho de autor. Las consultas a los organismos especializados de las Naciones Unidas, forma parte del proceso de elaboración del Anteproyecto de Convención⁴⁸⁴, en este marco, se han realizado consultas y reuniones con la Organización Mundial del Comercio (OMC), la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y

⁴⁸² En particular los artículos: 6.2 (g); 7.2; 20.

⁴⁸³ Anteproyecto de Convención. Sección III. Artículo 7. Nuevo párrafo 3 (Antiguo texto original del Artículo 7.2,b)). En relación con el artículo 7, párrafo 4 de las obligaciones de los Estados parte. La nota 103 indica que se planteó una pregunta acerca del concepto de “piratería”.

⁴⁸⁴ Resolución 32 C/34. Informe preliminar del Director General sobre el Anteproyecto de Convención sobre la Protección de la Diversidad de los Contenidos Culturales y las Expresiones Artísticas. Ref. CLT/CPD/2004/CONF.201/1. Punto II Calendario de Trabajos. Pág. 6.

Desarrollo (UNCTAD) y la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)⁴⁸⁵.

“Los representantes de la Secretaría de la OMPI acogieron con gran interés las orientaciones y los objetivos del texto preliminar, en el que se reconoce toda la importancia que tiene la protección de los derechos de propiedad intelectual.”⁴⁸⁶

Resumiendo, la Convención para la Protección de la Diversidad de los Contenidos culturales y las Expresiones Artísticas nos proporciona pautas o criterios que nos orientan sobre el contenido del mandato constitucional del artículo 44.1 CE, en relación con el contenido del derecho de acceso a la cultura. Su importancia radica en que su análisis nos ha permitido encontrar los aspectos clave que se deben de tener en consideración cuando se modifique la Ley de Propiedad Intelectual por la transposición de la DDASI⁴⁸⁷.

Si los instrumentos internacionales han sido de gran utilidad en la definición de los conceptos y nos han brindado una valiosa ayuda para entender el contenido del mandato constitucional del Art. 44. 1 CE. También nos ilustran sobre la forma de alcanzar el desarrollo de las políticas culturales y en este sentido es sumamente importante contar con un elemento que nuestra propia Constitución prevé en el artículo 148.1, en virtud del cual las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en distintas materias y entre ellas se encuentra el fomento de la cultura (Art. 148.1, 17ª CE), principio acorde al artículo 4.6 de la Convención⁴⁸⁸. Es importante hacer mención a esta posibilidad, ya que la

⁴⁸⁵ Las reuniones con la OMC y la OMPI se celebraron los días 16 y 17 de junio de 2004 en Ginebra. La UNCTAD no pudo asistir debido a que celebraba en esas fechas su Conferencia General en Brasil, razón que motivó que la consulta se realizara por escrito. Idem.

⁴⁸⁶ Informe preliminar del Director General, Op. Cit. idem.

⁴⁸⁷ Hacemos referencia a la incorporación de la DDASI en nuestro ordenamiento jurídico, porque como tendremos ocasión de analizar en la siguiente parte de este trabajo, el proyecto de Ley para la transposición de la DASSI contiene una serie de disposiciones que chocan frontalmente con el derecho de acceso a la cultura.

⁴⁸⁸ Art. 4.6. Cultural policies and measures “Cultural policies and measures” refers to those policies and measures related to cultura, whether at the local, national, regional or international level that are Esther focused on cultural as such or are designed to have a direct effect on cultural expressions of individual, groups or societies, including on the creation, production, dissemination, distribution of and access to cultural activities, goods and services.”

protección universal de los derechos culturales a través de los instrumentos internacionales, no se encuentra reñida con la implementación y desarrollo de las políticas culturales a nivel regional, incluso algunos autores consideran que es más eficaz⁴⁸⁹. Esta vía también habría que explorarla y determinar si no sería más adecuado que las políticas culturales se desarrollaran e implementaran por las Comunidades Autónomas⁴⁹⁰ que directamente por el Estado⁴⁹¹.

3. Las relaciones entre los agentes

Siguiendo con nuestro planteamiento inicial y una vez analizadas las obligaciones del Estado, así como el alcance y contenido del derecho de acceso a la cultura, vamos a tratar de identificar quienes son los beneficiarios del derecho de acceso a la cultura.

3.1 Los ciudadanos como beneficiarios del derecho de acceso a la cultura

El fundamento del derecho de acceso a la cultura se encuentra en el Preámbulo de la Constitución española que define la acción del Estado y a los beneficiarios del derecho.

⁴⁸⁹ Cfr. Karl-Peter Sommermann, "El desarrollo de los derechos humanos" Op. Cit. Pág. 111.

⁴⁹⁰ La Propuesta de Proposición de Ley Orgánica por la que se establece el Estatuto de autonomía de Cataluña y que deroga la Ley orgánica 4/1979, del 18 de diciembre, del Estatuto de autonomía de Cataluña, en su artículo 127, relativo a la cultura, regula las competencias de la Generalitat en esta materia, destacando entre otras: la de promoción, planificación construcción y la gestión de los equipamientos culturales (punto 1, letra a), párrafo cuarto); el fomento a la cultura donde se incluyen la difusión de la creación y producción teatral, musical, audiovisual, literaria, de danza, circo y artes combinadas (punto 1, letra e), párrafo primero).

⁴⁹¹ Cfr. Enric Fossas, "La cultura" Ap. 4, Lliçó VII: Les Competències de la Generalitat (III): Sanitat, Assistència social, Ensenyament, Cultura i Mitjans de Comunicació. En *Dret Públic de Catalunya*, Coordinadors: Mercè Barceló i Joan Vintrolà. Cedecs. Estudis Constitucionals i Polítics. Barcelona. 2003.

“Proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones.

Promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida.”

Establecido que todos los ciudadanos, sin distinción alguna, son los destinatarios del derecho de acceso a la cultura queda por determinar como acceden los ciudadanos a la cultura.

Existen diversos niveles de acceso, puesto que como hemos tenido ocasión de constatar, la cultura es un concepto muy amplio. En un primer nivel, podemos situar el derecho a la educación contemplado en el artículo 27 de la Constitución española⁴⁹², que recoge los fundamentos básicos del derecho de acceso a la cultura: “todos tienen el derecho a la educación”⁴⁹³.

Es preciso cuestionarnos si el reconocimiento del derecho fundamental que tienen todos los ciudadanos a la educación se encuentra relacionado con el derecho de acceso a la cultura. En primer lugar habrá que establecer si ambos conceptos significan lo mismo ¿cultura y educación son términos equivalentes? O por el contrario son simplemente complementarios y en determinados casos pueden tener significados opuestos. Y en segundo lugar, deberíamos establecer la relación que existe entre ellos⁴⁹⁴. Habría que establecer si el derecho a la educación es un derecho distinto o superior que el derecho a la cultura y si realmente existen diferencias entre ellos. Admitir que la obligación del Estado se limita a garantizar el derecho a la educación, entendiendo a éste como un estadio elemental en la formación humana, como un mínimo para la

⁴⁹² Título primero, capítulo segundo, sección primera “De los derechos fundamentales y de las libertades públicas”

⁴⁹³ Artículo 27, párrafo 1º, CE

⁴⁹⁴ Cfr. Luis Cazorla Prieto, “La cultura en el marco de la Constitución de 1978 y de su desarrollo legislativo” en *20 años de ordenamiento constitucional. Homenaje a Eustasio de Aranzadi*. Op. Cit. Pág. 164 y ss. El autor admite que la cultura puede ser considerada desde el punto de vista de su transmisión o comunicación, donde la educación cobra vital importancia. Antonio-Enrique Pérez Luño, “Derechos humanos y constitucionalismo en la actualidad: ¿continuidad o cambio de paradigma?”, en *Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio*, Marcial

supervivencia, no sería correcto, porque si admitimos que la educación sólo está referida a los conocimientos básicos que todo individuo debe tener, estaríamos limitando seriamente este derecho fundamental que garantiza el desarrollo pleno de los individuos. En este sentido, el párrafo 2º del Art. 27 CE nos da pistas para interpretar lo que hemos de entender por educación.

“2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales”.

Como punto de partida resulta imposible separar los conceptos y trazar una línea divisoria entre la educación y la cultura⁴⁹⁵. No es necesario entrar en un análisis semántico de los términos que nos permita delimitar los conceptos y trazar fronteras entre ellos. Tampoco consideramos oportuno en el marco de esta investigación, hacer un desarrollo pormenorizado del contenido del derecho a la educación, ya que admitimos que el derecho a la educación es un derecho fundamental distinto del derecho de acceso a la cultura y por ello, puede ser objeto de análisis de forma independiente. Más bien, consideramos que se debe ampliar la perspectiva de análisis, aplicando todo lo que hemos aprendido sobre los derechos culturales e intentar derribar las barreras entre educación y cultura, olvidándonos del carácter lúdico, donde nuestra sociedad ubica a la cultura. Pretender que el término cultura se utilice exclusivamente para definir la oferta de espectáculos y productos con contenidos culturales no es adecuado, ya que en este contexto sólo hacemos referencia a un aspecto de los bienes y contenidos culturales. Frente a este concepto limitado que puede llevarnos a consideraciones equivocadas y pensar que los bienes culturales son

Pons, Madrid, 1996. Pág.11-52. El autor destaca el importante papel que desempeña la educación en la transmisión de los derechos humanos.

⁴⁹⁵ No es fácil trazar una línea divisoria entre el derecho a la educación y el derecho a la cultura, como tampoco resulta evidente distanciar al derecho a la educación de otros derechos fundamentales con los que está íntimamente relacionados como la libertad de expresión en sus distintas manifestaciones: libertad de creación y producción artística, literaria y científica: y libertad de cátedra (Art. 20 CE). V. Marcos Vaquer Caballería, *Estado y cultura: la función cultural de los poderes públicos en la Constitución española*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S. A. Madrid, 1998. Pág. 181. Jesús Prieto de Pedro, *Cultura, Culturas y Constitución*, Congreso de los diputados, Centro de estudios Constitucionales, Madrid, 1995. Pág. 250.

bienes de consumo de los cuales únicamente se puede disfrutar mediante pago es preciso considerar que los bienes culturales tienen o representan un valor distinto de las mercancías o productos comerciales, porque son portadores de valores, identidades y significados. Representan un elemento determinante en la realización de los derechos humanos y libertades fundamentales, necesarias en el desarrollo de todo ser humano⁴⁹⁶.

El derecho de acceso a la cultura es un concepto muy amplio que se manifiesta de distintas formas y se encuentra íntimamente vinculado con otros derechos y libertades fundamentales como el derecho a la educación⁴⁹⁷ y la libertad de expresión. La relación que existe entre ellos es complementaria, siendo la educación una condición o una parte del derecho de acceso a la cultura⁴⁹⁸.

Establecido que el derecho que asiste a los ciudadanos de acceso a la cultura tiene un amplio contenido y que el Estado se encuentra obligado a garantizarlo, nos preguntamos ahora como se ejerce al ejercicio del derecho. Por un lado, tenemos la obligación del Estado de velar por el cumplimiento de los derechos fundamentales y poner los medios necesarios que garanticen su realización. Por otra parte, tenemos a los ciudadanos beneficiarios de una prestación y considerando que el Estado democrático se rige por la voluntad de los

⁴⁹⁶ En este sentido ha definido la Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales, así, en el artículo 4 relativo a las definiciones, el punto 4.2 considera a los contenidos culturales como: "Cultural content refers to the symbolic meaning, artistic dimension and cultural values that originate from or express cultural identities."; y las expresiones culturales se definen como: "...refers to those expressions that result from the creativity of individuals, groups societies, and that have cultural content."; y finalmente define a las actividades, productos y servicios culturales en la misma línea, como: "...refers to those activities, goods, and services, which at the time they are considered as a specific attribute, use or purpose, embody or convey cultural expressions, irrespective of the commercial value they may have. Cultural activities may be an end in themselves, or they may contribute to the production of cultural goods and services."

⁴⁹⁷ La interrelación entre la cultura y la educación ha sido reconocida de forma unánime por la doctrina, si bien, también se admite que cada una tiene su propio ámbito dentro de los derechos que las reconocen. Cfr. Modesto Saavedra López, "La Constitución como objeto y como límite de la cultura" en *Derecho constitucional y cultura*, Op. Cit., Pág. 149-154. Juan Fernando López Aguilar, "Cultura y Derecho. Las dimensiones constitucionalmente relevantes de la cultura" en *Derecho constitucional y cultura*, Op. Cit., Pág. 213-216.

⁴⁹⁸ Cfr. Miguel Ángel García Herrera, "Consideraciones sobre Constitución y cultura", en *Derecho constitucional y cultura*, Op. Cit., Pág. 120, donde el autor desarrollando el

ciudadanos, es preciso determinar si los beneficiarios del derecho pueden exigir que se pongan a disposición los medios adecuados para que sea posible el derecho de acceso a la cultura⁴⁹⁹.

Los ciudadanos pueden modificar una situación que no se ajusta a la realidad y solicitar al Gobierno la creación de los mecanismos necesarios que permitan el ejercicio de sus derechos⁵⁰⁰.

En este contexto, debemos preguntarnos en que punto se encuentra el debate sobre el Proyecto de reforma de la Ley de Propiedad Intelectual. O mejor dicho ¿es que existe un debate? La propuesta del Gobierno para la modificación de la Ley de Propiedad Intelectual es inquietante y requiere de una seria reflexión que nos indique si estamos siguiendo el camino adecuado para que el derecho de acceso a la cultura sea una realidad y si los únicos beneficiados son los ciudadanos⁵⁰¹.

pensamiento de Peter Habërle, identifica a la cultura con autonomía propia frente a otros derechos constitucionales.

⁴⁹⁹ Vemos que en el derecho de acceso a la cultura se añade la dificultad de delimitar su contenido con la de identificar a los beneficiarios del derecho, esta difícil cuestión pone de manifiesto la existencia de los derechos colectivos. Cfr. Nicolás López Calera, *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*, Ariel Derecho, Barcelona 2000. Vittorio Frosini, "Los derechos humanos en la era tecnológica", en *Derechos humanos y constitucionalismo ante el Tercer Milenio*, Marcial Pons, Madrid, 1996. Pág. 87-95 (ver en particular la parte 6 – derechos humanos de los individuos y de los grupos sociales).

⁵⁰⁰ Cfr. Sobre la relación entre cultura y otros derechos constitucionales, Miguel Ángel García Herrera, Op. Cit. Pág. 123.

⁵⁰¹ Cfr. Carlos de Cabo Martín, "El elemento utópico, ingrediente cultural del constitucionalismo" en *Derecho Constitucional y Cultura*, Op. Cit. Pág. 52. El autor detecta dos tipos de utopías en el modelo cultural del constitucionalismo actual: "1. De carácter más individualista tendente a la eliminación de obstáculos (...) que impidan tanto la libertad de creación, como de expresión, como de empresa, en lo que actualmente se conoce como «industrias culturales». 2. De carácter más general y de naturaleza típicamente «promocional», con un entendimiento abierto de la cultura en el sentido tanto de su proyección social como de la inclusión de nuevos ámbitos tales como el ocio, el medio ambiente o la calidad de vida."

3.2 Las entidades de difusión cultural

Las Entidades de Difusión Cultural ¿son beneficiarias del Derecho o un mero instrumento o medio para su realización?

En esta parte me ocuparé de analizar si el compromiso del Estado para asegurar a los ciudadanos el acceso a la cultura, comprende la de crear o propiciar la existencia de entidades de difusión cultural y para empezar vamos a intentar identificar o definir a estas entidades.

¿Qué son las entidades de difusión cultural?

En la Constitución española, hay una referencia expresa sobre la obligación de los poderes públicos para la creación de centros docentes⁵⁰². ¿Podemos considerar a los centros docentes: escuelas o universidades, como entidades de difusión cultural? Sin duda, éstos no deben de quedar excluidas del concepto, sin embargo tampoco lo deben acotar, de tal suerte que solamente sean considerados como entidades de difusión cultural los centros docentes o de enseñanza.

Nuestro ordenamiento jurídico cuenta con disposiciones para la protección del patrimonio histórico, artístico y cultural⁵⁰³, en virtud de las cuales, se imponen límites a los propietarios para salvaguardar el patrimonio histórico y cultural. Sin

⁵⁰² Art. 27.5 CE "Los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes." En la misma disposición encontramos que frente a la obligación que se impone a los poderes públicos para la creación de centros docentes, se reconoce igualmente la facultad a personas físicas o jurídicas la libertad de creación de centros docentes (Art- 27.6 CE). Por ello no se establecen diferencias en cuanto a la titularidad: pública o privada, lo importante es la actividad que se desarrolla en dichos centros docentes.

⁵⁰³ Ley 16/1985, de 25 de Junio, del Patrimonio Histórico Español. Ley 36/1994. de 23 de diciembre, de incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 93/7/CEE del Consejo, de 15 de marzo, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro de la Unión Europea. (BOE, 24/12/1994), modificada por la Ley 18/1998, de 15 de junio, de modificación parcial de la Ley 36/1994 (BOE,

duda, la obligación impuesta a los propietarios de bienes de patrimonio histórico español, en virtud de lo dispuesto en la Ley 17/1985 y del RD 111/1986, que obliga a los propietarios a conservar los bienes protegidos, a inscribirlos en el registro de bienes catalogados y a permitir la consulta de los mismos, coloca a estas personas en una situación especial, pero esta circunstancia no los convierte en instituciones de difusión cultural. El simple hecho de poseer bienes considerados como patrimonio histórico cultural no convierte a sus propietarios o sus casas de forma automática en instituciones de difusión cultural. No parece sencillo identificar a las entidades de difusión cultural, puesto que no sería admisible considerar dentro de esta categoría a todas aquellas personas (físicas o jurídicas) que gocen de la titularidad de bienes protegidos o dotados de interés cultural.

Lo más sencillo será partir de las instituciones públicas o aquellas que gozan de protección especial, ya sea por haber obtenido subvenciones o ayuda Estatal para la realización de sus fines. En esta categoría podrían quedar comprendidos los archivos, bibliotecas, museos, hemerotecas y en general los lugares donde se encuentran almacenados para su conservación y consulta bienes con contenidos culturales.

Sin embargo, debemos de considerar que también existen instituciones de carácter privado cuya finalidad es prácticamente la misma ¿debemos ubicarlas en el mismo nivel? Para nuestro objeto de estudio el criterio sobre la titularidad pública o privada no debería ser determinante. Es decir, la calificación de entidad de difusión cultural debe atender a la finalidad de las mismas y no a los titulares o patrocinadores.

Otro criterio de clasificación debería de atender a entidades, que sin estar dentro de las anteriores, también tienen una función importante en la difusión cultural. En este caso, la diferencia estriba en que la actividad principal de estas

16/06/1998). Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo.

entidades es comercial, es decir, la difusión de las obras se hace mediante su explotación económica, lo cual no excluye que puedan ser consideradas como canales idóneos de difusión cultural.

Resumiendo, tenemos distintos criterios para la clasificación de las entidades de difusión cultural:

En un primer término se situarían aquellas cuya finalidad sea la educación, entendido en el sentido más amplio del término y sin hacer distinciones entre entidades públicas o privadas. La característica importante que permite su calificación como entidades de difusión cultural radica en su actividad, por ser idónea en la difusión cultural, al proporcionar medios o herramientas que vinculan a los ciudadanos con la cultura.

En segundo lugar podríamos ubicar a las instituciones o centros cuya existencia y finalidad sea la de difusión de la cultura, tales como museo, bibliotecas, hemerotecas, archivos. En este caso, tampoco cabe hacer distinción entre los de titularidad pública o privada y la característica que los define es la actividad de difusión cultural sin fines lucrativos, lo cual excluye la explotación económica de las obras o contenidos culturales⁵⁰⁴.

⁵⁰⁴ Es importante subrayar que 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 (DDASI), contiene en sus *considerandos*, criterios para la transposición donde se hace un reconocimiento expreso a la difusión cultural. Así, el considerando nº 12, constata que "...la adecuada tutela de las obras protegidas mediante el derecho de autor y de las prestaciones protegidas mediante derechos afines a los derechos de autor tiene gran importancia desde el punto de vista cultural. El artículo 151 del Tratado exige que la Comunidad tome en consideración los aspectos culturales en su actuación."; y en el nº 14 reconoce que los límites que se imponen al derecho de autor son para "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". Por ello, contempla en el *considerando* nº 34 la posibilidad de contemplar excepciones cuando se persiga una finalidad educativa o científica en beneficio de organismos públicos, y posteriormente en el nº 40, contempla la posibilidad de establecer excepciones al derecho de autor en beneficio de determinados establecimientos sin fines lucrativos. Aclarando posteriormente en el *considerando* nº 42, que la naturaleza no comercial de la actividad debe venir dada por la actividad en sí, no siendo decisivos los medios de financiación ni la estructura institucional.

Y finalmente, hemos de considerar la labor de las entidades que colaboran en la difusión cultural por su actividad económica. En este caso, no entrarían dentro de la categoría de entidades de difusión cultural, no obstante, habría que valorar si la realización de su actividad no debería estar protegida o contar con medios para su desarrollo debido a que supone un medio adecuado para alcanzar los fines del derecho de acceso a la cultura⁵⁰⁵.

Una vez expuestos los criterios para clasificar e identificar a las entidades de difusión cultural y habida cuenta de que encontramos dos tipos distintos de instituciones: (1) aquellas cuya principal actividad es la educación y (2) las que se ocupan de la difusión de contenidos culturales, nos encontramos ante la necesidad de buscar argumentos legales que justifiquen su existencia.

Nuestro ordenamiento jurídico no es ajeno a la existencia de este tipo de instituciones. Si bien es cierto que no están claramente identificadas o definidas, ello no significa que su existencia sea ignorada por la Ley. El Art. 37 LPI nos proporciona un valioso ejemplo al enumerar una serie de instituciones en las cuales se permite la libre reproducción y préstamo. El término "determinadas instituciones" proporciona un amplio listado de entidades de difusión cultural. Si el párrafo primero de esta disposición enumeran una serie de instituciones: museos, bibliotecas, fonotecas, hemerotecas o archivos, de titularidades públicas o integradas en instituciones de carácter cultural o científico, el párrafo segundo amplía más el espectro al incluir dentro del listado a las instituciones "sin ánimo de lucro" y a las "instituciones docentes integradas en el sistema educativo español"⁵⁰⁶.

⁵⁰⁵ Del desarrollo de este punto nos ocuparemos en el siguiente apartado, no obstante, debemos adelantar que la Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales, contempla dentro de las obligaciones a los Estados la de impulsar las industrias culturales.

⁵⁰⁶ "Museos, archivos, bibliotecas, hemerotecas, fonotecas o filmotecas de titularidad pública o que pertenezcan a entidades de interés general de carácter cultural, científico o educativo sin ánimo de lucro, o a instituciones docentes integradas en el sistema educativo español". Recordemos que esta disposición está siendo objeto de revisión por las autoridades comunitarias justamente porque el listado del apartado segundo del artículo 37 permite, prácticamente a todo tipo de institución, archivo, biblioteca, hemeroteca realizar el préstamo sin

La finalidad del listado del artículo 37 LPI se hace a los efectos de limitar la aplicación de la excepción de libre reproducción y préstamo, no tiene la finalidad de definir a las entidades de difusión cultural. Por ello, hemos de considerar a este listado como una mera aproximación al concepto de entidades de difusión cultural, puesto que el criterio restrictivo que considera el listado del artículo 37 como exhaustivo y no orientativo, es correcto para la aplicación del límite pero no podemos utilizarlo para definir a las entidades de difusión cultural, tan sólo nos es de utilidad para incluir a todas las instituciones enumeradas en dicha disposición.

Vemos que la LPI no es ajena a la existencia de entidades de difusión cultural y tampoco desconoce que la clasificación de este tipo de instituciones pueda admitir una amplia concepción. Prueba de ello es la previsión del artículo 157 LPI, que impone la obligación a las entidades de gestión de establecer tarifas generales que determinen la remuneración por el uso de su repertorio, en las que se deben contemplar "reducciones para las entidades culturales que carezcan de finalidad lucrativa"⁵⁰⁷.

Este precepto nos permite apreciar que el concepto de entidades de difusión cultural, bien que no está definido y acotado, es admitido en nuestro ordenamiento y regulado aunque de forma muy incipiente. La LPI reconoce la existencia de las entidades de difusión cultural y la necesidad de otorgarles un trato preferente.

Analicemos ahora la situación en la normativa comunitaria y si la DDASI puede aportarnos algunos datos de interés para sostener nuestra hipótesis. Empecemos con los *considerandos*, cuya importancia es primordial para la transposición de las disposiciones de la Directiva en lo ordenamientos

necesidad de otorgar una remuneración compensatoria a los titulares de derechos tal y como lo estipulaba la Directiva 29/100/CEE

⁵⁰⁷ Art. 157.1, letra b). LPI

nacionales, porque proporcionan criterios de interpretación de la norma que facilitan su aplicación.

El considerando (40) dice que: "Los Estados miembros pueden establecer una excepción o limitación en beneficio de determinados establecimientos sin fines lucrativos, como bibliotecas accesibles al público y entidades similares, así como archivos..."

Otro importante criterio para identificar a las entidades de difusión cultural se encuentra en el *considerando* número (42):

"Al aplicar la excepción o limitación en el caso de fines educativos o de investigación científica no comerciales incluida la educación a distancia, la naturaleza no comercial de la actividad de que se trate debe venir dada por la actividad en sí. La estructura institucional y los medios de financiación de la entidad de que se trate no son los factores decisivos a este respecto".

Subrayamos que el criterio determinante para la calificación debe atender a la actividad, más que a otras características que pueden ser importantes o no, pero en todo caso no deben ser determinantes para su calificación.

El criterio que sirve para clasificar a las entidades de difusión cultural atiende a la actividad realizada, a la finalidad que persiguen y a la forma en que realizan su actividad que debe ser sin ánimo de lucro, es decir, que no se contemple la explotación de las obras. Así, el artículo 5, párrafo segundo, letra c) DDASI, admite la posibilidad de establecer excepciones o limitaciones al derecho de reproducción en relación con determinados actos específicos "efectuados por bibliotecas, centros de enseñanza o museos accesibles al público, o por archivos, que no tengan intención de obtener un beneficio económico o comercial directo o indirecto;". Tenemos pues, que la nota característica de las entidades de difusión cultural es que esta se realiza sin ánimo de lucro y este criterio nos sirve para diferenciarlas de las industrias culturales. En esta línea,

hemos de considerar la definición que proporciona la Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales, que en el artículo 4.4, define a las actividades culturales, bienes y servicios, reconociendo que las actividades culturales pueden constituir un fin en si mismas o bien contribuir a la producción de bienes y servicios culturales. Esta disposición tiene que ser considerada en relación con el artículo 8 de la Declaración Universal de la UNESCO sobre la diversidad cultural, que considera el carácter específico de los bienes y servicios culturales, como portadores de identidad, valores y sentido y por ello no deben ser considerados como simples mercancías o bienes de consumo como los demás y con el artículo 6 de la Declaración, que contempla a la promoción de: "...la igualdad de acceso a las expresiones artísticas, al saber científico y tecnológico –comprendida su forma electrónica- y la posibilidad, para todas las culturas de estar presentes en los medios de expresión y de difusión..."

Así, la Convención sobre la protección y promoción de la diversidad cultural al establecer los derechos de los Estados parte a nivel nacional, reconoce la facultad que estos tienen para desarrollar su propio marco normativo y sus políticas donde podrán prever medidas de promoción para los organismos que actúan sin finalidad comercial en la difusión, intercambio y libre circulación de obras e ideas estimulando la creatividad⁵⁰⁸.

La finalidad de alcanzar la mayor difusión de las obras y contenidos protegidos se ha de conseguir a través de los medios que permitan realizarla, ya sea que se constituyan como servicios públicos del Estado o como iniciativa privada siempre y cuando atienda a la finalidad no comercial⁵⁰⁹.

⁵⁰⁸ Art. 6.2.(e) measures aimed at encouraging non-profit organizations, as well as public and private institutions and artist and other cultural professionals, to develop and promote the free exchange and circulations of ideas, cultural expressions and cultural activities, goods and services, and to stimulate both the creative and entrepreneurial spirit in their activities.

⁵⁰⁹ La Declaración Universal de la UNESCO, pone de manifiesto la importancia de la difusión y en las orientaciones principales de un plan de acción para la aplicación de la declaración universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural, se fijan objetivos claros: fomentar la alfabetización electrónica (9), fomentar el acceso gratuito y universal a través de las redes mundiales (10), luchar contra las desigualdades en materia electrónica, favoreciendo el acceso a los países en desarrollo a las nuevas tecnologías (11), estimular la producción, salvaguardia y

3.3 Las industrias culturales

El análisis precedente nos ha permitido detectar que la existencia de entidades de difusión cultural, es un hecho admitido tanto en nuestra legislación, en la europea y también a nivel internacional. El reconocimiento de las instituciones de difusión cultural, a pesar de no estar definidas como tales, tiene puntos en común de los cuales hemos extraído criterios para clasificarlas atendiendo a su actividad que debe ser la difusión cultural y a la forma de realizarla, es decir, sin ánimo de lucro. Frente a estas, nos encontramos con otro tipo de entidades que se dedican a la difusión de contenidos culturales, la diferencia es que su actividad se realiza dentro de un marco comercial, es decir, mediante la explotación de las obras. Esta característica sitúa a este tipo de instituciones en una categoría distinta, no obstante hemos de investigar cuál es su rol en la difusión cultural.

Hemos tenido ocasión de analizar que el compromiso del Estado para asegurar a los ciudadanos el acceso a la cultura, comprende la obligación de establecer políticas culturales donde se establece la obligación de promocionar la creación de industrias culturales.

¿Qué son las industrias culturales? Según la definición que nos aporta la Convención: "se entiende por ["industrias culturales"] todas aquellas industrias que producen y distribuyen [bienes y servicios culturales], tal como se han definido precedentemente"⁵¹⁰.

la difusión de contenidos diversificados en los medios de comunicación y las redes mundiales de información (12).

⁵¹⁰ Artículo 4 – Definiciones, punto 4 del Anteproyecto de Convención. Ref.

CLT/CPD/2005/CONF.203/6 – Pág. 23. En el texto definitivo, corresponde al artículo 4.5

Cultural industries "Cultural industries" refers to industries producing and distributing cultural goods or services as defined in paragraph 4 above. Recordemos que la definición de las actividades, bienes y servicios culturales, reconoce los especiales atributos que estos comportan por ser portadoras de valores independientemente del valor comercial que tengan.

A diferencia de las entidades de difusión cultural, este tipo de instituciones tiene la finalidad de producir y distribuir bienes y servicios culturales. Su actividad en relación con el ejercicio del derecho de acceso a la cultura es también relevante puesto que proporciona a los autores los medios necesarios para la explotación de sus obras. La existencia de industrias culturales variadas proporciona a los autores y creadores de contenidos culturales un servicio o medio para la explotación de sus obras, lo cual sin lugar a dudas les beneficia puesto que abre sus posibilidades y opciones. Es pues importante considerar que este tipo de industrias no solamente beneficia a la sociedad, proporcionándole una mayor variedad de productos culturales sino que beneficia directamente a los autores y creadores por las posibilidades que les brinda⁵¹¹.

¿Por qué deberían gozar de protección las industrias culturales? ¿Existe algún argumento que justifique o que permita que estas entidades obtengan algún tipo de protección por su labor en la difusión cultural? Las industrias culturales han de ser consideradas como beneficiarias de las políticas culturales del Estado para alcanzar sus objetivos. Esta opción, que es la que contempla la Convención en el artículo 6.2 (c)⁵¹² nos parece más ajustada a sus fines que la de considerarla como beneficiarias del derecho de acceso a la cultura. Puesto que las industrias culturales son un medio de acceso a los contenidos culturales, tanto para los autores como para el público en general. En este punto, su actividad coincide con las entidades de difusión cultural, ya que ambas se encuentran entre los autores o creadores y el público, son el puente o nexo que los une. Y las separa la finalidad que persiguen ya que las entidades de difusión cultural no persiguen la explotación de las obras, tan sólo su difusión y su actividad se realiza sin ánimo de lucro.

⁵¹¹ La relevancia de las industrias culturales para la difusión de las obras, así como la relación entre éstas y los autores, ha sido analizada por U. Uchtenhagen, "Visión del tema en las obras literarias y artísticas" en *I. Congreso Iberoamericano...*, T. I. Op. Cit. P. 349-351.

⁵¹² Measures aimed at providing domestic independent cultural industries and activities in the informal sector effective access to the means of production, dissemination and distribution of cultural activities, goods and services;".

Las actividades que realizan las entidades de difusión cultural y las industrias culturales son próximas pero presentan también grandes diferencias. En ambos casos, su contribución al derecho de acceso a la cultura es sin lugar a dudas valiosa, tanto para el público como para los creadores, por ello hemos de admitir que ambas deben ser reconocidas en las políticas culturales del Estado y que su existencia requiere de apoyo para la realización de su labor. La cuestión pues, será definir qué tipo de apoyo deberían obtener. En todo caso, hemos de considerar que una normativa que respete la competencia favorece la diversidad e impide las concentraciones que tienen a marcar sus tendencias en el mercado⁵¹³.

3.4 Los antecedentes legales: derechos conexos o vecinos al derecho de autor.

Una vez identificadas las entidades de difusión cultural y las industrias culturales, así como establecido los parámetros que permiten su clasificación, vamos a intentar justificar la protección que el ordenamiento jurídico debe brindarles para que puedan realizar su labor, haciendo un paralelismo con figuras afines.

Salvando las grandes distancias que los separan, es indudable que los derechos conexos o vecinos al derecho de autor son un precedente importante a la hora de valorar si las entidades de difusión cultural son merecedoras de una protección especial por su labor de difusión de las obras y por que ponen a disposición del autor los medios adecuados para conectar con el público, sin

⁵¹³ Cfr. Los datos que aporta L. Lessig, en su libro *Por una cultura libre*, Op. Cit, Pág. 174, revelan una concentración creciente de los medios de difusión y de las industrias culturales en los Estados Unidos y alerta sobre los problemas que ello podría derivar para la sociedad y los derechos fundamentales.

que por esta actividad se perciba una contraprestación económica, es decir, la finalidad es la difusión y no la explotación de las obras⁵¹⁴.

El reconocimiento de los derechos afines al derecho de autor, es todo un logro de los profesionales del sector que se materializó en la Convención Internacional sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, hecha en Roma el 26 de octubre de 1961. La Convención de Roma reconoce un derecho independiente al derecho de autor, que hoy conocemos como derechos conexos o vecinos, a los artistas, intérpretes o ejecutantes, a los productores de fonogramas y a los organismos de radiodifusión. La justificación es doble, por un lado, por su labor de difusión de las obras, ya que, necesariamente los autores requieren de la intermediación de estos profesionales para que sus obras puedan ser difundidas y, de otra parte, porque el resultado de su actividad⁵¹⁵ refleja la existencia del detonante de la protección de la propiedad intelectual a las obras, es decir, nos encontramos ante creaciones originales y expresadas⁵¹⁶.

Sin embargo, la evolución de la protección de los derechos conexos o afines al derecho de autor no se ha detenido en este punto. Resulta lógico o consecuente que se protejan los derechos de los artistas por su labor de interpretación y porque no cabe la menor duda, que durante sus ejecuciones o interpretaciones están realizando auténticas creaciones que se exteriorizan. Dejar de lado o negar esta protección a quienes colaboran en la difusión de las obras tendría consecuencias negativas para el autor ya que impediría en muchos casos la explotación normal de su obra.

⁵¹⁴ No debemos olvidar ni por un momento, que los derechos afines al derecho de autor tienen la clara finalidad de explotar las obras y no por ello son menos merecedores de protección, todo lo contrario, es justamente esa inversión o esfuerzo lo que se debe salvaguardar.

⁵¹⁵ En particular cuando se trata de los artistas, intérpretes o ejecutantes.

⁵¹⁶ V. Cabanillas Sánchez, Antonio, "Derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes. Artículos 105 – 113" en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Op. Cit. Pág. 1545-1612.

Pero la protección de los derechos conexos no llega sólo a quienes realizan una labor complementaria para el autor, se ha extendido más lejos, hasta alcanzar un punto en el que se protege no sólo la creatividad o la colaboración en la labor de difusión sino también el trabajo, el esfuerzo o la inversión realizada. Tal es el caso de la protección de las bases de datos a través del derecho "sui generis". Si bien, está claro que es un derecho que está fuera del ámbito del derecho de autor, no es menos cierto que esta protección le esta reconocida al fabricante de una base de datos dentro del marco normativo del derecho de autor. En nuestro ordenamiento jurídico, encontramos en el título VIII, del libro II bajo la rúbrica "de los otros derechos de propiedad intelectual y de la protección sui generis de las bases de datos". Ello nos indica de donde proviene el origen de esta protección. Efectivamente, la incorporación de esta rúbrica procede de la Ley 5/1998, de 6 de marzo, de incorporación al Derecho español de la Directiva 96/9/CE, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos. La finalidad de la Directiva 96/6/CE es alcanzar una protección armonizada en el territorio de la unión europea de las bases de datos, reconociendo un doble derecho al fabricante de una base de datos: el derecho de autor en los casos en que sea original y el derecho "sui generis" por la inversión realizada, evitando que terceros puedan aprovechar el trabajo ajeno cuando la protección del derecho de autor no alcance o no sea suficiente para proteger la base de datos de una utilización ilícita. Esta es la razón que nos indica que el derecho "sui generis" se ubica más bien dentro del ámbito de la competencia desleal. Sin embargo, no deja de estar regulado en nuestro Texto Refundido de Ley de Propiedad Intelectual.

Los mismos argumentos nos sirven para justificar la protección dentro de la normativa del derecho de autor en casos similares, contemplados también en el Libro II de la LPI, como son la protección de las meras fotografías (Art. 128 LPI)⁵¹⁷ y la protección de determinadas producciones editoriales (Art. 129

⁵¹⁷ Cfr. Bercovitz Rodríguez Cano, Rodrigo, "La protección de las meras fotografías" en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Op. Cit. Pág. 1709 y ss.

LPI)⁵¹⁸. En estos casos, parece que nuestro ordenamiento jurídico reconoce una protección diferente al derecho de autor, que ampara más bien una actividad o la inversión realizada, pero no la creatividad.

El régimen jurídico del programa de ordenador también nos proporciona interesantes ejemplos, por cuanto la Ley admite expresamente la posibilidad de que una persona jurídica pueda ser considerada autor del programa de ordenador (Art. 97.1 LPI), si comparamos esta disposición con los artículos 5 y 1 LPI, vemos que quiebra con el principio del derecho de autor clásico, según el cual, sólo la persona física puede ser autor puesto que es la única capaz de crear. A la persona jurídica se le reservaba, en principio, la titularidad de derechos pero no la paternidad⁵¹⁹.

Estas reflexiones tratan de mostrar que la protección del derecho de autor ha evolucionado en el tiempo y, si en un principio protegía exclusivamente al autor como persona física reconociendo la existencia de un derecho irrenunciable e inalienable a la paternidad de su obra, hoy las cosas han cambiado y el derecho de autor protege no solamente la creación, sino la inversión y el trabajo. Esta evolución nos debe llevar a considerar la posibilidad de que las entidades de difusión cultural gocen de reconocimiento en nuestro ordenamiento jurídico y de la protección necesaria para el buen desempeño de su labor.

⁵¹⁸ Cfr. Bercovitz Rodríguez Cano, Rodrigo, "La protección de determinadas producciones editoriales". En *Comentarios...* Op. Cit. Idem. Pág. 1721 y ss.

⁵¹⁹ Cfr. Millé, Antonio, "La protección del software por el derecho de autor. Evolución de las ideas jurídicas", en *Boletín de derecho de autor*, UNESCO, Vol. XXII, nº 4, 1988; Fernández Masià, Enrique, *Informática y propiedad intelectual: software, bases de datos y creaciones asistidas por ordenador*, Editorial Comares, Granada, 1998; Davara Rodríguez, Miguel Ángel, *Manual de Derecho Informático*, Editorial Aranzadi, 2002; Erdozain López, José Carlos "Un Ensayo sobre algunos aspectos de la protección de los programas de ordenador y su consideración jurídica" en *Pe.i*, nº 8, 2001. Ed. Bercal, S.A.

4. Valoración sobre el derecho de acceso a la cultura.

El análisis efectuado nos permite apreciar que el derecho de acceso a la cultura requiere de una acción por parte de los poderes públicos para la realización de este derecho. Si el Estado no establece los medios adecuados el derecho de acceso a la cultura no puede existir. Pero el establecimiento de políticas culturales no es una opción del Estado, es una obligación que se establece por mandato constitucional cuya realización es compleja necesitando de diversos estadios para su plena existencia. En este proceso, los ciudadanos tienen una gran responsabilidad y pueden exigir a los poderes públicos el establecimiento de acciones que permitan el derecho de acceso a la cultura.

También hemos podido apreciar que el derecho de acceso a la cultura es un derecho de todos, lo cual implica que su existencia es benéfica para toda la comunidad, no solamente para el público receptor de los contenidos culturales sino también para los autores y creadores de obras y contenidos culturales. Ellos requieren de un acceso y también de medios de difusión para sus obras o creaciones. Ello nos permitió detectar la presencia de determinados agentes cuya actividad es indispensable en la difusión cultural: las entidades de difusión cultural.

Su existencia nos planteó diversas cuestiones, en particular, nos preguntamos por la naturaleza de su actividad y si esta circunstancia podría situar a las instituciones de difusión cultural como beneficiarios del derecho de acceso a la cultura. Una difícil cuestión por resolver, ya que al lado de las instituciones de difusión también encontramos a las industrias culturales. Consideramos que no deberían quedar excluidas de la categoría de beneficiarios, aunque podrían ubicarse en una categoría diferente de donde se encuentran los autores y el público en general. Es preciso reconocer que el ejercicio de la actividad que realizan las entidades de difusión cultural requiere de apoyo y colaboración por parte de todos los agentes que participan del proceso cultural, de lo contrario no podrían subsistir. ¿Qué ocurriría si las entidades de difusión cultural

desaparecieran completamente? Definitivamente, sería una pérdida importante que afectaría principalmente a los autores y creadores de contenidos culturales, puesto que perderían a un valioso aliado en la divulgación y conservación de sus obras. También sería una importante pérdida para la sociedad y todos los ciudadanos quienes verían su derecho de acceso a la cultura limitado a la obtención o adquisición de bienes con contenidos culturales. No parece que la extinción de este tipo de instituciones sea deseada por nadie. Entonces hemos de cuestionar que tipo de ayuda o apoyos obtienen de los agentes que participan en el proceso cultural: el Estado, los ciudadanos, los autores y creadores, los titulares de derechos de propiedad intelectual y las entidades de gestión colectiva de los derechos de autor.

La importancia creciente que han adquirido los bienes y servicios culturales ha sido constatada por diversos instrumentos, tanto comunitarios como internacionales, por ello es necesario que nuestras autoridades, el Estado o las Comunidades Autónomas con competencias, inicien el proceso que permita la activación y desarrollo de políticas culturales a fin de alcanzar la doble finalidad que persigue el derecho de acceso a la cultura: la protección de los contenidos culturales y su más amplia difusión.

Al inicio de este capítulo planteamos diversas cuestiones relacionando al derecho de acceso a la cultura con el derecho de autor. Analizamos las obligaciones de los poderes públicos en relación con el derecho de acceso a la cultura para detectar si en un determinado momento podría colisionar con el derecho de autor. Nuestro estudio nos ha permitido establecer los parámetros para efectuar la valoración o ponderación de los derechos en caso de colisión y encontrar el sentido de la obligación a la que quedan sometidos los poderes públicos. No obstante, no hemos analizado aun el Proyecto de Ley para la modificación de la regulación del derecho de autor, ni se ha establecido si éste es acorde con nuestro ordenamiento jurídico, porque todavía nos falta por estudiar algunos elementos importantes que serán analizados a continuación, en la parte IV de este trabajo. El desarrollo de los capítulos siguientes nos

permitirá conocer si el Proyecto para la reforma de la Ley de Propiedad Intelectual respeta al derecho de acceso a la cultura y así podremos responder a los interrogantes planteados.

Parte IV La gestión del derecho de autor

Introducción

¿Qué relación guarda la gestión del derecho de autor con el derecho de acceso a la cultura?

Entendiendo por gestión de derechos la forma como se explotan o comercializan las obras protegidas⁵²⁰, el desarrollo de este capítulo pretende poner de manifiesto la importancia que tiene para el derecho de acceso a la cultura la gestión de los derechos de autor, ya sea que la realice directamente el autor, los titulares de los derechos o las entidades de gestión colectiva del derecho de autor.

El análisis de la gestión de derechos es importante debido a la participación de diversos agentes en la explotación económica de las obras. Circunstancia que nos lleva a considerar que el fundamento de la protección del derecho de autor ha cambiado. Si el monopolio fue concebido para proteger la actividad creativa,

⁵²⁰ La noción de "gestión de derechos" ha sido definida por la Comisión europea como la forma como los derechos de autor y los derechos vecinos son comercializados, admitiendo que puede realizarse de dos formas: individual, por el titular de los derechos, o colectiva, a través de las entidades de gestión que actúan como mandatarios. Sobre este último extremo volveremos a fin de demostrar cuál es la situación en nuestro país. V. IP/04/492. Bruxelles, le 19 avril 2004. Communication de la Comisión au Conseil, au Parlement européenne et au Comité Éconoique et Social Européen. La gestion du droit d'auteur et des droits voisins au sein du marché interieur. Bruxelles, le 16.04.2004. COM(2004) 261 final. I. GESTION DES DROITS AU SEIN DU MARCHÉ INTERIEUR. 1.1. Contexte et principales caractéristiques de la gestion des droits. 1.1.1. *Les catégories et méthodes de gestion des droits.* Pág. 7.

la evolución del derecho de propiedad intelectual nos demuestra que los objetivos han cambiado. En el modelo actual participan múltiples agentes en la explotación de las obras, quienes tienen interés en ampliar el monopolio de la protección para asegurarse mayores rendimientos.

Otro aspecto relacionado con la gestión de derechos y que tiene gran relevancia para el derecho de acceso a la cultura, son las medidas de protección tecnológica de las obras, porque han cambiado por completo el panorama de la propiedad intelectual, ampliando el monopolio del autor y titulares de derechos mediante mecanismos de control sobre las obras que permiten limitar los usos e incluso el acceso a ellas.

Nuestro punto de partida será el análisis del sistema actual previsto en la LPI para la gestión de derechos, individual y colectiva, en relación con los cambios que se introducirán por la transposición de la DDASI. Nuestro estudio incluye el texto elaborado por el Gobierno anterior para la reforma de la LPI, al cual nos hemos referido en capítulos anteriores. Debemos apuntar que en este capítulo, el estudio de dicho texto es relevante porque contiene una propuesta para reformar la regulación de las entidades de gestión colectiva del derecho de autor. La reforma pretendía una actualización del sistema para hacerlo más racional y sistemático. Hemos de admitir que el planteamiento es más teórico que real, pero su mérito radica en haber sido capaz de detectar los puntos clave para el acceso a la cultura. El texto del borrador fue claro al definir las obligaciones de las entidades de gestión colectiva de derechos de autor, exigiendo el respeto de la normativa vigente, en particular, la relativa al mercado (defensa de la competencia) que establece límites a la acción de los monopolios, haciendo posible el acceso a la cultura a todos los ciudadanos.

La definición de las obligaciones es importante para el derecho de acceso a la cultura, pero la propuesta del gobierno anterior, va aún más lejos y propone una medida que podría ser de gran utilidad para facilitar el acceso y difusión de las obras: la creación de un organismo independiente con funciones propias y

facultada para resolver sobre la aplicación de la LPI. Si unimos los mecanismos que contiene el texto de reforma elaborado por el gobierno anterior, podremos apreciar que la propuesta consta de dos niveles de aplicación de las normas de propiedad intelectual que garantizan el acceso a las obras: (1) a través de la aplicación de los límites⁵²¹ y (2) el nuevo régimen legal aplicable a las entidades de gestión.

Debemos admitir que la incorporación de la DDASI en nuestro ordenamiento jurídico es urgente y no requiere cambios en la regulación de las entidades de gestión colectiva de derechos de autor. No obstante, hemos de apuntar que éste es un objetivo próximo a nivel comunitario por diversas razones. Los estudios realizados por la Comisión europea⁵²² han constatado el poder de hecho que han adquirido las entidades de gestión colectiva del derecho de autor, lo cual hace necesario que se establezcan mecanismos de control y sistemas que permitan dirimir las diferencias que surgen entre estas y los usuarios de su repertorio⁵²³. Otro aspecto importante que motiva la regulación

⁵²¹ Cfr. Ignacio Garrote Fernández-Díez, "Comercio electrónico y derechos fundamentales: el acceso a obras y prestaciones protegidas en la Sociedad de la Información", en Pe. i. revista de propiedad intelectual. Madrid, Bercal, número 11, año 2002. El autor cuando analiza la compatibilidad de las disposiciones de la DDASI en relación con el derecho de acceso a la cultura del artículo 44.1 CE, considera que la aplicación de los límites es uno de los canales que permiten el objetivo de la norma constitucional. Sobre el segundo, se refiere al entramado de bibliotecas, museos, centros de investigación, entidades de radiodifusión, que en realidad todas estas responden a lo que nosotros llamamos políticas culturales, por la finalidad que persiguen: la difusión cultural que permite a los ciudadanos el derecho de acceso a la cultura, por ello es importante que la regulación de la LPI limite la acción de las entidades de gestión puesto que sus actividades pueden interferir con las de las instituciones de difusión cultural.

⁵²² Diversos motivos nos llegan a hacer esta reflexión. En primer lugar los resultados de la investigación encargada por la Comisión europea, cuyos informes realizados por expertos independientes acerca de las actividades de las entidades de gestión colectiva del derecho de autor en los Estados miembros de la Unión europea, quedan recogidos en la "Communication de la Commission au Conseil, au Parlement Européen et au Comité Economique et Social Européen. La gestion du droit d'auteur et des droits voisins au sein du marché intérieur", Bruselas, 16.04.2004. Ref: COM (2004) 261 final, nos demuestra la inminencia de una acción comunitaria en este sentido. En segundo lugar, las actividades de las entidades de gestión en determinados casos han colisionado con el derecho comunitario, recientemente ha sido objeto de estudio por la Comisión europea un acuerdo entre entidades de gestión para determinar si no era contrario a la normativa de la competencia. La noticia publicada por los servicios de la UE, ref: IP/04/186, el 3 de mayo de 2004, constituye un buen ejemplo de la problemática: "La Commission européenne a averti 16 organisations qui perçoivent des droits d'auteur au nom d'auteurs d'oeuvres musicales que l'accord dit de Santiago est sans doute contraire aux règles de concurrence de l'Union européenne".

⁵²³ IP/04/492. Bruxelles, le 19 avril 2004. "La Commission suggère une législation européenne sur la gouvernance des sociétés de gestion collective". Los estudios previos encargados por la

de las entidades de gestión es el alcance de su mandato que se limita a un solo Estado y que puede interferir con la realización del mercado interior⁵²⁴. Asimismo, se ha contemplado la necesidad de establecer mecanismos que favorezcan la negociación y que permitan una gestión más flexible y adaptada a las nuevas posibilidades de difusión cultural que indudablemente beneficiarán a los autores y a la sociedad en general⁵²⁵.

La finalidad de este análisis es determinar si el régimen de gestión de derechos de autor puede interferir o colaborar con el derecho de acceso a la cultura. Ello nos permitirá establecer que papel desempeñan las entidades de gestión colectiva del derecho de autor en el proceso cultural. Es necesario saber si las entidades de gestión deben contribuir al establecimiento de las políticas culturales que permitan alcanzar los objetivos de difusión y protección de los contenidos culturales. Tal vez, sean el enlace que falta para que se pueda existir una auténtica difusión cultural.

Comisión han constatado la importancia de regular las entidades de gestión colectiva de los derechos de autor debido, entre otros problemas detectados, a la creciente importancia que han alcanzado en el ámbito económico, los estudios encargados por la Comisión revelan que en el año 2003. la explotación del derecho de autor representa más del 5.3% del PIB comunitario.
⁵²⁴ IP/05/872. Bruxelles, le 7 juillet 2005. "La Commission européenne a publié un étude détaillée des modalités d'octroi de licences d'utilisation des oeuvres musicales sur Internet. Elle conclut que le principal obstacle au développement de services de contenu en ligne légitimes dans l'Union européenne et la difficulté à protéger un contenu attrayant pour de son exploitation en ligne. En particulier, l'organisation actuelle de la gestion collective transfrontalière des droits d'auteur dans le domaine musical – qui a été élaborée pour l'environnement analogique – empêche la musique d'exercer son rôle unique d'élément moteur des services de contenu en ligne" El estudio se encuentra a disposición en

http://europa.eu.int/comm/internal_market/copyright/index_fr.htm

⁵²⁵ El estudio publicado por los servicios de la Comisión europea "Le droit d'auteur à la croisée des chemins?" Deja de manifiesto la gestión colectiva del derecho de autor está relacionada con aspectos culturales, sociales y tecnológicos que deben ser tomados en consideración para la elaboración de una política. Asimismo, se destaca la importancia de realizar una gestión transparente que permita a los beneficiarios conocer como se efectúa el reparto de los beneficios obtenidos. Otro aspecto sumamente importante es abrir la posibilidad a los difusores culturales para contestar las tarifas elevadas de las entidades de gestión en los casos en que sean inadecuadas y obstaculicen la difusión de las obras.

http://europa.eu.int/comm/internal_market/copyright/index_fr.htm

1. Análisis del actual sistema de gestión de derechos de propiedad intelectual de la LPI.

El monopolio que la Ley establece en beneficio del autor para la explotación de sus obras, requiere de la existencia de un mecanismo de gestión de derechos de propiedad intelectual⁵²⁶.

El autor o titular de derechos deberá realizar las actividades necesarias para la promoción, negociación y contratación, de tal forma que pueda realizar las transmisiones de derechos que considere adecuadas. También debemos incluir entre las actividades de gestión, el seguimiento y control de las transmisiones para garantizar a los licenciatarios o cesionarios la correcta explotación de los derechos de propiedad intelectual cedidos.

Además de las actividades arriba descritas, existen otras que escapan del ámbito de la gestión individual del autor. En determinados supuestos contemplados por la Ley, se admite que la explotación de las obras pueda realizarse sin la autorización del autor, estipulando como contraprestación una remuneración. Que el autor no autorice la explotación de su obra, no significa que el uso se realice sin su consentimiento, ya que la autorización se obtiene a través de las entidades de gestión colectiva de derechos de autor, lo cual genera a favor del autor una compensación económica conocida como derecho de simple remuneración. En este caso, es indispensable la intermediación de la entidad gestora para la recaudación de derechos, así como la pertenencia del autor a una determinada entidad, a fin de que pueda participar en el reparto⁵²⁷.

⁵²⁶ V. en particular los artículos: 2, 14 y 17 LPI que establecen el ámbito del monopolio y los que se refieren a las transmisiones de derechos que se encuentran en el título V, artículos 42 a 85 que regulan determinados contratos.

⁵²⁷ Normalmente los autores se asocian a la entidad que representa los intereses de su colectivo, ya que las entidades de gestión de derechos de autor representan a los autores en función de la actividad que desarrollan o por el género de obras que producen, formando distintos colectivos. Los autores y editores (obras musicales, literarias, teatrales, cinematográficas, audiovisual y multimedia) se encuentran representados por la SGAE; los

Debemos apuntar una diferencia importante entre la utilización de obras que generan derechos de simple remuneración y la aplicación de los límites. Mientras las excepciones al derecho de autor no requieren de la autorización del autor para hacer uso de las obras, en los supuestos contemplados por el derecho de simple remuneración es preciso obtener la autorización para poder hacer uso de las obras. No obstante, uno de los supuestos que genera derechos de simple remuneración es la copia privada y ésta deriva de una excepción al derecho de autor. Debemos apuntar que si la copia privada se somete a autorización previa, deja de existir el supuesto de libre reproducción, sin embargo, no vamos a detenernos en este punto puesto que no forma parte de nuestro estudio analizar si esta medida es o no adecuada. La referencia se hace, para destacar las diferencias entre los supuestos de libre utilización que no requieren autorización del autor, aunque generen un derecho de remuneración o compensación, de los supuestos legales que generan una remuneración pero que están sujetos a la obtención de la autorización previa, como determinados supuestos del derecho de comunicación pública⁵²⁸.

Después de este paréntesis, continuamos con el análisis de los sistemas de gestión de derechos. Hemos dicho que contamos con dos distintos sistemas de gestión de derechos de autor: el directo o individual que corresponde al autor y que puede realizar por sí mismo o a través del sistema que elija, ya sea que contrate un representante o gerente, forme una asociación, fundación o entidad mercantil, o contrate con un tercero la cesión de sus derechos a cambio de

artistas plásticos (pintores, escultores, fotógrafos) se encuentran representados por la VEGAP; los actores y artistas del sector audiovisual se encuentran representados por la AISGE; los productores de audiovisual por EGEDA; los productores fonográficos están representados por AGEDI; los artistas, intérpretes y ejecutantes están representados por la entidad AIE y, finalmente, los autores y editores de obras impresas están representados por CEDRO. En determinadas ocasiones puede haber un solapamiento de derechos debido al ámbito de representación de una entidad. La creación de DAMA como entidad independiente surge debido al conflicto suscitado entre algunos asociados de SGAE que no estaban de acuerdo en la forma en que se estaban representando sus intereses y decidieron escindirse y crear su propia entidad de gestión para tener un mayor control sobre la explotación de sus obras.

⁵²⁸ V. Art. 20 LPI, relativo al derecho de comunicación pública, dispone en el número 4, letra b) que: "El derecho que asiste a los titulares de derechos de autor de autorizar la retransmisión

obtener una participación en los beneficios de la explotación de la obra cedida; y, el sistema de gestión colectiva del derecho de autor, cuya existencia deriva directamente de la Ley para la recaudación de los derechos de simple remuneración.

¿Por qué existen dos tipos de gestión? Por diversos motivos y principalmente por la existencia de los derechos de simple remuneración que requieren de la existencia de entidades de gestión colectiva para efectuar la recaudación.

Los derechos de simple remuneración no se encuentran definidos en la LPI y tampoco se encuentran clasificados de forma sistemática. El artículo 17 LPI relativo al derecho exclusivo de explotación y sus modalidades, no hace ninguna distinción entre los derechos de explotación, propiamente hablando, y los de simple remuneración. No obstante, podemos deducir que los primeros son aquellos sobre los cuales el autor tiene la facultad de autorizar o prohibir y, por tanto, quedan dentro de su ámbito de gestión. La disposición lo enuncia de la siguiente manera: "corresponde al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma..."⁵²⁹. Dejando bien claro que toda explotación económica debe ser autorizada por el autor. En cuanto a las formas o modalidades de explotación de las obras, estas quedan definidas de la siguiente manera: "y, en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación..."⁵³⁰, estableciendo un listado abierto que nos indica que puede haber más formas de explotación que las descritas en la disposición legal.

No obstante, hemos dicho antes que en los derechos de simple remuneración no es el autor quién decide sobre la explotación de la obra, más sin embargo, esta afirmación no es del todo exacta y la hemos de matizar. En realidad, lo que ocurre es que el autor no autoriza la explotación de la obra porque ha

por cable se ejercerá, exclusivamente, a través de una entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual".

⁵²⁹ Artículo 17 LPI

⁵³⁰ Idem

cedido esta facultad a un tercero⁵³¹, quién realiza el "ejercicio exclusivo", esta es la razón que explica porque en determinados casos no le corresponde al autor⁵³² otorgar la autorización sino a quién ha obtenido el derecho, que normalmente son las entidades de gestión colectiva de derechos de autor.

La facultad prevista en el artículo 17 LPI es compatible con la cesión de derechos, no obstante, esta disposición no hace referencia expresa a los derechos de simple remuneración. En realidad, los derechos de simple remuneración no están identificados en una misma disposición, ni tan siquiera enumerados sistemáticamente⁵³³. Posiblemente sea debido a que estos se han ido añadiendo paulatinamente en nuestro ordenamiento jurídico y por ello hay que buscarlos en el articulado de la LPI⁵³⁴.

Los derechos de simple remuneración se derivan del derecho de participación⁵³⁵, del derecho de remuneración por copia privada⁵³⁶, de

⁵³¹ En determinados casos, la cesión se hace por imposición de la Ley, como por ejemplo, en las retransmisiones por cable del párrafo segundo del apartado 2,f) del artículo 20 de la LPI.

⁵³² Bien porque lo ha cedido previamente y tan sólo le corresponde una participación en la explotación (derecho compensatorio) o porque exista un límite impuesto por la Ley, tal es el caso de la copia privada.

⁵³³ La Ley de Propiedad Intelectual de 1987, introdujo el derecho de participación y el derecho de remuneración por copia privada. V. Esteban de la Puente, "*Tendencias en la legislación española sobre propiedad intelectual. Sus perspectivas*", en I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual. Tomo I, 1991, Madrid. Pág 289-302.

⁵³⁴ Debido principalmente a la incorporación de las Directivas comunitarias en nuestro ordenamiento jurídico y a la introducción de los derechos de remuneración equitativa que se generan por la explotación de las obras. Vgr. El derecho de distribución en la modalidad de alquiler, genera para los artistas intérpretes y ejecutantes un derecho de remuneración equitativa e irrenunciable, que se hace efectivo a través de las entidades de gestión (Art. 109.3.1º y 2º LPI). Este derecho así como la forma de hacerlo efectivo mediante las entidades de gestión colectiva, fue introducido en virtud del artículo 3º de la Ley 43/1994, de 30 de diciembre, de incorporación al derecho español de la Directiva 92/100/CEE, 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 (V. Art. 3 de la Directiva).

⁵³⁵ En el Libro I, Capítulo III, Sección 3ª con la rúbrica: "Otros derechos", la LPI regula al derecho de participación y al derecho de remuneración por copia privada. Art. 24. Derecho de participación.- 1. Los autores de obras de artes plásticas tendrán derecho a percibir del vendedor una participación en el precio de toda reventa que de las mismas se realice en pública subasta, en establecimiento mercantil, o con la intervención de un comerciante o agente mercantil.

⁵³⁶ Art. 25 LPI. El derecho de remuneración por copia privada se establece para las obras divulgadas en las siguientes formas: libros y publicaciones, fonogramas y videogramas, a favor de los autores de dichas obras, de los editores, los productores de fonogramas y videogramas y

determinados supuestos del derecho de comunicación pública⁵³⁷, de determinadas modalidades del derecho de distribución⁵³⁸. Los beneficiarios no solamente son los autores sino también los titulares de derechos conexos o vecinos al derecho de autor.

A continuación analizaremos los rasgos principales de ambos sistemas de gestión, individual y colectiva, para determinar si son excluyentes; si es necesaria la coexistencia de ambos sistemas; o bien, si existe la posibilidad de hacer una gestión "a medida" en lugar del tipo "Standard" que impera actualmente⁵³⁹. Es decir, habrá que estimar si el sistema de gestión colectiva excluye a la gestión individual, en qué casos y circunstancias.

1.1 Gestión individual

El régimen jurídico de la transmisión de derechos de propiedad intelectual, previsto en los artículos 42 al 50 LPI⁵⁴⁰ (régimen general) es de plena aplicación a la gestión individual. No obstante es preciso considerar que las transmisiones de derechos deben respetar el carácter imperativo de las normas⁵⁴¹ y en

los artistas, intérpretes y ejecutantes (Art. 25, P.º 1 y P.º 4,b); asimismo, el derecho se hace efectivo, exclusivamente a través de las entidades de gestión del derecho de autor (Art. 25.7).

⁵³⁷ Art. 20.2, f) y g) y 20.4; Art. 90.3; Art. 116.2; Art. 122.2 LPI.

⁵³⁸ Art. 90.2; 109.2 LPI. En cuanto a la modalidad de préstamo, recordemos que España ha sido denunciada por la Comisión por inaplicación del derecho de remuneración contemplado en el Art. 5 de la Directiva 92/100/CEE, establecido en beneficio de los autores por préstamo público.

⁵³⁹ Normalmente, el contrato que suscriben los autores con las entidades de gestión las habilita para administrar en todo caso los derechos de propiedad intelectual de sus asociados. Esta situación puede ser conflictiva debido a que los contratos excluyen la posibilidad de que los autores puedan ejercer sus derechos individuales, quedando sus facultades limitadas por el contrato suscrito con la entidad de gestión.

⁵⁴⁰ Libro I, Título V, Capítulo Primero.

⁵⁴¹ La LPI no excluye la posibilidad de que el autor pueda transmitir sus derechos de explotación mediante un contrato, no obstante establece determinados límites en beneficio del autor: la cesión ha de contemplar los derechos y modalidades cedidas, el tiempo de la cesión y ámbito territorial, establece la nulidad de la cesión de derechos sobre obra futura, las estipulaciones que establezcan el compromiso de no crear obra en el futuro y un límite para la cesiones que no alcanza las modalidades inexistentes o desconocidas al momento de la cesión. Art. 43 LPI. Además de las limitaciones que establece en los contratos de cesión, la LPI dispone el derecho del autor a recibir como contraprestación por la cesión una participación proporcional en los ingresos de la explotación, que se establece como regla general, no obstante la posibilidad de

particular los derechos morales del autor que se encuentran en el artículo 14 LPI⁵⁴².

La gestión individual del autor sobre sus derechos de propiedad intelectual tiene trascendencia para el derecho de acceso a la cultura, no obstante no hemos encontrado ningún caso significativo donde se encuentren en conflicto el derecho de autor frente al derecho de acceso a la cultura como consecuencia de la gestión individual que realiza el autor de sus derechos de propiedad intelectual.

Los problemas o conflictos que hemos encontrado tienen una constante común. Todos se presentan cuando los titulares de derechos son los responsables de la gestión de derechos. Esta primera consideración merece nuestra atención, porque refleja que en múltiples ocasiones los litigios y reclamaciones no son iniciados por el autor o creador de la obra, sino por terceras personas. Lo cual nos lleva a considerar que la única razón que les mueve es su propio interés, lo que importa es obtener el máximo rendimiento de la explotación económica de las obras y, en su afán, pueden llegar a desconocer o ignorar los derechos fundamentales que asisten a todas las personas⁵⁴³.

Una sentencia del Tribunal de Grande Instance de París, 1^{ère}. Chambre de 12 de septiembre de 2001⁵⁴⁴, nos sirve para ilustrar que no necesariamente los herederos o legítimos titulares de derechos actúan en nombre del autor y que

admitir el pago a tanto alzado, así como una acción que permite al autor una revisión de la remuneración pactada durante 10 años. Art. 46 y 47 LPI.

⁵⁴² No está por demás recordar que nuestro sistema legal contempla una serie de limitaciones a la transmisión de derechos, debido a la función tuitiva de la Ley con el autor, y a través de la cual, impone con carácter imperativo una serie de condiciones mínimas para evitar que la parte débil (el autor) en la contratación pueda realizar una cesión de derechos perjudicial a sus intereses.

⁵⁴³ V. en relación con este tema, es interesante constatar que todos los litigios que hemos analizado en los capítulos precedentes han sido iniciados bien por titulares de derechos (vgr. *aff. Fabris*) o por entidades de gestión colectiva del derecho de autor (vgr. *VEGAP vs editoriales*), pero en ningún caso por el mismo autor.

⁵⁴⁴ Cfr. El artículo de M^a Pilar Cámara Águila, "A vueltas con los miserables: legitimación para intervenir ante un atentado a la integridad de una obra que se encuentra en el dominio público (comentario a la Sentencia del Tribunal de Grande Instance de París, de 12 de septiembre de 2001). En *Pe.I.* revista de propiedad intelectual. Pág. 65-74.

tampoco les mueve la defensa de sus intereses, sino los suyos propios, que no necesariamente reflejan la voluntad del autor.

El caso es ilustrativo porque aporta a los autos testimonios originales del autor que reflejan su forma de pensar, quedando de manifiesto las discrepancias entre la voluntad del autor de la obra y la postura que defiende el heredero, quién únicamente pretende la satisfacción de sus propios intereses. La demanda presentada por el Sr. Pierre Hugo, descendiente directo de Victor Hugo, contra una editorial, tenía como finalidad impedir una publicación alegando la titularidad de todos los derechos sobre la obra de Victor Hugo.

El análisis que realiza el Tribunal sobre la necesidad de examinar el ejercicio de los derechos morales del autor *post mortem*, se realiza debido a que éste es una condición previa del ejercicio de los derechos patrimoniales, lo cual exige de los herederos el deber de ejercer los derechos morales en interés exclusivo del autor y no en su propio interés⁵⁴⁵.

Posteriormente, el Tribunal en su intento de encontrar cuál es la voluntad del autor analiza los documentos presentados por la entidad demandada, donde queda reflejada de una forma meridianamente clara la voluntad de Victor Hugo. Las sesiones del Congreso literario internacional, celebrado en 1878, recogen la opinión de los miembros de la Asamblea, presidida por Victor Hugo, sobre el legado del derecho de autor. Los documentos demuestran el rechazo absoluto que muestra el autor a que se le pueda otorgar algún tipo de valor a la

⁵⁴⁵ La traducción es mía, sobre el extracto de la Sentencia del Tribunal de Grande Instance de Paris, 1ère. Chambre, de fecha 12 de septiembre de 2001. Publicada en *Revue Internationale du droit d'auteur*". Sec. Jurisprudence. P. 320 y ss. Año 2002, tomo I. « Attendu cependant qu'à raison de ce qu'il s'analyse en un droit de la personnalité de l'auteur, le droit moral est appelé à suivre le régime des droits extra-patrimoniaux ; qu'investi de son droit moral par son créateur, l'ayant droit ne peut perdre cette prérogative en renonçant à la succession ; que la renonciation ne peut en effet porter que sur les aspects patrimoniaux de la succession ; que la nature de « droit –fonction » du droit moral *post mortem* suffit au demeurant à légitimer cette solution, les héritiers devant se faire un devoir d'exercer ce droit dans l'intérêt exclusif de l'auteur défunt et non dans leur intérêt personnel ; ».

voluntad de los herederos, argumentando que si ellos no escribieron el libro no pueden tener ningún derecho de autor⁵⁴⁶.

El Tribunal se hace eco de la voluntad del autor, considerando que un escritor sabe expresar sus ideas de forma precisa, en términos inequívocos, reproduciendo la afirmación del autor, según la cual: el único derecho del que goza el heredero del autor consiste en vivir de la parte de la herencia que su antecesor le ha legado, la obra no le pertenece⁵⁴⁷.

Y finalmente, el Tribunal reconoce que Victor Hugo fue un ferviente defensor del dominio público. El escritor se expresó sobre la actividad del legislador, a quién calificó de "ignorante" y mal inspirado, por introducir una separación entre la muerte del autor y la entrada al dominio público de las obras. Denunciando el grave error en que se incurre, al considerar que el heredero de sangre es el heredero del espíritu⁵⁴⁸. Y termina citando una frase que tiene plena aplicación en nuestros días y en el contexto actual:

"El escritor, en tanto que escritor, no tiene más que un heredero, el heredero del espíritu, que es el espíritu humano, el dominio público. He ahí la verdad absoluta"⁵⁴⁹.

Los argumentos de la Sentencia analizada nos ayudan a reafirmar que el reconocimiento del derecho exclusivo que ejerce el autor sobre su obra, tanto de las facultades morales como de las patrimoniales, merece el más absoluto respeto. Por ello, si en determinadas circunstancias un autor se negara a hacer públicas sus obras, estaría en su derecho. Recordemos que el derecho a la

⁵⁴⁶ Op. Cit. Idem. La traducción es mía. "Victor Hugo a clairement manifesté son hostilité à ce qu'une « valeur quelconque » peut être reconnue « à la volonté de l'héritier », lequel, parce qu'il « ne fait pas le livre, ne peut avoir les droits d'auteur » ;".

⁵⁴⁷ Op. Cit. Idem. P. 325. La traducción es mía. "...l'unique droit de l'héritier consistait à «vivre de la part d'héritage que son ascendant lui a léguée », l'œuvre elle-même ne le « regardant pas » ;".

⁵⁴⁸ Op. Cit. Idem. P. 325.

⁵⁴⁹ Op. Cit. Idem. P. 325. La traducción es mía. "L'écrivain, en tant qu'écrivain, n'a qu'un héritier, c'est l'héritier de l'esprit, c'est l'esprit humain, c'est le domaine public. Voilà la vérité absolue ».

divulgación es un derecho moral del autor y por ello irrenunciable e inalienable. Pero que ocurriría si la creación del autor no es únicamente estética. Imaginemos el caso de una obra científica cuya aportación sea un hito importante en el campo de las ciencias y que además se encuentre vinculada con el desarrollo de un área importante y de interés, no estrictamente cultural sino relacionada con la salud pública. Es decir, imaginemos que el bien a salvaguardar es un valor superior (salud pública) en estrecha relación con el derecho a la vida. ¿Qué podría ocurrir en este caso? ¿Estaría el autor obligado a hacer pública su obra? ¿Existe disposiciones similares a las previstas en la Ley de Patentes que obliguen al autor a la explotación de su obra, o en su caso, le imponga la obligación de conceder licencias?⁵⁵⁰ En la LPI no existe una disposición equivalente, no obstante, el artículo 40 relativo a la tutela del derecho de acceso a la cultura, contiene una previsión que permite la divulgación de una obra después de la muerte del autor, contra la voluntad de los derechohabientes, en caso de que la negativa de éstos afecte al derecho de acceso a la cultura⁵⁵¹.

La obligación que impone la Ley al titular para explotar la patente es coherente con la función social, fundamento de la existencia del monopolio. Si el Estado garantiza al inventor un derecho de exclusiva para la explotación de su invento durante un plazo de tiempo determinado, lo hace en interés de todos, ya que, esta medida cuya finalidad inmediata es fomentar y propiciar la investigación, no favorece exclusivamente al autor del invento ni a sus titulares, sino a toda la sociedad porque le permite gozar de los avances o inventos y de las ventajas

⁵⁵⁰ El artículo 83 de la Ley de Patentes, impone al titular de la patente la obligación de explotarla o, en su caso, a conceder licencias a terceros, de tal forma que: "dicha explotación resulte suficiente para satisfacer la demanda del mercado nacional". La Ley de Patentes otorga un plazo de 4 años a contar desde la fecha de solicitud de la patente. En caso de que no se realice dicha explotación, la Ley prevé un mecanismo mediante el cual se asegura que la explotación de la patente se realice: la concesión de licencias obligatorias (ArtS. 86 y 87 LP). Importante las previsiones contenidas en el artículo 86, letra b) "necesidad de la explotación" y letra d) "Existencia de motivos de interés público para la concesión".

⁵⁵¹ Art. 40 LPI. Tutela del derecho de acceso a la cultura. V. en la obra de Marcos VAQUER, *Estado y cultura*, Op. Cit. Pág. 271-275, sobre el derecho de autor *post mortem*, su relación con el derecho a la cultura y el ejercicio abusivo y antisocial por parte de los herederos.

que ello les proporciona⁵⁵². ¿Por qué la validez de la patente es tan limitada? La vida de una patente es de veinte años improrrogables⁵⁵³, si comparamos el plazo de duración del monopolio del inventor con el plazo de vigencia del monopolio del autor: toda la vida del autor y setenta años después de su muerte⁵⁵⁴, podemos comprobar que existe una diferencia sustancial entre ambos. La finalidad de establecer plazos breves es para que el incentivo se mantenga vivo. Si una patente tuviera un plazo de vigencia mayor la consecuencia inmediata es que se perdería el interés en avanzar y continuar investigando para descubrir nuevos inventos que mejoren los anteriores. Vemos pues, que el establecimiento de un plazo de duración corto es muy eficaz porque ayuda a alcanzar los objetivos que fundamentan la existencia del monopolio: la protección de los inventos y proporciona los incentivos para seguir investigando. La obligación de explotar el invento es coherente con la función social de las patentes de ahí que se establezcan mecanismos que posibiliten esta finalidad.

Volviendo a la relación entre el derecho de autor y el derecho de acceso a la cultura, hemos de admitir que no encontramos precedentes ni hechos relevantes de conflictos suscitados entre el autor y el derecho de acceso a la cultura⁵⁵⁵. Por ello, sin negar la importancia que reviste la gestión por parte del autor de sus derechos, el ejercicio de su monopolio, al menos en la era

⁵⁵² Un ejemplo de cómo las patentes pueden ayudar a resolver problemas de salud pública es la declaración relativa al acuerdo sobre los ADPIC y la salud pública, adoptada el 14 de noviembre de 2001, también conocida como los acuerdos de Doha, celebrado en el marco de la OMC, que permite establecer licencias obligatorias y excepciones cuando exista una crisis grave de salud pública. El texto está disponible en la página Web: http://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/min01_s/mindecl_trips_s.htm. V. el artículo de Pascual Segura, publicado en La Vanguardia, el 7 de enero de 2002, opinión, página 17 titulado "Patentes y países pobres".

⁵⁵³ Art. 49 LP.

⁵⁵⁴ La regla general sobre el plazo de duración de la protección del derecho de autor se encuentra en el artículo 26 LPI, no obstante, existen otros plazos distintos en función del tipo de obra (Art. 27, 28 y 29 LPI) y también son distintos los aplicables a los derechos vecinos, que normalmente son de 50 años.

⁵⁵⁵ Los precedentes que encontramos en la jurisprudencia nos demuestran que en todos los casos, el conflicto se presenta porque los titulares quieren obtener ganancias por todo tipo de utilización de las obras, incluso en los casos en los que no se está realizando una explotación de las obras y normalmente, son los derecho-habientes, ya sean cesionarios o herederos del autor los que efectúan la reclamación.

analógica, no ha representado un problema al derecho de acceso a la cultura. Sin embargo, la era digital ha cambiado completamente el panorama del derecho de autor. Es decir, si en la era analógica no había problemas para definir los usos y la explotación de las obras, por qué en la era digital todo uso es considerado como una explotación de la obra⁵⁵⁶, incluso en aquellos casos del todo inocuos como son: el mero acceso, visualización o consulta⁵⁵⁷.

El cambio se manifiesta principalmente por la introducción de las medidas de protección tecnológica de las obras que permiten al autor un control absoluto sobre su obra⁵⁵⁸ y, secundariamente, por una concepción distorsionada de lo que constituye el ámbito de protección de la propiedad intelectual. Esta circunstancia ha introducido confusión entre los usuarios por el abuso del término "piratería", que se usa para definir todo tipo de acciones.

En relación con el primero, debemos apuntar que las medidas de protección tecnológicas de las obras hacen posible que el autor o derecho-habiente pueda controlar todos los usos de la obras e impedir el acceso a la mismas, incluso en los supuestos de libre utilización permitidos por la Ley. Los titulares de derechos, pueden establecer contractualmente condiciones de utilización de las

⁵⁵⁶ Es reveladora el análisis que hace Lawrence Lessig en su obra *Por una cultura libre*. Op. Cit, sobre el cambio de concepción injustificable de los usos en la era analógica y digital. Los ejemplos que ayudan a la explicación nos conducen a la necesidad de reflexionar seriamente sobre el ámbito del monopolio. Pág. 154 y ss.

⁵⁵⁷ Es preciso recordar que el mero hecho de acceder a una obra digitalizada supone una reproducción de la misma, al menos técnicamente hablando. La cuestión no es contar cuanto tiempo dura una reproducción o cuantas veces se accede a una obra y por tanto se ejecuta la reproducción, sino si realmente cada acceso puede suponer una explotación, es decir si yo compro un libro analógico puedo abrirlo y consultarlo cuando me plazca pero no puedo hacer lo mismo con un libro digital (e-book) porque el sistema es capaz de controlar el uso que haga del mismo. ¿Tiene el autor o titular de derechos la facultad de controlar mi actividad o la forma de organizarme o mis gustos en relación con la lectura de un libro?

⁵⁵⁸ El establecimiento de sistemas de control impide el uso de las obras por terceros, no solamente limita la explotación de la obra, sino posibles reutilizaciones no autorizadas. Ello es debido a que la tecnología digital incrementa también las posibilidades creativas de los individuos, facilitando la incorporación de recursos disponibles en las redes para la creación de otras obras. Quizás el hecho de que cualquiera se pueda apropiarse de estos recursos para la creación de sus obras ha propiciado la reacción de proteger las obras mediante recursos tecnológicos (observación del Dr. Antoni Font).

obras que impidan el acceso a éstas, lo cual, introduce una distorsión importante en el sistema de límites al derecho de autor⁵⁵⁹.

En cuanto al ámbito de protección de la propiedad intelectual hemos de apuntar que la sociedad de la información requiere una definición precisa de los conceptos y de la amplitud del monopolio del autor. El abuso del uso del término "piratería", cuya aplicación define hoy día todo tipo de utilización de las obras, además de ser incorrecto e innecesario, esta introduciendo una perversión del término, que no ayuda en nada al propósito que persigue: la defensa del derecho de autor. Si la finalidad es educar a los usuarios, esto no se conseguirá acusándolos en falso, todo lo contrario, esta medida no va a conseguir que las personas se sientan comprometidas con la protección del derecho de autor y, por tanto, respeten sus obras. Si los usuarios son conscientes de que son acusados de algo que no han hecho, si los usuarios se sienten amenazados en su libertad personal, cómo esperan que colaboren en una política que amenaza con vigilarlos, espiarlos y controlarlos. La aplicación inadecuada del concepto "piratería" está propiciando un descontrol absoluto y una falta de conocimiento sobre lo que son los usos inocuos o permitidos y las infracciones al derecho de autor, por ello debemos insistir en la definición del concepto y su correcta aplicación.

Indudablemente que la piratería es uno de los más graves problemas que afectan al derecho de autor y a otros derechos de exclusiva. Reconocemos que es imperante encontrar medidas adecuadas para combatirla, pero sea cual sea la solución a este grave problema, no debe implicar una vulneración de los derechos fundamentales.

⁵⁵⁹ V. lo que dispone la DDASI en el artículo 6.4, párrafo 4º en relación con los mecanismos previstos para hacer accesibles las obras protegidas con medidas tecnológicas a los

1.2 La gestión colectiva

A diferencia de la gestión individual, la gestión colectiva que realizan las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual, debe ser objeto de análisis por diversas razones.

Primera: por la naturaleza de su actividad. Las Entidades de gestión colectiva de derechos de autor, cuya principal actividad es la de recaudar el canon por copia privada previsto en el Art. 25 de la LPI y los derechos de simple remuneración⁵⁶⁰, no se limita exclusivamente a la realización de la actividad recaudadora. Actualmente tienen un rol muy activo, ocupándose de gestionar y tramitar la concesión de licencias de su repertorio. También desempeñan actividades de control y vigilancia para detectar utilizaciones indebidas de las obras que pertenecen a su repertorio. Podemos afirmar que su labor es favorable para los autores y para los usuarios, porque facilita la explotación de las obras mediante la tramitación de licencias y autorizaciones. Las entidades de gestión colectiva de derechos de autor, administran, en general, los derechos de propiedad intelectual de sus asociados (tanto los derechos de gestión individual como los de gestión colectiva obligatoria), en virtud del mandato conferido directamente por los titulares de acuerdo con sus estatutos. Podemos afirmar que la actividad de las entidades de gestión de los derechos de autor no se limita a la mera gestión de derechos sino que sus esfuerzos han sido destacables y han desempeñado un papel importante en la protección y defensa de los intereses económicos de los autores, sobre todo en la era analógica.

beneficiarios de los límites.

⁵⁶⁰ Los derechos de simple remuneración únicamente pueden ser recaudados por las entidades de gestión colectiva, quedando obligadas a abonar a los autores y titulares de derechos, las cantidades que les correspondientes cuando efectúan el reparto.

Segunda: por el poder que han adquirido. La actividad que desarrollan las entidades de gestión se realiza en un régimen de monopolio⁵⁶¹. Lo cual no significa que su actividad quede exenta de la aplicación de la Ley ni que sus actos no puedan ser regulados y controlados. Sin embargo, la actuación de los monopolios en una sociedad de libre mercado es difícil de encajar, ya que en muchos casos pueden colisionar con la normativa de competencia que exige el respeto y cumplimiento de las reglas que permiten asegurar la existencia de un mercado libre. Por ello, es discutible la legalidad del procedimiento de fijación de tarifas⁵⁶² que actualmente están estableciendo las entidades de gestión⁵⁶³, así como sus métodos de gestión⁵⁶⁴ y recaudación que no son transparentes. Hemos podido comprobar que existe una importante laguna en cuanto al control de estas entidades por los poderes públicos, circunstancia que requiere de un estudio en profundidad que en parte excede de nuestros objetivos, no obstante, lo dejamos apuntado puesto abre una interesante vía para una investigación futura⁵⁶⁵. La situación presente en nuestro país, no es única. Las circunstancias arriba mencionadas también están presentes en el ámbito comunitario. Los estudios realizados a instancias de la Comisión de la Unión

⁵⁶¹ Cfr. Con la opinión de Javier Moscoso del Prado Muñoz, para quién es benéfico que exista una única entidad de gestión para el mismo derecho, e incluso considera que es intención del legislador que la recaudación se realice en régimen de monopolio. "Génesis y desarrollo de la gestión colectiva en España de los derechos derivados de la propiedad intelectual", en Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Propiedad Intelectual: aspectos civiles y penales. Madrid, 1995. Pág. 112.

⁵⁶² Al respecto existe una Sentencia del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 1 de agosto de 2000, en la que se condena a EGEDA, AISGE y AIE por abuso de posición de dominio en la fijación de tarifas.

⁵⁶³ No solamente existen acuerdos entre entidades de gestión para la fijación de tarifas sino que en la actualidad las entidades de gestión alcanza acuerdos con otras asociaciones. Tal es el caso del acuerdo ASIMILEC, celebrado entre la Asociación Multisectorial de Empresas Españolas de Electrónica y Comunicaciones y las entidades de gestión de derechos de autor más significativas (AIE, AISGE, EGEDA, SGAE) el treinta y uno de julio de 2003. La finalidad de dicho acuerdo es, según el tenor literal del pacto primero: "*fijar la remuneración compensatoria por copia privada*".

⁵⁶⁴ "LA VANGUARDIA" Digital, publicó en la sección espectáculos de fecha 02-02-02, la noticia sobre la entidad SGAE. Y en "LA RAZON" del 01-02-02 en la primera página la noticia sobre la sentencia del Tribunal Superior obligando a la entidad de gestión colectiva de derechos de autor SGAE a mostrar sus cuentas al Ministerio de Justicia.

⁵⁶⁵ Debo reconocer que en determinado momento estuve tentada a hacer un análisis sobre las actividades de las entidades de gestión del derecho de autor y la aplicación de las normas de defensa de la competencia, no obstante, desistí al comprobar que un estudio serio requiere que el tema se trate en profundidad, lo cual excedía la finalidad que me proponía en el presente trabajo. Por ello, nos limitamos a analizar la actividad de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual, únicamente en relación con el derecho de acceso a la cultura.

Europea han llegado a constatar que las actividades de las entidades de gestión pueden interferir con la realización del mercado interior. Las investigaciones demuestran la necesidad de revisar y controlar las actividades de las entidades de gestión, estableciendo una normativa que introduzca sistema de control que permita la realización de su labor dentro del marco establecido por la libre competencia⁵⁶⁶.

Tercera: por la necesidad de adaptar la gestión a la era digital. En la actualidad han surgido debates sobre la capacidad de gestión de las entidades en el espacio global, principalmente debido a que las entidades de gestión tienen un ámbito de actuación nacional y, como todos sabemos, en Internet no existen fronteras. Esta circunstancia requiere de una actualización que evite el fraccionamiento del mercado impidiendo el pleno desarrollo de los intercambios en la red y la aparición de nuevos modelos de negocio.

Nuestro análisis se limita a estudiar el marco legal establecido por la LPI para la regulación de las entidades de gestión del derecho de autor, destacando los problemas más comunes con los que nos hemos encontrado en relación con el derecho de acceso a la cultura, incluyendo las propuestas para la modificación de la LPI por incorporación de la DDASI.

⁵⁶⁶ La importancia económica que han alcanzado los derechos de autor precisa un tratamiento adecuado y control sobre el régimen de administración para evitar abusos. Cfr. Alberto Bercovitz. La importancia económica de los derechos de autor y de los derechos conexos. Planteamiento y líneas generales. I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual. Tomo I. Op. Cit. Pág. 323-329. Dr. U. Uchtenhagn, Visión del tema en las obras literarias y artísticas. Op. Cit. Idem. Pág. 331-351. Santiago Schuster Vergara. La importancia económica de los derechos conexos ¿hacia el fin de la era de los soportes?. Op. Cit. Pág. 353-359.

1.2.1 La regulación de las entidades de gestión en la LPI

En el Libro III, bajo la rúbrica "*De la protección de derechos reconocidos en esta Ley*", el Título IV contiene las normas que regulan a las entidades de gestión de los derechos de autor.

Requisito previo de la existencia de las entidades de gestión es la autorización administrativa que deben obtener del ministerio de Cultura⁵⁶⁷. La Ley dice expresamente que estas entidades no podrán tener ánimo de lucro y deberán reunir las condiciones que la Ley establece para otorgar la autorización⁵⁶⁸. Si leemos con detenimiento el Art. 148 LPI, vemos que las condiciones para obtener la autorización, tan solo establecen parámetros generales de los que destacamos el principio, según el cual, la autorización debe favorecer "...los intereses generales de la protección de la propiedad intelectual en España"⁵⁶⁹.

¿Es posible entender que "intereses generales" se refiere no solamente a los autores o derecho-habientes sino a la sociedad en general?

Es preciso determinar si en virtud de lo dispuesto en el Art. 148 letra c), las entidades de gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual están

⁵⁶⁷ Artículo 147. Requisitos.- Las entidades legalmente constituidas que pretendan dedicarse, en nombre propio o ajeno, a la gestión de derechos de explotación u otros de carácter patrimonial, por cuenta y en interés de varios autores u otros titulares de derechos de propiedad intelectual, deberán obtener la oportuna autorización del Ministerio de Cultura, que habrá de publicarse en el "Boletín Oficial del Estado".

Estas entidades no podrán tener ánimo de lucro y, en virtud de la autorización, podrán ejercer los derechos de propiedad intelectual confiados a su gestión y tendrán los derechos y obligaciones que en este Título se establecen."

⁵⁶⁸ Artículo 148. Condiciones de la autorización.-1. La autorización prevista en el artículo anterior sólo se concederá si concurren las siguientes condiciones: a) que los estatutos de la entidad solicitante cumplan los requisitos establecidos en este Título. b) Que los datos aportados y de la información practicada se desprenda que la entidad solicitante reúne las condiciones necesarias para asegurar la eficaz administración de los derechos, cuya gestión le va a ser encomendada, en todo el territorio nacional. c) Que la autorización favorezca los intereses generales de la protección de la propiedad intelectual en España."

⁵⁶⁹ Letra c), del artículo 148.1, LPI

obligadas, en el desarrollo de su actividad principal - la protección de la propiedad intelectual -, a considerar el equilibrio que debe existir entre el monopolio del autor y el derecho de los ciudadanos al acceso a la cultura.

Para poder alcanzar una conclusión debemos continuar con el análisis de dicha disposición. El párrafo segundo del artículo 148 LPI⁵⁷⁰, establece una serie de criterios para valorar si la entidad de gestión debe obtener la autorización administrativa. El precepto establece dos tipos de parámetros: (1) los cuantitativos, relativos al número de titulares representados y el volumen de la gestión; y (2) otros que permiten valorar circunstancias distintas, como "...la idoneidad de sus estatutos y los medios para el cumplimiento de sus fines..."

Esta disposición no nos permite concluir que las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual deban demostrar un compromiso, plasmado en sus estatutos, de respeto del derecho de acceso a la cultura para obtener la autorización administrativa. He aquí un primer fallo o laguna para la defensa del derecho de acceso a la cultura, puesto que si bien la Ley reconoce expresamente la existencia de "intereses generales" no obliga a las entidades a asumir compromisos en relación con éstos, que no se encuentran definidos ni tan siquiera enunciados. No obstante, lo dispuesto en el artículo 149 que establece las causas de revocación de la autorización: (1) si sobreviniera algún hecho, o (2) quedara de manifiesto algún hecho que pudiera denegar la autorización o (3) si la entidad incumpliera gravemente las obligaciones establecidas en este Título. Debemos apuntar que para que esta disposición pueda aplicarse requiere de un mecanismo de control de la actividad que permita constatar el hecho o la causa que puede originar la revocación de la autorización.

⁵⁷⁰ "2. Para valorar la concurrencia de las condiciones establecidas en los párrafos b) y c) del apartado anterior, se tendrán, particularmente, en cuenta el número de titulares de derechos que se hayan comprometido a confiarle la gestión de los mismos, en caso de que sea autorizada, el volumen de usuarios potenciales, la idoneidad de sus estatutos y sus medios para el cumplimiento de sus fines, la posible efectividad de su gestión en el extranjero y, en su caso, el informe de las entidades de gestión ya autorizadas."

Por lo que se refiere a la gestión de derechos, la LPI deja en total libertad a las entidades de gestión para establecer la forma de realizarla⁵⁷¹, de no ser por el matiz que introduce, más adelante el Art. 157 LPI⁵⁷², la autonomía en la gestión sería absoluta.

Esta última disposición nos proporciona datos útiles para valorar las obligaciones que tienen las entidades de gestión que podemos resumir de la siguiente manera: (1) contratar con quién lo solicite, salvo motivo justificado, la concesión de autorizaciones no exclusivas de los derechos gestionados en condiciones razonables y bajo remuneración; (2) a establecer tarifas generales por la utilización de su repertorio, las cuales, deberán establecer reducciones para las entidades culturales que carezcan de finalidad lucrativa; (3) a celebrar contratos generales con asociaciones de usuarios de su repertorio, siempre que aquellas lo soliciten y sean representativas del sector correspondiente.

⁵⁷¹ Artículo 152. Obligaciones de administrar los derechos de propiedad intelectual conferidos.- Las entidades de gestión están obligadas a aceptar la administración de los derechos de autor y otros derechos de propiedad intelectual que les sean encomendados de acuerdo con su objeto o fines. Dicho encargo lo desempeñarán con sujeción a sus estatutos y demás normas aplicables al efecto.

⁵⁷² "Artículo 157. Otras obligaciones.-1. Las entidades de gestión están obligadas: (a) a contratar con quien lo solicite, salvo motivo justificado, la concesión de autorizaciones no exclusivas de los derechos gestionados, en condiciones razonables y bajo remuneración. (b) A establecer tarifas generales que determinen la remuneración exigida por la utilización de su repertorio, que deberán prever reducciones para las entidades culturales que carezcan de finalidad lucrativa. (c) A celebrar contratos generales con asociaciones de usuarios de su repertorio, siempre que aquéllas lo soliciten y sean representativas del sector correspondiente. 2. En tanto las partes no lleguen a un acuerdo, la autorización correspondiente se entenderá concedida si el solicitante hace efectiva bajo reserva o consigna judicialmente la cantidad exigida por la entidad de gestión de acuerdo con las tarifas generales. 3. Lo dispuesto en los apartados anteriores no será de aplicación a la gestión de derechos relativos a las obras literarias, dramáticas, dramático musicales, coreográficas o de pantomima, ni respecto de la utilización singular de una o varias obras de cualquier clase que requiere la autorización individualizada de su titular. 4. Asimismo, las entidades de gestión están obligadas a hacer

1.2.2. Obligaciones de las entidades de gestión establecidas en la LPI

i) Contratar con quién lo solicite

Las entidades de gestión están obligadas a contratar en “condiciones razonables” con quienes lo soliciten. Vamos a ilustrar con un hecho real la actuación de las entidades de gestión en relación con el cumplimiento de esta primera obligación. Una empresa editorial emprende un proyecto para editar una obra literaria sobre determinadas obras arquitectónicas realizadas por un arquitecto renombrado. El proyecto se realiza bajo la iniciativa y coordinación de dicha empresa, quién realiza todos los contratos y las gestiones necesarias para llevar a buen fin el proyecto. La obra final resultante, indiscutiblemente tendrá la categoría de obra colectiva⁵⁷³ y los derechos serán de la persona jurídica que la edita y divulga. En este caso, se constató la necesidad de obtener una licencia sobre las obras preexistentes, que permitiera incorporar los planos o croquis originales de las obras arquitectónicas en la obra colectiva⁵⁷⁴. Este hecho paralizó completamente el proyecto puesto que las cantidades que pedía la entidad de gestión para otorgar la autorización eran más elevadas que el coste total del proyecto. Lo más grave del asunto es que la entidad pretendía cobrar, además de las cantidades exorbitante para conceder la autorización, una remuneración en concepto de participación en los beneficios de la explotación de la obra colectiva. ¿Son éstas las condiciones razonables de las que nos habla la LPI? ¿A quién acudir para paliar los efectos nocivos de esta posición irracional de la entidad de gestión?

efectivos los derechos a una remuneración equitativa correspondientes a los distintos supuestos previstos en esta Ley y a ejercitar el derecho de autorizar la distribución por cable.”

⁵⁷³ Creada por iniciativa y bajo la coordinación de una persona natural o jurídica que la edita y divulga bajo su nombre. Art. 8 LPI

⁵⁷⁴ Se consideró que era necesario solicitar autorización y licencia para reproducir los fragmentos de la obra preexistente, puesto que la obra colectiva, a pesar de que su objeto era el análisis comentario o juicio crítico de las obras arquitectónicas, no estaba destinada exclusivamente a fines docentes o de investigación, sino que podía ser contemplada como una obra estética.

- ii) A establecer reducciones en las tarifas generales para las entidades culturales que carezcan de finalidad lucrativa

Las tarifas reducidas que se aplican a las entidades de difusión cultural son una leyenda, en todo caso, es una incógnita los criterios de fijación de las mismas por parte de las entidades de gestión de derechos, agravado por el hecho de que no se encuentran sujetas a ningún tipo de control. Un ejemplo nos ayuda a ilustrar cómo aplican las entidades de gestión las reducciones de sus tarifas. En este caso, también hacemos referencia a un hecho real. Una institución propietaria de una importante colección de obra plástica, solicitó autorización a la entidad de gestión correspondiente, sobre unas obras para realizar un acto de difusión de las mismas. Lo que hace peculiar a este asunto es que, en todos los casos, el soporte original (cuadros) de las obras elegidas para hacer la difusión, era propiedad de la institución. Todos habían sido adquiridos en galerías de arte, con la única finalidad de alentar el trabajo de los artistas, contribuyendo de esta manera con la difusión y promoción de los creadores, acción que le llevó a formar una importante colección. Durante las negociaciones con la entidad de gestión que proporcionó sus tarifas "reducidas", la institución hizo notar que dichas tarifas eran muy elevadas y que en determinados casos, quintuplicaban el valor de algunas de las obras adquiridas. Es decir, resultaba más barato comprar una obra original que reproducirla para su promoción, considerando que en todo caso, la obra formaba parte de la colección privada de la institución y que la utilización estaba destinada a una acción conjunta de promoción cultural. No obstante, el precio por la autorización excedía con creces el precio de adquisición de la obra original. Lo más grave del asunto, es que todos los autores estaban completamente de acuerdo con el proyecto, todos prestaron su consentimiento y su apoyo incondicional. Ninguno de ellos exigió o pidió que se pagaran derechos por la utilización de dichas obras a pesar de la oferta de la institución, quién les dejó en libertad absoluta para que ellos establecieran el coste de la autorización. Entonces se constató que los artistas no eran libres de prestar su

consentimiento, porque el contrato que los vincula a la entidad de gestión les impedía gestionar sus derechos. La cuestión presentaba serias dudas sobre la titularidad de derechos y la capacidad de los autores para la gestión de sus obras. Esta circunstancia unida a las amenazas de la entidad de gestión de iniciar un pleito, motivaron la paralización total del proyecto. Vemos que en este caso, la finalidad del proyecto era de realizar una divulgación de las obras con el consentimiento de los autores y sin obtener ningún tipo de beneficio económico. Por el contrario, la institución asumía todos los costes del proyecto para asegurar una calidad excelente que permitiera apreciar a las obras fielmente. Costes que eran bastante elevados pero necesarios para poder asegurar la calidad del trabajo, que indudablemente beneficiaría a los artistas participantes. La institución estaba dispuesta a asumir todos los costes del proyecto y a realizar todos los esfuerzos para hacer la promoción y difusión de las obras, pero no estaba dispuesta a enfrentarse a un pleito por realizar una actividad cultural, que indudablemente beneficiaría tanto a los artistas por la promoción y difusión de sus obras, como a los ciudadanos quienes tendría ocasión de conocerlas.

Es preciso subrayar que, en este caso, había una enorme discrepancia entre el criterio de la entidad de gestión y el de los autores. La primera consideraba que esta acción únicamente beneficiaba a la institución, en cambio, los autores estaban completamente de acuerdo con el proyecto porque la difusión planeada, no solamente contribuía a acercar su obra al público en general, sino que la promocionaba, aportándoles mayor prestigio a ellos y valor a sus obras. Por ello, resultaba inaceptable para la institución que un proyecto cuya única finalidad era la promoción cultural, pudiera terminar con un litigio. Este caso, nos permite detectar que existe un problema cuando se presentan discrepancias en la gestión de las obras entre el titular de derechos y el mandatario. En caso de conflicto ¿qué criterio ha de prevalecer? En virtud de lo dispuesto en el Código Civil, el mandatario ha de ajustarse a las instrucciones del mandante⁵⁷⁵. No obstante, hemos comprobado que en realidad es el

⁵⁷⁵ Art. 1.729 CC.

mandatario quién marca las pautas a seguir. Esta limitación en la capacidad de decidir del autor, queda apuntada, para que la comentemos más adelante, cuando analicemos el contenido del contrato entre el autor y la entidad de gestión.

Debemos apuntar que la contradicción que existe entre el argumento utilizado por las entidades de gestión de derechos en defensa del derecho de autor y los obstáculos que impone a los autores para realizar la difusión de sus propias obras, roza el absurdo. Defender que toda utilización de las obras ha de generar una remuneración económica, es irracional. Imponer de forma unilateral el monto de la remuneración, sin atender los criterios establecidos en la Ley para las acciones que no tienen ánimo de lucro, es abusivo. Amenazar con un pleito a una institución, que realiza importantes inversiones a favor de los artistas y de la promoción cultural, es indignante. ¿Son éstas las condiciones razonables que impone la Ley? ¿Son estas medidas adecuadas para proteger la propiedad intelectual? ¿Realmente las entidades de gestión están actuando en beneficio del autor?

- iii) Celebrar contratos generales con asociaciones de usuarios siempre que aquéllas lo soliciten.

La Ley no define qué entiende por asociaciones de usuarios del repertorio, no obstante, la obligación queda supeditada a la solicitud de éstas asociaciones. El caso que relatamos en el inciso anterior, nos ayuda a ilustrar que en este punto existe también un desajuste, debido particularmente a la falta de regulación de las entidades de gestión. El hecho que ahora relatamos se presentó durante el transcurso de las negociaciones entre la institución y la entidad de gestión para obtener la autorización. La entidad de gestión propuso a la institución la celebración de un contrato para usar el repertorio. El ofrecimiento, sorprendió a la institución, puesto que la calificación de "usuario del repertorio" no se ajustaba a la actividad proyectada, ni a la labor que realiza en apoyo de los

creadores. Estas acciones se ubican en otro plano y no tienen relación ninguna con la explotación de las obras. Es un error considerar que las actividades realizadas por las instituciones, cuya única finalidad sea la difusión cultural, puedan equipararse a las que realizan las "asociaciones de usuarios", cuya finalidad es explotar las obras. Las primeras, realizan diversas actividades, pero, en todo caso, tienen una sola finalidad: la promoción o difusión cultural. En ningún caso obtienen rendimientos económicos por esta actividad. Todo lo contrario, las instituciones de difusión cultural realizan inversiones importantes para alcanzar sus objetivos.

Los hechos relatados nos revelan que además de la falta de definición de las obligaciones de las entidades de gestión, existe otro problema que agrava al anterior y es la falta de control de las actividades que realizan las entidades de gestión⁵⁷⁶.

La función principal de las entidades de gestión es la administración de los derechos conferidos. Para ello, previamente establecen las tarifas por el uso del repertorio. Sin embargo, este importante aspecto no se encuentra regulado por la Ley. No existen criterios ni mecanismos de control para la fijación de precios, dejando en total libertad a las entidades de gestión para establecerlas. No es comprensible que un aspecto tan importante, como es la fijación de precios y que afecta a las empresas o negocios que utilizan el repertorio y que repercute directamente en los consumidores o usuarios, por los precios que deben pagar por determinados productos, no haya sido tratado con rigor. Dejamos anotada esta cuestión, que si bien es importante, no interesa analizar en este trabajo, ya que, los precios o tarifas por la explotación de las obras no constituyen nuestro objeto de estudio, únicamente nos interesa analizar las condiciones que se establecen para la difusión cultural y el impacto que puede tener la

⁵⁷⁶ Cfr. Con la opinión de Javier Moscoso del Prado Muñoz, que considera que las obligaciones que la Ley impone a las entidades de gestión son sumamente rigurosas en contrapartida con sus derechos que son muy limitados. "Génesis y desarrollo de la gestión colectiva en España de los derechos derivados de la propiedad intelectual", Op. Cit. Pág. 110.

determinación de tarifas con precios elevados, como obstáculo o impedimento para el derecho de acceso a la cultura.

1.2.3 Mecanismos de resolución de conflictos

La LPI establece un mecanismo para desbloquear un proceso de negociación por falta de acuerdo entre los usuarios y las entidades de gestión, mediante la creación de la Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual⁵⁷⁷,

⁵⁷⁷ Artículo 158 LPI. *Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual*. Se crea en el Ministerio de Cultura, para el ejercicio de las funciones de mediación y arbitraje que le atribuye la presente Ley y con el carácter de órgano colegiado de ámbito nacional, la Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual.

1. La Comisión actuará en su función de mediación: a) Colaborando en las negociaciones, previo sometimiento de las partes, para el caso de que no llegue a celebrarse un contrato, para la autorización de la distribución por cable de una emisión de radiodifusión, por falta de acuerdo entre los titulares de los derechos de propiedad intelectual y las empresas de distribución por cable. b) Presentando, en su caso, propuestas a las partes. Se considerará que todas las partes aceptan la propuesta a que se refiere el párrafo anterior, si ninguna de ellas expresa su oposición en un plazo de tres meses. En este supuesto, la resolución de la Comisión surtirá los efectos previstos en la Ley 36/1998, de 5 de diciembre, de Arbitraje, y será revisable ante el orden jurisdiccional civil.

La propuesta y cualquier oposición a la misma se notificarán a las partes, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 58 y 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

El procedimiento mediador, así como la composición de la Comisión a efectos de mediación, se determinarán reglamentariamente, teniendo derecho, en todo caso, a formar parte de la misma, en cada asunto en que intervengan, dos representantes de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual objeto de negociación y otros dos de las empresas de distribución por cable.

2. La Comisión actuará en su función de arbitraje: a) Dando solución, previo sometimiento de las partes, a los conflictos que, en aplicación de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo anterior, puedan producirse entre las entidades de gestión y las asociaciones de usuarios de su repertorio o entre aquéllas y las entidades de radiodifusión. El sometimiento de las partes a la Comisión será voluntario y deberá constar expresamente por escrito. b) Fijando una cantidad sustitutoria de las tarifas generales, a los efectos señalados en el apartado 2 del artículo anterior, a solicitud de una asociación de usuarios o de una entidad de radiodifusión, siempre que éstas se sometan, por su parte, a la competencia de la Comisión con el objeto previsto en el párrafo a) de este apartado.

3. Reglamentariamente se determinarán, para el ejercicio de su función de arbitraje, el procedimiento y composición de la Comisión, teniendo derecho, en todo caso, a formar parte de la misma, en cada asunto en que intervengan, dos representantes de las entidades de gestión y otros dos de la asociación de usuarios o de la entidad de radiodifusión.

La decisión de la Comisión tendrá carácter vinculante y ejecutivo para las partes.

Lo determinado en este artículo se entenderá sin perjuicio de las acciones que puedan ejercitarse ante la jurisdicción competente. No obstante, el planteamiento de la controversia sometida a decisión arbitral ante la Comisión impedirá a los Jueces y Tribunales conocer de la misma, hasta tanto haya sido dictada la resolución y siempre que la parte interesada lo invoque mediante excepción.

facultada para intervenir previo sometimiento de las partes en los conflictos que se susciten entre las entidades de gestión y las asociaciones de usuarios o entre aquellas y las entidades de radiodifusión. También está habilitada para intervenir en relación con las tarifas de las entidades de gestión, fijando la cantidad sustitutoria de las tarifas generales. Esta medida tiene la finalidad de que el usuario pueda efectuar el depósito de las mismas y utilizar el repertorio, no obstante, la disposición exige el previo sometimiento de las partes a la competencia de la Comisión y únicamente contempla el supuesto de autorización para la distribución por cable de una emisión de radiodifusión. Esta medida se encuentra limitada a las negociaciones de dicha modalidad. En todo caso, hemos de admitir que no tenemos constancia de casos resueltos por la Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual. Es pues importante considerar que en el marco de la LPI, el ámbito de actuación de este organismo es muy limitado así como sus funciones y no es posible su intervención en las negociaciones con usuarios de otras modalidades de explotación de obras, ni con empresas o personas particulares, por lo tanto, tampoco puede intervenir en casos específicos donde se encuentre involucrado el derecho de acceso a la cultura.

1.2.4 Los estatutos de las entidades de gestión de derechos

Habida cuenta de que la LPI no regula con detalle las obligaciones de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual, éstas desarrollan su actividad de acuerdo con sus estatutos⁵⁷⁸, quedando obligadas al establecimiento de mínimos⁵⁷⁹, relacionados más con la forma que con el contenido y control de sus actividades. No obstante de la previsión del artículo 151 LPI: "sin perjuicio de los que dispongan otras normas que les sean de aplicación". Lo cual es por demás lógico, ya que ningún tipo de entidad puede actuar fuera del marco legal que establece el ordenamiento jurídico.

⁵⁷⁸ Art. 150 LPI.

⁵⁷⁹ Art. 151 LPI.

Vemos pues, que las entidades de gestión establecen su propia normativa de funcionamiento, que se encuentra sometida al régimen jurídico aplicable a las asociaciones⁵⁸⁰ y por tanto con mayor margen de libertad y menor control que otro tipo de entidades como por ejemplo, las sociedades mercantiles, sujetas a condiciones y controles más estrictos por parte de las autoridades.

La principal laguna se encuentra en que ni la Ley ni los estatutos establecen la obligación de hacer públicas las tarifas de las entidades de gestión⁵⁸¹, para el uso de su repertorio y tampoco existe ningún tipo de control ni sanción, por incumplimiento de las obligaciones en relación con las condiciones que imponen las entidades de gestión a los solicitantes, para otorgar la autorización por el uso de su repertorio, incluso en los casos en que sus tarifas o condiciones no sean razonables⁵⁸².

1.2.5 Los contratos suscritos con los autores

Además de los estatutos, las relaciones de los autores o asociados a las entidades de gestión se rigen por lo dispuesto en el contrato de adhesión. El contrato que suscriben las entidades de gestión con sus asociados para la gestión de sus obras, es importante porque condiciona la actividad de los autores o titulares en relación con la gestión de sus obras en virtud del mandato que confieren, el cual se excede de lo dispuesto en la LPI.

⁵⁸⁰ Art. 3º Estatutos de la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE). Artículo 1º Estatutos del Centro Español de Derechos Reprográficos (CEDRO). Artículo 1º Estatutos Sociales de Visual Entidad de Gestión Plásticos (VEGAP).

⁵⁸¹ Actualmente, las entidades de gestión siguiendo una tendencia generalizada, tienen a proporcionar información útil en su páginas Web, lo cual incluye en muchos casos las tarifas y el repertorio. www.vegap.es, www.sgae.es, www.egeda.es.

⁵⁸² Cfr. la opinión de Javier Moscoso del Prado Muñoz, sobre las ventajas de evitar la concurrencia entre entidades de gestión en relación con el mantenimiento de precios altos para el uso del repertorio, donde no se contempla la posibilidad de usos inocuos que no tengan la finalidad de explotar las obras. Op. Cit. Pág 112-113.

Efectivamente, el análisis del contenido de los contratos de adhesión⁵⁸³ que las entidades de gestión proponen a sus asociados arroja un resultado negativo, que demuestra, una vez más, que la falta de control de las actividades de las entidades de gestión es total.

El contrato de adhesión que la SGAE propone a sus asociados, establece en la cláusula primera una cesión en exclusiva de los derechos de reproducción, de distribución, de comunicación pública, de transformación y de de remuneración por copia privada, así como el derecho de remuneración por alquiler de fonogramas, para la gestión y administración. Para la gestión de los derechos excluidos de la cesión anterior, contiene un mandato exclusivo que le permite gestionar la representación escénica y los derechos de remuneración por comunicación pública previstos en el artículo 90, apartados 3 y 4 de la LPI.

La cesión es más amplia que necesaria, pero lo realmente grave es la cesión contenida en la cláusula tercera del contrato de adhesión, mediante la cual, el titular de derechos queda obligado a contratar sobre la producción de obra futura, en clara vulneración del artículo 43.3 LPI que dice textualmente:

“...será nula la cesión de derechos de explotación respecto del conjunto de las obras que pueda crear el autor en el futuro”.

El carácter imperativo de esta disposición impide que pueda ser anulada por vía contractual⁵⁸⁴. Tampoco es posible admitir excepciones, al menos la Ley no

⁵⁸³ Los modelos de contratos analizados fueron obtenidos en el Ministerio de Cultura en fecha anterior a la modificación de la LPI y pertenecen a las entidades de gestión VEGAP y SGAE. Con el objeto de verificar si los modelos de contratos habían sido modificados, hicimos una solicitud reciente al Ministerio de Cultura - Subdirección General de la Propiedad Intelectual, mediante escrito en fecha 3 de agosto de 2004. La respuesta del Ministerio de Cultura nos informa que “El Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual no impone a las Entidades de gestión la obligación de notificar al Ministerio de Cultura los contratos que suscriban con los titulares de los derechos de propiedad intelectual”, confirmando nuestros argumentos sobre la falta de control de las actividades que realizan las entidades de gestión.

⁵⁸⁴ V. Art. 55 LPI. “Beneficios irrenunciables.- Salvo disposición de la propia Ley, los beneficios que se otorgan en el presente Título a los autores y a sus derechohabientes serán irrenunciables.”.

prevé ninguna excepción a favor de las entidades de gestión, ni considera que esto sea necesario para realizar una gestión eficaz.

El contrato de adhesión que propone la entidad VEGAP a sus asociados es muy similar al anterior, aunque en este caso, encontramos que la entidad tiene diferentes modelos de contrato para proponer a sus asociados (modelos: A, B, y C). La principal diferencia de los contratos se encuentra en la cláusula primera donde se definen los derechos cedidos. No obstante, las diferencias establecidas no quedan claramente especificadas en los estatutos de la Asociación⁵⁸⁵ y la LPI no establece ninguna norma que justifique esta diferencia. La cesión se establece, igualmente, de forma muy amplia y los contratos también contienen una cláusula de cesión de obra futura:

“La cesión y el mandato presentes, incluyen todas las obras respecto de las que el TITULAR tiene adquiridos los derechos mencionados en la cláusula anterior; así como aquellas obras que sean realizadas en el futuro por el TITULAR en tanto que este contrato se encuentre vigente, bastando para ello el simple registro en la ENTIDAD.”⁵⁸⁶.

La cláusula de cesión de obra futura en los contratos de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual, es del todo incomprensible, y, en todo caso, dicha cesión es nula en virtud de lo dispuesto en el artículo 43.3 LPI y concuerda con lo dispuesto en el artículo 6.3 del Código Civil⁵⁸⁷. Por ello, es más que discutible que una entidad de gestión sea cesionaria de los derechos de explotación de las obras realizadas con posterioridad a la fecha de suscripción del contrato entre ésta y el autor.

⁵⁸⁵ Los Estatutos VEGAP (17 de mayo de 1990), establece en el artículo 8º la clase de miembros y en el artículo 10º se establece una clasificación atendiendo a la tipología de las obras plásticas, pero no establece los criterios de aplicación de contratos diferentes.

⁵⁸⁶ Contrato de adhesión de socios (modelo A) que propone la entidad VEGAP, cláusula SEGUNDA, párrafo primero.

⁵⁸⁷ “3. Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.”

Otra importante cuestión sobre la que es necesaria una reflexión, es la relativa a la amplitud del mandato. Habría que considerar si es realmente necesario para la gestión de derechos, que el autor otorgue una cesión en exclusiva a la entidad de gestión. Si la entidad de gestión actúa como mandataria para realizar las actividades de gestión y administración por qué exige una cesión en exclusiva. En realidad lo único que se consigue con este sistema es limitar y excluir la actividad del autor.

1.2.6 El control de las actividades de las entidades de gestión

La falta de control sobre las actividades de las entidades de gestión es absoluta, después de la modificación del artículo 159 LPI⁵⁸⁸. Esta disposición, tenía por objeto establecer las facultades del Ministerio de Cultura en relación con el control y vigilancia de las entidades de gestión. De esta forma, el párrafo segundo del artículo 159.1 LPI, facultaba al Ministerio de Cultura para: (1) exigir cualquier tipo de información a las entidades de gestión, (2) ordenar inspecciones y auditorias y (3) designar un representante para que asista a las Asambleas, con voz, pero sin voto. Una vez eliminada esta disposición, la Ley no estableció ningún otro tipo de control equivalente.

La modificación también afecta a las facultades del Ministerio de Cultura, en lo que se refiere al control contable, nombramientos, depósito de las tarifas generales y sus modificaciones, así como los contratos generales, tanto los que suscriben con los usuarios como los celebrados con sus asociados. La obligación de las entidades de gestión de notificar todos estos datos al Ministerio de Cultura que establecía el artículo 159.3 también ha sido suprimida.

⁵⁸⁸ Debido a la estimación de los recursos de inconstitucionalidad 256/1988 y 264/1988 presentados por las CCAA Cataluña y el País Vasco sobre las competencias en materia de cultura entre el Estado y las CCAA. El Tribunal Constitucional resolvió en la Sentencia de 13 de noviembre de 1997. Ver el comentario de Marcos VAQUER CABALLERIA, en *Estado y cultura*, Op. Cit. Pág. 332.

Debido a que el Tribunal Constitucional considero que la disposición de la Ley de Propiedad Intelectual⁵⁸⁹, invadía las competencias que tienen atribuidas las Comunidades Autónomas, se suprimieron como facultades del Ministerio de Cultura aquellas que requieren la ejecución. Es decir, si el Ministerio tiene la obligación de vigilar, no puede ejecutar acciones que corresponden a la Comunidades Autónomas, creándose un espacio o zona gris. Lo que ocurre en la actualidad, es que además del reducido e incierto margen de actuación que tiene el Ministerio de Cultura para supervisar las actividades de las entidades de gestión, se ha de enfrentar a la reticencia de éstas cada vez que se realiza un control.

Las entidades de gestión son reacias a que se controlen sus actividades. De hecho, tanto la SGAE⁵⁹⁰ como CEDRO⁵⁹¹ se han opuesto abiertamente a los requerimientos del Ministerio de Cultura, mediante los cuales solicitaba información sobre el reparto de derechos. En sus recursos, las entidades de gestión alegaron como argumento la defensa del derecho a la intimidad y la protección de datos personales, para no facilitar los datos solicitados por el ente público para el control de la forma como estaban efectuando el reparto de derechos. En ambos casos, el Tribunal Supremo consideró que la Ley de

⁵⁸⁹ En relación con las funciones de control y vigilancia, se cuestionó si el artículo 144, de la Ley 22/1987 de Propiedad Intelectual (anterior al Texto Refundido hoy vigente) era contrario a la Constitución por invadir competencias de las Comunidades Autónomas. La Sentencia se refiere al artículo 144 que corresponde al artículo 149 del texto vigente de Ley de Propiedad Intelectual.

⁵⁹⁰ Recurso de Casación número 6180/1997, promovido por Sociedad General de Autores de España, contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 28-05-97, declarando la inadmisión del recurso de dicha entidad, contra la Resolución de la Subdirección General de la Propiedad Intelectual, del Ministerio de Cultura, mediante la cual se le requería para que presentara información sobre el reparto de derechos entre sus asociados. En este caso al igual que en el anterior, el Tribunal Supremo, consideró que el Ministerio se encuentra legitimado para el ejercicio de la actividad de control en virtud de lo dispuesto en la Ley de Propiedad y que no se infringe la Constitución puesto que los datos requeridos son necesarios y no se demandaron datos extraños para realizar la tutela de la actividad.

⁵⁹¹ Recurso de Casación número 6181/1997, promovido por Centro Español de Derechos Reprográficos, contra la Sentencia que, desestimando su solicitud, impone que: "facilite certificación comprensiva de las cantidades percibidas, durante los cinco últimos ejercicios (1991-1995) ambos inclusive, por los miembros de esa Entidad de gestión, ya sean estas personas naturales o jurídicas, que hayan sido, durante el plazo señalado, titulares de alguno de los derechos gestionados por esa entidad..."

Propiedad Intelectual "...faculta al Ministerio de Cultura para exigir de esas Entidades cualquier tipo de información.⁵⁹²"

La falta de definición de las obligaciones de las entidades de gestión de derechos y la ausencia absoluta de control sobre sus actividades, tienen consecuencias nefastas para el derecho de acceso a la cultura, ya que los problemas que se plantean quedan sin resolver. Lo cual pone de manifiesto la necesidad de encontrar mecanismos que permitan resolver las controversias o discrepancias que se puedan suscitar en casos específicos, así como desbloquear las negociaciones en caso de que no se consiga un acuerdo entre las partes.

1.2.7 Valoración de la regulación de las entidades de gestión

Desafortunadamente no existen mecanismos que permitan realizar el control sobre las cuestiones que hemos planteado, se da por supuesto que todo está bien, que todo es correcto. En ausencia de regulación, la LPI no dice nada sobre el tipo de mandato y la amplitud de la cesión que debe conferir el autor a la entidad de gestión para la realización de su actividad. Por ello, consideramos conveniente citar el documento elaborado por la Comisión europea sobre la gestión del derecho de autor y de los derechos vecinos en el mercado interior⁵⁹³, donde se establece que las entidades de gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual deben actuar como mandatarios del autor, en ningún caso se reconoce que éstas puedan tener la función de cesionarios en exclusiva de los derechos de autor.

⁵⁹² Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 7ª, de 29 de octubre de 2001, Fdo. Jº 4º.

⁵⁹³ El informe de la Comisión de las Comunidades Europeas "COMMUNICATON DE LA COMMISSION AU CONSEIL, AU PARLEMENT EUROPEEN ET AU COMITÉ ECONOMIQUE ET SOCIAL EUROPEEN" COM(2004)261 final, de fecha 16 de abril de 2004, relativo a "La gestión del derecho de autor y de los derechos vecinos al derecho de autor en el seno del mercado interior", considera que las sociedades de gestión colectiva administran conjuntamente en calidad de mandatarias los derechos en nombre de sus titulares.

Hemos podido comprobar que la actividad que desarrollan las entidades de gestión en relación con la administración de los derechos de autor, es muy amplia, de hecho, es posible considerar que la gestión individual prácticamente ha quedado anulada. Conclusión a la que llegamos si tomamos en consideración que en el panorama actual la gestión del derecho de autor se realiza por las entidades de gestión, bajo las siguientes condiciones: (1) mediante contrato de adhesión, en virtud del cual, el autor cede en exclusiva a la entidad de gestión, prácticamente todos los derechos de explotación de su obra, presente y futura; (2) que la cesión en exclusiva tiene por efecto excluir al cedente o autor de la explotación de la obra⁵⁹⁴; (3) y si sumamos el número de titulares a quienes representan las entidades de gestión, todo ello nos permite afirmar que estas tienen un poder absoluto sobre la gestión y administración de los derechos de autor. La amplitud de la cesión de derechos que el autor les concede mediante el contrato de adhesión, requiere ser examinada. Un estudio en profundidad sobre este aspecto, debería determinar si el contrato de adhesión se ajusta a lo previsto en los artículos 6º, 7º y 8º de la Ley 7/1998 de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación. Apuntamos esta circunstancia, como un indicio más de la falta de control y regulación de las actividades de las entidades gestión⁵⁹⁵.

Otro aspecto a considerar es si el modelo actual es necesario para la gestión del derecho de autor. Esta reflexión se hace necesaria ya que los sistemas de información para la gestión de derechos, permiten al autor o titular identificar sus obras en el entorno digital, facilitando los datos sobre la obra y titulares de derechos. Este mecanismo abre una posibilidad para establecer un nuevo

⁵⁹⁴ LPI, Art. 48. "Cesión en exclusiva.- La cesión en exclusiva deberá otorgarse expresamente con este carácter y atribuirá al cesionario, dentro del ámbito de aquélla, la facultad de explotar la obra con exclusión de otra persona, comprendido el propio cedente, y, salvo pacto en contrario, las de otorgar autorizaciones no exclusivas a terceros. Asimismo, le confiere legitimación, con independencia de la del titular cedente, para perseguir las violaciones que afecten a las facultades que se le hayan concedido."

⁵⁹⁵ Es importante apuntar que los artículos señalados de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, imponen reglas de interpretación (Art. 6º), la no incorporación (Art. 7º) y la nulidad (Art. 8º) para las condiciones que contradigan lo dispuesto en una norma imperativa.

modelo de gestión, es decir, permite separar los derechos de gestión individual de los derechos de gestión colectiva, lo cual podría suponer para los autores o titulares de derechos una importante novedad que les permita establecer una gestión diferenciada, en lugar de la establecida por las entidades de gestión, cuyo contrato de adhesión les obliga a ceder en exclusiva todos sus derechos. Si se establece una gestión diferenciada, los autores o titulares de derechos únicamente concederán el mandato, que no cesión, a las entidades de gestión para la gestión de aquellos derechos que por imperativo legal se debe realizar de forma colectiva, quedando a su cargo la gestión de los derechos de explotación.

En todo caso, las entidades de gestión están obligadas a realizar conforme a Derecho su gestión, lo cual exige que la administración se limite a las obras existentes, especificando las modalidades que comprende el mandato. En relación con los diferentes tipos de derechos, de simple remuneración y de explotación, es preciso que el autor o titular de derechos pueda decidir si el mandato se realiza únicamente para los derechos de simple remuneración o para ambos y, en todo caso, se deben indicar con precisión las modalidades incluidas en el mandato. Es realmente importante una revisión de la actividad que realizan las entidades de gestión⁵⁹⁶ y en particular del contenido del contrato de adhesión, aspecto sobre el cual, inexplicablemente, nadie se ha ocupado hasta hoy.

⁵⁹⁶ No forma parte de este trabajo analizar si las actividades que realizan las entidades de gestión tienen o no ánimo de lucro, ni si la amplitud del mandato o cesión de derechos se realiza para garantizar rendimientos económicos por su actividad, esta cuestión es importante sobre todo porque se realiza en régimen de monopolio y porque dicha actividad genera importantes beneficios. V. el artículo de M^a Pilar Cámara Águila "el ánimo de lucro en las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual", en Pe. i. revista de la propiedad intelectual. Bercal, número 9, año 2001, Pág. 9-28.

2. Análisis de los cambios en el sistema de gestión impuestos por la transposición de la DDASI.

La normativa del derecho de autor en la sociedad de la información abre una nueva era en la protección de las obras. Ello es debido, básicamente, a la incorporación de las medidas de protección tecnológicas efectivas a las obras y a la utilización de medidas de información para la gestión de derechos.

¿Qué consecuencias implica la adopción de tales medidas?

La posibilidad de aplicar medidas tecnológicas efectivas a las obras, permite el control absoluto del autor o titular de derechos sobre el uso, disfrute y acceso de la obra. Este cambio sustancial en el derecho de autor que amplía considerablemente el monopolio, admite ciertos matices y comentarios:

Uno. La aplicación de medidas efectivas de protección a las obras no las hace invulnerables, es decir, toda medida por efectiva que sea, puede ser alterada o eliminada. Para que la protección sea realmente eficaz, el legislador prevé la aplicación de severas sanciones a quienes intenten eludir las medidas de protección tecnológica de las obras, garantizando así su finalidad y eficacia.

Dos. La aplicación de medidas de protección tecnológica a las obras no impedirá el acceso a las mismas al beneficiario de alguna excepción o límite al derecho de autor contemplados en la Ley, si bien debemos decir que no todos los límites al derecho de autor admiten la excepción, ya que, la DDASI ha enumerado sólo a un número determinado de supuestos.

Concretamente, la Directiva ha considerado que la aplicación del límite al derecho de reproducción, se admite exclusivamente en los siguientes casos: (1) a las reproducciones analógicas, siempre que se establezca una compensación

equitativa, quedando exceptuadas las partituras⁵⁹⁷; (2) a los actos específicos de reproducción efectuados por bibliotecas o centros de enseñanza o museos accesibles al público, o por archivos, que no tengan intención de obtener un beneficio económico o comercial directo o indirecto⁵⁹⁸; (3) a las grabaciones efímeras de obras, realizadas por organismos de radiodifusión por sus propios medios y para sus propias emisiones que podrán ser conservadas en archivos oficiales⁵⁹⁹; (4) y finalmente, a las reproducciones de radiodifusiones efectuadas por instituciones sociales que no persigan fines comerciales, como hospitales o prisiones, a condición de que los titulares de derechos reciban una compensación equitativa⁶⁰⁰.

Para el derecho de reproducción, el derecho de comunicación y puesta a disposición del público, se reconocen los siguientes límites: (1) cuando el uso tenga por objeto la ilustración con fines educativos o de investigación científica justificando la utilización por la finalidad no comercial perseguida⁶⁰¹; (2) cuando el uso se realice en beneficio de personas con minusvalías⁶⁰²; (3) y cuando se realice con fines de seguridad pública o para garantizar el correcto desarrollo de un procedimiento administrativo, parlamentario o judicial⁶⁰³.

Fuera de estos supuestos, los Estados miembros no están obligados a garantizar el acceso a las obras, no obstante, no queda claro si esta es una norma de mínimos, que permite a los Estados miembros ampliar la lista de supuestos, o es un listado cerrado que no admite cambios.

El límite que admite la copia digital para uso privado, está contemplado también por la DDASI, quedando sujeto a dos condiciones: la finalidad no comercial y el

⁵⁹⁷ Art. 5.2, letra a) DDASI

⁵⁹⁸ Art. 5.2, letra c) DDASI. En este caso las reproducciones no quedan limitadas al formato analógico, no obstante tampoco se establece la obligación de que los autores reciban una compensación equitativa. El término "actos específicos de reproducción" puede suscitar algunos problemas relativos a su interpretación.

⁵⁹⁹ Art. 5.2, letra d) DDASI

⁶⁰⁰ Art. 5.2, letra e) DDASI

⁶⁰¹ Art. 5.3, letra a) DDASI

⁶⁰² Art. 5.3, letra b) DDASI

⁶⁰³ Art. 5.3, letra e) DDASI

establecimiento de una compensación equitativa, teniendo en cuenta si se aplican o no a la obra o prestación las medidas de protección tecnológica. Es importante destacar que si una medida de protección tecnológica impide la realización de la copia privada, el beneficiario del derecho no puede solicitar el levantamiento de dicha medida. Es decir, queda a criterio del autor o titular de derechos decidir si su obra puede ser objeto de copia privada⁶⁰⁴. Esta circunstancia hace que la pervivencia del canon por copia privada sea cuestionada puesto que los argumentos que utilizaban para justificar su existencia han dejado de ser válidos. ¿Cómo se justifica ahora la imposición del canon por copia privada si el autor o titular del derecho puede proteger la obra con una medida tecnológica que impida efectuar la copia privada? Vemos que ahora es posible controlar la posibilidad de hacer copias, así que ya no hace falta aplicar un canon indiscriminado como se hacía en la era analógica, lo cual obliga a contemplar otro tipo de mecanismo que permita efectuar la compensación equitativa que exige la Directiva.

Tres. La nueva regulación admite la posibilidad de que el autor o titular de derechos puedan impedir el acceso a la obra, incluso a los beneficiarios de los límites, cuando las obras o prestaciones protegidas se pongan a disposición del público con arreglo a lo convenido por contrato. En este caso, no serán de aplicación las excepciones o límites al derecho de autor, gozando el autor de un auténtico monopolio sobre su obra.

Cuatro. El establecimiento de medidas para la información sobre la gestión de derechos, le proporciona al autor o titular de derechos un mecanismo que les permite realizar la gestión a ellos mismos, al menos, para la explotación de las modalidades que no requieren de la intervención de las entidades de gestión de derechos de autor.

⁶⁰⁴ Art. 5.2, letra b) DDASI

Las medidas de información para la gestión de derechos, permiten al autor o titulares de derechos la posibilidad de identificar su obra o prestación protegida contra cualquier acto que implique una alteración, supresión o modificación de dicha información. La definición de éstas, la encontramos en el artículo 7.2 de la DDASI:

“...toda información facilitada por los titulares de los derechos que identifique la obra o prestación protegida contemplada en la presente Directiva, o a que se refiere el derecho *sui generis* previsto en el Capítulo III de la Directiva 96/9/CE, al autor o cualquier otro derechohabiente, o información sobre las condiciones de utilización de la obra o prestación protegida, así como de cualesquiera números o códigos que representen información”.

La obligación que establece la DDASI a los Estados miembros, es la de garantizar una protección jurídica adecuada contra los actos supresión o alteración de la información.

Resumiendo, la introducción de las medidas de protección tecnológica efectiva y de las medidas de información para la gestión de derechos, permitirá al autor o a los titulares de derechos, establecer un control sobre su obra, determinar las condiciones de acceso para los usuarios y al mismo tiempo, le permitirá realizar la gestión de derechos.

La normativa de la era digital, concede al autor o titular de derechos facultades más amplias respecto de su obra, al mismo tiempo que la tecnología le proporciona sistemas eficaces que le permiten efectuar el control sobre el acceso y uso de las obras, circunstancias que permite al autor o titular de derechos realizar una gestión personalizada. Ante este panorama debemos preguntarnos ¿Qué ocurrirá con el derecho de acceso a la cultura? ¿Quedará a merced del autor o titulares de derechos? ¿Quién decidirá en el futuro? ¿Realmente serán los autores quienes determinarán el acceso, uso y disfrute de las obras?

Está claro que esta normativa abre múltiples interrogantes en relación con el derecho de acceso a la cultura, que no encuentran respuesta en la normativa comunitaria, no al menos en la DDASI⁶⁰⁵, no obstante debemos examinar como será incorporada en nuestro ordenamiento jurídico y que cambios introducirá.

Hasta este momento habíamos analizado los límites al derecho de autor que permiten o facilitan el derecho de acceso a la cultura, en este apartado, nos ocuparemos de la relación que existe entre la gestión de derechos y el acceso a la cultura.

¿Qué va a cambiar en la gestión de derechos del sistema actual cuando se incorpore la DDASI?

2.1 Análisis de la propuesta de modificación elaborada por el Gobierno anterior (Borrador⁶⁰⁶)

Tal y como indicamos al inicio de este trabajo⁶⁰⁷, la propuesta para la reforma de la LPI contemplaban modificaciones a la Ley más allá de la incorporación de la DDASI. En efecto, la Exposición de Motivos del texto del Borrador (en adelante EM), exponía en el punto II que las razones que justifican la reforma de la LPI eran debidas principalmente a la incorporación de la DDASI, con la cual se daba cumplimiento a los tratados OMPI de 1996⁶⁰⁸, destacando que los criterios aplicados para la transposición respetan la fidelidad al texto de la

⁶⁰⁵ Ver al sobre este tema el artículo de Ignacio Garrote Fernández-Díez "Comercio electrónico y derechos fundamentales: el acceso a obras y prestaciones protegidas en la Sociedad de la Información, en Pe. i. revista e la propiedad intelectual, donde el autor expone "la teoría de los dos ambientes" prevista en la DDASI, que se refiere a la distinta regulación para las obras que se ponen a disposición del público mediante contrato o licencia y aquellas que se explotan mediante otros sistemas.

⁶⁰⁶ Borrador de Proyecto de Ley de Reforma del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de fecha 7 de noviembre de 2002

⁶⁰⁷ Ver Supra. Introducción pág. 8; Parte II, pág. 4 y ss.

Directiva y el principio de mínima reforma⁶⁰⁹. La propuesta de reforma no pretendía una modificación del actual texto legal sino su adaptación a las nuevas circunstancias y situaciones inexistentes al tiempo de aprobación de la Ley 22/1987⁶¹⁰.

Las nuevas circunstancias que enumera el texto del Borrador son las siguientes: (1) la evolución tecnológica, (2) la creciente importancia económica de la propiedad intelectual, (3) la conflictividad que marca algunos aspectos de las relaciones entre titulares y usuarios y (4) el carácter transfronterizo y globalizado de los mercados de explotación⁶¹¹

Para el Gobierno anterior, los problemas que planteaba el entorno digital y los que se derivaban de la gestión colectiva no eran ajenos⁶¹². Por ello, entre las razones que justifican la reforma, el texto del borrador reconoce la existencia de problemas derivados de la aplicación de la LPI en la gestión de derechos, expresándolo de la siguiente forma:

“Entre los aspectos necesitados de actualización y revisión destaca la regulación del derecho de remuneración por copia privada, el régimen y actividad de las entidades de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual y la reforma de la Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual”⁶¹³.

La modificación de la regulación de las entidades de gestión de derechos propuesta por el Borrador tenía como finalidad “dotar al sistema de una normas basadas en los principios de mayor eficacia y transparencia en la gestión”⁶¹⁴. Para alcanzar este objetivo se tomaron las siguientes medidas: (1) se definen de forma precisa las obligaciones de las entidades colectivas frente a los

⁶⁰⁸ Tratado sobre Derechos de Autor y Tratado sobre Interpretación o Ejecución de Fonogramas.

⁶⁰⁹ EM punto II, Pág. 3.

⁶¹⁰ EM punto II, Págs. 3 y 4.

⁶¹¹ EM punto II, Pág. 4.

⁶¹² EM punto V, Pág. 11-12. “No todas las novedades que introduce la presente Ley obedecen a la necesidad de armonizar nuestro Derecho con el ordenamiento comunitario e internacional...”

⁶¹³ EM punto V, Pág. 12.

titulares de derechos y usuarios; (2) se clarifica el papel de las Administraciones Públicas en la supervisión del sistema de gestión colectiva; (3) se establece un régimen sancionador⁶¹⁵.

El Borrador propone un cambio en el nombre y las funciones de la Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual, mediante el cual se eliminarían las funciones innecesarias y se la dotaría de otras nuevas funciones, a fin de permitir su intervención para dirimir situaciones de conflicto surgidas de la gestión de derechos⁶¹⁶. De esta manera la Comisión de Propiedad Intelectual, se configura como órgano de resolución de conflictos, "pieza clave del sistema"⁶¹⁷, según los propios términos de la EM.

Aunque parezca precipitado hacer esta afirmación, la aplicación de las medidas propuestas podría paliar las deficiencias detectadas en el sistema actual LPI de regulación de las entidades de gestión. Sin embargo, no debemos perder de vista que la finalidad de este análisis es determinar si las medidas propuestas son necesarias para garantizar el acceso a la cultura, independientemente de la necesidad de establecer mecanismos que permitan un funcionamiento eficaz en la gestión de derechos que respete la normativa vigente.

Las disposiciones relativas a la regulación de las entidades de gestión que propone el texto del Borrador introducen múltiples cambios⁶¹⁸ que afectan a todos los actos y actividades de las entidades de gestión.

⁶¹⁴ EM punto VII, Pág. 13.

⁶¹⁵ EM, punto VII, P. 13-16.

⁶¹⁶ EM, punto VIII. P. 16.

⁶¹⁷ EM. Punto VIII. P. 16. La claridad del texto del Borrador (EM) no deja lugar a hacer mayores comentarios.

⁶¹⁸ El artículo trigésimo sexto del borrador, propone la modificación de la rúbrica del Título IV, Libro III del Texto Refundido de Ley de Propiedad Intelectual, que pasa a ser "Las entidades de gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual" y comprenderá los artículos 147 a 168 de dicho Texto Refundido, organizados en tres capítulos, con las rúbricas, secciones y artículos que seguidamente se indican: Capítulo Primero: De la autorización del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte (artículos 147 a 150). Capítulo Segundo: Obligaciones de las entidades de gestión (artículos 151 a 161). Sección 1ª: Obligaciones con los titulares de los derechos (artículos 151 a 155). Sección 2ª: Presupuesto, documentación contable y memoria de gestión (artículos 156 a 159). Sección 3ª: Obligaciones con los usuarios (artículos 160 a 161). Capítulo Tercero: Vigilancia del cumplimiento de las obligaciones y de las condiciones de

El texto del Borrador modifica la rúbrica del Título IV, Libro III, con la siguiente denominación: “Las entidades de gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual”, que comprende los artículos 147 a 168. Nótese que la regulación se amplía considerablemente, ya que la LPI regula las actividades de las entidades de gestión en tan sólo siete artículos (del 147 al 159), de ahí que existan tantas lagunas.

La propuesta además de ampliar considerablemente las disposiciones que regulan a las entidades de gestión, la organiza en tres capítulos: 1º. De la autorización del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte⁶¹⁹; 2º. Obligaciones de las entidades de gestión, subdividido a su vez en tres partes: (a) con los titulares de derechos, (b) las relativas al presupuesto, documentación contable y memoria de gestión; y (c) con los usuarios. Finalmente, el capítulo⁶²⁰ 3º. Vigilancia y cumplimiento, también se subdivide en dos: (a) facultades de las administraciones Públicas y (b) Infracciones y sanciones⁶²¹.

Vamos a analizar si las normas que propone el Borrador son capaces de corregir los problemas detectados y asegurar una gestión favorable que permita el ejercicio del derecho de acceso a la cultura.

2.1.1 Definición de las obligaciones de las entidades de gestión

El texto del Borrador, a diferencia de la LPI, establece de forma detallada todas las obligaciones de las entidades de gestión. En particular, interesa en este trabajo destacar las obligaciones que rigen las relaciones entre las entidades de gestión y sus asociados y entre éstas y los usuarios. Otro aspecto que debemos considerar es el relativo al establecimiento de control y vigilancia, que pretende

la autorización (artículos 162 a 168). Sección 1ª: Facultades de las Administraciones Públicas (artículos 162 a 163). Sección 2ª: Infracciones y sanciones (artículos 164 a 168).

⁶¹⁹ Artículos 147 a 150

⁶²⁰ Artículos 151 a 161

corregir la situación actual. El análisis pretende demostrar que las medidas propuestas por el Borrador pueden ser adecuadas para la resolución de los problemas detectados.

Debemos mencionar que en la definición de las obligaciones, el texto del Borrador propone, en la Sección 2ª del Capítulo segundo, el establecimiento de obligaciones económicas y contables más estrictas que las previstas en la LPI⁶²², las cuales exceden de nuestro objeto de estudio y por ello no serán analizadas.

i) En relación con los asociados: el contrato de gestión

De todas las obligaciones que establece el texto del Borrador para las entidades de gestión en relación con sus asociados debemos destacar al artículo cuadragésimo segundo⁶²³, que regula al contrato de gestión, en los siguientes términos:

“La gestión de los derechos será encomendada por sus titulares a la entidad mediante contrato cuya duración no podrá ser superior a cinco años, indefinidamente renovables, ni podrá imponer como obligatoria la gestión de todas las modalidades de explotación ni de la totalidad de la obra o producción futura”.⁶²⁴

Si comparamos el texto de la LPI con el Borrador no apreciamos diferencias significativas en cuanto al contenido de la obligación, sin embargo, la novedad consiste en que el nuevo sistema establece mecanismos de control y sanciones en caso de incumplimiento. En este caso, la medida para corregir las

⁶²¹ Artículos 162 a 168

⁶²² En particular, debemos destacar que el nuevo régimen previsto en el borrador, supone la imposición de obligaciones para las Entidades de gestión colectiva de derechos de autor similares a los de las entidades mercantiles, lo cual hará más transparente su gestión y más eficaz ya que también se incluyen normas relativas a la responsabilidad de la administración (Ver los artículos que establecen las obligaciones: del 41 al 53 y los que establecen el régimen sancionador: 54 al 57).

⁶²³ en virtud del cual se modifica la rúbrica y contenido del Art. 152 LPI

deficiencias detectadas no consiste en hacer una nueva redacción, en realidad el texto de la LPI establece, de igual manera, un límite a la cesión de derechos. El problema no es que la redacción de la LPI sea deficiente, sino que no existen mecanismos que permitan asegurar el respeto de la norma. Hemos tenido ocasión de comprobar que no hay control por parte de las Administraciones Públicas sobre las condiciones del contrato y tampoco existe ningún tipo de sanción, en caso de incumplimiento.

En este sentido, el artículo quincuagésimo segundo del texto del Borrador, que modifica la rúbrica y contenido del artículo 163, establece la obligación para las entidades de gestión de notificar el modelo de contrato de gestión y sus estatutos, a las Comunidades Autónomas y al Ministerio de Educación, Cultura y Deporte. Esta disposición encuentra su complemento en el procedimiento sancionador⁶²⁵, previsto como una novedad importante del texto del Borrador, para los casos de incumplimiento. A los efectos de establecer las sanciones, el artículo quincuagésimo sexto, del Borrador establece una clasificación de las infracciones. En el punto 3, letra a) califica como infracción grave, “el incumplimiento de la obligación establecida en el artículo 152 respecto del contrato de gestión, su duración y contenido”⁶²⁶. Y la sanción prevista para este tipo de infracción, es la imposición de una multa no superior al 1% de la recaudación total obtenida por la entidad de gestión el año anterior a la fecha de imposición de la multa y su publicación en el Boletín Oficial del Estado y, en su caso, de la Comunidad Autónoma correspondiente⁶²⁷.

⁶²⁴ Texto del Borrador, Artículo cuadragésimo segundo. Pág. 19

⁶²⁵ Capítulo Tercero: Vigilancia del cumplimiento de las obligaciones y de las condiciones de la autorización (Arts. 162 a 168. Sección 1ª: Facultades de las Administraciones Públicas (artículos 162 y 163) Sección 2ª: Infracciones y sanciones (artículos 164 a 168).

⁶²⁶ Artículo quincuagésimo sexto añade al Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual un nuevo Art. 167 relativo a las sanciones. V. 167.3,a).

⁶²⁷ Artículo quincuagésimo séptimo, párrafo segundo del texto del Borrador, que añade un nuevo artículo 268 a la LPI.

ii) En relación con los usuarios

Por lo que concierne a las obligaciones de las entidades de gestión en relación con los usuarios, el texto del Borrador establece la distinción entre la gestión de los derechos exclusivos y los de simple remuneración⁶²⁸. Esta medida permitirá una mejor sistematización que indudablemente aportará claridad y transparencia en la gestión.

- Obligación en relación con los derechos exclusivos

El artículo cuadragésimo noveno del Borrador⁶²⁹, define las obligaciones de las entidades de gestión en relación con los derechos exclusivos⁶³⁰, prácticamente de la misma forma como lo hace la LPI. En realidad la diferencia se encuentra en el mecanismo para desbloquear las negociaciones que introduce el texto del Borrador, y que consiste en la posibilidad de efectuar un depósito, judicial o notarial, de las cantidades exigidas por la entidad de gestión. De esta manera, los proyectos de difusión cultural no quedarían bloqueados, ni se paralizarían definitivamente por no encontrar una solución o posición común entre las partes. Este procedimiento se complementa, con la obligación que impone la Ley a las entidades de gestión de permitir la consulta de su repertorio, estatutos y tarifas en su domicilio social⁶³¹.

Dentro de la definición de las obligaciones, cobra especial relevancia por su estrecha vinculación con el derecho de acceso a la cultura, la obligación

⁶²⁸ Art. cuadragésimo noveno del borrador, que modifica la rúbrica y contenido del artículo 160 del Texto Refundido de Ley de Propiedad Intelectual.

⁶²⁹ Modifica la rúbrica y contenido del artículo 160 LPI, con la siguiente redacción: Obligaciones en relación con los derechos exclusivos.

⁶³⁰ En este caso podemos apreciar una diferencia en relación con el texto de la LPI, que regula de forma genérica las obligaciones relacionadas con la gestión de derechos en el artículo 157, bajo la rúbrica "*Otras obligaciones*" sin detallar si se trata de los derechos exclusivos o de los de simple remuneración.

⁶³¹ Actualmente las entidades de gestión proporcionan información en sus páginas Web. Por ejemplo, la VEGAP permite hacer una consulta sobre un artista y su obra. La SGAE permite

impuesta a las entidades de gestión de prever reducciones en las tarifas, para las entidades culturales que carezcan de finalidad lucrativa. El artículo 49, párrafo primero, letra b) del texto del Borrador, mantiene en los mismos términos esta obligación contemplada por la LPI en el artículo 157.1,b).

Vemos que la definición de las obligaciones que propone el texto del Borrador, no supone una ampliación de las mismas. Hasta ahora no hemos encontrado ninguna novedad al respecto. No obstante, debemos destacar que las entidades de gestión no están actualmente obligadas a hacer públicas sus tarifas y, por lo tanto, no hay posibilidad de conocerlas con antelación a la solicitud de autorización e inicio de la negociación. Esta circunstancia impedía que durante el período de preparación y planificación de un determinado proyecto de difusión cultural, se pudieran conocer los costes para incluirlos en el presupuesto. El relato de casos del apartado anterior, nos ha permitido comprobar los problemas que ello originaba y que esta omisión ha provocado situaciones surrealistas, llegando incluso a paralizar proyectos en avanzado estado de realización (V. Supra). Vemos pues, que la introducción de una simple medida, como es la obligación de publicar las tarifas de las entidades de gestión, puede prestar un importante servicio a la difusión cultural complementando otras disposiciones relacionadas. Esta obligación debemos vincularla con el artículo quincuagésimo segundo del texto del Borrador, que faculta a las Administraciones Públicas para realizar la vigilancia y mantenimiento de las condiciones necesarias para la autorización, que dispone la obligación a las entidades de gestión de notificar a las Comunidades Autónomas correspondientes y al Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, sus tarifas y otros documentos, en particular, el modelo de contrato de gestión y sus modificaciones.

Por lo que respecta a la posibilidad de celebrar contratos con asociaciones de usuarios, se imponen dos condiciones: (1) que sean representativas del sector

efectuar la consulta de sus tarifas. EGEDA tiene determinados contratos en su Web para que sean libremente consultados.

correspondiente y (2) de que dichas asociaciones lo soliciten. En este caso, el texto del Borrador (Art. 49.1,c), no contiene novedades respecto de la LPI (Art. 157.1,c). En realidad lo único que se establece es una norma que permite el control y vigilancia, mediante la obligación de notificar dichos contratos, establecida en el artículo quincuagésimo segundo, letra c), del texto del Borrador

El análisis de las disposiciones del texto de Borrador, nos permiten comprobar que realmente se respeta el principio de la mínima reforma, puesto que la normativa relativa a la gestión de los derechos exclusivos es similar a la contemplada en la LPI.

- Obligaciones en relación con los derechos de simple remuneración

En relación con los derechos de simple remuneración, el texto del Borrador introduce importantes novedades en el artículo quincuagésimo, enumerando las obligaciones a las que quedan sometidas las entidades de gestión. En este caso, para la fijación de la tarifa, la Ley obliga a las entidades de gestión a negociar con los usuarios especialmente significativos o con las asociaciones de usuarios, la determinación del importe, la forma de pago y otras condiciones⁶³². Estableciendo los plazos de las negociaciones y un procedimiento para la determinación de la remuneración por parte de la Comisión de la Propiedad Intelectual, para el caso de que no se alcance un acuerdo entre las partes⁶³³.

El procedimiento previsto en el texto del Borrador, no podemos considerarlo como innovador, puesto que tiene un antecedente en la Ley 20/1992 de 7 julio,

⁶³² Art. quincuagésimo del texto del Borrador. "1. Al objeto de hacer efectivo los derechos de remuneración cuya gestión les encomienda esta Ley, las entidades negociarán su importe, forma de pago y demás condiciones necesarias con los usuarios especialmente significativos o con las asociaciones de usuarios representativas del sector correspondiente".

⁶³³ Art. quincuagésimo del texto del Borrador. "2. Si no se llegara a acuerdo alguno en el plazo de tres meses desde el inicio de la negociación o desde su propuesta, cualquiera de las partes podrá pedir la determinación de la remuneración a la Comisión de Propiedad Intelectual, de acuerdo con lo previsto en el apartado 2 del artículo 172 de esta Ley".

actualmente derogada⁶³⁴, que establecía el procedimiento similar para la determinación de la remuneración compensatoria del artículo 25 LPI⁶³⁵, en concepto de canon por copia privada.

El régimen vigente lo encontramos en el artículo 25 LPI y reglamentos que lo desarrollan⁶³⁶. Es preciso subrayar que la facultad reglamentaria establecida en el párrafo vigésimo tercero del artículo 25 LPI, que habilita al Gobierno para regular las excepciones y demás modalidades que se deriven de la evolución tecnológica no ha sido utilizada⁶³⁷. En consecuencia, situaciones irregulares se han producido, puesto que la LPI establece en el párrafo quinto del artículo 25, el importe de la remuneración, estableciendo los parámetros, los equipos, aparatos y materiales sujetos al pago del canon. Por ello, no es aceptable que la determinación del importe por los materiales de reproducción que no están contemplados en la Ley, como por ejemplo, los CD, CD-R, DVD, se determine mediante negociaciones⁶³⁸ entre las entidades de gestión y los productores de dichos materiales⁶³⁸. Si contrastamos lo dispuesto en la Ley, con lo que está ocurriendo en la realidad, podemos comprobar, una vez más que las entidades de gestión realizan sus actividades sin ningún tipo de control.

⁶³⁴ V. la disposición derogatoria única del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual

⁶³⁵ El procedimiento de fijación de la remuneración compensatoria ha variado desde que se implementó el canon por copia privada. La determinación de la remuneración compensatoria por convenio prevista en la Ley 20/1992, de 7 de Julio, no es aplicable en la actualidad

⁶³⁶ Real Decreto 1.434/1992, de 27 de noviembre, de desarrollo de los artículos 24, 25 y 140 de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual, en la versión dada a los mismos por la Ley 20/1992, de 7 de julio, en lo no modificado por el Real Decreto 325/1994, de 25 de febrero en lo no derogado por la presente disposición derogatoria y Real Decreto 1.802/1995, de 3 de noviembre, por el que se establece el sistema para la determinación de la remuneración compensatoria por copia privada en las ciudades de Ceuta y Melilla.

⁶³⁷ En este caso, la sentencia del Juzgado de 1ª instancia de Barcelona, de fecha 2 de enero de 2001, estableció que los soportes CDR Audio y CDR Data o informático son aptos para la reproducción de fonogramas y por tanto quedan sujetos al pago de canon por copia privada (Fdo. Jº. 2º) Si esta sentencia tiene el mérito de haber introducido un nuevo soporte como sujeto al canon por copia privada por su idoneidad para la reproducción, también introdujo una importante distorsión por cuanto ni el Juez, ni las entidades de gestión pueden determinar el precio de la remuneración.

⁶³⁸ Nos referimos al acuerdo ASIMELEC, mediante el cual se establecen los precios de los soportes aptos para grabar material digitalizado. Un estudio del clausulado de dicho contrato revela que es contrario a la Ley, tanto en su contenido como en su fundamento. Es preciso recordar que su origen fue la Sentencia de 2 de enero de 2001 del Juzgado de primera instancia de Barcelona nº 22, que consideró a los soportes materiales CDR informático o Data

Por ello, el mecanismo sencillo y flexible que propone el texto del Borrador permite adaptarse a la realidad y las novedades tecnológicas. Debemos reconocer que no es nuevo pero podría ser útil implementarlo, ya que, en realidad no hace más que reconocer y legitimar una práctica que se está llevando a cabo sin ningún tipo de cobertura legal.

Es importante recordar que, en determinados casos, los derechos de simple remuneración no requieren autorización del autor, como en el supuesto de la copia privada, y a cambio el autor recibe una remuneración compensatoria. El Borrador propone que la determinación de la remuneración no se deje a las entidades de gestión sino que se realice de forma consensuada, con la participación y bajo el control de la Comisión de la Propiedad Intelectual. Consideramos que ésta es una medida adecuada para limitar la posición monopolística y un mecanismo de control en la fijación de los precios que puede evitar el abuso de posición de dominio, contrario al derecho de la competencia⁶³⁹. Vemos que la fórmula adecuada para la determinación del importe del derecho de remuneración es a través de una negociación consensuada y no de forma unilateral por las entidades de gestión. La posibilidad de solicitar la intervención de la Comisión de la Propiedad Intelectual para determinar la remuneración en caso de no alcanzar un acuerdo entre usuarios y entidad de gestión, después de tres meses de iniciadas las

como "*medio idóneo para la reproducción de fonogramas para uso privado*" (Fundamento de derecho 2º in fine).

⁶³⁹ El Tribunal de Defensa de la Competencia, declaró en la Resolución 465/99, de 27 de julio de 2000, que las entidades de gestión EGEDA, AISGE y AIE habían vulnerado el derecho de competencia por abuso de posición de dominio, el punto nº 1 de la parte dispositiva del fallo dice textualmente que estas entidades: "han explotado abusivamente su posición de dominio en la gestión de los derechos de propiedad intelectual cuya gestión tienen encomendados, con vulneración del art. 6 de la Ley de Defensa de la Competencia y del art. 86 del Tratado de la Comunidad Europea: a) la primera, individualmente, al tratar de imponer sin negociación sus tarifas a los hoteles en 1994; b) EGEDA y AISGE, conjuntamente, al pretender imponer a los establecimientos hoteleros unas inequitativas tarifas en 1995, unilateralmente establecidas; c) EGEDA, AISGE y AIE, colectivamente, al pretender en 1997 aplicar unas tarifas no equitativas sin negociación."

negociaciones y a solicitud de cualquiera de las partes⁶⁴⁰, viene a complementar el procedimiento.

2.1.2 Mecanismos de control

Las modificaciones propuestas por el Borrador al régimen jurídico de las entidades de gestión tienen por objeto alcanzar una gestión más eficaz y para lograr este objetivo, proponen la introducción de mecanismos de control hoy inexistentes en la LPI después de la modificación de la Ley. Las administraciones Públicas son las responsables de la vigilancia de las entidades de gestión. Facultades que ejercerán las Comunidades Autónomas, salvo cuando el hecho que se trate afecte a más de una Comunidad Autónoma, en este caso las funciones de vigilancia corresponderán al Ministerio de Cultura⁶⁴¹. Con esta medida se corrige una situación que requiere ser abordada de inmediato.

El sistema de vigilancia se complementa con la implementación de diversos mecanismos: (1) notificación de tarifas y otros documentos a las Comunidades Autónomas y al Ministerio de Cultura: modelo de contrato de gestión y modalidades, tarifas generales y modificaciones, contratos generales con asociaciones de usuarios, contratos de representación con entidades de gestión nacionales y extranjeras, las cuentas anuales junto con el informe del auditor y la memoria de gestión aprobada por la asamblea general y otras obligaciones relativas a la gestión, sobre todo cabe destacar la obligación que tienen las entidades de gestión para informar sobre el reparto y recaudación de los derechos conferidos a su gestión⁶⁴². (2) La responsabilidad administrativa, en la que incurren las personas que ocupen un puesto directivo o sean miembros del

⁶⁴⁰ Art. sexagésimo primero procedimiento para la determinación de las tarifas por la Comisión de Propiedad Intelectual.

⁶⁴¹ Art. quincuagésimo primero texto del Borrador, que modifica la rúbrica y contenido del artículo 162 LPI por la siguiente; Facultades de las Administraciones Públicas.

⁶⁴² Art. quincuagésimo segundo, texto del Borrador, que modifica la rúbrica y contenido del artículo 163 LPI, por la siguiente: Notificación de Tarifas y otros documentos.

Consejo de Administración u órgano de gobierno equivalente de las entidades de gestión⁶⁴³. (3) Se establecen los órganos competentes para conocer de los expedientes sancionadores⁶⁴⁴, así como el régimen jurídico del procedimiento sancionador⁶⁴⁵, la clasificación de las infracciones estableciendo tres categorías: muy graves, grave y leves⁶⁴⁶ y se determinan las sanciones que corresponden a cada categoría de infracción⁶⁴⁷.

Consideramos que la propuesta del Borrador es muy acertada, puesto que ha detectado los principales problemas existentes y propone medidas sencillas de implementar, que hoy no existen en la LPI y que definitivamente vendrían a paliar los defectos y fallos que hemos encontrado. La implementación de un sistema de control y vigilancia, garantizará el cumplimiento de las obligaciones de las entidades de gestión, el cual se complementa con sanciones para asegurar el cumplimiento de las normas, configurado un régimen jurídico mas acorde con nuestro marco jurídico, que sin lugar a dudas proporcionará mayor transparencia en las actividades que realizan las entidades de gestión.

2.1.3 Sistema de resolución de controversias

El sistema propuesto por el Borrador se complementa con la creación de un órgano independiente con funciones propias para intervenir en relación a la aplicación de la Ley: La Comisión de la Propiedad Intelectual⁶⁴⁸.

⁶⁴³ Art. quincuagésimo tercero, texto del Borrador, que modifica la rúbrica y contenido del artículo 164 LPI, por la siguiente: Responsabilidad administrativa.

⁶⁴⁴ Art. quincuagésimo cuarto, texto del Borrador, que añade un nuevo artículo 165 a la LPI, con la siguiente rúbrica: Órganos competentes sancionadores.

⁶⁴⁵ Art. quincuagésimo quinto, texto del Borrador, que añade un nuevo artículo 166 a la LPI, con la siguiente rúbrica: Procedimiento sancionador, estableciendo que dicho procedimiento se regirá por lo establecido en el Título IX de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

⁶⁴⁶ Art. quincuagésimo sexto, del texto del Borrador, que añade un nuevo artículo 167 a la LPI, con la siguiente rúbrica: Clasificación de las infracciones.

⁶⁴⁷ Art. quincuagésimo séptimo, del texto del Borrador, que añade un nuevo artículo 168 a la LPI, con la siguiente rúbrica: Sanciones.

Las principales funciones de este nuevo órgano colegiado, la Comisión de Propiedad Intelectual, son las siguientes: (1) Arbitraje, en conflictos de propiedad intelectual en los que sea parte alguna entidad de gestión. (2) Mediación, en los supuestos de comunicación pública del artículo 20.4 LPI. (3) Fijación de las cantidades sustitutorias de las tarifas generales, determinación del importe y demás condiciones necesarias para hacer efectivos los derechos de remuneración de gestión colectiva obligatoria y solución de conflictos entre entidades de gestión. (4) Asesoramiento en asuntos de su competencia. (5) Y finalmente, es el órgano facultado para proponer medidas para resolver los conflictos suscitados entre beneficiarios de límites a la propiedad intelectual y titulares de derechos que hayan empleado medidas de protección tecnológica eficaces para proteger sus obras o prestaciones protegidas⁶⁴⁹.

En general podemos decir que la creación de un órgano que permita la resolución de conflictos es sin lugar a dudas una buena propuesta, pero la actividad de la Comisión de la Propiedad Intelectual no se limita al arbitraje, sino que desempeña funciones más amplias⁶⁵⁰. De las atribuciones asignadas nos interesa destacar dos por su relación con el derecho de acceso a la cultura: la fijación de cantidades sustitutorias y la intervención para resolver conflictos suscitados entre beneficiarios de los límites y titulares de derechos, cuando las obras se encuentren protegidas por medidas de protección tecnológica eficaces.

- i) Intervención de la Comisión de la Propiedad Intelectual para la fijación de las cantidades sustitutorias.

Realmente es importante un órgano que pueda dirimir una controversia cuando exista discrepancia en los criterios de aplicación de las tarifas. Hemos visto en

⁶⁴⁸ Art. quincuagésimo octavo del texto del Borrador, que añade al Libro III un nuevo Título V con la siguiente rúbrica: Comisión de la Propiedad Intelectual.

⁶⁴⁹ Artículo quincuagésimo noveno, del texto del Borrador, que añade un nuevo artículo 169 a la LPI, con la siguiente rúbrica: Naturaleza y funciones de la Comisión de la Propiedad Intelectual.

lo apartados anteriores, que esta circunstancia hace inviables proyectos culturales que no pueden asumir el coste de obtener las autorizaciones correspondientes de las entidades de gestión. También hemos podido comprobar que no existen mecanismos que permitan una negociación en situaciones de igualdad entre las partes, hasta ahora solamente hay una opinión, un criterio y la única posibilidad que existe es admitirlo o no. Faltan opciones que permitan un enfoque diferente en la aplicación de las tarifas, sobre todo cuando esté presente un derecho fundamental. Por ello, es importante la intervención de un órgano que pueda fijar cantidades sustitutorias cuando la situación lo amerite.

El texto del Borrador dice, que para fijar las cantidades sustitutorias de las tarifas generales, la Comisión de la Propiedad Intelectual deberá considerar "entre otros"⁶⁵¹, los criterios siguientes: (1) el repertorio de las entidades y la intensidad de su uso; (2) las tarifas previstas por las entidades para otras modalidades; (3) los beneficios económicos o de otra naturaleza derivados de la explotación de que se trate; (4) la relevancia de la utilización en el conjunto de la actividad del solicitante; y (5) el grado de implantación de la tarifa general en el sector económico de actividad del solicitante.

Los criterios establecidos permitirán una valoración acorde a las circunstancias específicas de un caso concreto y en función de estos, se determinará "otra" tarifa para obtener la autorización que permita la utilización de las obras. El término "entre otros" que establece el precepto, permitirá incluso la participación del autor de forma independiente y, con ello, la posibilidad de conocer su opinión respecto de la autorización solicitada. Esta cuestión es sumamente importante, porque actualmente el autor no puede mostrar discrepancia con la entidad de gestión, debido a las consecuencias que ello le

⁶⁵⁰ Es importante considerar que el texto del Borrador se inspiró en las recomendaciones contenidas en los considerandos de la DDASI, puesto que "el recurso a la mediación" como medida para solucionar conflictos se encuentra en el nº 46.

⁶⁵¹ Aunque parezca irrelevante, la posibilidad de que un proyecto de difusión cultural sea analizado bajo los criterios que establece la disposición y admita la existencia de otros

acarrearía. Podemos citar como ejemplo la cláusula décima del contrato de adhesión SGAE⁶⁵², donde se detallan las obligaciones del autor, que en la letra d), dice textualmente: "...a no interferir en la gestión de la ENTIDAD, ya sea en su nombre u otorgando a terceras personas cesiones o mandatos de representación..."; y, en la letra f), expresamente prohíbe conceder autorizaciones, incluso sobre los derechos de exclusiva (tarifas generales). El contrato de adhesión establece que el incumplimiento de dichas obligaciones, es causa de rescisión del contrato y termina estableciendo las sanciones que se aplicarán⁶⁵³. Si tomamos en consideración la amplitud del mandato y las obligaciones que impone al autor la entidad de gestión, llegamos a la conclusión de que la entidad de gestión, lo único que pretende es realizar la administración bajo su propio criterio sin tomar en consideración ninguna otra circunstancia digna de ser admitida.

Por ello, es importante considerar la propuesta del texto del Borrador que permite la intervención de un tercero especializado, y que vendría a restaurar el equilibrio perdido entre el derecho de autor y el derecho de acceso a la cultura. Es pues conveniente, reflexionar si esta mediad no debería adoptarse por su utilidad para remediar situaciones conflictivas que afectan al derecho a la cultura.

En caso de que la Comisión de la Propiedad Intelectual deba intervenir para determinar el importe de las cantidades de los derechos de simple

argumentos o circunstancias, tales como el derecho de acceso a la cultura, es realmente importante para el ejercicio efectivo del mismo.

⁶⁵² El contrato de adhesión que propone VEGAP a sus asociados se expresa en los mismos términos.

⁶⁵³ La cláusula decimotercera estipula duras sanciones económicas para los autores que interfieran en la gestión, llegando a imponer la cantidad equivalente al duplo de los descuentos de recaudación y administración que hubiera percibido la ENTIDAD. Las sanciones son completamente desproporcionadas, ya que hay una que condena al autora a: "entregar a ENTIDAD, con destino a las obras asistenciales de ésta, una suma igual a la que corresponda a la participación que aquél hubiera cedido indebidamente, con el límite de lo que haya percibido o deba percibir por la suya propia".

remuneración⁶⁵⁴, la determinación del importe, forma de pago y condiciones para hacer efectivos los derechos de remuneración, serán publicadas en el BOE y tendrán alcance general⁶⁵⁵, incluso para aquellos que no hayan intervenido en el procedimiento.

Es importante citar el párrafo tercero del artículo sexagésimo primero del Borrador, que faculta a la Comisión de la Propiedad Intelectual para la fijación de la remuneración equitativa, estableciendo los criterios que debe tomar en consideración: (1) las tarifas aplicadas por otras entidades (nacionales o extranjeras) y (2) podrá solicitar informes y estudios que considere necesarios para la fijación, tanto de las cantidades sustitutorias de las tarifas generales como de remuneración equitativa. Este criterio le permitirá acercarse a la realidad del mercado y hará que el proceso de fijación de precios se realice de forma transparente, respetando el derecho de los consumidores y usuarios. Esta medida vendrá a paliar problemas importantes que afectan sobre todo al mercado.

La facultad de la Comisión de la Propiedad Intelectual para determinar las cantidades sustitutorias de las tarifas generales y el importe de los derechos de simple remuneración establecida en el Art. 61 del borrador, se complementa con la aplicación de medidas que garantizan su funcionamiento, como la aplicación inmediata de las cantidades sustitutorias sin posibilidad de recurso⁶⁵⁶.

⁶⁵⁴ En este caso, al igual que en la determinación de las cantidades sustitutorias de las tarifas generales, el Art. sexagésimo primero. P.3º señala los criterios que deberá considerar la Comisión de la Propiedad Intelectual para fijar las cantidades.

⁶⁵⁵ Art. sexagésimo primero, párrafo 2 del borrador de Proyecto de Ley.

⁶⁵⁶ El texto del borrador contempla expresamente la posibilidad de acudir a los tribunales para ejercitar las acciones que se puedan promover en defensa de los intereses.

- ii) Intervención de la Comisión de la Propiedad Intelectual en relación con la aplicación de medidas de protección tecnológica de las obras.

Si la propuesta del Borrador es importante por la previsión de un órgano independiente que pueda conocer sobre las tarifas que fijan las entidades de gestión, en este caso, su intervención cobra mayor importancia porque la aplicación de medidas de protección tecnológicas a las obras, puede ocasionar conflictos cuando nos encontremos frente a uno de los supuestos, en los cuales existe un beneficiario. Es muy importante establecer el mecanismo previsto en el artículo 6.4 DDASI, que permite a los beneficiarios de los límites acceder a las obras y prestaciones protegidas.

La DDASI, establece la obligación a los Estados miembros de "tomar las medidas pertinentes para que los titulares de derechos faciliten al beneficiario de una excepción o limitación establecida por el Derecho nacional [...] los medios adecuados para disfrutar de dicha excepción o limitación, en la medida necesaria para ese disfrute, siempre y cuando dicho beneficiario tenga legalmente acceso a la obra o prestación protegidas.". No dice nada del procedimiento ni del método a seguir, es pues preciso considerar cual puede ser una medida pertinente.

El texto del Borrador propone un mecanismo que permite a los beneficiarios de la excepción el acceso a la obra o prestación protegida, estableciendo un procedimiento administrativo con intervención de la Comisión de la Propiedad Intelectual⁶⁵⁷. El procedimiento contempla la posibilidad de que los beneficiarios de la excepción puedan solicitar la intervención de la Comisión de la Propiedad Intelectual para conocer del caso. Este órgano también está facultado para

⁶⁵⁷ Art. sexagésimo cuarto del texto del Borrador, que añade un nuevo artículo 173 a la LPI, con la siguiente rúbrica: límites a la propiedad intelectual y medidas tecnológicas. Faculta al Ministerio de Cultura para adoptar medidas que permitan el acceso a las obras a los beneficiarios de los límites. El artículo sexagésimo quinto, que añade un nuevo artículo 174 a la LPI, detalla el procedimiento.

actuar de oficio⁶⁵⁸. El procedimiento se establecerá por vía reglamentaria, y permitirá conocer del caso y adoptar una resolución que será comunicada a las partes del procedimiento, dando plazo para su cumplimiento. Dicha resolución será impugnabile ante la jurisdicción competente. Y, también están previstas sanciones en caso de que los titulares de derechos no adopten las medidas propuestas, con multas de hasta 6000 euros por día⁶⁵⁹.

Finalmente, hemos de decir que el establecimiento de las medidas que permitan a los beneficiarios de un límite o excepción al derecho de autor el acceso a las obras, es una disposición imperativa que debe ser incorporada a nuestro ordenamiento jurídico.

2.2 Análisis de los cambios propuestos por el Proyecto de reforma de la LPI⁶⁶⁰

En los capítulos anteriores hemos analizado los cambios a la LPI que propone el Proyecto para la transposición de la DDASI, en relación con los límites al derecho de autor. En esta parte, vamos a estudiar las medidas que propone en relación con la gestión de derechos, en particular, aquellas que afectan al derecho de acceso a la cultura.

Dentro de los cambios que propone el Proyecto, encontramos una modificación al artículo 25 LPI, con objeto de adaptar la regulación de la remuneración por

⁶⁵⁸ La disposición contempla que los beneficiarios deben actuar a través de una asociación, agrupación o entidad que los represente

⁶⁵⁹ Art. sexagésimo quinto, párrafo 5º, del texto del Borrador, que añade un nuevo artículo 174 a la LPI, con la siguiente rúbrica: Adopción de medidas a instancia del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte. El importe de la sanción se establece en el párrafo 4º.

⁶⁶⁰ Proyecto de Ley 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. Aprobado por el Consejo de Ministros el 22 de julio de 2005 y publicado en el Boletín Oficial de las Cortes el 26 de agosto de 2005.

copia privada a la era digital⁶⁶¹. Si bien es un aspecto sumamente interesante que merece toda nuestra atención y requiere de un estudio en profundidad, no vamos a analizarlo, puesto que desde el inicio de este trabajo hemos optado por no ocuparnos del límite de copia privada, puesto que su incidencia en el derecho de acceso a la cultura no es tan relevante, como los que han sido analizados y su relevancia económica requiere que sea tratado de forma singular.

Por lo que respecta a la protección de las medidas tecnológicas y de información para la gestión de derechos, en relación con los límites del derecho de autor, la propuesta del Proyecto es más bien decepcionante.

El artículo veintiséis del texto del Proyecto añade un nuevo artículo 161 a la LPI, con la siguiente rúbrica: "Límites a la propiedad intelectual y medidas tecnológicas"

La disposición determina en qué casos los titulares de derechos deben facilitar a los beneficiarios el acceso a las obras: (1) copia privada⁶⁶²; (2) seguridad pública, procedimientos oficiales y en beneficio de personas con discapacidades⁶⁶³; (3) ilustración o enseñanza⁶⁶⁴; (4) límite relativo a la

⁶⁶¹ El artículo 4 del texto del Proyecto propone una nueva redacción al artículo 25 LPI. La Disposición adicional única sobre medidas tecnológicas y límite de copia privada, dispone que el Gobierno queda facultado para modificar lo dispuesto en el artículo 161 mediante Real Decreto, atendiendo a las necesidades de carácter social y a la evolución tecnológica, en relación a las medidas de protección tecnológica y el límite a la copia privada. La Disposición transitoria única. Compensación equitativa por copia privada, dispone los equipos, aparatos y soportes de reproducción a los que será de aplicación el artículo 25.5 LPI, estableciendo un listado temporal hasta que se apruebe la Orden Ministerial que establecerá los aparatos y soportes sujetos al canon, quedando excluidos los discos duros de ordenador (punto 4).

⁶⁶² En este caso, la copia privada se admite en cualquier soporte (no sólo analógico) y el beneficiario es la persona física que realiza una copia para su uso privado, en los términos establecidos en el artículo 31.2.

⁶⁶³ Artículo 31 bis.

⁶⁶⁴ El límite de ilustración para la enseñanza queda restringido al apartado segundo del artículo 32 y que comprenden los actos de reproducción, distribución y comunicación pública de obras, para actividades educativas y dentro de las aulas, excluye la finalidad comercial, requiere que las obras hayan sido divulgadas y que se proporcione el nombre del autor y la fuente. El beneficiario son el profesorado de la educación reglada.

ilustración en relación con las bases de datos⁶⁶⁵; (5) el registro de obras por entidades radiodifusoras⁶⁶⁶; (6) reproducciones realizadas por determinadas instituciones⁶⁶⁷; (7) la extracción de bases de datos⁶⁶⁸.

Las excepciones contempladas por el Proyecto coinciden con las previstas en la DDASI, salvo por un par de diferencias. (1) No se incluye el límite contemplado en la letra e), del apartado segundo del artículo 5 DDASI, que se establece en beneficio de determinadas instituciones sociales que no persigan fines comerciales como los hospitales o prisiones, en relación con las reproducciones de radiodifusión que dichas entidades realicen. Y (2) otra diferencia se encuentra en las excepciones que establece el Proyecto para las bases de datos.

En relación con la adopción de las medidas pertinentes que permiten a los beneficiarios el acceso a las obras, el Proyecto propone una solución sorprendente: "...los beneficiarios de dichos límites podrán acudir ante la jurisdicción civil."⁶⁶⁹

La propuesta del Proyecto para que los beneficiarios de la excepción tengan acceso a las obras, es una medida disuasiva y no una medida pertinente. Si los beneficiarios de la excepción han de iniciar un pleito para gozar del acceso a las obras, debemos preguntarnos si harán uso de esta facultad.

La obligación que impone la Directiva a los Estados miembros, es la de tomar las medidas adecuadas que faciliten el acceso a las obras, en caso de que los

⁶⁶⁵ En este caso la aplicación del límite queda restringida a la ilustración de la enseñanza o fines de investigación científica (¿excluye otro tipo de investigación? Por ejemplo la que realizan los alumnos de ESO), para fines de seguridad o procedimiento administrativo o judicial en relación con las bases de datos y el artículo 34.2.b) y c).

⁶⁶⁶ Art. 36,3 LPI

⁶⁶⁷ Art. 37.1 LPI

⁶⁶⁸ En este caso el límite se aplica al derecho sui generis de las bases de datos. Art. 135.1, b) y c).

⁶⁶⁹ Art. 161.2 texto del Proyecto, que en el segundo párrafo añade una disposición aplicable a los beneficiarios cuando sean consumidores y usuarios, quedando legitimadas para actuar en su

titulares de derechos no lo hayan hecho de forma voluntaria. La finalidad, por si los responsables de la redacción no lo saben, es facilitar el ejercicio del derecho⁶⁷⁰. Lo cual implica que el procedimiento ha de ser necesariamente sencillo y barato, de tal forma que permita al beneficiario realizar su solicitud.

Es realmente generoso el Proyecto al permitir a los beneficiarios acudir a la jurisdicción civil ¿Es que acaso puede impedirlo? ¿Qué entiende el Gobierno por medida pertinente que facilita al beneficiario de la excepción el acceso a la obra?

Antes de continuar criticando la generosidad del precepto, hemos de analizar si la medida pertinente que propone el Proyecto es aceptable y si no contraviene lo dispuesto en la Constitución, en relación con el derecho a la cultura previsto en el Art. 44.1. Para ello, vamos a examinar en qué casos operan las excepciones y quienes tienen derecho de hacer la solicitud, o mejor dicho, acudir a la jurisdicción civil para solicitar el acceso a las obras o prestaciones protegidas.

Antes habíamos indicado que cuando las obras estuvieran protegidas por medidas tecnológicas efectivas, sólo en determinados supuestos el Estado debe garantizar a los beneficiarios de los límites el acceso a la obra. Esto significa de entrada una barrera importante o un recorte de los límites al derecho de autor previstos en la LPI, puesto que el acceso a las obras protegidas por medidas tecnológicas sólo está previsto en determinados supuestos, quedando fuera todos los demás.

¿En qué supuestos está garantizado el acceso a las obras? Bueno, ya hemos dado respuesta a estas pregunta y hemos comprobado que en general los

defensa las entidades legitimadas en el artículo 11, apartado 2 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

⁶⁷⁰ La necesidad de prever excepciones a la aplicación de las medidas tecnológicas, ha sido considerada de forma general por la doctrina para no romper el equilibrio entre los derechos de los autores y los derechos fundamentales. Cfr. François Lajeunesse, La protection des mesures

supuestos son prácticamente los mismos de la DDASI, la pregunta cobra relevancia si en lugar de analizar los casos en los cuales se permite el acceso a la obra, examinamos quienes son los beneficiarios, de esta manera podemos establecer las posibilidades reales que tienen los beneficiarios para acudir a los tribunales y solicitar el acceso a las obras.

i) Copia privada

En este supuesto, el beneficiario es la persona física. En este caso, podemos admitir que el beneficiario de la excepción es un consumidor o usuario y que éstos pueden actuar a través de las entidades legitimadas por la LEC. Esta circunstancia, aplicable a este supuesto concreto, nos permite al menos contemplar alguna posibilidad de que se utilice la opción propuesta por el Proyecto: solicitar a los tribunales el levantamiento de la medida de protección tecnológica que permita el acceso a las obras. No obstante, el Proyecto contiene otra disposición inquietante en el párrafo 4º del artículo 161, que dispone lo siguiente:

“Lo dispuesto en los apartados anteriores no impedirá que los titulares de derechos sobre obras o prestaciones adopten las soluciones que estimen adecuadas, incluyendo, entre otras, medidas tecnológicas, que faciliten un número máximo de reproducciones en concepto de copia privada, que deberá ser como mínimo de tres. En estos supuestos, los beneficiarios de lo previsto en el artículo 31.2 no podrán exigir el levantamiento de las medidas tecnológicas que, en su caso, hayan adoptado los titulares de derechos en virtud de este apartado.⁶⁷¹”

Si los beneficiarios tienen la posibilidad de solicitar ante los tribunales el levantamiento de una medida, esta disposición tiene el efecto de limitar la

techniques et les exceptions et limitations au droit d'auteur, en Actes du Congrès de l'ALAI, 13-17 juin 2001. Columbia University School of Law, New York City, 2002. Pág. 481.

⁶⁷¹ La DDASI en el párrafo segundo del artículo 6.4, establece que los titulares pueden decidir sobre el número de reproducciones permitidas, pero no establece como el Proyecto un número determinado ni limita la acción de los beneficiarios.

acción de los particulares cuando los titulares hayan adoptado medidas que restrinjan el número de reproducciones permitidas. Esto es absurdo e inadmisibile. La DDASI dispone que la obligación de los Estados miembros es de permitir a los titulares establecer medidas adecuadas respecto del número de reproducciones, pero no la de limitar la acción de los beneficiarios, si consideran que se han vulnerado sus derechos. Si el Proyecto pretende que, en los casos anteriormente descritos, no sea posible acudir a la jurisdicción civil eliminando la legitimación de los ciudadanos para iniciar una acción en justicia, debemos preocuparnos, porque la Ley de propiedad intelectual no puede restringir derechos de los ciudadanos ni limitar la acción de los particulares de acudir a los tribunales, en todo caso, serán éstos los que decidan si dichas medidas son adecuadas o no.

La copia privada también admite determinados usos: seguridad pública, procedimientos oficiales y en beneficio de personas con discapacidad, siempre que no tenga carácter comercial y esté relacionada con la discapacidad. Únicamente queremos destacar quienes son en este caso los beneficiarios. Sin lugar a dudas, los minusválidos están claramente identificados, pero en los otros dos supuestos, seguridad pública y procedimientos oficiales, no está nada claro quienes son los beneficiarios. Esta cuestión es importante puesto que sólo el beneficiario puede acudir a la jurisdicción civil ¿quién debe decidir sobre la legitimación y condiciones que debe reunir el beneficiario? Evidentemente que esto presenta serios problemas procesales que pueden impedir el acceso a las obras y nos proporciona un argumento más para considerar si la medida propuesta por el Proyecto se ajusta a lo dispuesto en la DDASI.

ii) Ilustración para la enseñanza

En este caso, el beneficiario está claramente definido: el profesorado de la educación reglada. Recordemos que el límite establece que únicamente los profesores pueden ilustrar dentro de las aulas.

En relación con el límite de la ilustración extensible a las bases de datos, excepción que introduce el Proyecto y que se aplica únicamente a la enseñanza o investigación científica o para fines de seguridad pública. En estos dos últimos casos, no están claramente identificados los beneficiarios, a pesar del carácter restrictivo de la disposición. El límite de la ilustración se extiende incluso al derecho sui generis.

Debemos entender, por tanto, que están legitimados para solicitar el levantamiento de la medida de protección tecnológica, en este caso, únicamente los profesores de educación reglada, demostrando eso sí, que el límite será aplicado de forma analógica y otros sujetos no definidos, como por ejemplo: los investigadores científicos. ¿Quiénes son ellos?. No lo sabemos, porque el texto del Proyecto en su afán por restringir y limitar los usos ni define ni aclara los términos que utiliza, estrategia que, quizás, utiliza para reducir aún más la posibilidad de utilizar los límites al derecho de autor. Tampoco sabemos quienes están legitimados en los casos de seguridad pública a solicitar el levantamiento de las medidas y, aunque tal vez pueda ser fácil identificar al beneficiario, no deja de ser dramática la previsión del Proyecto que únicamente reconoce como beneficiarios a los profesores de la educación reglada, los investigadores científicos y otros sujetos que demuestren estar legitimados por la excepción, para acudir a la jurisdicción civil⁶⁷².

iii) Libre reproducción en determinadas instituciones

La libre reproducción del artículo 37 LPI beneficia a: museos, bibliotecas, fonotecas, hemerotecas o archivos de titularidad pública o integradas en

⁶⁷² El sistema establecido por el Proyecto de Ley aplicable a la cita en la enseñanza, no parece muy práctico, en opinión del Dr. Antoni Font: si cada vez que necesitas utilizar una imagen, sonido o texto ajeno tienes que solicitar judicialmente o administrativamente el levantamiento de la medida de protección, vas servido. Mejor solución sería la edición o licencia específica para educación (sin protección) para facilitar la reproducción o la copia, aunque es cierto aumentarían los costes.

instituciones de carácter cultural o científico. Recordemos que el requisito para que el límite sea aplicable, exige que sea exclusivamente para fines de investigación. En cuanto, a la reproducción debemos considerar que ésta se ha extendido, en virtud de lo dispuesto en el artículo ocho del Proyecto, a la comunicación y puesta a disposición del público de las obras del propio establecimiento. Esta aplicación únicamente puede beneficiar a personas concretas del público, cuando la finalidad sea la investigación y se realice mediante red cerrada interna a través de terminales especializados instalados a tal efecto.

En este caso, los beneficiarios de la excepción son las instituciones mencionadas y también determinadas personas del público los únicos que pueden acudir ante la jurisdicción civil.

Resumiendo: el texto del Proyecto propone que únicamente serán beneficiarios los que determine la Ley, siempre que los usos se ajusten a lo permitido. Estas personas son las únicas que tienen derecho de acceso a las obras y, por lo tanto, los únicos que pueden solicitar el levantamiento de las medidas de protección tecnológica en caso de que los titulares no las hayan adoptado voluntariamente, eso sí, acudiendo a los tribunales para solicitar la aplicación de la excepción.

Recordemos quienes son los beneficiarios:

- Persona física
- Los responsables de la seguridad pública
- Discapacitados
- Participantes en un proceso judicial, administrativo o parlamentario
- Profesores de la enseñanza reglada
- Investigador científico

- Museos, bibliotecas, fonotecas, hemerotecas o archivos, de titularidad pública o integradas en instituciones de carácter cultural o científico.

Considerado los escasos supuestos que permiten los límites al derecho de autor y los sujetos beneficiarios de la excepción, es fácil adivinar que acudir ante la jurisdicción civil para hacer efectivo el derecho de acceso a las obras, es una solución muy compleja por diversas razones: el coste que supone iniciar un procedimiento judicial, la duración del procedimiento, la incertidumbre de la resolución. ¿Qué caso tiene establecer supuestos de libre utilización de las obras si no será posible utilizarlos? Se debe reflexionar honestamente sobre la propuesta del Proyecto y determinar si no es más un impedimento para los beneficiarios que una medida adecuada para gozar de la excepción.

¿Cuál es el futuro del acceso a la cultura?

2.3 Análisis de la normativa comunitaria relacionada con el derecho de autor

La búsqueda de argumentos que apoyen la necesidad de garantizar el respeto al derecho de acceso a la cultura, nos lleva a analizar la reciente Directiva 2004/48/CE, conocida como la Directiva contra la piratería, cuyo objetivo es armonizar las legislaciones de los Estados miembros "para garantizar un nivel de protección de la propiedad intelectual elevado, equivalente y homogéneo en el mercado interior"⁶⁷³. La razón que nos lleva a estudiar este instrumento, es por imperativo de encontrar una definición del término "piratería", que nos permita conocer cuál es su verdadera aplicación.

⁶⁷³ Considerando nº 10.

2.3.1 Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004.

La finalidad de la Directiva 2004/48, al igual que las anteriores sobre derechos de autor, es crear un marco legal adecuado al desarrollo de los derechos de propiedad intelectual en el seno del mercado interior. En este caso en concreto, se hace énfasis en un problema que afecta por igual a todos los Estados miembros y que constituye el principal obstáculo para la protección de los derechos de exclusiva. Para alcanzar los objetivos, se insiste en la necesidad de respetar los principios rectores de la economía de libre mercado que permiten la realización de las cuatro libertades fundamentales. Ello implica que la normativa que regula la propiedad intelectual, debe tener en consideración la aplicación de las normas de la libre competencia que obliga a no crear restricciones a la libre circulación de mercancías, personas, capitales y servicios⁶⁷⁴.

La protección del derecho de autor está considerada como uno de los objetivos principales del derecho comunitario, sin embargo, no debe estar por encima de otros derechos fundamentales. Reconocimiento que queda plasmado en el considerando 2º la Directiva 2004/48/CE:

“La protección de la propiedad intelectual debe permitir que el inventor o creador obtenga un beneficio legítimo de su invención o creación. Debe permitir asimismo la difusión más amplia posible de las obras, ideas y los conocimientos nuevos. Al mismo tiempo, no debe ser un obstáculo para la libertad de expresión, para la libre circulación de la información, ni para la protección de los datos personales, inclusive en Internet”.

⁶⁷⁴ “La realización del mercado interior supone la eliminación de las restricciones a la libre circulación y de las distorsiones de la competencia, al tiempo que se crea un entorno favorable a la innovación y la inversión. En este contexto, la protección de la propiedad intelectual es importante no sólo para la promoción de la innovación y de la creación, sino también para el desarrollo del empleo y la mejora de la competitividad” (considerando 1 Directiva 2004/48/CE, del Parlamento europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual.

El reconocimiento de los derechos fundamentales está presente en el ordenamiento comunitario, así como el reconocimiento de los límites al derecho de autor, que expresamente recoge el considerando nº 16 de la Directiva 2004/48/CE.

“Lo dispuesto en la presente Directiva debe entenderse sin perjuicio de las disposiciones particulares establecidas para el respeto de los derechos sobre excepciones en el ámbito de los derechos de autor y derechos afines establecidos en instrumentos comunitarios,...”

Límites que son reconocidos expresamente en el Art. 2.2 de la Directiva:

“Artículo 2. Ámbito de aplicación.

2. La presente Directiva se entenderá sin perjuicio de disposiciones específicas relativas al respeto de los derechos y a las excepciones establecidas por la legislación comunitaria en el ámbito de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor, en particular en la Directiva 91/250/CEE, concretamente en su artículo 7⁶⁷⁵, o en la Directiva 2001/29/CE, concretamente en sus artículos 2 a 6 y 8.”

Vemos que el ámbito de aplicación de las medidas de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual deben respetar los límites al derecho de autor, previstos por las anteriores Directivas. En particular, los Estados miembros deberán considerar los límites al derecho de autor que la Directiva 2001/29/CE contempla en el Art. 5, así como los que se derivan de las medidas de protección tecnológica, en los casos en que se permite bloquear el acceso a las obras.

⁶⁷⁵ El Art. 7 de la Directiva 91/250/CEE, se refiere a las medidas que los Estados miembros deberán adoptar contra los actos que infrinjan el derecho de autor del titular del programa informático, en particular, la puesta en circulación de una copia de un programa de ordenador; tenencia con fines comerciales de una copia de programa de ordenador; y la tenencia o puesta en circulación con fines comerciales de dispositivos técnicos tendentes a eliminar medidas de protección, siempre que se conozca o suponga su naturaleza ilícita. En estos casos es posible la confiscación de las copias ilícitas de acuerdo a la legislación del Estado miembro.

Para nuestro análisis, es importante subrayar que la intención del legislador comunitario, en su labor de armonizar las normas relativas al derecho de autor para garantizar una protección adecuada en el entorno comunitario, se mueve siempre dentro de los límites que impone el respeto de la normativa de la libre competencia y, en general, de otras norma comunitarias como por ejemplo el respeto a los límites al derecho de autor, impuestos para garantizar el ejercicio de otros derechos fundamentales, entre los que se encuentra el de acceso a la cultura.

Otro importante rasgo de la Directiva 2004/48/CE es que en el establecimiento de medidas necesarias para garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual⁶⁷⁶, proporciona pautas para determinar cuando nos encontramos frente a un acto ilícito, contra el cual se debe aplicar las medidas, procedimientos y recursos que garanticen el respeto del derecho de autor.

El considerando nº 14, dice que las medidas establecidas se aplicarán sólo con respecto a actos llevados a cabo a escala comercial. Y define lo que significa escala comercial:

“Los actos llevados a cabo a escala comercial son los realizados para obtener beneficios económicos o comerciales directos o indirectos; esto excluye normalmente los actos realizados por los consumidores finales de buena fe”.

Más adelante, el considerando nº 17, se refiere a la aplicación detallada a cada caso de las medidas, procedimientos y recursos, lo que implica tener en consideración “la naturaleza intencionada o no de la infracción”.

Debemos, pues, considerar que la piratería es aplicable a los actos cometidos a escala comercial, donde se excluye expresamente los realizados por

⁶⁷⁶En este término quedan incluidos los derechos de propiedad industrial (Art. 1). El tratamiento es igual para ambos casos, ya se trate de actos de piratería o usurpación de marca o infracciones contra el derecho de autor. Incluso las medidas que contempla la Directiva, no impide a los Estados miembros, hacerlas extensivas a actos de competencia desleal (Considerando nº 13).

consumidores finales y donde debe concurrir la intencionalidad del infractor. Esta definición, pese a que es abierta y permite a los Estados miembros un amplio margen en su aplicación⁶⁷⁷ (las medidas pueden aplicarse a otros actos, como por ejemplo, de competencia desleal), es importante, puesto que evitará abusos en la aplicación del término. El discurso comúnmente utilizado por las entidades de gestión, quienes han sostenido que escuchar o bajar música de Internet es una infracción al derecho de autor, parece quedar zanjado con esta definición. Es preciso admitir que no en todos los casos suponen una infracción al derecho de autor, puesto que es imposible negar que exista música en la red de forma legal y cuya difusión se realice con el consentimiento del autor o titular de derechos. Así como diversos actos realizados por usuarios que, admitiendo que pueden estar en el límite de lo permitido e incluso en una zona gris, no por ello han de ser calificados como "piratería".

Y que decir del intercambio de archivos entre particulares, cuando se éste se realice sin finalidad lucrativa y sin ánimo de infringir o causar daño a la propiedad intelectual.

Resumiendo, la Directiva relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual, nos viene a dar argumentos a favor del derecho de acceso a la cultura:

Primero. El reconocimiento expreso, tanto en el articulado de la Directiva como en los *Considerandos*, de la existencia de límites al derecho de autor, admitiendo que éstos, constituyen una clara muestra de que el equilibrio entre la protección al derecho de autor no puede desconocer la existencia de otros derechos fundamentales.

Segundo. La aplicación de las medidas, procedimientos y recursos queda sujeta a los actos que infrinjan al derecho de autor con una finalidad comercial. Esta delimitación del concepto piratería, es útil y necesaria ya que proporciona

⁶⁷⁷ Considerando nº 14.

seguridad jurídica y nos permite asumir que determinados actos que pueden estar situados en una zona gris o no claramente definida no necesariamente deben ser automáticamente considerados como delitos o infracciones.

Tercero. Los límites expuestos y la necesidad de respetar la normativa de la competencia, ubican al derecho de autor como un monopolio reglado, lo que significa que no es un derecho absoluto y que su aplicación debe ser conforme con el ordenamiento jurídico.

2.3.2. Nuevas propuestas comunitarias

La gestión del derecho de autor no es una cuestión ajena a las autoridades comunitarias, ni un elemento que escapa de la regulación y aplicación de la normativa europea. Las cuestiones planteadas sobre la actividad de las entidades de gestión, también han sido consideradas en el ámbito comunitario, donde también se perciben las consecuencias de sus actividades.

La Comisión europea, en el marco de sus facultades, ha iniciado una investigación en los diferentes países de la Unión a fin de determinar si es necesaria una acción común encaminada a la regulación de las entidades de gestión colectiva de derechos de autor. El resultado de las consultas ha dado origen a la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento europeo y al Comité Económico y Social europeo sobre la gestión del derecho de autor y los derechos vecinos en el seno del mercado interior⁶⁷⁸, cuyo texto, que a continuación analizaremos, pone de manifiesto la necesidad de regular las actividades de dichas entidades.

El documento que nos disponemos a analizar, no es una Directiva, ni tiene fuerza vinculante, sin embargo, es importante incluirlo en nuestro estudio porque informa sobre la próxima acción comunitaria. Es decir, el informe nos indica que se ha iniciado el procedimiento de estudio para determinar la

necesidad de regular una materia determinada, concretamente, se trata de la gestión de los derechos de autor en la comunidad europea, tanto la individual como la colectiva.

2.3.3. Informe de la Comisión relativo a la gestión de derechos de autor y derechos conexos al derecho de autor por las entidades de gestión de derechos

El informe constata que el marco legal del derecho de autor se ha desarrollado a través de la adopción de siete Directivas, además de la de sanciones y vías de recursos que se encontraba en trámite, sin embargo, hasta el presente no se ha tratado de la gestión de derechos más que marginalmente. Ello motivó el inicio de un procedimiento de consulta en los Estados miembros, cuyo objetivo final es determinar si los métodos actuales de gestión de derechos están obstaculizando el funcionamiento del mercado interior, teniendo en cuenta el desarrollo de potencia de la sociedad de la información.

A continuación exponemos brevemente los puntos clave del informe sobre la gestión de derechos. El informe empieza con una definición de este concepto, entendiendo que es: "la manera en que el autor y los derechos conexos son administrados, es decir, licenciados, cedidos o remunerados por todo tipo de utilización"⁶⁷⁹. La definición se complementa con la distinción que se establece entre la gestión individual⁶⁸⁰ y la colectiva⁶⁸¹, de forma similar a como lo hemos hecho en este trabajo (V. Pág. 3 y ss. de la Parte III – Gestión de derechos).

⁶⁷⁸ Commission des Communautés Européennes, Bruxelles, le 16.04.2004. COM (2004) 261 final.

⁶⁷⁹ Bruxelles, le 16.04.2004, COM (2004) 261 final. Pág. 4, la traducción es mía.

⁶⁸⁰ "La gestión individual de derechos es la comercialización de derechos por los titulares individuales frente a los utilizadores comerciales", la traducción es mía, Op. Cit.

⁶⁸¹ "La gestión colectiva de derechos es el sistema por el cual una sociedad de gestión colectiva administra conjuntamente, en tanto que mandataria, los derechos y vigila, colecta y distribuye el pago de la recaudación en nombre de una pluralidad de titulares". La traducción es mía, Op. Cit.

i) La gestión individual de los derechos de autor.

El informe pone de manifiesto que en la gestión individual del derecho de autor, existe un nivel de convergencia en las legislaciones de los Estados miembros que permite alcanzar una contratación adecuada y que hace innecesaria una acción comunitaria en este sentido. No se ha detectado ninguna incidencia que afecte al mercado interior. No obstante, la Comisión se guarda el derecho de seguir la evolución de la gestión individual.

ii) La gestión colectiva del derecho de autor.

En relación con la gestión colectiva del derecho de autor, en primer lugar, el informe constata la utilidad del sistema de concesión de licencias colectivas, sobre todo, en los casos en los que es difícil identificar al autor. Asimismo, el informe tiene en consideración, la gestión obligatoria impuesta por las legislaciones de los Estados miembros para la recaudación de los derechos de simple remuneración.

No obstante y a pesar de la importancia que reviste la actividad de las entidades de gestión, se ha constatado que el marco legal de las entidades de gestión, se define a nivel nacional y no comunitario. La gestión colectiva, realizada a través de las entidades de gestión se encuentra contemplada en las Directivas sobre derechos de autor⁶⁸². Si bien, las Directivas contemplan tanto la gestión colectiva del derecho de autor como a las entidades de gestión, su actividad no está regulada, de hecho, esta circunstancia no se hace evidente hasta la Directiva 2001/29/CE⁶⁸³, donde se hace una referencia a las actividades

⁶⁸² Directiva 92/100/CEE, Art. 4, párrafo 3 y 4, que establece el derecho a la remuneración equitativa cita la gestión de las entidades de gestión colectiva. Directiva 93/98/CEE, Art. 10, que hace obligatoria la gestión colectiva de los derechos de retransmisión por cable.

⁶⁸³ La Directiva 2001/84/CE y la nueva Directiva 2004/48/CE establecen la necesidad de respetar la normativa de la competencia e invitan a las entidades de gestión a asegurar una gestión transparente y eficaz.

que realizan las entidades de gestión y la necesidad de que éstas sean transparentes y eficaces. A falta de normativa comunitaria que armonice este aspecto, cada Estado miembro aplica su normativa nacional, que ha demostrado ser muy diferente, tanto desde el punto de vista normativo como en la práctica. El informe constata que algunos Estados miembros⁶⁸⁴ han introducido modificaciones en la regulación de las entidades de gestión, para hacer más transparente la gestión, imponiendo la obligación de rendir cuentas.

El resultado de las consultas realizadas por la Comisión pone de manifiesto que existen tres niveles donde se requiere una acción comunitaria: (1) El mercado interior, el cual no podrá realizarse sin un marco común suficiente para el ejercicio de derechos. (2) El interés de los beneficiarios y de los utilizadores, razón de la existencia de la gestión colectiva. Y (3) Alcanzar un nivel elevado de convergencia, relativo a las condiciones de operación de las sociedades de gestión colectiva, a fin de incrementar su eficacia y de establecer un sistema de licencias accesible.

El informe deja de manifiesto que existen críticas por parte de los utilizadores, sobre las tarifas, la supervisión de las entidades colectivas, el acceso a los tribunales y al arbitraje. Y más recientemente sobre los gastos administrativos que cobran las entidades por la gestión de derechos.

Otro aspecto detectado por el informe, es la crítica realizada por determinados titulares de derechos, que disponen de un poder de negociación suficiente que les permite gestionar sus propios derechos sin tener que recurrir a las entidades de gestión, como por ejemplo, las productoras de fonogramas. Evidentemente, esta opinión no la comparten los titulares de derechos que no tienen capacidad de negociación y que son los más numerosos, estos requieren de la existencia de las entidades de gestión, no obstante, se quejan de la falta de flexibilidad, en lo que concierne a la adquisición de derechos y también desearían tener más influencia en el reparto de derechos. Se detectaron algunas disfunciones como

⁶⁸⁴ Francia, Bélgica, Luxemburgo, Holanda y Portugal.

la existencia de contratos tipo B, suscritos por titulares de derechos de autor, que no participan en el reparto de las cantidades recaudadas.

iii) La gestión colectiva y el derecho de la competencia

Las cuestiones más relevantes desde el punto de vista de la aplicación del derecho comunitario que ha tenido que conocer la Comisión europea y el Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas, son relativas a: (1) las relaciones entre las sociedades de gestión y sus miembros; (2) las relaciones entre las sociedad de gestión y sus utilizadores; (3) los acuerdos de representación recíprocos entre las diferentes sociedades de gestión colectiva.

Por lo que se refiere a las relaciones entre las sociedades de gestión y sus miembros, la Comisión ha considerado que la obligación impuesta por la sociedad de gestión a sus miembros, de incluir en la gestión todo su repertorio es un abuso de posición de dominio⁶⁸⁵. La Comisión ha tenido en cuenta que en la era digital, la aparición de los servicios en línea, requiere una revisión de las categorías establecidas en los años setenta.

En cuanto a las relaciones de las sociedades de gestión y los utilizadores, también se han detectado ciertas prácticas contrarias a la competencia, tales como la aplicación de tarifas más elevadas, lo que implica un obstáculo a la libre competencia y que ha sido considerado contrario al Art. 82 por abuso de posición de dominio por la Corte de Justicia⁶⁸⁶.

Por lo que concierne a los acuerdos de representación que realizan las entidades de gestión entre ellas, una reciente Decisión⁶⁸⁷ ha considerado que la ausencia de fronteras en el entorno digital ocasiona una nueva forma de aplicar

⁶⁸⁵ GEMA I, decisión del 20.06.1971, GEMA II, decisión del 06.07.1972 y GEMMA III, decisión del 04.12.1981.

⁶⁸⁶ Asunto 110/88, 241/88 y 242/88 *Lucazeau vs SACEM* (1989) 13.07.1989, Rec. 2811.

⁶⁸⁷ Aff. COMP/C2/38.104 *IFPI Simulcasting*, Décision du 8 octobre 2002.

la normativa de la competencia, puesto que permite a los utilizadores elegir para obtener una licencia entre cualquiera de las sociedades de gestión que se ubiquen en el Espacio Económico Europeo.

El informe pone de manifiesto que el sistema actual de gestión de derechos de las sociedades de gestión está desfasado y no es adecuado a la era digital. Se ha demostrado que falta transparencia y eficacia en la gestión afectan a la normativa de la competencia. La Comisión llega a la conclusión de que es necesario proponer un instrumento legislativo para regular esta situación. Tal vez podemos preguntarnos si esta vez, se propondrá un Reglamento en lugar de una Directiva. Sin lugar a dudas, el Reglamento tiene mayor eficacia por ser de aplicación directa y minimiza el impacto de la armonización, sobre todo tratándose de la aplicación del derecho de la competencia.

Podemos concluir que, el informe refleja la situación de monopolio que ostentan las sociedades de gestión de derechos de autor. Sin embargo, el informe no contempla para la reorganización de ésta, ningún mecanismo que las vincule con el derecho de acceso a la cultura.

2.3.4 Recomendación de la Comisión relativa a la gestión colectiva transfronteriza del derecho de autor y de los derechos vecinos en el ámbito de los servicios lícitos de música en línea⁶⁸⁸.

Los Comisión ha adoptado una recomendación dirigida a los Estados miembros con la finalidad de adecuar la gestión de derechos de música en el entorno digital. La Comunicación de abril de 2004, ha sido un precedente importante de esta recomendación al haber sido capaz de constatar los problemas que plantea la regulación colectiva del derecho de autor en el ámbito transfronterizo. Esta recomendación tiene por finalidad es establecer criterios que permitan

desarrollar un sistema adecuado de licencias para la difusión en línea de obras musicales en un entorno de máxima seguridad jurídica tanto para los utilizadores comerciales como para los titulares de derechos⁶⁸⁹.

El sistema de gestión de derechos debe permitir plena libertad a los titulares de derechos para elegir a los gestores colectivos de derechos. El derecho de los titulares a elegir comprende la posibilidad de confiar la gestión de sus derechos o parte de ellos a un gestor colectivo de derechos sin tener en cuenta ni la nacionalidad o lugar de residencia del titular de derechos⁶⁹⁰. Esta norma se complementa con el trato igualitario que impone para la gestión de derechos, evitando que se establezcan diferencias de trato por los gestores colectivos, atendiendo al lugar de residencia o la nacionalidad del titular de derechos⁶⁹¹. Así como la distribución equitativa de la recaudación⁶⁹².

El sistema eficaz para la licencias en línea requiere del respeto de la normativa de la competencia, así como de alcanzar un nivel de racionalización y transparencia elevado, que incluye recomendaciones sobre la responsabilidad, la representación y la resolución de litigios⁶⁹³.

Sobre estas bases, la recomendación de la Comisión, establece en el punto 1 las definiciones. En primer lugar, se ocupa de definir la de gestión de derechos de autor y de derechos vecinos para la prestación de servicios en lícitos de música en línea a escala comunitaria y que comprende los servicios siguientes: concesión de licencias a usuarios comerciales, verificación y control, recaudación y distribución entre los titulares de derechos⁶⁹⁴.

⁶⁸⁸ Recomendación de la Comisión Europea de fecha 18 de octubre de 2005, publicada en el DOUE el 21.10.2005, L 256/74 y la corrección de errores (relativa a la fecha) publicada en el DOUE el 27.10.2005, L 284/10.

⁶⁸⁹ Considerando, nº 8.

⁶⁹⁰ Considerando, nº 9.

⁶⁹¹ Considerando, nº 11.

⁶⁹² Considerando, nº 12.

⁶⁹³ Considerando, nºs. 10 y 13.

⁶⁹⁴ Recomendación. 1 (a).

La recomendación se refiere a las obras musicales en línea, no obstante, en las definiciones de la letra (b) se refiere a «obras musicales» como a toda obra musical u otras prestaciones protegidas.

Por lo que se refiere a las modalidades de explotación, los derechos en línea se definen en la letra f: (i) el derecho de reproducción; (ii) el derecho de comunicación pública; y (iii) el derecho de puesta a disposición del público.

En el punto 2 de la recomendación, se invita a los Estados miembros a tomar las medidas necesarias para facilitar el crecimiento de los servicios lícitos en línea con la promoción de un entorno reglamentario que convenga a la mejor gestión a escala comunitaria del derecho de autor. Importante es recordar que las recomendaciones no generan obligaciones jurídicas a los Estados miembros.

Por lo que respecta a las relaciones ente titulares de derechos, gestores colectivos de derechos y los usuarios comerciales, en el punto 3, se refiere al derecho de los titulares para elegir al gestor colectivo de derechos, así como a determinar las modalidades que confieren para la gestión y el ámbito territorial del mandato⁶⁹⁵. Cabe insistir en que independientemente del tipo de contrato que de lugar a la relación (contrato o reglas de afiliación estatutarias) el titular de derechos debe tener plena libertad para establecer los pactos así como para retirar de la gestión al gestor colectivo. Otro aspecto que cabe destacar es que para la gestión en línea no es necesario ostentar un derecho exclusivo, como ocurre en nuestro entorno, sino que requiere de un mandato.

En cuanto a las obligaciones de los gestores colectivos, cabe destacar que el punto 6, insiste en el deber de otorgar licencias a los usuarios comerciales sobre criterios objetivos y sin discriminación.

Finalmente, se invita a los Estado miembros a establecer mecanismos eficaces de resolución de conflictos, en particular, en lo relativo a tarifas, condiciones

⁶⁹⁵ Recomendación, 3, 5 (a), (b) y (c).

para la concesión de licencias, el mandato para la gestión de derechos en línea y la retirada de de los derechos en línea.

La reciente Recomendación adoptada por la Comisión europea nos permite concluir que la gestión colectiva de derechos requiere una profunda revisión para que pueda adaptarse al entorno digital y demuestra una vez más las deficiencias de nuestra regulación en lo que a mecanismos de control de las entidades de gestión colectiva del derecho de autor se refiere. Otro aspecto contemplado por la Comisión para adoptar esta recomendación⁶⁹⁶ fue el contemplar el impacto de la protección de la cultura, considerando que la cultura y la protección de la diversidad cultural son fundamentales para la Unión Europea y por ello, la opción 3 que permite a los titulares de derechos elegir su gestor colectivo, así como a establecer deducciones para cuando se trate de iniciativas para la promoción de la diversidad cultural y que ello pueda realizarse de una manera clara y transparente⁶⁹⁷.

3. Valoración sobre la gestión de los derechos de autor

El análisis de la gestión del derecho de autor nos ha permitido apreciar la importancia que tiene este aspecto en relación con el derecho a la cultura y la doble perspectiva desde la cual se debe contemplar. Por un lado, la gestión del derecho de autor se ve restringida por los límites o excepciones al derecho de autor. Límites que deben existir para permitir el ejercicio de otros derechos. Por otra parte, la gestión del derecho de autor, debe estar circunscrita a la actividad de explotación de las obras y permitir determinados uso, que no están incluidos

⁶⁹⁶ Los informes y trabajos elaborados en el seno de la Comisión daban como resultado una deficiencia en la gestión colectiva del derecho de autor, frente a ello se consideraron tres opciones distintas: (1) no hacer nada; (2) mejorar la cooperación entre sociedades de gestión colectiva y permitirles actuar en el territorio de la UE acordando licencias; y (3) dar a los titulares de derechos la opción de elegir un gestor colectivo de derechos para la explotación en línea de sus obras musicales en el territorio UE. Ref: IP/05/1261. Bruxelles, 12 octubre de 2005.

⁶⁹⁷ Commission of the European Communities. Comisión Staff Working Document. Ref: SEC(2005)1254. Annex to the Recommendation from the Commission on Reforming Cross-

en los supuestos de libre utilización de las obras, en condiciones distintas que las que se aplican a los supuestos de explotación de las obras y que sean ajustadas al caso concreto. Esto sólo se conseguirá si se logra alcanzar una gestión libre y flexible, lo cual hace necesaria una reforma del modelo actual.

Pero la reforma del modelo actual no pasa por una nueva regulación. No sería suficiente con el establecimiento de normas que vinculen las actividades de gestión con el derecho de acceso a la cultura. El asunto es mucho más complejo y requiere del establecimiento de políticas adecuadas, de mecanismos que permitan su aplicación y de un marco más abierto y flexible de gestión de derechos que permitan la libre circulación y difusión de las obras en beneficio del derecho de acceso a la cultura.

El asunto es complejo porque requiere de la participación y colaboración de todos los agentes implicados: las Administraciones Públicas, los autores y titulares de derechos y la de todos los ciudadanos.

Las Administraciones públicas, estableciendo las políticas culturales. Los autores y titulares de derechos concediendo licencias o autorizaciones que permitan el derecho de acceso a la cultura y la de todos los ciudadanos para garantizar el respeto de la propiedad intelectual. Solo una acción conjunta puede restablecer la armonía entre los derechos de exclusiva que goza el autor y titulares de derechos y el derecho que tienen todos los ciudadanos de acceso a la cultura. Es necesario que exista un equilibrio entre ambos y que se establezca sobre una base sólida de convicción y conocimiento. Los mecanismos de protección del derecho de autor no pueden amenazar los derechos humanos y las libertades fundamentales, ni tampoco se pueden cimentar sobre el miedo y la coacción. Si los métodos propuestos son aceptados por todos los agentes serán mucho más eficaces. Es pues preciso alcanzar un consenso social que permita

una participación adecuada de todos los agentes y su implicación en el respeto de los derechos.

En este proceso, las entidades de gestión son un elemento clave y su acción puede ser decisiva para el derecho de acceso a la cultura. Es preciso que sean involucradas y que sus actividades se relacionen con el derecho de acceso a la cultura. Ello se conseguirá estableciendo límites en sus actividades y compromisos que las lleven a tener en consideración a los derechos fundamentales en la realización de sus actividades.

¿Es posible que un sistema de gestión colectiva de derechos de autor pueda garantizar el acceso a la cultura?

No es posible contestar a la pregunta, pero habrá que considerar que el nuevo modelo de gestión colectiva del derecho de autor ha de ser más flexible que el actual, de manera que permitan una adecuada gestión en el espacio global.

Parte V. Valoración y conclusiones

La historia nos demuestra que el derecho de autor ha surgido y se ha desarrollado de forma paralela a los avances tecnológicos, encontrando a cada paso una manera de afrontar el peligro que le amenazaba. La experiencia nos demuestra que los sistemas de copia, que en teoría se representaban un riesgo para el derecho de autor, con el paso del tiempo y su aplicación práctica han mostrado ser una herramienta útil para el autor y titulares de derechos, al permitir una mayor explotación de las obras, llevando a conseguir mejores resultados económicos que evidentemente han producido grandes beneficios a autores y titulares de derechos⁶⁹⁸. En este punto, es oportuno recordar que la aparición del vídeo doméstico, cuya presencia en el mercado y su posterior vulgarización fue considerada como una amenaza para las obras audiovisuales, demostró ser una valiosa herramienta para autores y titulares de derechos a quienes les ha proporcionado una rentable forma de explotación de las obras que todavía sigue utilizándose con éxito, a pesar de que en la actualidad ha quedado superada completamente la copia analógica. Desde la aparición de la imprenta, la experiencia ha demostrado que una tecnología apta para hacer copias no necesariamente perjudica al derecho de autor, de hecho, se ha demostrado todo lo contrario. El vídeo doméstico es un buen ejemplo de ello,

⁶⁹⁸ Cfr. Paul Goldstein. El copyright en la sociedad de la información. Op. Cit. Pág. 129-150. Explica con detalle los problemas que planteó la aparición del video doméstico en USA y la demanda de Universal Studio y Walt Disney vs Sony Corporation por violación al derecho de autor. Así como la reproducción masiva por fotocopias.

ya que se convirtió en un poderoso aliado de los titulares de derechos, creando un mercado más amplio para la explotación de las obras audiovisuales.

El problema al que hoy se enfrenta el derecho de autor no es nuevo. Si bien, es cierto que la digitalización de las obras permite hacer múltiples copias con gran calidad y rapidez, lo cual ha simplificado el proceso de reproducción. También hemos de considerar que actualmente la tecnología permite formas sencillas de comunicación y distribución de las obras, prácticamente sin coste. Aunado a la facilidad para modificar y transformar las obras digitalizadas, todas estas circunstancias han hecho temer a los titulares de derechos de propiedad intelectual una disminución de la protección, lo cual les ha llevado a adoptar medidas de protección para blindar las obras o contenidos protegidos impidiendo cualquier tipo de acceso. No obstante, consideramos que no hay razones suficientes para afirmar que el derecho de autor sea más vulnerable hoy que en la era analógica. Aceptar esta premisa nos llevaría a negar que el derecho de autor se haya desarrollado a la par de los avances tecnológicos, tales como la imprenta y que gracias a ellos haya sido posible explotar las obras y obtener beneficios. Resulta imposible negar la evidencia y la relación que existe entre la explotación de las obras y el desarrollo tecnológico. Si la imprenta permitió la reproducción y divulgación de las obras literarias aportando, con ello, beneficios a los autores y titulares de derechos, de la misma forma que la aparición del vídeo doméstico ha permitido a los autores y titulares de derechos explotar sus obras en ámbitos distintos a la exhibición en salas, creando un nuevo y más amplio mercado para el mismo producto, estas circunstancias nos llevan a concluir que las nuevas tecnologías además del riesgo traen aparejadas nuevas formas de explotación que permitirán ampliar el mercado de las obras⁶⁹⁹.

⁶⁹⁹ Pamela Samuelson, Intellectual Property and the Digital Economy: Why the anti-circumvention regulations need to be revised. En http://www.sims.berkeley.edu/~pam/papers/Samuelson_IP_dig_eco.htm

La autora pone de manifiesto las razones por las que se deben revisar las medidas de protección tecnológica de las obras y termina citando la opinión de dos conocidos economistas (Carl Shapiro and Hal Varian), quienes consideran que a pesar de los riesgos hay otros modelos de negocio que pueden ser inventados. Esta es la mejor manera de proteger la propiedad intelectual de los usos y apropiaciones indebidas.

Lo mismo ocurre con el proceso de digitalización y comunicación de las obras. Y si fuéramos capaces de utilizar la experiencia adquirida, también deberíamos ser capaces de tener una conducta menos pesimista sobre el futuro del derecho de autor. La posición alarmista no es benéfica para el autor ni propicia la creación, tan sólo puede ser útil para aquellos que pretenden extender el monopolio de la propiedad intelectual más allá de lo razonable. En este punto debemos detenernos y preguntarnos ¿hasta donde ha de llegar el monopolio del autor? ¿Es el monopolio del autor el que estamos defendiendo realmente? ¿Es posible que los beneficiarios sean terceros? Y en este caso, ¿Es deseable que su monopolio sea ilimitado y que toda la colectividad pague el peaje de acceso?

Estas preguntas nos sirven como referencia para valorar si es necesaria la pervivencia de los límites al derecho de autor en la era digital y, en su caso, determinar si deben ser redefinidos.

1. Estado actual

El estado actual es crítico. La práctica desaparición de los supuestos de libre utilización de las obras, la posibilidad de incorporar medidas de protección tecnológica que impiden el acceso y controlan el uso de las obras, la falta de control y regulación de la gestión colectiva del derecho de autor, la inexistencia de mecanismos alternativos de resolución de conflictos, la inactividad de los poderes públicos en relación con el derecho de acceso a la cultural, son factores que están contribuyendo a la ampliación del monopolio del autor, hasta el punto en que los derechos fundamentales se encuentren hoy en grave peligro.

El derecho de acceso a la cultura no es el único que pelagra si el Proyecto se convierte en Ley. El derecho a la educación, la libertad de expresión, el derecho a la intimidad personal y familiar también sufrirán grandes recortes. Pero no termina ahí el listado de derechos afectados. El derecho a la propiedad, a la libertad de empresa y los derechos de los consumidores y usuarios también padecerán sus efectos.

¿Cómo podrá el Estado garantizar el derecho a la educación si recorta la libertad del profesorado de la educación reglada cuestionando su actividad?

La limitación que propone el Proyecto es inamisible por absurda. No es correcto que una norma cuestione, de la forma que lo hace el segundo párrafo del artículo 32 LPI (con la modificación propuesta por el Proyecto), la actividad que realizan los profesores dentro de las aulas⁷⁰⁰. ¿Cuál es la finalidad de esta norma? No sabemos si su finalidad es terminar con una mala práctica, es decir, un uso abusivo por parte del profesorado de la educación reglada, o tan sólo una medida de prevención que, en todo caso, está vulnerando la Constitución. El establecimiento de una limitación a la libertad de expresión y, en su caso, a la libertad de cátedra debería estar justificado.

La libertad de expresión es un derecho de todos, no de unos cuantos. Nuestra Constitución reconoce y protege el derecho a: "expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción"⁷⁰¹. La libertad de expresión no puede quedar condicionada, en los términos que pretende el texto del Proyecto. Las

⁷⁰⁰ Imaginemos, que en el peor de los casos, la actividad que realiza el profesorado de la educación reglada tiene finalidad comercial. ¿Qué podría ocurrir entonces? Posiblemente será necesario implementar sistemas de control en las aulas, de tal forma que se pueda verificar si esta norma se cumple. Se podrían colocar, por ejemplo, cámaras que graben lo que hace el profesorado de la educación reglada. El precepto no indica que medios de control se han de establecer para asegurar su cumplimiento y aplicación. ¿Es posible que los inspectores de las entidades de gestión puedan controlar la actividad del profesorado de la educación reglada?

⁷⁰¹ Art. 20.1,a) CE.

limitaciones que impone constituyen un tipo de censura, contraria a la Constitución⁷⁰².

El derecho a la intimidad personal y familiar también se encuentra seriamente afectado⁷⁰³. Todos estarán de acuerdo que el secreto de las comunicaciones es un derecho fundamental, pero también todos estarán de acuerdo que muchos delitos se podrían evitar si no fueran secretas las comunicaciones⁷⁰⁴. Es preciso valorar si la protección a la intimidad debe reducirse, si es oportuno disminuir el derecho a la intimidad de todos los ciudadanos en beneficio de los titulares de derechos de autor. Esta cuestión, como antes habíamos apuntado, desborda nuestro objeto de estudio y aunque no nos ocupamos de su análisis, no podemos pasar por alto que el derecho a la intimidad también se verá seriamente afectado por las medidas tecnológicas y los controles sobre los usos de las obras. Es pues preciso reflexionar sobre diversas cuestiones que afectan a la intimidad en las comunicaciones, sobre todo en relación con los programas espía que se están utilizando en la red para controlar y detectar las descargas de archivos musicales⁷⁰⁵. La obtención de datos por estos medios y su posterior tratamiento, pueden vulnerar la normativa vigente de protección de datos personales.

La misma reflexión es aplicable a los otros derechos afectados: el derecho de propiedad, la libertad de empresa, los derechos de los consumidores y usuarios⁷⁰⁶. Los derechos reconocidos por nuestra Constitución, que conforman

⁷⁰² Art. 20.2 CE "El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa".

⁷⁰³ Art. 18 CE

⁷⁰⁴ Art. 18.3 CE "Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial".

⁷⁰⁵ El problema con los programas informáticos espía, es que no se aplican únicamente para rastrear comportamientos ilícitos, también tienen aplicaciones que pueden ser de control de calidad, pero el caso es que cuando el usuario no sabe que tiene un programa que le controla y que informa sobre posibles fallos o errores a terceros, se está introduciendo una disfunción, que puede afectar al derecho de información de los consumidores. V. "La Vanguardia", entrevista con Richard Stallman, publicada en la contra, miércoles, 15 de junio de 2005.

⁷⁰⁶ Los derechos reconocidos por la Constitución tienen límites que permiten su funcionamiento y que también sirven para equilibrar el sistema. Así, el derecho de propiedad (Art. 33 CE) reconoce como límite: "La función social". El artículo 38 de la Constitución reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Ello exige que los monopolios se

nuestro ordenamiento jurídico, también deberán soportar las consecuencias y aceptar las cargas que se les impondrán si el texto del Proyecto se convierte en Ley⁷⁰⁷. El derecho de autor no puede fracturar a los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución a todos los ciudadanos. Nuestro análisis no ha incluido, por importante que sea esta cuestión, un estudio de todos los derechos afectados, pero apuntamos que es preciso valorar el impacto que podría suponer para los derechos fundamentales los cambios que propone el Proyecto para reformar la Ley de propiedad intelectual. El análisis debería contar con una previsión sobre las posibles consecuencias que traería consigo el desconocimiento los derechos de los ciudadanos para implantar el reino total y absoluto del monopolio del derecho de autor.

encuentren regulados para que no impidan el buen funcionamiento del mercado. La protección de los consumidores también es una obligación de los poderes públicos, que debe velar por sus legítimos intereses y dentro de éstos cobra gran importancia el derecho de información.

⁷⁰⁷ La modificación del artículo 25 LPI, amplía considerablemente los equipos, aparatos, soportes y materiales que deben ser sujetos al canon, estableciendo un procedimiento de fijación de precios que debería prever revisiones sobre el impacto de los precios en el consumo y sobre todo, la aplicación del canon a los materiales aptos para la reproducción, debería contemplar excepciones para los usuarios o profesionales que los utilizan para fijar sus obras o contenidos. La deficiente redacción del artículo 25.6 LPI, relativa a las excepciones, únicamente contempla a los profesionales autorizados a efectuar reproducciones, pero no dice nada de los profesionales que utilizan dichos materiales para fijar sus propias obras o contenidos protegidos, es decir, aquellos que no efectúan ningún tipo de reproducción. El hecho de que la misma entidad de gestión (recaudadora) sea la responsable de otorgar la certificación, para la excepción, le otorga unos poderes de supervisión de las actividades de terceros que exceden de sus funciones y por tanto debería ser revisado. No olvidemos que el precio del canon se paga de forma indiscriminada, tanto si se reproducen obras en los soportes, como si se utilizan para fijar el propio trabajo. Una reciente sentencia, del juzgado de primera instancia nº 7 de Alcalá de Henares, ha condenado a una tienda, a devolver a un programador el importe íntegro del canon que pagó cuando compró CD's vírgenes (noticias publicada en la página Web: http://www.filmica.com/david_bravo/archivos/cat_propiedad_intelectual.html)

La noticia también fue difundida por diversos diarios, entre ellos El País, versión digital del 21 de julio de 2005. Esta sentencia es importante puesto que demuestra que las excepciones no están reguladas y que las entidades de gestión están ingresando cantidades indebidas, lo cual no les perjudica a ellas, sino a los comercios, es decir, dentro de la cadena de afectados se encuentran los usuarios o consumidores finales y los empresarios que se encuentran en el medio. En la noticia publicada por El País, se aporta el dato de la recaudación del canon por copia privada del año 2004, que se estima en más de 29 millones de euros, estimando para el año 2005 una recaudación aun mayor debido al incremento en un 30% del precio del canon, que puede llegar a alcanzar la suma de 35 millones de euros. El problema del canon es global, un artículo del Herald Tribune, del 19 de mayo de 2005, "€3.28 extra per gigabyte? Electronics makers protest copyright fees. Por Kevin J.O'Brien, cuestiona el encarecimiento de los precios por el derecho de autor, la falta de información de los usuarios y también contiene una

1.1 El monopolio absoluto del autor

Hemos podido constatar que la aplicación de medidas de protección tecnológica a las obras o contenidos protegidos, permite al autor un control absoluto sobre su obra, tanto del acceso como del uso que de ella se haga. Pero para que las medidas de protección tecnológica puedan cumplir su cometido, es necesaria una garantía, es decir, una medida por eficaz que sea puede ser desactivada por una nueva aplicación y para evitar que esto ocurra los Estados se obligan a garantizar una protección eficaz a las medidas de protección tecnológica de las obras. Lo que supone sancionar los actos de elusión de dichas medidas. ¿No es esta norma una limitación del progreso técnico? Evidentemente sí. Por ello, la aplicación de esta norma traerá consecuentemente numerosos problemas, ya que no todos los actos de elusión de la protección de medidas tecnológicas van encaminados a la vulneración del derecho de autor, existen muchas otras aplicaciones inocuas que se encontrarán afectadas y para ellas no existe una excepción.

Este problema no se plantea desde una perspectiva teórica o abstracta, existe y se ha manifestado principalmente en EEUU, país donde se están aplicando las medidas de protección tecnológica a las obras y contenidos protegidos desde 1998, año en que entró en vigor la Digital Millenium Copyright Act (en adelante DMCA). Efectivamente, en EEUU existen diversos ejemplos de conflictos suscitados por la aplicación de las medidas de protección tecnológica que actúan como barrera, no solamente para proteger a las obras sino que en algunas ocasiones se han utilizado para frenar la investigación y la competencia⁷⁰⁸. El debate sobre las medidas de protección tecnológica de las

interesante reflexión sobre el poder de influencia de las entidades de gestión y los lobbies en el proceso legislativo.

⁷⁰⁸ Cfr. Pamela Samuelson, Intellectual Property and the Digital Economy: Why the anti-circumvention regulations need to be revised. En http://www.sims.berkeley.edu/~pam/papers/Samuelson_IP_dig_eco.htm.

Ver también la página web de Electronic Frontier Foundation, que proporciona apoyo en diversos litigios suscitados por la aplicación de medidas de protección tecnológica que vulneran derechos fundamentales. Vgr. El caso Felten, un profesor que fue demandado por la RIAA (Asociación de la Industria Discográfica en EEUU) por haber hecho público un estudio sobre la

obras pone de manifiesto que en diversos casos, la normativa de protección del derecho de autor y, en particular, la aplicación de medidas tecnológicas pueden llegar a constituir un obstáculo al desarrollo de la investigación, afectando también a la libre competencia y a los derechos fundamentales tales como la libertad de expresión⁷⁰⁹.

Internet ha supuesto una revolución tecnológica que ha modificado no solamente las comunicaciones y la concepción del espacio, sino que su influencia se deja sentir en todos los aspectos de nuestras vidas⁷¹⁰. Empezar acciones que vayan en contra de los cambios, usar la tecnología para frenar los nuevos movimientos y proteger el derecho de autor tal vez no sea la opción más adecuada para todos, porque corremos el riesgo de perder más de lo que intentamos proteger. Si las medidas de protección impiden el ejercicio de las libertades fundamentales, entraremos en un proceso de retroceso que nos llevará a un totalitarismo cultural. El reto es restablecer el equilibrio necesario entre las libertades y derechos fundamentales que permitirá seguir innovando y crear una sociedad del conocimiento⁷¹¹.

Un ejemplo importante de las nuevas formas de comunicación en Internet es el intercambio de archivos p2p, práctica que permite a una comunidad de usuarios o internautas compartir archivos de todo tipo en la red. Esta nueva forma de comunicación ha sido objeto de múltiples ataques e incluso se la ha llegado a calificarla como "piratería", definición que nos parece incorrecta puesto que el objeto es compartir información más no generar ingresos⁷¹². Si bien, la

seguridad de las medidas de protección, en este caso, la libertad de expresión y la libertad de investigación científica se encontraban seriamente amenazados. <http://www.eff.org>

⁷⁰⁹ Cfr. L.Lessig Op. cit. Pág 133 y ss. Sobre las medidas de protección tecnológicas aplicadas a las obras y la aplicación de la Digital Millenium Copyright Act.

⁷¹⁰ Cfr. Manuel Castells. La era de la Información. Economía, sociedad y cultura. Vol. 1. La sociedad red. Alianza Editorial. 1998. y Vol. 2. El poder de la identidad. Alianza Editorial, 1998-2000. Madrid. Lawrence Lessig, El código y otras leyes del ciberespacio. Taurus. Madrid, 2001.

⁷¹¹ Cfr. Javier Bustamante Donas, "Hacia la cuarta generación de Derechos Humanos: repensando la condición humana en la sociedad tecnológica", en Revista Iberoamericana de Ciencia, Tecnología y Sociedad e Innovación. Número 1, septiembre-diciembre 2001. <http://www.campus-oei.org/revistactsi/numero1/bustamante.htm>

⁷¹² La Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, relativa al respecto de los derechos de propiedad intelectual, nos proporciona pautas

información compartida incluye contenidos protegidos, esta no es razón suficiente para que se pueda afirmar de forma categórica que esta práctica sea dañina, ya que no pueden excluirse los usos inocuos o aquellos que pueden aportar beneficios a la comunidad. Un buen ejemplo de ello lo encontramos en el proyecto Wikipedia⁷¹³, que pretende formar una enciclopedia on line con la colaboración desinteresada de todos los usuarios que deseen participar⁷¹⁴.

No obstante, esta nueva práctica de la comunidad de internautas es objeto de censura y persecución por los titulares de derechos de propiedad intelectual, llegando en algunos casos a interponer demandas contra las descargas musicales que efectúan, sobre todo, jóvenes y adolescentes⁷¹⁵. Los programas informáticos que sirven para efectuar los intercambios se encuentran a libre disposición en la red y cualquier usuario puede disponer de ellos. Esta situación

importantes para determinar los actos de infracción a los derechos de propiedad intelectual. En este sentido, el considerando número 14, establece que las medidas previstas en el apartado 2 del artículo 6, el apartado 1 del artículo 8 y el apartado 2 del artículo 9: "tienen que aplicarse sólo con respecto a actos llevados a cabo a escala comercial". Y añade, "Los actos llevados a cabo a escala comercial son los realizados para obtener beneficios económicos o comerciales directos o indirectos; esto excluye normalmente los actos realizados por los consumidores finales de buena fe". Debemos tener presente también que esta Directiva se adopta para proteger a los titulares de derechos de propiedad intelectual contra los actos de piratería, pero no es una norma que pretende restringir los derechos de los ciudadanos, todo lo contrario. La Directiva expresamente reconoce en el segundo considerando, los principios y fundamentos de la protección de la propiedad intelectual: "La protección de la propiedad intelectual debe permitir que el inventor o creador obtenga un beneficio legítimo de su invención o creación. Debe permitir asimismo la difusión más amplia posible de las obras, ideas y los conocimientos nuevos. Al mismo tiempo, no debe ser un obstáculo para la libertad de expresión, para la libre circulación de la información, ni para la protección de los datos personales, inclusive en Internet". El objetivo es, tal y como dice el artículo primero: "garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual", y por ello reconoce la existencia de excepciones al derecho de autor (Art. 2.2) y obliga a los Estados miembros a establecer procedimientos y recursos "justos y equitativos" (Art. 3.1) y la posibilidad de ofrecer salvaguardias contra su abuso (Art. 3.2).

⁷¹³ Para mayor información sobre la enciclopedia libre on line: <http://www.wikipedia.org>

⁷¹⁴ El proyecto de formar una enciclopedia comunitaria libre en todos los idiomas fue concebido por Jimmy Wales y Larry Sanger, se basa en el concepto wiki que permite crear documentos web comunes. Tanto los textos como los contenidos de wikipedia están cubiertos por licencia de documentación libre GNU. Ver. http://es.wikipedia.org/wiki/Wikipedia:Acerca_de Ver artículo publicado en La Vanguardia, cultura, Pág. 46, lunes 14 de marzo de 2005, "Wikipedia, la enciclopedia on line".

⁷¹⁵ En el libro de L. Lessig *Por una cultura libre*, encontramos el dato que la RIAA demandó en el año de 2003, a 261 individuos, incluyendo una niña de 12 años que vivía en una vivienda de propiedad pública y a un hombre de setenta años que no sabía lo que era el intercambio de ficheros. Op. Cit. pág. 209.

ha enfrentado en un litigio, a la industria cinematográfica y discográfica con los fabricantes de software apto para los intercambios de archivos p2p⁷¹⁶.

El asunto Grokster pone de manifiesto, una vez más, el conflicto entre los avances tecnológicos y el derecho de autor. La Sentencia de agosto de 2004 de la Court of Appeals de California (Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc v. Grokster Ltd) absolvió a los fabricantes de software de la responsabilidad por vulneración del derecho de autor, derivados del intercambio de archivos musicales y audiovisuales, realizado entre usuarios (P2P). En este caso, se cuestionó la libertad para la innovación tecnológica, es decir, si la aplicación informática tiene por finalidad vulnerar el derecho de autor. El análisis efectuado por la Corte demostró que las empresas que desarrollan el software apto para el intercambio de archivos en Internet, no pueden ser responsables por las infracciones que cometan los usuarios, puesto que la aplicación informática demostró ser útil para usos inocuos que no llevan aparejada la infracción del derecho de autor⁷¹⁷. No obstante, esta sentencia fue revocada por el Tribunal Supremo, al considerar que la inserción de publicidad por parte de los creadores del software, incitaba las descargas ilícitas de archivos con contenidos protegidos (musicales y audiovisuales) y por tanto, los condenó como responsables por los daños que ocasionan los usuarios a los legítimos titulares de derechos de propiedad intelectual⁷¹⁸.

Este ejemplo nos sirve para cuestionarnos sobre las nuevas formas de comunicación e intercambio de información que utilizan los usuarios en la red. Debemos preguntarnos si sería deseable que desaparezcán en todo caso, o

⁷¹⁶ METRO-GOLDWYN-MAYER STUDIOS, INC.; Columbia Pictures Industries, Inc; Disney y otros contra GROKSTER LTD; Streamcast Networks, Inc, f/k/a Musiccity.Com, Inc.

⁷¹⁷ Uno de los argumentos de los creadores de software fue que la comunicación e intercambio de archivos, no solamente se aplica a las obras o contenidos protegidos, sino que es útil para quienes aceptan o autorizan la utilización de obras en la red, así como para aquellas obras o contenidos que se encuentran en el dominio público.

⁷¹⁸ Este caso pone de manifiesto, una vez más, la falta de correlación entre la responsabilidad de los creadores y fabricantes de software, cuyas aplicaciones lícitas son demostrables, por los actos ilícitos que comenten los usuarios utilizando estas herramientas, mientras que los fabricantes de armas no pueden ser responsables por los actos de los usuarios. V. L. Lessig, Op. Cit. Pág. 133-184.

bien, sólo cuando se demuestre un uso indebido o una infracción al derecho de autor. Es difícil dar una respuesta categórica en este caso, ya que podría ser peligroso radicalizarse y considerar que el monopolio del autor sobre las obras o contenidos protegidos debe ser absoluto. No puede ser ilimitado porque entraría necesariamente en conflicto con otros derechos, consagrados por el ordenamiento jurídico afectando tanto a la esfera individual como colectiva de los ciudadanos. El equilibrio entre el derecho de autor y los derechos consagrados por la Constitución no puede obviarse. Por ello, tanto la eliminación de usos o formas de comunicación en Internet, así como la aplicación de las medidas de protección tecnológica a las obras, deben ceñirse a un marco estricto en su aplicación, quedando justificadas únicamente cuando van encaminadas a brindar protección a las obras o contenidos protegidos. Es decir, la protección del derecho de autor no podrá invocarse con la finalidad de ampliar el monopolio más allá de su legítima aplicación, extendiéndose a otros supuestos, que de forma encubierta lo único que pretenden es limitar el progreso técnico, la competencia o las libertades individuales.

Resumiendo, la aplicación de las medidas de protección tecnológica a las obras y contenidos protegidos ha ampliado considerablemente el monopolio del autor o titulares de derechos, de tal forma que prácticamente se han difuminado los límites o supuestos de libre utilización de las obras y, en determinados casos, han quedado completamente suprimidos. No es exagerado afirmar que en el futuro, el acceso a la información dependerá de los titulares de derechos, lo que nos llevará a afrontar un nuevo reto en la aplicación del derecho, puesto que finalmente la única forma de garantizar el acceso a las obras o contenidos protegidos, será decidida por los tribunales en los supuestos que especifica la Ley y en beneficio de los sujetos reconocidos.

¿Es éste el único camino de acceso a la cultura?

Consideramos que no. Es preciso encontrar un punto de encuentro, un equilibrio que permita la protección elevada que requiere el derecho de autor

para subsistir en la era digital, pero que al mismo tiempo permita la existencia y desarrollo de los derechos fundamentales. El reto es importante pero no por ello irrealizable. Es posible alcanzarlo siempre y cuando se planteen a la par que se contemplan las medidas de protección al derecho de autor, mecanismos que permitan el derecho de acceso a la cultura.

2. El derecho de autor y la libertad del conocimiento

El problema de la amplitud del monopolio del derecho de autor ni es nuevo ni está localizado en un punto determinado. El problema es de todos, su alcance es global y afecta todos los ámbitos del desarrollo intelectual. Por ello, han surgido nuevas propuestas frente a quienes sostienen y apoyan el monopolio absoluto del derecho de autor, éstas defienden la libertad del conocimiento y abogan por un sistema que permita compartirlo.

2.1 Los defensores de la cultura libre

Los movimientos que apoyan o defienden la libertad del conocimiento tienen cada vez más seguidores y su dinámica ya es imparable. Podemos situar sus orígenes con los defensores del software libre, al ser los primeros en aparecer en escena y los más activos. El principio que defienden, parte de la concepción del software como herramienta básica que utilizan las máquinas para la comunicación. Así entendido, el software se equipara al lenguaje y, por ello, no puede ser apropiado o monopolizado por una sola persona⁷¹⁹. La teoría parte del principio de que existe un lenguaje básico común, que se encuentra a

⁷¹⁹ Cfr. Artículo de Richard Stallman "Patent Absurdity" en <http://www.guardian.co.uk/online/comment/story/0,12449,1510566,00.html>, donde el autor hace un paralelismo entre las patentes y las obras literarias, para explicar que en este caso, las patentes de software supondrían un retroceso a la innovación.

disposición de todo aquel que pueda utilizarlo y desarrollarlo, con la única condición de que no sea apropiado por ninguna persona, de esta manera los avances o mejoras técnicas, podrán estar disponibles sin restricciones de copyright lo cual permitirá posteriores desarrollos. Software libre no significa gratuito, es decir, permite que los desarrollos informáticos sean explotados económicamente por sus creadores, pero impide que sean monopolizados por una sola persona, lo cual implica la libertad para seguir desarrollando nuevas aplicaciones con la garantía que nunca podrán ser monopolizadas⁷²⁰. El sistema funciona a través del establecimiento de licencias conocidas con el nombre de General Public Licence (GPL), que permiten la redistribución binaria y de las fuentes del programa informático, así como la realización de modificaciones sin restricciones, esta licencia debe ser respetada por los usuarios en los mismos términos, lo cual impide la monopolización del código y asegura su existencia libre para que pueda ser usado y desarrollado por otros usuarios⁷²¹.

La Free Software Foundation, creada en 1985 tiene la finalidad de promover el derecho a usar, estudiar, copiar, modificar y redistribuir programas de ordenador entre usuarios. Se promueve el uso y desarrollo de software libre, en particular, el sistema operativo GNU y su variante GNU/Linux⁷²².

Similar al principio que inspira el software libre, las licencias Creative Commons⁷²³ (las Tierras Comunes Creativas⁷²⁴), promueven un movimiento en pro del conocimiento compartido, es decir, en lugar de la clásica reserva de todos los derechos ©, el autor se reserva algunos derechos. Básicamente, el autor exigirá el reconocimiento de la autoría y determinará los supuestos y las condiciones en las que permite el uso de su obra. La licencia CC permite la

⁷²⁰ En la página web: www.gnu.org, se encuentra información sobre el proyecto GNU, iniciado en 1984 con la finalidad de desarrollar un sistema operativo compatible con Unix, de software libre.

⁷²¹ Existen varias versiones de las licencias de software libre, para mayor información: <http://www.gnu.org/licenses/licenses.html#TOCGPL>.

⁷²² Para mayor información visitar la página Web: <http://www.fsf.org>

⁷²³ Creative Commons fue fundada en 2001, con el apoyo del Center for the Public Domain. Cuenta con el apoyo de diversas personalidades expertos en temas de ciberespacio y propiedad intelectual, así como de prestigiosas instituciones.

⁷²⁴ Lawrence Lessig. Por una cultura libre, Op. Cit. Pág 279

explotación comercial de la obra y al mismo tiempo reserva una serie de usos libres. Lo cual permite diferenciar los supuestos de explotación comercial, de los usos libres o permitidos que no deben ser explotados comercialmente. El autor decide que derechos se reserva, las condiciones que impone para el uso de su obra e informa de ello a los usuarios. De esta manera, la obra se pone a disposición de la comunidad de usuarios, con el consentimiento expreso del autor para su uso en los supuestos permitidos, lo cual incluye el derecho de interactuar con la obra, es decir, el autor puede permitir no sólo el uso de su obra sino la autorización para introducir mejoras o cambios, ya sea una traducción de los contenidos, o bien, permite añadir o completar la información e incluso es posible la actualización de dichos contenidos. En contrapartida, el autor de los cambios o modificaciones aplicará el mismo criterio, es decir, no podrá apropiarse de la obra y deberá admitir una licencia similar para la obra derivada. De esta manera se crea una auténtica comunidad del conocimiento, donde el desarrollo y los avances se producen de forma libre, por una comunidad de personas cuyo propósito es el de permitir el avance en todos los ámbitos de la creación intelectual e impedir el monopolio del conocimiento a favor de una sola persona⁷²⁵. El sistema de licencias es muy similar al del software libre, del cual ha tomado su inspiración, y que pretende sea aplicado a trabajos intelectuales distintos de los programas informáticos (literatura, música, fotografía, etc.). Las licencias Creative Commons, permiten al titular de derechos gozar de lo mejor de los dos sistemas, por un lado los titulares de derechos están protegidos por la legislación de la propiedad intelectual, pero de otra parte, ellos pueden decidir los supuestos de libre utilización de su obra y las condiciones que aplican, llegando a ampliar tanto como deseen las posibilidades previstas en la Ley⁷²⁶.

⁷²⁵ En la página web <http://creativecommons.org/>, se puede encontrar amplia información sobre este sistema flexible de licencias que permiten la protección del derecho de autor pero a la vez autorizan determinados usos o transformación de las obras protegidas, de acuerdo a lo establecido en la licencia respectiva.

⁷²⁶ V. propuesta de L. Lessig para reconstruir la cultura libre, Op. Cit. Pág. 279-283.

Otro ejemplo nos lo proporciona la Electronic Frontier Foundation⁷²⁷, institución fundada en el año 1990, cuya finalidad es velar por la aplicación de los derechos fundamentales en relación con las tecnologías y la defensa de las libertades. En particular, se ocupa del respeto de los derechos y libertades fundamentales: el derecho a pensar, a hablar y a compartir ideas y la necesidad del uso las tecnologías, evitando que el gobierno o las autoridades apoyen a grupos cuya única finalidad sea el incremento de sus ganancias a través de la creación y explotación de monopolios y que represente un peligro o amenaza para el ejercicio de las libertades individuales.

2.2 El derecho de autor y el derecho de acceso a la cultura

Hemos podido comprobar que una normativa de protección a la propiedad intelectual, que permita el monopolio ilimitado en beneficio del autor o titulares de derechos puede colisionar con otros derechos garantizados por la Constitución y que el ordenamiento jurídico garantiza. Esta afirmación no es una novedad, de hecho, al iniciar este trabajo habíamos tratado de la existencia de los límites al derecho de autor y las causas que justificaban la admisión de los usos inocuos de las obras. ¿Por qué deben desaparecer en la era digital los supuestos de libre utilización de las obras?

No hay ningún argumento válido que justifique la ampliación del monopolio del autor. Las posibles infracciones al derecho de autor no van a desaparecer por la eliminación de los supuestos de libre utilización de las obras. La eliminación de las excepciones no garantiza una protección mayor, ni beneficia a los autores y titulares de derechos, puesto que eliminar usos que nunca antes habían generado rendimientos económicos, porque no son actos de explotación de las obras, no producirá una ganancia o incremento en la explotación de las obras.

⁷²⁷ Para ampliar información sobre EFF visitar la página web: <http://www.eff.org/>

Si acaso lo que se está buscando es eliminar la existencia de usos libres o excepciones al derecho de autor, no se ha adoptado el camino correcto. La evolución del derecho de autor y la garantía de una mayor protección a las obras debe realizarse dentro del marco legal actual, que permita al Estado garantizar a sus ciudadanos el acceso a la cultura, entre otras libertades fundamentales. Por ello, no será posible eliminar toda posibilidad de acceso a las obras sin aportar ninguna razón válida que la justifique.

El Estado no puede eludir la obligación de garantizar el acceso a la cultura ni permitir que los monopolios establezcan las normas gracias a su poder e influencia. Su obligación es doble, por una parte, debe garantizar la existencia de un régimen de protección adecuado a la propiedad intelectual, que garantice al autor la explotación óptima de su obra. Y de otra parte, debe garantizar a los ciudadanos el acceso a la cultura.

¿Debe el autor admitir como contrapartida del establecimiento de un régimen de protección adecuado, una limitación a su monopolio?

El establecimiento de límites al monopolio del autor no debe estar considerado únicamente desde la perspectiva del titular de derechos, porque frente al derecho de propiedad intelectual sobre la obra y el derecho exclusivo a explotarla, se encuentran otros derechos que no suponen un peligro a la explotación de las obras ni causan ningún daño a las mismas. Restringir los supuestos de libre utilización de las obras eliminando la posibilidad del libre acceso, no tiene como finalidad la protección de las obras y del derecho de autor, no nos equivoquemos. Lo único que se pretende es ampliar los supuestos de explotación de las obras, que no sería justificable salvo que los autores y titulares de derechos pagaran a su vez un peaje por la protección y compartieran el gasto que representa para el Estado garantizar el derecho de autor. De esta manera, el Estado podría recaudar fondos para pagar el coste de hacer accesibles las obras a los ciudadanos, garantizando el derecho de acceso a la cultura. Aunque esta idea fuera aplicable y resultara equitativa desde el

punto de vista económico, tal vez no lo sea desde la perspectiva de la aplicación de los derechos fundamentales, ni siquiera como principio. Por ello, nuestra propuesta consiste en encontrar un referente que permita efectuar una valoración justa en la aplicación de la Ley.

2.3 El derecho de acceso a la cultura como referente

Contamos con valiosos argumentos y propuestas a favor de una cultura libre, que nos permiten volver sobre los principios o fundamentos de la protección del derecho de autor, evitando que durante el proceso o transición, el derecho de autor pueda resultar herido o dañado. Por ello, es preciso recordar la razón por la que se protege la propiedad intelectual y preguntarnos si todavía es aplicable a la sociedad de la información.

¿Qué protege la propiedad intelectual? El derecho de autor protege al autor y a la obra, materialización del proceso creativo. Por un lado, la protección debe garantizar al autor una explotación adecuada de su obra, que le permita vivir de los rendimientos de su actividad creativa. Por otra parte, la protección debe extenderse a la obra en sí misma, es decir, debe garantizar la integridad y el reconocimiento de la paternidad de la obra.

La protección se otorga para que el autor pueda seguir creando. El fundamento de la propiedad intelectual es pues la creatividad. Si se salvaguarda la creatividad es por el valor que aporta a la sociedad, por ello, si todos los esfuerzos que se invierten en garantizar una protección adecuada al derecho de autor no revierten en la sociedad, si la protección obstaculiza la difusión cultural, no solamente estamos perdiendo el fundamento que la justifica, sino que estamos poniendo en peligro la creatividad, ahogándola injustamente. Si no frenamos este proceso, la sociedad del futuro quedará sujeta a limitaciones que le impedirán gozar de los contenidos culturales, de la misma forma que se hizo en el pasado, condicionando su progreso creativo. Resulta paradójico que en un

mundo más desarrollado, con elevados niveles de bienestar se impongan severas limitaciones a la difusión cultural.

El monopolio del autor no solamente protege al autor para garantizar una explotación adecuada de sus obras, también protege a la obra en sí, al valor que ésta representa. Por ello existen dos tipos de facultades distintas, los derechos morales y los derechos patrimoniales. El derecho de autor debe garantizar la existencia de ambos y proporcionar al autor los mecanismos de defensa adecuados. Lo cual supone la posibilidad de vivir de los frutos que la explotación de sus obras le proporciona. En este proceso entran en la escena los agentes que trabajan para la promoción y explotación de las obras y su labor también debe quedar garantizada. Pero la protección no puede ir tan lejos que impida la existencia de los derechos fundamentales, puesto que esto sería perjudicial incluso para el autor o titulares de derechos y por ello, es preciso que exista un equilibrio.

Si las leyes se dictan para apoyar determinados intereses, si constituyen un obstáculo a la creatividad, se rompe el fundamento de la protección y entonces debemos volver a pensar ¿qué está protegiendo la propiedad intelectual?

La solución al problema reside, pues, en encontrar el punto de equilibrio que necesita el derecho de autor para garantizar una protección adecuada que respete los derechos fundamentales y sea coherente con el ordenamiento jurídico. Pero restablecer el equilibrio requiere de la participación de todos los agentes implicados.

Nuestra propuesta consiste en tomar como punto de referencia al derecho de acceso a la cultura. En la medida en que éste pueda verse afectado podremos valorar si se está por encima o por debajo de lo exigido. Es decir, si las normas que protegen al derecho de autor son favorables y adecuadas para el derecho de acceso a la cultura, podremos considerar que son justas. En la medida en que interfieran u obstaculicen su acceso o ejercicio debemos entonces

cuestionarlas. La pregunta ahora es saber hasta donde podemos llegar a liberalizar o relajar la protección del derecho de autor. En realidad no se pide ningún tipo de rebaja. Los usos definidos ya por las leyes deben seguir siendo aplicables e incluso la normativa que limita las cesiones de derechos. En ese ámbito no es necesario ningún cambio.

¿Qué exige el derecho de acceso a la cultura? Simplemente que sea contemplado, que se deje de ignorar que existen aplicaciones no comerciales que promocionan al autor y a las obras. En el momento en que se reconozca su valor, no hará falta establecer nuevas normas. El proceso ha de ser sencillo y tener una aplicación lógica. No obstante requiere de la intervención de los poderes públicos y de toda la sociedad en general, donde se incluyen, claro está, a los autores, titulares de derechos y gestores.

Si se utiliza al derecho de acceso a la cultura como catalizador, aparece el elemento que faltaba para efectuar la valoración o ponderación de intereses, cuando existen conflictos entre el derecho de autor y los usos de las obras. Si el criterio que se aplica se basa exclusivamente en supuestas pérdidas, calculadas pero nunca demostradas (recordemos que los argumentos en contra de la práctica de compartir archivos musicales, es que cada descarga significa una venta menos) nunca se podrá alcanzar una solución justa. Tampoco la amenaza de un litigio millonario debe ser el parámetro que limite los usos inocuos. Debemos preguntarnos qué está ocurriendo cuando se recurre a la estrategia del miedo y cómo puede encontrar fundamento la protección del derecho de autor, cuando el monopolio ha crecido y alcanzado un poder casi ilimitado⁷²⁸.

Una vez establecido que el derecho de acceso a la cultura puede ser el referente para valorar cuando un uso ha de ser considerado inocuo, por resultar

⁷²⁸ Las demandas interpuestas en EEUU por la RIAA contra usuarios individuales, en muchos casos adolescentes y personas sin recursos, por actos no delictivos. Es decir, en la mayoría de los casos, son usos que no suponen una explotación de las obras ni de forma indirecta. Vgr. El caso de Jesse Jordan. V. L. Lessig, Por una cultura libre. Op. Cit. Pág. 208-215. En Francia, la Sociedad Civil de Productores Fonográficos junto con la SACEM (entidad de gestión colectiva del

favorable para el autor o titulares de derechos, para las obras y para el público en general, es preciso implementar los mecanismos que permitan restablecer el equilibrio entre el derecho de autor y el derecho de acceso a la cultura.

i) Regulación de la gestión colectiva del derecho de autor

Es necesario implementar una regulación que permita conocer de forma transparente la actividad de los monopolios, evitando los abusos y controlando la gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual. No solamente las entidades de gestión estarían en esta línea, sino los lobbies o grandes grupos que pretenden expandir su influencia más allá de lo razonable. No será sencillo construir una nueva regulación, por ello, tal vez sea conveniente descentralizar la gestión y permitir una libre competencia entre entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual⁷²⁹.

ii) La actividad de los poderes públicos

Los poderes públicos deben implementar las medidas adecuadas para garantizar el acceso a la cultura, mediante la definición e implementación de políticas culturales, que permitan el establecimiento de canales adecuados para que los ciudadanos puedan tener acceso a las obras, en la medida en que la difusión de las obras se convierta en un incentivo para la creatividad, se podrá medir el éxito de las acciones emprendidas.

derecho de autor en Francia), demandaron a un usuario por haber bajado y compartido archivos musicales a través de Internet. V. La Vanguardia, 3 de febrero de 2005.

⁷²⁹ ERC (Ezquerra Republicana de Catalunya) presentó en el Congreso una proposición no de ley instando al Gobierno a transferir a las comunidades con competencias exclusivas en cultura y lengua propia las competencias en autorización y control de las entidades de gestión de derechos colectivos. Noticia publicada en "La Vanguardia" el jueves 1 de septiembre de 2005. Pág. 29. Cultura. La reciente Recomendación de la Comisión relativa a la gestión colectiva transfronteriza de los derechos de autor y derechos vecinos en el ámbito de los servicios lícitos de música en línea, de 30 de octubre de 2005, pone de manifiesto esta idea de liberalizar los servicios de gestión colectiva del derecho de autor.

El establecimiento de las políticas culturales deberá prever mecanismos de resolución de conflictos, que permitan dirimir controversias de forma sencilla, sin tener que llegar a promover un procedimiento judicial, en caso de que se presente alguna discrepancia en los criterios de utilización de las obras. La justicia será más eficaz si no abusamos de los tribunales y dejamos el recurso del litigio para conocer de las infracciones al derecho de autor.

Asimismo, para garantizar que el sistema funcione correctamente será necesario establecer sistemas de control que permitan revisar su correcta aplicación y funcionamiento.

iii) La participación de la sociedad civil

En el proceso de definición de las políticas culturales, no debería quedar excluida la participación de la sociedad civil. Su participación es necesaria para definir y defender su cultura propia.

Conclusiones

Primera.- El derecho de acceso a la cultura es una manifestación del amplio concepto de derecho a la cultura, entendido éste como derecho fundamental. Derecho reconocido por nuestra Constitución en el artículo 44.1 y del cual se deriva un complejo mandato a los poderes públicos. Por un lado, el Estado debe garantizar la protección adecuada de los bienes y contenidos culturales y de otra parte debe garantizar su acceso y difusión. La adecuada realización del derecho de acceso a la cultura implica a su vez el cumplimiento de una serie de obligaciones relacionadas con la existencia de otros derechos fundamentales que también deben ser respetados y garantizados. El derecho de acceso a la cultura es un derecho fundamental, cuyo rango es incuestionable después de la adopción de la Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales.

Segunda.- El derecho de autor, bien que ha sido reconocido por instrumentos internacionales relativos a los derechos fundamentales, se encuentra regulado en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho de propiedad.

Tercera.- La relación entre el derecho de autor y el derecho de acceso a la cultura ha sido reconocida por la legislación nacional, comunitaria e internacional. Es criterio común el reconocimiento de límites al derecho de autor que permitan la difusión de la cultura.

Cuarta.- La regulación y establecimiento de límites al derecho de autor es una decisión de cada Estado, en consecuencia, el panorama no es uniforme en la Unión europea ni a nivel internacional.

Quinta.- El establecimiento de políticas culturales es un derecho de los Estados, quienes gozan de absoluta libertad para establecer las medidas necesarias para la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales en sus territorios.

Sexta.- La definición de "políticas culturales" de la Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales, pone de manifiesto que la protección comprende diversos aspectos: la creación, producción, difusión, distribución así como el acceso a las actividades, bienes y servicios culturales.

Séptima.- La protección del derecho de autor deber permitir la difusión y acceso a las obras protegidas, de lo contrario supondría un límite al derecho de acceso a la cultura.

Octava.- En consecuencia, la normativa del derecho de autor debe ser acorde con el derecho de acceso a la cultura, respetando el equilibrio que debe existir entre la protección de las obras protegidas y el acceso a las mismas.

Novena.- La eficacia del derecho de acceso a la cultura requiere necesariamente de la acción positiva de los poderes públicos, tanto en el desarrollo legislativo como en la aplicación del derecho. En particular habría que poner el acento en la labor de control cuando se regulan materias que podrían impedir o limitar al derecho de acceso a la cultura.

El derecho de acceso a la cultura impone a los poderes públicos una obligación cuyo contenido podríamos desglosar de la siguiente manera: (1) garantizar la eficacia de los derechos fundamentales, en particular, aquellos íntimamente relacionados con la cultura, como son la libertad de expresión, creación, educación; (2) establecer los mecanismos necesarios para dotar de protección efectiva a los contenidos culturales; (3) y facilitar la prestación o el acceso a los ciudadanos, obligación que no supone la de proveer o producir los contenidos culturales.

Además de la obligación positiva que impone el derecho de acceso a la cultura a los poderes públicos, el Estado también tiene una obligación negativa para garantizar la eficacia del derecho de acceso a la cultura y consiste en la eliminación de los obstáculos para el ejercicio eficaz del derecho. En este punto es donde entra en relación con el derecho de autor, ya que la normativa que lo regula puede suponer una limitación al ejercicio del derecho de acceso a la cultura.

La obligación de los poderes públicos en este caso es doble, por un lado, están obligados al respeto de los derechos fundamentales en el desarrollo legislativo de una materia que pueda afectarlos y de otra parte a establecer los mecanismos que permitan, en caso de colisión de derechos, realizar una ponderación de los intereses o valores protegidos, para que la resolución del conflicto sea justa y equilibrada.

Décima.- Los cambios propuestos por el Proyecto de Ley para la incorporación de la Directiva 2001/29/CE, contienen ciertas modificaciones que no son propicias al derecho de acceso a la cultura y suponen serias limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales que podríamos resumir de la siguiente manera: (1) las modificaciones en la regulación de los límites al derecho de autor suponen un recorte considerable de los previstos en la era analógica; (2) los mecanismos de acceso a las obras son impracticables para los beneficiarios

del derecho; y (3) la propuesta de modificación no tiene previsto establecer mecanismos de control que permitan el respeto del derecho de acceso a la cultura.

Undécima: Los ciudadanos son los beneficiarios del derecho de acceso a la cultura, pero también tienen una obligación al respecto y consiste en hacer uso de sus derechos civiles y políticos, de tal forma que permitan garantizar un adecuado control democrático de las instituciones.

Bibliografía

- AA. VV., *El derecho de propiedad intelectual y las nuevas tecnologías*, Colección Análisis y Documentos 10, Ministerio de Cultura, Madrid, 1996.
- AA. VV., *Propiedad Intelectual: aspectos civiles y penales*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.
- AA. VV., *La protección de la propiedad intelectual*, Cuadernos de Derecho Judicial, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001.
- AA. VV., *I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual. Derecho de autor y derechos conexos en los umbrales del año 2000*, Ministerio de Cultura, Secretaría General Técnica, Tomo I y II, Madrid, 1991.
- ABELLÁN, VICTORIA ET AL., *Los pactos internacionales de los derechos humanos*, Editado por la Asociación de amigos de las Naciones Unidas en España, Barcelona, 1976.
- AITMAN, DAVID & JONES ALISON, "Competition Law and Copyright: Has the Copyright Owner Lost the Ability to Control his Copyright?" en E.I.P.R., Pág. 137-145, 2004.
- ALEXY, ROBERT, *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Colección El Derecho y la Justicia. Madrid, 2002.
- ALZAGA VILLAMIL, OSCAR, DIR., *Comentarios a la Constitución Española de 1978, Tomo IV, Artículos 39 a 55*, Cortes Generales, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1996.
- ANTEQUERA, RICARDO, "El derecho de autor y el derecho a la cultura", Ponencia realizada en la primera sesión plenaria sobre el tema: El Derecho de Autor, los Derechos Conexos y el Derecho a la Cultura en el marco de los Derechos Humanos y las Garantías Constitucionales, en *I Congreso Iberoamericano de propiedad intelectual. Derecho de autor y derechos conexos en los umbrales del año 2000*, Tomo I, Ministerio de Cultura, Secretaría General Técnica, Madrid, 1991.
- ARESTI GUTIERREZ, ENRIQUE, "La protección jurídica de las bases de datos en la Comunidad Europea", en *La armonización de los derechos de propiedad intelectual en la Comunidad Europea*, Colección Análisis y documentos 3, Ministerio de Cultura, Madrid, 1993.

- BALAGUER CALLEJON, FRANCISCO (Coordinador) et Alt., *Derecho Constitucional y Cultura. Estudios en Homenaje a Peter Häberle*. Tecnos, Madrid, 2004.
- BARCELO, MERCE; VINTRO, JOAN (Coordinadores), et Alt. *Dret Públic de Catalunya*, Cedecs. Estudis Constitucionals i Polítics, Barcelona, 2003.
- BARRANCO VELA, R., "El ámbito jurídico-administrativo del derecho de la cultura. Una reflexión sobre la intervención de la Administración pública en el ámbito cultural", en *Derecho Constitucional y Cultura. Estudios en Homenaje a Peter Häberle*. Tecnos, Madrid, 2004. Pág. 197-212.
- BECOURT, DANIEL, "La Revolución Francesa y el derecho de autor: por un nuevo universalismo", en *Boletín de derecho de autor*, Vol. XXIV, Nº 4, Pág. 4-13, UNESCO, 1990.
- BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, ALBERTO, "Riesgos de las nuevas tecnologías en la protección de los derechos intelectuales. La quiebra de los conceptos tradicionales del derecho de propiedad intelectual. Soluciones jurídicas", en *El derecho de propiedad intelectual y las nuevas tecnologías*, Colección Análisis y Documentos 10, Ministerio de Cultura, Madrid, 1996.
- BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, ALBERTO, La importancia económica de los derechos de autor y de los derechos conexos. Planteamiento y líneas generales, I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual, Derecho de autor y derechos conexos en los umbrales del año 2000, Tomo I, Pág. 323-329, Ministerio de Cultura. Madrid. 1991.
- BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, ALBERTO (Coord.) et Alt., *Derechos del Artista Plástico*, Colección Monografías Aranzadi, Ediciones de Bolsillo, Aranzadi Editorial, Navarra, 1996.
- BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, RODRIGO, "Introducción a la regulación de los derechos de autor", En *Propiedad intelectual: aspectos civiles y penales*, Cuadernos de derecho judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.
- BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, RODRIGO "Artículo 1º. Hecho generador", en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2ª edición. Tecnos, Pág 19-27, Madrid, 1997.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO (COORD.) et Alt., *Manual de Propiedad Intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO (COORD.) et Alt., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2ª edición. Tecnos, Madrid, 1997.

- BERCOVITZ, Germán, *Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor*, Tecnos, Madrid, 1997.
- BERTRAND, ANDRE, *Le Droit d'Auteur et les Droits Voisins*, 2ª edición, Dalloz, Paris, 1999.
- BILBAO UBILLOS, JUAN MARÍA, *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado*, Estudios Ciencias Jurídicas, McGraw-Hill, Madrid, 1997.
- BONDIA ROMAN, FERNANDO, *Propiedad Intelectual. Su significado en la Sociedad de la Información*, Trivium , Madrid, 1988.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO, "Libro II, de los otros derechos de propiedad intelectual. Título Primero, derechos de los artistas, intérpretes o ejecutantes", en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. 2ª edición. Tecnos, Madrid 1997.
- CAMARA AGUILA, MA. PILAR, "A vueltas con los miserables: la legitimación para intervenir ante un atentado a la integridad de una obra que se encuentra en el dominio público (comentario a la Sentencia del Tribunal de Grande Instance de París, de 12 de septiembre de 2001)", en *Pe I revista de la propiedad intelectual*, Num. 9, Año 2001, Bercal, Madrid, 2001.
- CAMARA AGUILA, MA. PILAR, "El ánimo de lucro en las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual", en *Pe I revista de la propiedad intelectual*, Núm. 9, Año 2001, Bercal, Madrid, 2001.
- CAPOBIANCO, ANTONIO, "*Licensing of Music Rights: Media convergente, Technological Developments and EC Competition Law*", E.I.P.R. Pág. 113-122, 2004.
- CARRILLO, MARC, "La aplicación judicial de la Constitución", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 71, año 24, mayo-agosto, 2004. Pág. 73-102, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- CASAS VALLÉS, RAMÓN, "La Directiva sobre el Derecho de Participación de los artistas plásticos", En *Actas de Derecho Industrial y derecho de autor*. Instituto de Derecho Industrial, Universidad de Santiago (España), Marcial Pons.
- CASTELLS MANUEL, *La era de la Información. Economía, sociedad y cultura*, Vol. II. El poder de la identidad, Alianza Editorial, Madrid, 1998.
- CASTELLS MANUEL, *La era de la Información. Economía, sociedad y cultura*, Vol I. La sociedad en la Red. , Alianza Editorial, Madrid, 1998.

CAZORLA PRIETO, LUIS MARIA, "La cultura en el marco de la Constitución de 1978 y su desarrollo legislativo", en 20 años de ordenamiento Constitucional. Homenaje a Estanislao de Aranzadi, Aranzadi, Pamplona, 1999.

COLOMBET CLAUDE,, *Grands principes du droit d'auteur et des droits voisins dans le monde. Approche de droit comparé*, 2^e. Edition, Litec – UNESCO, Paris, 1992.

COMISION DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, Propuesta de DIRECTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, Relativa a las medidas penales destinadas a garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual, Propuesta de DECISION MARCO DEL CONSEJO, destinada a reforzar el marco penal para la represión de las infracciones contra la propiedad intelectual, Bruselas, 12.7.2005. COM(2005)276final.

COMISION DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Study on a Community initiative on the cross-border collective management of copyright*, Commission staff working document, Brussels, 7-july-2005.

COMISION DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Seguimiento del Libro Verde sobre la lucha contra la usurpación de marca y la piratería en el mercado interior*, Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social. COM (2000) 789 final, Bruselas, 30 de noviembre de 2000.

COMISION DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *La gestión de los derechos de autor y derechos afines en el mercado interior*, Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo, Bruselas, 16 de abril de 2004 (COM (2004) 261 final.

COMISION DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Lucha contra la usurpación de marca y la piratería en el mercado interior*, Libro Verde. COM (98).

COMISION DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, RECOMMANDATION DE LA COMMISSION, Relative á la gestion collective transfrontalière du droit d'auteur et des droits voisins dans le domaine des services licites de musique en linge, Bruxelles, le 30.9.2005.

COMISION DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité Économique et Social Européen, Sur la réaction des douanes face aux tendances les plus récentes de la contrefaçon et du piratage, Bruxelles, le 11.10.2005. COM(2005)479final.

COMISION DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, Commission Staff Working Document. Annex to the RECOMMENDATION FROM THE COMMISSION, ON REFORMING CROSS-BORDER COLLECTIVE MANAGEMENT OF

COPYRIGHT AND RELATED RIGHTS FOR LEGITIMATE ONLINE MUSIC SERVICES, Brussels SEC(2005) 1254.

CONDE-PUMIDO TOURÓN, CANDIDO, "Obras y la remuneración compensatoria por copia privada", en *Propiedad intelectual: aspectos civiles y penales*, Cuadernos de derecho judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.

CORREA CARLOS, *Acuerdos TRIPs*, Ediciones Ciudad de Argentina, Buenos Aires, 1996.

DAVARA RODRIGUEZ, MIGUEL ANGEL, *Manual de Derecho Informático*, Editorial Aranzadi, 2002.

DE ASÍS ROIG, RAFAEL, *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Editorial Debate, Serie de Derecho, dirigida por Gregorio Peces-Barba, Madrid, 1992.

DE CABO MARTIRN, C., "El elemento utópico, ingrediente cultural del constitucionalismo", en *Derecho Constitucional y Cultura. Estudios en Homenaje a Peter Häberle*. Tecnos, Madrid, 2004, Pág. 47-56.

DE CASTRO CID, BENITO, "Los derechos sociales: análisis sistemático", En *Derechos Económicos Sociales y Culturales*, Universidad de Murcia. Pág. 11-33, Murcia 1981.

DE CASTRO CID, BENITO, *Los derechos económicos, sociales y culturales. Análisis a la luz de la teoría general de los Derechos Humanos*, Universidad de León, secretariado de publicaciones, Ponferrada, 1993.

DE LA PUENTE, ESTEBAN, "Su perfil en el orden constitucional español". Ponencia realizada en la Primera sesión plenaria sobre el tema: El Derecho de Autor, los Derechos Conexos y el Derecho a la Cultura en el marco de los Derechos Humanos y las Garantías Constitucionales, en *I Congreso Iberoamericano de propiedad intelectual. Derecho de autor y derechos conexos en los umbrales del año 2000*. Tomo I, Ministerio de Cultura, Secretaría General Técnica, Madrid, 1991.

De SANCTIS, VITTORIO y FABIANI, MARIO, "I Contrati di Diritto di Autore", en *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, Volume XXXI, t.1, Giuffrè Editore, Milano, 2000.

DE SANCTIS VITTORIO M., *Il carattere Creativo delle Opere dell'Ingegno*, Dott. A. Giuffè Editore, Milano, 1971.

DE VEGA GARCÍA, PEDRO, "Dificultades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad (en caso de la eficacia horizontal de los

derechos fundamentales), en *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, Marcial Pons, Madrid, 1996. Pág. 265-280.

DEAZLEY, RONAN, "Photographing Paintings in the Public Domain: A Response to Garnett", *E.I.P.R.*, Núm. 4, año 2001, Pág. 179 - 184, Sweet & Maxwell Limited.

DELGADO PORRAS, ANTONIO, "La propiedad intelectual ante la tecnología digital: las obras multimedia", en *Los derechos de propiedad intelectual en la nueva sociedad de la información. Perspectivas de derecho civil, procesal, penal e internacional privado*, Editorial Comares, Granada, 1998.

DIETZ, ADOLF, "El proceso de regulación internacional de la propiedad intelectual: resultados obtenidos y labor futura a realizar", en *Los derechos de propiedad intelectual en la nueva sociedad de la información. Perspectivas de derecho civil, procesal, penal e internacional privado*, Editorial Comares, Granada, 1998.

DIEZ HOCHLEITNER RODRIGUEZ, RICARDO, "El desarrollo del mercado interior de la CEE en el ámbito de la armonización de derechos de autor y derechos afines", en *La armonización de los derechos de propiedad intelectual en la Comunidad Europea*, Colección Análisis y documentos 3. Ministerio de Cultura, Madrid, 1993.

DIÉZ-PICAZO GIMÉNEZ, LUIS MARIA, "Desarrollo y regulación de los derechos fundamentales", en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 20/2001, Editorial Aranzadi S. A., Pamplona, 2002.

DOHERTY MICHAEL & GRIFFITHS IVOR, "The Harmonisation of European Union Copyright Law for the Digital Age", en *E. I. P. R.* Núm. 1, año 2000. Págs 17 -23.

EKEDI-SAMNIK JOSEPH, *L'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI)*, Bruylant, Bruxelles, 1975.

ERDOZAIN JOSÉ CARLOS, *Derechos de autor y propiedad intelectual en Internet*, Tecnos, Madrid, 2002.

ERDOZAIN JOSÉ CARLOS, "Un Ensayo sobre algunos aspectos de la protección de los programas de ordenador y su consideración jurídica" en *Pe.i*, nº 8, 2001. Ed. Bercal, S.A.

ESTEVE PARDO, M^a ASUNCION, *Contratos Multimedia*, Marcial Pons, Madrid, 2003.

FABIANI, MARIO, *I Contratti di Utilizzazione delle Opere dell'Ingegno*, 2^a edición, Giuffré Editore, Milano, 2001.

FERNANDEZ BALLESTEROS, CARLOS, "El derecho de autor y los derechos conexos en los umbrales del año 2000", en *I Congreso Iberoamericano de propiedad intelectual. Derecho de autor y derechos conexos en los umbrales del año 2000*, Tomo I, Ministerio de Cultura, Secretaría General Técnica, Madrid, 1991.

FERNANDEZ BEOBIDE, CESAR, "Las nuevas tecnologías y las creaciones intelectuales", en *El derecho de propiedad intelectual y las nuevas tecnologías*, Colección Análisis y Documentos 10, Ministerio de Cultura, Madrid, 1996.

FERNANDEZ MASÍA, ENRIQUE, "Informática y propiedad intelectual: software, bases de datos y creaciones asistidas por ordenador", en *Los derechos de propiedad intelectual en la nueva sociedad de la información. Perspectivas de derecho civil, procesal, penal e internacional privado*, Editorial Comares, Granada, 1998.

FERNANDEZ-ALBOR BALTAR, ÁNGEL, "Los derechos afines a los derechos de autor en el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual", en *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, Tomo XVII, 1996, Departamento de Derecho Mercantil y del Trabajo de la Universidad de Santiago de Compostela. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., Madrid, 1997.

FICSOR, MIHALY, "El derecho de autor y la transmisión del saber", En *Boletín de derecho de autor*, Vol. XVII, Nº 3. Pág. 6-16 , UNESCO, 1983.

FLINT, MICHAEL F., *A User's Guide to Copyright*, 3ª edición. Butterworths, London, 1990.

FOSSAS, ENRIC, *Regions I Sector Cultural A Europa. Estudi comparat: Bèlgica, França, Itàlia, RFA i Espanya*, Generalitat de Catalunya. Institut d'Estudis Autònoms. Barcelona 1990.

FOSSAS, ENRIC, "4. La Cultura. Lliçó VII: Les competències de la Generalitat (III): sanitat, assistència social, ensenyament, cultura i mitjans de comunicació" en *Dret Públic de Catalunya*. Cedecs, Estudis Constitucionals i Polítics. Barcelona, 2003.

FROSINI VITORIO, "Los derechos humanos en la era tecnológica", En *Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

GARCÍA FERNÁNDEZ, JAVIER, *Artículo 44.2: Fomento de la Ciencia*. en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo IV, Cortes Generales, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1996.

- GARCÍA HERRERA, M.A., "Consideraciones sobre Constitución y cultura", en *Derecho Constitucional y Cultura. Estudios en Homenaje a Peter Häberle*. Tecnos, Madrid, 2004, Pag. 119-130.
- GARCIA SANZ, ROSA MARIA, *El Derecho de Autor en Internet*, Editorial Colex, Madrid, 2005.
- GARROTE FERRAÑEZ-DIEZ, IGNACIO, "Comercio electrónico y derechos fundamentales: el acceso a obras y prestaciones protegidas en la sociedad de la información", en *Pe I revista de propiedad intelectual*, Núm. 11, Año 2002. Bercal, Madrid, 2002.
- GARROTE FERRAÑEZ-DIEZ, IGNACIO, *El derecho de autor en Internet. Los Tratados de la OMPI de 1996 y la incorporación al Derecho Español de la Directiva 2001/29/CE*, Colección Estudios de Derecho Privado. Dir. por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, 2ª edición, Editorial Comares, Granada, 2003.
- GARROTE FERRAÑEZ-DIEZ, IGNACIO, "La responsabilidad civil extracontractual de los prestadores de servicios en línea por infracciones de los derechos de autor y conexos", en *Pe. I. revista de propiedad intelectual*, Núm. 6, Sep.-Dic. Año 2000, P. 9-64, Bercal, Madrid.
- GARZON, ALVARO, "Planteamiento, panorámica y perspectivas globales". Ponencia realizada en la primera sesión plenaria sobre el tema: El Derecho de Autor, los Derechos Conexos y el Derecho a la Cultura en el marco de los Derechos Humanos y las Garantías Constitucionales, en *I Congreso Iberoamericano de propiedad intelectual. Derecho de autor y derechos conexos en los umbrales del año 2000*, Tomo I, Ministerio de Cultura, Secretaría General Técnica, Madrid, 1991.
- GEIGER, CHRISTOPHE, *Droit d'auteur et droit du public à la information*, Litec, Paris, 2004.
- GEIGER, CHRISTOPHE, "Fundamental Rights, a Safeguard for the coherent of Intellectual Property Law?", *IIC*, Vol 35. Págs 268-280, Marzo 2004.
- GINSBURG, JANE, "La protección de las obras de arte en los Estados Unidos", en *Derechos del Artista Plástico*, Colección Monografías Aranzadi, Ediciones de Bolsillo. Aranzadi Editorial, Navarra, 1996.
- GOLDMAN, BETTINA C, "Victory for Songwriters in WTO Music Royalties Dispute Between U.S. an EU – Background of the Conflict Over the Extension of Copyright Home style Exemption", En *IIC*, Vol. 32, Págs. 412-42, número 4, año 2001.

- GOLDSTEIN, PAUL, *El copyright en la sociedad de la información*, Traducción de Ma. Luisa Llobregat Hurtado, Publicaciones de la Universidad de Alicante, Alicante, 1999.
- GOMEZ SEGADE, JOSE A., "Respuestas de los sistemas de propiedad intelectual al reto tecnológico. El Derecho europeo continental y el Derecho anglosajón del Copyright", en *El derecho de propiedad intelectual y las nuevas tecnologías*, Colección Análisis y Documentos 10, Ministerio de Cultura, Madrid, 1996.
- GONZÁLEZ MORENO, BEATRIZ, *Estado de cultura, derechos culturales y libertad religiosa*, Civitas, Madrid, 2003.
- GOTZEN, FRANK, "Les réponses actuelles du droit international aux défis des nouvelles technologies", en *El derecho de propiedad intelectual y las nuevas tecnologías*, Colección Análisis y Documentos 10. Ministerio de Cultura, Madrid, 1996.
- HÄBERLE, PETER, "La protección constitucional y universal de los bienes culturales: un análisis comparativo", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 54, año 18, septiembre-diciembre, 1998, Pág. 11-38, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- HÄBERLE, PETER, "Derecho constitucional común europeo". Trad. Emilio Mikunda Franco, en *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, Marcial Pons, Madrid, 1996. Pág. 187-223.
- HART, MICHAEL & COLMES, STEVE, "*Implementation of the Copyright Directive in the United Kingdom*", E.I.P.R., Pág. 254-257, 2004.
- HEREDERO, MANUEL, "La regulación jurídica de los programas de ordenador en el derecho español", en *I Congreso Iberoamericano de propiedad intelectual. Derecho de autor y derechos conexos en los umbrales del año 2000*, Tomo I, Ministerio de Cultura, Secretaría General Técnica, Madrid, 1991.
- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, FRANCISCO, *Derecho de Autor y Abuso de Posición Dominante en la Unión Europea*, ADI, Tomo XVI, 1984-1995. Pág. 338-344.
- IMBERT PIERRE-HENRI, "Los derechos humanos en la actualidad". Trad. Eulalia W. Petit de Gabriel, en *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, Marcial Pons, Madrid, 1996, Pág. 71-85.
- JEHORAM, HEMAN COHEN, "The Future of Copyright Collectin Societies", E.I.P.R. Núm. 3, Año 2001. Págs. 134 - 139, Sweet & Maxwell Limited.

- JEHORAM, HEMAN COHEN, "*Copyright and Freedom of expression, Abuse of Rights and Standard Chicanery: American and Ducht Approaches*", E.I.P.R., Pág. 275-279, 2004.
- JELLINEK, GEORG, *La declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, Traducida por Adolfo Posada, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000.
- JIMÉNEZ CAMPO, JAVIER, *Derechos fundamentales Concepto y garantías*, Editorial Trotta, Madrid, 1999.
- JÜRGEN, BECKER, "Multimedia y pluralidad en entidades de gestión", en *El derecho de propiedad intelectual y las nuevas tecnologías*, Colección Análisis y Documentos 10, Ministerio de Cultura, Madrid, 1996.
- KARNELL, GUNNAR, "Utilización de obras protegidas por el derecho de autor en actividades pedagógicas o didácticas", en *Boletín de derecho de autor*, Vol. XX, Nº 1 Pág. 8-22, UNESCO, 1986.
- LADD, DAVID, "El derecho de autor ante las nuevas tecnologías internacionales", en *Boletín de derecho de autor*, Vol. XVII, Nº 3. Pág. 17-25, UNESCO, 1983.
- LEHMANN, MICHAEL, "*The EC Directive on the Harmonisation of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society – A Short Comment*", IIC, Vol. 34. Pág. 521-529, Mayo 2003.
- LESSIG LAWRENCE, *El Código y otras leyes del ciberespacio*, Taurus es digital, Madrid, 2001.
- LESSIG LAWRENCE, *Por una cultura libre. Cómo los grandes grupos de comunicación utilizan la tecnología y la ley para clausurar la cultura y controlar la creatividad*, Traducida por Antonio Córdoba, Javier Candeira y Traficantes de sueños., Madrid, 2005.
- LEWINSKI, SILKE V. DR., *La gestión colectiva obligatoria de los derechos exclusivos – Un estudio de caso sobre su compatibilidad con las leyes de derecho de autor internacional y de la Comunidad Europea*, Boletín de derecho de autor, Enero-marzo de 2004.
- LINANT DE BELLEFONDS XAVIER, *Droits d'Auteur et Droits Voisins. Propriété Littéraire et Artistique*, Encyclopédie Delmas pour la vie des affaires, 2^a édition, Delmas, Paris, 1997.
- LIPSZYC, DELIA, *Derecho de autor y derechos conexos*, Ediciones UNESCO, 1993.

- LÓPEZ AGUILAR, J. F., "Cultura y derecho. Las dimensiones constitucionalmente relevantes de la cultura", en *Derecho Constitucional y Cultura. Estudios en Homenaje a Peter Häberle*, Tecnos, Madrid, 2004, Pág. 213-216.
- LÓPEZ CALERA, NICOLAS, *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialización en la teoría de los derechos*, Ariel – Derecho, Barcelona, 2000.
- LÓPEZ CASTILLO, ANTONIO, *Artículo 10 en Derechos Fundamentales y principios constitucionales (Doctrina jurisprudencial)*. Dir. F. Rubio Llorente, Editorial Ariel Derecho, 1ª edición, Barcelona, 1995.
- LUCAS, A. y LUCAS, H.-J., *Traité De la Propriété Littéraire et Artistique*, 2ª édition. Litec, Paris, 2001.
- MANKOWSKI, PETER, "Particular Kinds of Unfair Competition on the Internet and Conflict of Laws", en IIC, Vol. 32. Pág. 390 – 411, Número 4, año 2001.
- MARCELLIN, YVES, *Photographie et Loi*, Cedat , Pari, 1997.
- MARCO MOLINA, JUANA, *Bases históricas y filosóficas y precedentes legislativos del Derecho de autor*, Anuario de Derecho Civil, Tomo XLVII, Fascículo I, Enero-marzo MCMXCIV, Pág. 120-208.
- MILLE, ANTONIO, "La protección del *software* por el derecho de autor. Evolución de las ideas jurídicas", en *Boletín de derecho de autor*, Vol. XXII, Nº 4, Pág. 18-27, UNESCO, 1988.
- MINISTERIO DE CULTURA, Borrador de Anteproyecto de Ley de Reforma del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual., Secretaría General Técnica. Subdirección General de la Propiedad Intelectual. Texto de fecha 7.11.02.
- MINISTERIO DE INDUSTRIA, TURISMO Y COMERCIO, PROYECTO DE LEY 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, Texto del 21-06-2005.
- MONTERO AROCA, JUAN, *La legitimación colectiva de las entidades de gestión de la propiedad intelectual*, Estudios de Derecho Procesal. Director: Manuel Ortells Ramos, Editorial Comares, Granada, 1997.
- MOSCOSO DEL PRADO MUÑOZ, JAVIER, "Génesis y desarrollo de la gestión colectiva en España de los derechos derivados de la propiedad intelectual", en *Propiedad intelectual: aspectos civiles y penales*,

Cuadernos de derecho judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.

- OLLERO TASSARA, ANDRES, "Entre creación y propiedad. El problemático carácter «fundamental» de los derechos del autor", en *Anuario de Derechos Humanos*, Nº 5. 1988-89, Pág. 131-157, Editado por Universidad Complutense de Madrid.
- ORTS BERENGUER, ENRIQUE, "Propiedad Intelectual, nuevas tecnologías y derecho penal", en *Los derechos de propiedad intelectual en la nueva sociedad de la información. Perspectivas de derecho civil, procesal, penal e internacional privado*, Editorial Comares, Granada, 1998.
- OTERO LASTRES, MANUEL J., "La protección constitucional del derecho de autor. Análisis del art. 20.1.b de la CE de 1978", en *La Ley*, Año 1986, tomo II, Págs. 370-379.
- PAINE, THOMAS, *Los derechos del hombre*, Biblioteca de Política, Economía y Sociología, Ediciones Orbis, S. A. Buenos Aires, 1954.
- PALAU RAMIREZ, FELIPE, "La obra colectiva y su autoría (a propósito de la sentencia de la Audiencia provincial de Madrid, sección 14ª., de 26 de septiembre de 200, AC 2000/2447 "Memoria Contable del Banco de Santander", en *La protección de la propiedad intelectual*, Cuadernos de Derecho Judicial, XIII - 2001, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001.
- PECES-BARBA, GREGORIO, "Reflexiones sobre los derechos económicos, sociales y culturales", En *Derechos Económicos Sociales y Culturales*, Universidad de Murcia, Pág. 51-68, Murcia 1981.
- PEREZ DE CASTRO, NAZARETH, "La propuesta de Directiva relativa a la armonización del período de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines", en *La armonización de los derechos de propiedad intelectual en la Comunidad Europea*, Colección Análisis y documentos 3. Ministerio de Cultura, Madrid, 1993.
- PEREZ LUÑO, ANTONIO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, 5ª edición, Madrid, 1995.
- PEREZ LUÑO, ANTONIO-ENRIQUE, "Análisis funcional de los derechos fundamentales", en *Anuario de Derechos Humanos*, Nº 5. 1988-89. Pág. 177-202, Ed. Universidad Complutense de Madrid.
- PEREZ LUÑO, ANTONIO-ENRIQUE, "Derechos Humanos y Constitucionalismo en la actualidad: ¿continuidad o cambio de paradigma?", en *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, Marcial Pons, Madrid, 1996. Pág. 11-52.

- PEREZ LUÑO, ANTONIO-ENRIQUE, (Coordinador), *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- PHILLIPS, JEREMY, DURIE ROBYN & KARET IAN, *Whale on Copyright*, 4ª edición, Sweet & Maxwell, London, 1993.
- PRIETO DE PEDRO, JESÚS, *Art. 44.1: El derecho a la cultura*, en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo IV, Artículos 39 a 55, Cortes Generales, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1996.
- PRIETO DE PEDRO, JESÚS, *Cultura, Culturas y Constitución*, Congreso de los diputados, Centro de estudios Constitucionales, Madrid, 1995.
- PRIETO SANCHÍS, LUIS, "El Constitucionalismo de los Derechos", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 71, año 24, mayo-agosto, 2004. Pág. 47-72, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- PRIETO SANCHÍS, LUIS, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid, 2003.
- PUY MUÑOZ, FRANCISCO, *Ensayo de definición de los derechos culturales*, en "Anuario de derechos humanos", Instituto de Derechos Humanos, Universidad Complutense, 1988-1989, Pág. 212.
- RECHT, PIERRE, *Le Droit d'Auteur, une nouvelle forme de propriété. Histoire et Théorie*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Editions J. Duculot, Paris, 1969.
- REINBOTHE, JÖRG, Recent Intellectual Property Legislative Developments in the European Union: Copyright and Related Rights, 9th Annual Conference on International Intellectual Property Law and Policy, Fordham University, April 19, 2001.
- RIBAS, JAVIER, "La protección de los programas de ordenador. Planteamiento y visión general", en *I Congreso Iberoamericano de propiedad intelectual. Derecho de autor y derechos conexos en los umbrales del año 2000*, Tomo I, Ministerio de Cultura, Secretaría General Técnica, Madrid, 1991.
- RIVERO HERNANDEZ, FRANCISCO, "Reproducción de la obra plástica propiedad de museos y colecciones privadas", en *Derechos del Artista Plástico*, Colección Monografías Aranzadi, Ediciones de Bolsillo, Aranzadi Editorial, Navarra, 1996.
- RODRIGUEZ CORTEZO, JESUS, "Las tecnologías de la información: Conceptos y usos", en *El derecho de propiedad intelectual y las nuevas tecnologías*, Colección Análisis y Documentos 10, Ministerio de Cultura, Madrid, 1996.

- RODRIGUEZ PALOP, MARÍA EUGENIA, *La nueva generación de derechos humanos. Origen y justificación*, Universidad Carlos III de Madrid, Dickinson, Madrid, 2002.
- ROGEL VIDE, CARLOS, "Los derechos de alquiler y préstamo en la directiva del Consejo de la Comunidad Europea de 19 de noviembre de 1992", en *La armonización de los derechos de propiedad intelectual en la Comunidad Europea*, Colección Análisis y documentos 3, Ministerio de Cultura, Madrid, 1993.
- ROGEL VIDE, CARLOS, *Autores, coautores y propiedad intelectual*, Tecnos, Madrid, 1984.
- ROGEL VIDE, CARLOS, *Estudios sobre Propiedad Intelectual*, Biblioteca de Derecho Privado, nº 60, J. M. Bosch Editor, S. A., Barcelona, 1995.
- ROGEL VIDE, CARLOS, *Nuevos Estudios sobre Propiedad Intelectual*, Biblioteca de Derecho Privado, 87, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1998.
- ROGEL VIDE, CARLOS, "Artículo 1", en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*.
- RUBIO LLORENTE, FRANCISCO, *Artículo 53 en Derechos Fundamentales y principios constitucionales (Doctrina jurisprudencial)*, Editorial Ariel Derecho, 1ª edición, Barcelona, 1995.
- RUBIO LLORENTE, FRANCISCO, et Alt., *Derechos fundamentales y principios constitucionales*, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1995.
- SALELLES, JOSE R., "La protección de la propiedad intelectual en la sociedad de la información", en *La protección de la propiedad intelectual*, Cuadernos de Derecho Judicial, XIII – 2001, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001.
- SAMUELSON, PAMELA, *Intellectual Property and the Digital Economy: Why the anti-circumvention regulations need to be revised*, en http://www.sims.berkeley.edu/~pam/papers/Samuelson_IP_dig_eco.htm, 1999, Pamela Samuelson (03/01/2005).
- SCHIPPAN, Martin, "Purchase and Licensing of Digital Rights: The VERDI Project and the Clearing of Multimedia Rights in Europe", en *E.I.P.R.* Núm. 1, Año 2000, Págs. 24 - 29, Sweet & Maxwell Limited.
- SCHUSTER VERGARA, SANTIAGO, *La importancia económica de los derechos conexos ¿hacia el fin de la era de los soportes?*, I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual, Derecho de autor y derechos conexos en los umbrales del año 2000, Tomo I, Pág. 353-359, Ministerio de Cultura – Secretaría general técnica, Madrid, 1991.

- SERRANO GOMEZ, EDUARDO, *La propiedad intelectual y las nuevas tecnologías*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2000.
- SERRANO GOMEZ, EDUARDO, "El derecho de remuneración compensatoria por copia privada", en *La protección de la propiedad intelectual*, Cuadernos de Derecho Judicial, XIII – 2001, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001.
- SOMMERMANN, KARL-PETER, "El desarrollo de los derechos humanos desde la declaración universal de 1948". Trad. Francisco José Contreras Peláez, en *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, Marcial Pons, Madrid, 1996. Pág. 97-112.
- SORT, Miriam, "La propuesta de directiva europea sobre drets d'autor. Una amenaça per a les biblioteques?", en ítem. Núm. 22, año 1998. Págs. 4-15.
- STORCH DE GRACIA Y ASENCIO, JOSE GABRIEL, "Derecho a la producción y creación intelectual, derecho de autor y derecho de propiedad sobre la obra concreta. Reflexiones para una construcción jurídica de dichos derechos", en *La Ley*, Año 1986, Págs. 1177-1181.
- TRUYOL Y SERRA, ANTONIO, *Los derechos humanos*, 3ª edición, Tecnos, Madrid, 1982.
- U. UCHTENHAGEN, La importancia económica de los derechos de autor y de los derechos conexos. Visión del tema en las obras literarias y artísticas, I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual, Derecho de autor y derechos conexos en los umbrales del año 2000, Tomo I, Pág. 331-351, Ministerio de Cultura – Secretaría general técnica, Madrid, 1991.
- UNESCO, *Nuestra Diversidad Creativa*, Informe de la Comisión Mundial de Cultura y Desarrollo. Ref. CLT-96/WS/6, Paris, 1996.
- UNESCO, Informe Final, Conferencia Intergubernamental sobre políticas culturales para el desarrollo, Estocolmo Suecia, 30 de marzo – 2 abril de 1998.
- UNESCO, *Déclaration de Mexico sur les politiques culturelles*, Conférence mondiale sur les politiques culturelles, Mexico City, 26 juillet – 6 août 1982, MONDIACULT, Mexico, 1982.
- UNESCO, *Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural*, Boletín de derecho de autor, Vol. XXXVI, nº1, 2002.

UNESCO, *Cultural rights as human rights*, Studies and documents on cultural policies, published in 1970 by the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organizations, Printed in Switzerland, 1970.

UNESCO, Anteproyectos de Convención sobre la protección de la Diversidad de los Contenidos Culturales y las Expresiones Artísticas, Informe preliminar del Director General (CLT-2005/CONF.203/CLD.4), Paris, 3 de marzo de 2005.

UNESCO, Convention of the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions. N. B. *This is an advance copy of the text of the Convention, which has not gone through the standard editing and language reconciliation procedure.*

VAITTIER FUENZALIDA, Carlos, "Los Tratados de la OMPI sobre Derechos de Autor y Sobre Intérpretes o Ejecutantes y fonogramas de 1996".

VAQUER CABALLERÍA, MARCOS, *Estado y Cultura: la función cultural de los poderes públicos en la Constitución española*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S. A. Universidad Carlos III de Madrid, 1998, Madrid.

VICENTE LOPEZ, CRISTINA, *Derechos de autor sobre la obra plástica enajenada*, Ediciones, Revista General de Derecho, Valencia, 1999.

El derecho de autor y el derecho de acceso a la cultura

INDICE

Introducción.....	1
i. Breve explicación sobre la motivación personal.....	2
ii. Justificación del tema elegido.....	8
iii. Estructura del trabajo y antecedentes.....	9
iv. Metodología.....	13
Parte I. Principios Básicos	
1. El derecho a la cultura.....	17
1.1. Derechos constitucionales, derechos fundamentales.....	17
i) Interpretación restrictiva.....	21
ii) Interpretación amplia.....	24
iii) Síntesis y aproximación al concepto de "derechos fundamentales".....	33
iv) Consideraciones finales respecto del concepto derechos fundamentales.....	38
1.2. Concepto y contenido del derecho a la cultura.....	40
1.3. El derecho a la cultura en los tratados, convenciones e instrumentos internacionales.....	41
i) Declaración Universal de los Derechos Humanos.....	42
ii) La Convención Europea para la salvaguarda de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.....	43
iii) Los Pactos Internacionales de Derechos Humanos.....	46
iv) Declaración Universal sobre Diversidad Cultural.....	49
v) Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales.....	55
vi) El Tratado por el que se establece una Constitución Europea y el Derecho comunitario.....	56
1.4. El concepto de derecho a la cultura.....	60
1.5. El derecho a la cultura en la Constitución española de 1978.....	64
2. El derecho de autor.....	69
2.1. Origen y evolución histórica.....	69
i) La era de los monopolios.....	71
ii) La noción moderna del derecho de autor.....	74
2.2. Naturaleza jurídica del derecho de autor: ¿es un derecho fundamental?.....	75
2.3. La regulación del derecho de autor.....	80
i) Convención de Berna.....	81
ii) Convención Universal.....	84
iii) Convención de Roma.....	85
iv) Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC).....	87
v) Tratados OMPI.....	87

vi) Normativa comunitaria.....	88
vii) Ley de Propiedad Intelectual.....	90
3. Construcción de la hipótesis	92
Parte II. El derecho de autor y los límites relacionados con el derecho de acceso a la cultura	
Introducción.....	94
i) Antecedentes de la reforma: la transposición de la Directiva 2001/29/CE (en adelante DDASI).....	99
ii) La Directiva 2001/29/CE y los cambios que se introducirán en nuestro ordenamiento jurídico.....	100
1. El derecho de cita en la LPI.....	106
i) El significado de la cita.....	107
ii) La cita de obra plástica.....	109
iii) La finalidad de la cita.....	116
iv) Otros requisitos.....	119
1.2 La cita en la era digital.....	120
1.3 El derecho de cita en la Directiva 2001/29/CE.....	123
1.4 Propuestas para la incorporación de la Directiva.....	125
i) El Proyecto de Ley 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 (en adelante Proyecto)	125
ii) Borrador de Anteproyecto de Ley elaborado por el anterior Gobierno (en adelante Borrador).....	129
1.5 Valoración y perspectivas.....	133
2. Obra situada en vía pública.....	139
2.1 Requisitos.....	142
i) Ubicación permanente en la vía pública.....	142
ii) Explotación económica.....	145
iii) Modalidades de explotación permitidas.....	147
iv) El derecho moral del autor.....	149
2.2 Las obras ubicadas de forma permanente en la vía pública en la Directiva 2001/29/CE.....	150
2.3 Propuestas para la incorporación de la Directiva.....	151
i) Proyecto.....	151
ii) Borrador.....	151
2.4 Valoración y repercusiones para el derecho de acceso a la cultura....	153
3. Libre reproducción y préstamo en determinadas instituciones.....	155
3.1 Requisitos.....	155
i) Que la obra haya sido previamente divulgada.....	156
ii) Que se realice de forma gratuita.....	156
iii) En instituciones autorizadas.....	156
iv) Que el objetivo sea la investigación.....	157
v) Problemas relacionados con la libre reproducción.....	158
vi) El préstamo público.....	163
3.2 La libre utilización de las obras en determinados establecimientos en la Directiva 2001/29/CE.....	168
3.3 Propuestas para la transposición de la DDASI.....	170
i) Proyecto de Ley.....	170

ii) Borrador.....	171
3.4 Situación actual y valoración.....	174
3.5 Aplicación de las normas sobre límites.....	174
4. Valoración sobre los límites al derecho de autor.....	175
4.1 Aplicación restrictiva de los límites.....	175
4.2 La excepción al derecho patrimonial.....	176
Parte III. El derecho de acceso a la cultura	
Introducción.....	179
1. La eficacia del derecho de acceso a la cultura.....	185
1.1 Obligaciones de los poderes públicos derivadas de la Constitución....	188
1.2 El desarrollo legislativo del derecho de acceso a la cultura.....	192
1.3 La interpretación y aplicación del derecho de acceso a la cultura....	196
1.4 La consideración del derecho de acceso a la cultura en los distintos aspectos de la actividad de los poderes públicos.....	201
i) el límite de los derechos fundamentales.....	202
2. El contenido del derecho de acceso a la cultura.....	217
2.1 Obligaciones de los Estados derivadas de los instrumentos internacionales.....	219
i) Garantizar la libre circulación de las ideas y las obras.....	220
ii) Crear condiciones propicias para la producción y difusión de bienes y servicios culturales.....	225
iii) Definir las políticas culturales y aplicarlas.....	227
3. La relaciones entre los agentes.....	233
3.1 Los ciudadanos como beneficiarios del derecho de acceso a la cultura.....	233
3.2 Las entidades de difusión cultural.....	238
3.3 Las industrias culturales.....	245
3.4 Los antecedentes legales: derechos conexos o vecinos al derecho de autor.....	247
4. Valoración sobre el derecho de acceso a la cultura.....	251
Parte IV. La gestión del derecho de autor	
Introducción.....	254
1. Análisis del actual sistema de gestión de derechos de propiedad intelectual de la LPI.....	258
1.1 Gestión individual.....	262
1.2 La gestión colectiva.....	270
1.2.1 La regulación de las entidades de gestión en la LPI.....	273
1.2.2 Obligaciones de las entidades de gestión establecidas en la LPI.....	276
i) Contratar con quién lo solicite.....	276
ii) A establecer reducciones en las tarifas generales para las entidades culturales que carezcan de finalidad lucrativa....	277
iii) Celebrar contratos generales con asociaciones de usuarios siempre que aquéllas lo soliciten.....	279
1.2.3 Mecanismos de resolución de conflictos.....	281
1.2.4 Los estatutos de las entidades de gestión de derechos.....	282
1.2.5 Los contratos suscritos con los autores.....	283
1.2.6 El control de las actividades de las entidades de gestión.....	286

1.2.7 Valoración de la regulación de las entidades de gestión.....	288
2. Análisis de los cambios en el sistema de gestión impuestos por la transposición de la DDASI.....	291
2.1 Análisis de la propuesta de modificación elaborada por el Gobierno anterior (Borrador).....	295
2.1.1 Definición de las obligaciones de las entidades de gestión.....	298
i) En relación con los asociados: el contrato de gestión.....	299
ii) En relación con los usuarios.....	301
2.1.2 Mecanismos de control.....	306
2.1.3 Sistema de resolución de controversias.....	307
i) Intervención de la Comisión de la Propiedad Intelectual para la fijación de las cantidades sustitutorias.....	308
ii) Intervención de la Comisión de la Propiedad Intelectual en relación con la aplicación de medidas de protección tecnológica de las obras.....	312
2.2 Análisis de los cambios propuestos por el Proyecto de reforma de la LPI.....	313
i) Copia privada.....	317
ii) Ilustración para la enseñanza.....	318
iii) Libre reproducción en determinadas instituciones.....	319
2.3 Análisis de la normativa comunitaria relacionada con el derecho de autor.....	321
2.3.1 Directiva 2004/48/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004.....	322
2.3.2 Nuevas propuestas comunitarias.....	326
2.3.3 Informe de la Comisión relativo a la gestión de derechos de autor y derechos conexos al derecho de autor por las entidades de gestión de derechos.....	327
i) La gestión individual de los derechos de autor.....	328
ii) La gestión colectiva del derecho de autor.....	328
iii) La gestión colectiva y el derecho de la competencia.....	330
2.3.4 Recomendación de la Comisión relativa a la gestión colectiva transfronteriza del derecho de autor y de los derechos vecinos en el ámbito de los servicios lícitos de música en línea	331
3. Valoración sobre la gestión de los derechos de autor.....	334
Parte V. Valoración y conclusiones.....	337
1. Estado actual.....	339
1.1 El monopolio absoluto del autor.....	343
2. El derecho de autor y la libertad del conocimiento.....	348
2.1 Los defensores de la cultura libre.....	348
2.2 El derecho de autor y el derecho de acceso a la cultura.....	351
2.3 El derecho de acceso a la cultura como referente.....	353
i) Regulación de la gestión colectiva del derecho de autor.....	356
ii) La actividad de los poderes públicos.....	356
iii) La participación de la sociedad civil.....	357
Conclusiones.....	358
Bibliografía.....	362

