

DOCTRINA Y OPINIONES

EL PAPEL DEL TEST DE LAS TRES ETAPAS EN LA ADAPTACIÓN DEL DERECHO DE AUTOR A LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN¹

Christophe Geiger^{*}

A pesar de lo que se haya dicho o escrito, las nuevas tecnologías de la información han transformado profundamente al derecho de autor, haciendo urgente su adaptación pues éste fue concebido en una época en que las actuales técnicas de comunicación no existían más que en las novelas de ficción. Se ha vuelto todavía más necesaria su modificación en vista de que la evolución tecnológica ha ido emparejada con la penetración de estos nuevos instrumentos en el cuerpo social². En efecto, el lugar que éstos ocupan en la vida cotidiana de cualquier ciudadano ha ido aumentando incesantemente, pues los emplea tanto para la diversión como para informarse o incluso como medios formativos (la cuestión de la enseñanza a larga distancia está cobrando una dimensión nueva con las posibilidades que ofrecen las redes). En consecuencia, el ciudadano común se siente cada vez más directamente concernido por los aspectos de la regulación de estas tecnologías y por el derecho de autor que tiene que ver con ellas y desea en lo sucesivo hacer valer su punto de vista en la materia.

Estas mutaciones “sociales” fueron concomitantes a un profundo cambio en los datos económicos. En efecto, la economía de lo inmaterial es con certeza el sector de actividad que ha experimentado el desarrollo más importante en los últimos años³. Algunos eminentes especialistas afirman sin dudar que el siglo XXI vendrá a consagrar la supremacía de la comunicación y la información en las ramas económicas más tradicionales⁴, y destacan

¹ Las opiniones expresadas en el presente estudio pertenecen al autor. Por tanto, no reflejan ni comprometen en nada la posición de la UNESCO o la de sus Estados miembros.

^{*} Doctor en Derecho, Jefe del departamento de Francia y de los países francófonos de África del Instituto Max Planck para el derecho de la propiedad intelectual; Responsable de enseñanza en la Universidad Ludwig-Maximilian de Munich.

² Ver particularmente sobre este tema A. Mattelard, *La communication-monde*, París, Ediciones la découverte, 1992.

³ Sobre la progresiva mutación de una economía industrial a una economía inmaterial y las implicaciones de este cambio, ver la interesantísima obra de D. Cohen, *Trois leçons sur la société post-industrielle*, París, Seuil, 2006.

⁴ Ver D. Foray, *L'économie de la connaissance*, París, La découverte, 2000. Ver claramente en este sentido igualmente el artículo del director general de la UNESCO K. Matsuura, *Le partage du savoir est un multiplicateur de croissance* : *Le Figaro*, 27 de septiembre de 2006, en el que estima « que el potencial de

regularmente el papel de lo que comúnmente denominamos las “industrias culturales” como un factor de desarrollo y de competitividad en el mundo globalizado. Y a todo esto, ¿qué dicen los autores? Desgraciadamente todavía ocupan “el lugar de los relegados”. En los debates sobre el futuro del derecho “de autor”, los autores en efecto se hacen escuchar muy poco, al menos comparados con otros grupos de interés, lo que quizá es muestra de un desinterés preocupante por las cuestiones en las que ellos son, en principio, los primeros interesados. Así, en tanto que las primeras leyes sobre el derecho de autor y las primeras convenciones internacionales estuvieron fuertemente influenciadas por la movilización de algunos escritores célebres, hoy en día ya no encontramos grandes autores que se comprometan en las causas del derecho de autor...

Como quiera que sea, la “revolución digital” ha hecho necesaria una reevaluación y adaptación de los contrapesos subyacentes de la materia para que pueda preservarse un justo equilibrio de los diferentes intereses concernidos. Apuntando a tal finalidad, se han tomado numerosas iniciativas. De entrada, a nivel internacional, la primera etapa consistió en reforzar las prerrogativas de los titulares de derechos, en adaptar los derechos patrimoniales al entorno digital y en asegurar una protección jurídica a las medidas técnicas de protección de las obras⁵. En efecto, frente a la dificultad de hacer respetar el derecho de autor en las redes, los titulares de derechos depositaron sus mayores esperanzas en las medidas tecnológicas de protección, a tal punto que algunos autores incluso anunciaron la sustitución de la protección del derecho de autor por la protección de la técnica⁶.

Por el contrario, el delicado tema de las “limitaciones y excepciones”⁷ fue diferido. En efecto, por una parte los tratados OMPI de 1996 no regularon la cuestión de la interacción entre las medidas técnicas y los límites al derecho de autor, no tomando en cuenta el hecho de que la técnica es “ciega” y no puede por tanto, respetar las medidas establecidas por la ley para mantener el equilibrio, dando como consecuencia, a partir de entonces, la posibilidad de impedir utilizaciones perfectamente legales⁸. Por otra parte, en lo que atañe a la adaptación del sistema de excepciones, el Tratado de la OMPI sobre derecho de autor se limita a indicar en su artículo 10, de manera imprecisa que “Las Partes Contratantes podrán prever, en sus legislaciones nacionales, limitaciones o excepciones impuestas a los derechos concedidos a los autores de obras literarias y artísticas en virtud del presente Tratado en ciertos casos

desarrollo de una sociedad en un futuro dependerá menos de sus riquezas naturales que de su capacidad de crear, difundir y utilizar el conocimiento ».

⁵ Ver los tratados OMPI del 20 de diciembre de 1996 : Tratado de la OMPI sobre derecho de autor (WCT) y el Tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas (WPPT), adoptados en Ginebra el 20 de diciembre de 1996.

⁶ T. Vinje, Should We Begin Digging Copyright's Grave?: *EIPR* 2000, p. 555; L. Lessig, *Code and other laws of cyberspace*, Nueva York, Basic books, 1999; P.B. Hugenholtz, Code as Code, Or the End of Intellectual Property as We Know It: *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 1999, Vol. 6, n° 3, p. 308.

⁷ Los tratados de la OMPI, el acuerdo sobre los ADPIC y la directiva del 22 de mayo de 2001 utilizan sistemáticamente ambos términos. En nuestra opinión, el término « limitaciones » nos parece sin embargo más apropiado que el de « excepciones » para describir la naturaleza jurídica de las utilizaciones permitidas por la ley. En efecto, los límites al derecho exclusivo no constituyen excepciones a una regla, sino que deben considerarse como la técnica a través de la cual la ley delimita el monopolio. Sin embargo, el término « excepción » se utiliza más comúnmente, por lo que nosotros continuaremos a emplearlo en lo sucesivo, habiendo hecho la aclaración de que la utilización del término en este contexto es con fines descriptivos y no respecto de su significación conceptual (Ver sobre esta cuestión a C. Geiger, De la nature juridique des limites au droit d'auteur : *Propr. intell.* 2004, n° 13, p. 887).

⁸ Sobre esta problemática, ver la excelente obra de S. Dusollier, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, Bruselas, Larcier, 2005, p. 152. Ver igualmente C. Geiger, *Droit d'auteur et droit du public à l'information, Approche de droit comparé*, París, Litec, 2004, n° 229.

especiales que no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.” Encontramos aquí lo que frecuentemente se denomina como el “*test* de las tres etapas.” Sin embargo, con la finalidad de evitar que los Estados no vieran reducido su margen de maniobra en cuanto a la adopción de nuevas excepciones para el entorno digital⁹, la adopción del *test* de las tres etapas se hizo conjuntamente con una declaración concertada, precisando expresamente que “las disposiciones del artículo 10 permiten a las Partes Contratantes aplicar y ampliar debidamente las limitaciones y excepciones al entorno digital, en sus legislaciones nacionales, tal como las hayan considerado aceptables en virtud del Convenio de Berna. Igualmente, deberá entenderse que estas disposiciones permiten a las Partes Contratantes establecer nuevas excepciones y limitaciones que resulten adecuadas al entorno de red digital.” Por tanto, claramente los signatarios trataron de evitar darle demasiada importancia al *test* de las tres etapas y tampoco quisieron darle un alcance muy restrictivo, reservándose a través de un texto vago, la posibilidad de diferir la espinosa cuestión de la regulación de las excepciones en el entorno digital a un momento ulterior.

Por otra parte, la referencia al *test* de las tres etapas en los tratados internacionales no era nueva. En efecto, es necesario recordar que el *test* de las tres etapas apareció por primera vez en 1967 con ocasión de la conferencia de Estocolmo que tenía por objeto la revisión del Convenio de Berna, cuyo fin principal era la consagración a nivel internacional del derecho de reproducción, ausente con anterioridad a este convenio en tanto que jugaba un papel primordial en numerosos derechos nacionales¹⁰ (artículo 9.1). En vista de que diversos países ya manejaban un cierto número de excepciones para el derecho de reproducción en su derecho nacional y no deseaban modificar su ley, se agregó un segundo párrafo al artículo 9, que contenía un criterio bastante vago y general que permitía a los países miembros prever excepciones al derecho recientemente consagrado. Se trató entonces de una transacción, suficientemente flexible como para poder abarcar todas las excepciones contenidas en las legislaciones de los países signatarios, sea que estuvieran contenidas en una lista enumerativa o bajo la forma de una cláusula general del tipo *fair use* o de una excepción de *fair dealing*¹¹.

Y fue justamente esta solución flexible y poco restrictiva lo que hizo atractivo al *test* de las tres etapas a la hora de la negociación de acuerdos posteriores sobre propiedad intelectual, ya que ésta permitía la regulación de la cuestión extremadamente delicada de las excepciones a los derechos exclusivos al remitir a un artículo de alcance general que podía adecuarse tanto a los países de tradición continental como a los países del *common law*. Así, el *test* fue retomado en el Acuerdo sobre los ADPIC¹² en 1994 y extendido al resto de los derechos patrimoniales (artículo 13). Debido al carácter consensual de este instrumento jurídico, diferentes tipos de “*test* en tres etapas” (su formulación difiere a veces un poco) fueron

⁹ Ver en este sentido a M. Senftleben, en: T. Dreier/ P.B. Hugenholtz (ed.), *Concise European Copyright Law*, Kluwer Law International, 2006, WCT, art. 10, n° 6.

¹⁰ Para un recuento detallado ver M. Senftleben, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test*, La Haya, Kluwer, 2004, p. 43-98.

¹¹ Ver en este sentido a S. Ricketson, *International Conventions and Treaties*, en : L. Baulch, M. Green y M. Wyburn (ed.), *Journées d'Étude de l'ALAI - Les Frontières du Droit d'Auteur : Ses limites et Exceptions*, Actas del Congreso de la ALAI 1998, Sydney, Consejo Australiano del Derecho de Autor, 1999, p. 10 *seq.*

¹² Acuerdo de la OMC de 1994 sobre los ADPIC (Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (instituyendo la Organización Mundial de Comercio (OMC) e incluyendo el GATT de 1994), anexo 1(C), firmado en Marrakech el 15 de abril de 1994.

además igualmente consagrados sin grandes debates en este acuerdo en materia de marcas (art. 17), de diseños y modelos (art. 26 (2) y de patentes (art. 30). Un cambio ligero, pero en opinión nuestra, no insignificante, es que la tercera etapa del *test*, versión ADPIC, prevé la protección de los intereses legítimos del “que detenta el derecho”, y no del autor como en el Convenio de Berna, lo que marca un deslizamiento progresivo de una protección del autor hacia una protección de quien realiza la explotación, misma persona a quien se hace referencia indirecta en el segundo criterio de no afectación a la explotación normal de la obra.

En razón del carácter consensual de este instrumento jurídico, no resulta sorprendente que la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información¹³ (en lo sucesivo “la directiva”), teniendo como objetivo la transposición de los tratados de la OMPI al derecho comunitario, haya retomado el *test* de las tres etapas en su artículo 5.5, modificando ligeramente la redacción¹⁴. Los legisladores de algunos países vieron en ello una invitación para la transposición del triple *test* al derecho interno y lo integraron en su legislación al momento de la transposición de la directiva¹⁵. Es lo que hizo China aprovechando una reforma reciente de su legislación¹⁶. Estos pequeños cambios de la redacción del *test* y su integración en el orden jurídico comunitario modificaron, no obstante, profundamente su alcance porque de allí en adelante parecería que el juez nacional tiene la posibilidad, incluso la obligación, de echar mano del *test* en el caso de que se aleguen excepciones en el marco de un litigio¹⁷. Volveremos más tarde a este punto. No obstante, ya desde ahora podemos observar que en el caso que se comenta, ya no sería únicamente el legislador quien vería ceñida su libertad para adaptar las excepciones al derecho de autor en atención a la regla basada en el contenido impreciso del *test* de las tres etapas, sino también el juez podría ver su margen de maniobra en este tema considerablemente disminuido.

Consecuentemente, es factible hacerse una pregunta un tanto provocativa: ¿existe todavía, a nivel nacional, libertad en torno a la adaptación necesaria del sistema de los límites al derecho de autor, o el dispositivo está en lo sucesivo condenado a un preocupante *statu quo*? El objeto de este artículo es el de analizar cuál es el margen de maniobra que deja el *test* de las tres etapas al legislador y al juez. En esta tesitura, examinaremos de manera sucesiva si el *test* de las tres etapas puede constituir un freno a la adaptación legislativa (I), y judicial (II) del derecho de autor al entorno digital.

¹³ JOCE 22 de junio de 2001, L-167, p. 10.

¹⁴ Sobre esto ver más abajo.

¹⁵ Ver más adelante.

¹⁶ Artículo 21 de la ley de 14 de agosto de 2002: “Unauthorized use of published works permitted by the relative provisions in the Copyright Act, shall not conflict normal exploitation of the work, and unreasonably prejudice the legitimate interests of the right holder”). Se trata entonces más bien de un «doble test» porque el test chino no contempla la primera etapa.

¹⁷ Para un mayor desarrollo de esta cuestión, ver. C. Geiger, From Berne to National Law, via the Copyright Directive: The Dangerous Mutations of the Three-Step Test (por aparecer en la revista EIPR en 2007). Algunos pasajes de la presente contribución se tomaron de tal artículo.

I. El *test* de las tres etapas...¿Un freno a la adaptación legislativa del derecho de autor a la sociedad de la información?

La pregunta puede parecer sorprendente si uno hace memoria sobre la historia de la adopción del *test* de las tres etapas en el curso del proceso de elaboración de los diferentes tratados. Hemos visto en efecto que los Estados signatarios no quisieron conferirle un alcance muy amplio con el fin de no restringir su libertad en cuanto a la adopción de nuevas excepciones futuras. Además, signo de una cierta indiferencia respecto de este instrumento jurídico, es que el mencionado *test* no suscita de inmediato gran atención por parte de la doctrina y por mucho tiempo permanece un tema poco estudiado. Sin embargo, las cosas cambiarán cuando el Grupo especial de la OMC condena a los Estados Unidos por haber adoptado una ley en contravención al artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC, dando una señal al resto del mundo sobre la seriedad conferida al *test* de las tres etapas y en el sentido de que los Estados en lo sucesivo ya no eran libres para hacer lo que quisieran en materia de excepciones.

1. La libertad del legislador reducida por el triple *test*

En una decisión del 25 de junio de 2000¹⁸, el grupo especial de la OMC, accionado por la Unión europea, va a estimar que una excepción adoptada por el legislador americano, que exoneraba del pago absoluto de regalías, por concepto de derechos de autor, a los establecimientos comerciales difusores de música como bares o restaurantes¹⁹, contravenía al *test* de las tres etapas del Acuerdo sobre los ADPIC²⁰. Por primera vez, el Grupo especial va a aportar una definición de las diferentes condiciones establecidas por el *test*, cuyo contenido había permanecido bastante vago hasta entonces. Enseguida la doctrina va a proponer otras interpretaciones a causa de numerosos aspectos oscuros que subsistían respecto del alcance exacto de las diferentes etapas del *test*. No tratamos aquí de retomar en detalle la decisión del Grupo especial, ya analizada en incontables ocasiones, ni de presentar un estudio a profundidad sobre el contenido del *test* de las tres etapas, preferimos remitir a los brillantes

¹⁸ Reporte del Grupo Especial del 15 de junio de 2000, Estados Unidos- Artículo 110 (5) de la ley americana sobre el derecho de autor, WT/DS160/R.

¹⁹ 17 U.S.C. § 100 (5), tal como fue modificado por una ley de 1998 (*Fairness in Music Licensing Act*).

²⁰ A propósito de esta decisión ver particularmente a Y. Gaubiac, *Les exceptions au droit d'auteur : un nouvel avenir ?*: *Comm. com. électr.* Junio de 2001, p. 12 (ver igualmente del mismo autor : *Propr. intell.* 2002, n° 2, p. 17); J. C. Ginsburg, *Vers un droit d'auteur supranational? La décision du groupe spécial de l'OMC et les trois conditions cumulatives que doivent remplir les exceptions au droit d'auteur* : *RIDA* 2001, n° 187, p. 2 ; A. Lucas, *Le « triple test » de l'article 13 de l'accord sur les ADPIC à la lumière du rapport du Groupe spécial de l'OMC « Etats-Unis -Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur »*, in: P. Ganea, C. Heath, G. Schricker (ed.), *Urheberrecht, Gestern- Heute- Morgen, Mélanges A. Dietz*, Munich, Beck, 2001, p. 423 ; B. C. Goldmann, *Victory for Songwriters in WTO Music-Royalties Dispute Between US and EU- Background of the Conflict Over the Extension of Copyright Homestyle Exemption* : *IIC* 2001, p. 412 ; M. Ficsor, *Combien de quoi? Les 'trois conditions cumulatives' et leur application dans deux affaires récentes de règlement de différends dans le cadre de l'OMC* : *RIDA* 2002, n° 192, p. 111 ; D. J. Brennan, *The Three-Step Test Frenzy-Why the TRIPS Panel Decision might be considered Per Incuriam*: *IPQ* 2002, n° 2, p. 212 ; P. B. Hugenholtz, *De wettelijke beperkingen beperkt. De WTO geeft de driestappentoes tanden*: *AMI* 2000, p. 10; J. Oliver, *Copyright in the WTO: The Panel Decision on the Three-Step Test: Columbia Journal of Law & the Arts* 2002, Vol. 25, n° 2/3, p. 119 ; M. Clément-Fontaine, in : *Les grands arrêts des la propriété intellectuelle* (bajo. la dir. de M. Vivant), París, Dalloz, 2004, p. 169. Ver igualmente más recientemente a M. Senftleben, *Towards a Horizontal Standard for Limiting Intellectual Property Rights? WTO Panel Reports Shed Light on the Three-Step Test in Copyright Law and Related Tests in Patent and Trademark Law*: *IIC* 2006, n° 4, p. 407.

trabajos que ya existen sobre este punto²¹. Nosotros intentaremos únicamente exponer de qué manera la libertad del legislador nacional se podría ver limitada.

Revisemos rápidamente la primera etapa del *test*, a saber la exigencia de “ciertos casos especiales”. Según el Grupo especial, la condición implica de entrada que una “excepción o limitación prevista en la legislación nacional debe estar claramente definida” (lo que corresponde a la exigencia de “un cierto caso”) y enseguida que ésta tiene “una aplicación o un fin particular o limitado” (lo que corresponde a la exigencia de un caso “especial”). En tanto que el Grupo especial hace una apreciación cuantitativa del criterio, exigiendo una restricción cuantitativa de las utilizaciones permitidas²², otros comentaristas han propuesto una apreciación cualitativa, tomando en cuenta la justificación de la excepción y el interés público subyacente²³. No tratamos de zanjar el debate, aun si nos parece evidente que la función de la excepción siempre debería tomarse en cuenta debido a que ésta puede encontrar su origen en los textos relativos a los derechos fundamentales a los que los Estados signatarios se encuentran igualmente vinculados²⁴. Nosotros nos contentaremos con destacar que el primer criterio exige que la excepción permita determinar en general cuáles son los usos comprendidos por el texto. Como lo subraya un autor, “una disposición demasiado vaga que no permita anticipar cuál será su futuro campo de aplicación, no sería admisible”²⁵. En los países de tradición continental, cuya legislación contiene una lista limitativa de excepciones, esta cuestión en realidad no se presenta. Los casos limitativamente enumerados permiten en general prever, en cierta medida, el campo de la excepción y la condición podría satisfacerse sin mayor dificultad. Por el contrario, en los países del *common law*, que contienen un régimen llamado “abierto” con excepciones a la luz de una cláusula del tipo *fair use* o *fair dealing*, esa condición sí podría representar un problema.

Con esto en mente, un número de autores se plantearon la pregunta sobre si la excepción de *fair use* era realmente compatible con la exigencia de un caso especial, algunos incluso se pronunciaron (con frecuencia con argumentos serios) en un sentido negativo²⁶. Sin embargo, desde nuestro punto de vista, la historia del *test* de las tres etapas permite rechazar tal conclusión. Además, no hay que olvidar que la formulación definitiva del *test* con ocasión de la conferencia de Estocolmo fue propuesta por el Reino Unido a quien es familiar la excepción del *fair dealing*. De igual forma, los Estados Unidos no tuvieron que modificar su legislación al momento de su adhesión al Convenio de Berna en 1989. La tesis según la cual la excepción del *fair use* violaría la primera etapa del *test* nos parece entonces desmentida por el contexto diplomático de la adopción de este instrumento jurídico²⁷, que adicionalmente

²¹ Ver especialmente la excelente obra de M. Senftleben (*preced.* nota 10), así como del mismo autor : Grundprobleme des Dreistufentests : *GRUR Int.* 2004, p. 200.

²² § 6.108 y sig. del reporte del Grupo especial.

²³ Ver particularmente a M. Senftleben (*preced.* nota 10), p. 138 *seq.* ; M. Ficsor (*preced.* nota 20), p. 132 ; S. Ricketson, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works : 1886-1986*, Kluwer, 1987, p. 482, según el cual el término ‘especial’ significa que “la excepción debe estar justificada por una razón clara de política general pública o por otra circunstancia excepcional”.

²⁴ Para una reflexión en este sentido ver de manera más general a C. Geiger, « Constitutionalising » Intellectual Property Law ? The Influence of Fundamental Rights on Intellectual Property in the European Union: *IIC* 2006, p. 371.

²⁵ S. Dusollier, L'encadrement des exceptions au droit d'auteur par le test des trois étapes : *I.R.D.I.* 2005, p. 218.

²⁶ Ver a título de ejemplo a H. Cohen-Jehoram, Restrictions on Copyright and Their Abuse : *EIPR* 2005, p. 359.

²⁷ Ver en este sentido a M. Senftleben (*preced.* nota 10), p. 163 et 168, así como del mismo autor: Die Bedeutung der Schranken des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft und ihre Begrenzung durch den Dreistufentest, in: R.M.Hilty/A.Peukert (éd.), *Interessenausgleich im Urheberrecht*, Baden-Baden, Nomos,

puede uno encontrar en los artículos 1705(5) y 1706(3) del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) de 1994. Asimismo, no hay que olvidar que los Estados Unidos fueron los principales promotores del Acuerdo sobre los ADPIC. Es poco probable que su intención haya sido la de adoptar (en numerosas ocasiones debido a que la fórmula se retomó enseguida en 1996 en los tratados de la OMPI²⁸) una disposición que contrariara radicalmente su tradición jurídica. No obstante, es obligado reconocer que la cuestión no ha sido totalmente resuelta a la fecha. Si en un futuro, un país europeo con una lista limitativa de excepciones decidiera introducir mayor flexibilidad en su sistema para asegurar una mejor adaptabilidad a los cambios técnicos y sociales, ¿correría el riesgo de que se le reprochara una violación a sus compromisos internacionales?

Sin embargo, la condición que parece plantear verdaderamente un problema, en vista de que tiene el potencial de restringir considerablemente la libertad del legislador nacional, es la de no afectación a la explotación normal de la obra. ¿Qué debe entenderse por “explotación normal”? Es forzoso reconocer que ni los diferentes tratados, ni la directiva esclarecen este punto y que la interpretación de esta noción está lejos de ser clara. Sobre este aspecto, se hace frecuentemente referencia al reporte del Grupo especial de la OMC en el que éste estimó que el criterio de la explotación normal implica la consideración de las formas de explotación que generan en la actualidad un ingreso para el autor así como las que, con toda probabilidad, son susceptibles de revestir una importancia en el futuro²⁹. Esta interpretación implica un número importante de supuestos peligrosos. Por una parte, podría imponer un *statu quo* e impedir toda extensión de las excepciones a situaciones nuevas no previstas textualmente, pero que podrían entenderse en razón del espíritu del texto. Por otra parte, la referencia a explotaciones futuras corre el riesgo de paralizar las excepciones cada vez que una evolución técnica permita el control de ciertas utilidades no controlables con anterioridad, dando como consecuencia la posibilidad de creación de nuevas posibilidades de explotación³⁰. En el contexto de un control de las utilidades por parte del titular del derecho a través de medidas técnicas, esto podría incluso llegar a significar la desaparición de los límites en el entorno digital³¹.

De todas maneras no es en lo absoluto seguro que esta interpretación pudiera retomarse bajo el contexto del Convenio de Berna, los tratados de la OMPI de 1996 y del artículo 5.5 de la directiva. En efecto, la interpretación del Grupo especial era respecto del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC, que retoma el *test* de las tres etapas en el contexto de un acuerdo que responde ante todo a una lógica económica. La dimensión sociocultural del derecho de autor, muy presente en Europa, debería conducir, al menos en el contexto de la directiva, a un enfoque más normativo de la segunda etapa, tomando en cuenta principalmente los objetivos

2004, p. 177. V. sobre este punto igualmente la intervención de J. Griffiths, “The ‘Three-Step Test’ – its Relationship with the Common Law concepts of ‘Fairness’ and ‘Public Interest’”, con la ocasión de un taller sobre el tema: “Rethinking the Three-Step Test”, organizado conjuntamente con el Instituto Max Planck para el derecho de la propiedad intelectual y la Universidad Queen Mary de Londres, París, ULIP, 16 de febrero de 2007.

²⁸ Ver los informes analíticos de la Comisión principal I de la negociación del Tratado de la OMPI (CRNR/DC/102, n° 488), de donde se desprende con mucha claridad que la excepción general de “fair use”, a pesar de tener una aplicación muy amplia, no se tuvo la intención de prohibirla.

²⁹ Reporte del Grupo especial de 15 de junio de 2000 (*preced.* nota 18), § 6.180.

³⁰ En este sentido igualmente M. Buydens y S. Dusollier, *Les exceptions au droit d’auteur : évolutions dangereuses : Comm. com. électr.* sept. 2001, p. 13 ; J. C. Ginsburg (*preced.* nota 20), p. 48, subraya el riesgo de que « las utilidades tradicionalmente libres, tales como aquellas para fines de enseñanza o parodia, sean consideradas como explotaciones normales, y que los detentores de derechos logren poner en marcha un sistema de percepción rentable ».

³¹ Ver igualmente en este sentido a M. Buydens y S. Dusollier (*preced.* nota 30), p. 12. Para un desarrollo más amplio, ver C. Geiger (*preced.* nota 8), n° 418 y sig.

de la política cultural fijados por los Estados miembros³². Puesto que en caso contrario, esto vendría prácticamente a dejar sin margen de maniobra a los legisladores nacionales en cuanto a la puesta en marcha de nuevos límites en el futuro, principalmente con el fin de adaptar el dispositivo a una nueva evolución técnica o social³³. Además el Grupo especial de la OMC admitió expresamente este enfoque normativo en el marco de la interpretación del artículo 30 del Acuerdo sobre los ADPIC, que prevé igualmente un *test* de tres etapas para las limitaciones al derecho de las patentes³⁴. Conforme a este reporte, al que rara vez se hace referencia en un debate sobre la comprensión de las diferentes etapas del *test*, una explotación debe considerarse normal principalmente cuando ésta sea “esencial para la realización de los objetivos de la política del derecho de las patentes”³⁵. La fórmula sigue siendo ciertamente bastante vaga pero parece implicar claramente la posibilidad del legislador de tomar en cuenta elementos normativos y por tanto, no verse limitado a un enfoque estrictamente económico.

Desde nuestro punto de vista, conviene ir más lejos y adoptar desde luego, además de un enfoque normativo, una concepción extremadamente restrictiva de la noción de explotación normal de la obra para evitar que el legislador y el juez no vean su margen de maniobra reducido a la nada. Tales interpretaciones ya han sido propuestas. Según Martin Senftleben, un conflicto con la explotación normal no debería surgir más que si “el autor se ve privado de un mercado actual o potencial de una importancia económica y práctica considerable”³⁶. La noción de explotación normal no cubriría entonces, como lo subraya justamente Séverine Dusollier, más que “las avenidas principales de explotación de la obra, siendo las que aportan al autor sus mayores fuentes de ingresos”³⁷. Dicho esto, el problema es que aun adoptando un enfoque restrictivo e integrando una dimensión normativa, el enfoque seguirá siendo ante todo económico y desde el punto de vista del que realiza la explotación.

De igual forma, el pago de una remuneración equitativa pagada en contraprestación de la utilización en el caso de una licencia legal, no podrá tomarse en cuenta en ese estadio³⁸. Al menos es lo que parece desprenderse con claridad de los trabajos preparatorios que condujeron a la inclusión del artículo 9(2) en el Convenio de Berna³⁹, a pesar de que uno puede observar que en una decisión del 25 de febrero de 1999⁴⁰, la Corte Federal alemana

³² Para un enfoque normativo de la segunda etapa ver también a J. C. Ginsburg (*preced.* nota 20), p. 23.

³³ Tal lectura sería claramente incompatible con el espíritu del *test* de las tres etapas del tratado de la OMPI de 1996 (artículo 10), tal cual se manifiesta en la Declaración Concertada que evocamos anteriormente.

³⁴ Art. 30 ADPIC : “Los Miembros podrán prever excepciones limitadas de los derechos exclusivos conferidos por una patente, a condición de que tales excepciones no atenten de manera injustificable contra la explotación normal de la patente ni causen un perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular de la patente, teniendo en cuenta los intereses legítimos de terceros.” La redacción de la segunda etapa es, ciertamente, un poco diferente y permite entender que la afectación a la explotación normal de la obra puede estar justificada lo que permite un enfoque normativo a partir de la segunda etapa. El artículo 30 permite así una aplicación menos rígida del *test*.

³⁵ Reporte del Grupo especial de la OMC del 17 de marzo de 2000 (WT/DS114/R), n° 7.58. Acerca de este reporte ver el muy interesante artículo de M. Senftleben (*preced.* nota 20). Ver también la intervención de este autor sobre los diferentes reportes del Grupo Especial de la OMC con la ocasión de la discusión del tema “Rethinking the Three-Step Test”, organizado conjuntamente con el Instituto Max Planck para el derecho de la propiedad intelectual y la Universidad Queen Mary de Londres, París ULIP, el 16 febrero de 2007.

³⁶ M. Senftleben (*preced.* nota 10), p. 193.

³⁷ S. Dusollier (*preced.* nota 25), p. 220. Agregando además que “un razonamiento contrario conduciría a que las excepciones perdieran todo sentido y desaparecieran poco a poco”.

³⁸ Remuneración que no debería en principio ser tomada en cuenta que más que a la hora de practicar el examen de la tercera etapa del *test*.

³⁹ Ver M. Senftleben (*preced.* nota 10), p. 130.

⁴⁰ BGH, 25 de febrero de 1999, JZ 1999, p. 1000, “servicio de envío de copias”.

estimó que el pago de una remuneración equitativa impedía que se causara un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor y afectara la explotación normal de la obra, mezclando así la segunda y tercera etapas del *test*. Los jueces de la Alta Corte alemana parecen entonces considerar que el pago de una remuneración equitativa como contrapartida de una utilización exenta debía ser tomada igualmente en cuenta al momento de analizar la segunda etapa del *test*. Esta interesante lectura, colmada de sentido común, no es unánime. Esto no es sorprendente en la medida que el *test* de las tres etapas puede considerarse como un instrumento de preservación del carácter exclusivo del derecho de autor. Sin embargo, tal como lo han destacado eminentes autores, las remuneraciones previstas en razón de una licencia legal, con frecuencia repartidas a igual título entre los autores y los realizadores de la explotación⁴¹, pueden, en ciertos casos, ser más interesantes financieramente hablando, que las remuneraciones obtenidas por el autor por la explotación de su derecho exclusivo⁴². Además, la Corte federal alemana, lo admitió expresamente en una decisión muy notable del 11 de julio de 2002⁴³. Visto bajo este ángulo, es posible estimar que un incremento del número de excepciones –combinado con la obligación de pagar una remuneración equitativa– favorecería los intereses del autor⁴⁴. Si es verdaderamente el autor el que está al centro del dispositivo, como lo es indiscutiblemente en el caso del Convenio de Berna y el tratado de la OMPI, nos parece que esta visión de las cosas debería tomarse muy seriamente en cuenta a la hora de la interpretación de la segunda etapa.

La cuestión decisiva es entonces en definitiva la de saber cuál es la perspectiva a tomarse en cuenta. ¿El *test* de las tres etapas tiene por objeto ante todo proteger los intereses de los autores? ¿O bien los de los titulares de derechos? ¿O apunta a encontrar un justo equilibrio de los intereses concernidos? En función de la respuesta a esta pregunta, la lectura del *test* deberá realizarse de forma diferente. Además, debe notarse que la tercera etapa del *test* está formulada de manera diferente en los distintos textos. En efecto, en tanto que en el Convenio de Berna y el Tratado de la OMPI, las excepciones y limitaciones no deben causar “un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor”, el Acuerdo sobre los ADPIC y la directiva prevén los “intereses legítimos del titular del derecho”.

La cuestión está lejos de ser exclusivamente teórica. Sabemos que para hacer frente a un problema económico planteado por el intercambio de archivos a través de los programas “peer-to-peer”, un número importante de autores propusieron la creación de una licencia no voluntaria que permitiera la legalización de estas prácticas mediante el pago de una remuneración⁴⁵. Por cierto, esta solución fue seriamente considerada en Francia durante los

⁴¹ A manera de ejemplo, en Francia se da tal caso de la remuneración por copia privada (art. L. 311-7 CPI), pero igualmente en parte para la remuneración resultante de la licencia legal en razón del préstamo público de las obras (art.133-4 1° CPI), introducida por la ley de 18 de junio 2003.

⁴² A. Dietz, Continuation of the Levy System for Private Copying also in the Digital Era in Germany : *A&M* 2003, p. 348; R.M. Hilty, La transposition de la directive sur le droit d’auteur et les droits voisins dans la société de l’information, *Analyse critique et prospective: Propr. intell.* 2005, n° 15, p. 142 *seq.*, así como del mismo autor: *Verbotsrecht vs. Vergütungsanspruch: Suche nach Konsequenzen der tripolaren Interessenlage im Urheberrecht*, in: A. Ohly, T. Bodewig, T. Dreier, H.-P. Götting, M. Haedicke, M. Lehmann (ed.), *Festschrift für G. Schrickler*, Munich, Beck, 2005, p. 325 *seq.*

⁴³ BGH, 11 de julio de 2002, « *Revue de presse électroniques* », *JZ* 2003, p. 473, nota T. Dreier.

⁴⁴ Ver en este sentido el interesantísimo artículo de K. Gaita y A. F. Christie, Principle or Compromise ? Understanding the Original Thinking behind Statutory License and Levy Schemes for Private Copying : *IPQ* 2004, p. 426. Ver también a C. Geiger, Les exceptions au droit d’auteur en France (análisis crítico y prospectivo), in : C. Geiger, M. Bouyssi-Ruch, R.M. Hilty (bajo la dir. de), *Perspectives d’harmonisation du droit d’auteur en Europe*, París, Litec, 2007 (por aparecer).

⁴⁵ Ver especialmente a N. W. Netanel, Impose a Noncommercial Use Levy to All Free Peer-to-peer File Sharing: *Harvard J. of Law & Technology* 2003, p. 19; W. W. Fischer, *Promises to keep, Technology, Law*

trabajos parlamentarios que condujeron a la ley del 1^{ero}. de agosto de 2006⁴⁶. En efecto, los diputados franceses incluso habían adoptado una enmienda en este sentido el 21 de diciembre de 2005, de la que se dijo demasiado rápido que había legalizado el “peer to peer”⁴⁷, misma que sin embargo éstos volvieron a revisar con posterioridad. Ahora bien, tales soluciones parecían difícilmente compatibles con la segunda etapa, aun con la adopción de una concepción restrictiva de la noción de “explotación normal”⁴⁸. Tal solución en efecto entorpecería directamente el mercado principal de la explotación en línea de las obras y violaría entonces el *test* de las tres etapas⁴⁹. Pero el problema se planteó en general para todas las enmiendas que apuntaban a la extensión del campo de las licencias legales en el futuro, mismas que serían enmarcadas desde entonces a casos excepcionales. Ahora bien, la licencia legal puede ser, en ciertos casos, una transacción interesante para garantizar un equilibrio entre los diferentes intereses⁵⁰. El autor pierde su derecho de prohibir, pero no su derecho a percibir una remuneración justa. Esta remuneración puede ser repartida de igual manera entre el autor y el que realiza la explotación. De esta forma, la licencia legal puede igualmente permitir, a la par que el derecho contractual de autor, la protección del autor frente al que realiza la explotación. Por lo tanto, sería inexacto presentar a las licencias legales como un mecanismo que favorece únicamente a los intereses de los usuarios. No obstante, es forzoso reconocer que el *test* de las tres etapas, y principalmente su segunda etapa, parece ser un obstáculo a las nuevas soluciones concebidas sobre el modelo de la licencia legal, fuera de los casos ya previstos por los textos internacionales⁵¹. Lo que nos conduce desde luego a explorar las pistas que aportan otras construcciones teóricas con efectos similares, particularmente la de la gestión colectiva obligatoria.

and the Future of Entertainment, Stanford, Stanford University Press, 2004, p. 199-251; L. Lessig, *The Future of Ideas*, Nueva York, Random House, 2001, p. 254 *seq.*

⁴⁶ Ver en este tema a C. Geiger, *La loi du 1^{er} août 2006, une adaptation du droit d’auteur aux besoins de la société de l’information ?* : *RLDI* 2007, n° 25, p. 67 (versión inglesa por aparecer en *IIC* 2007, n° 4).

⁴⁷ No regulaba más que la cuestión del « download » de un archivo, lo cual podría considerarse que de cualquier forma estaría cubierto por la excepción de la copia privada. El texto de la reforma fue votado el 21 de diciembre de 2005 fue al final el siguiente: « Asimismo, el autor no puede prohibir las reproducciones efectuadas sobre cualquier soporte a partir de un servicio de comunicación en línea por una persona física para su uso privado y para fines no directa o indirectamente comerciales, con la excepción de las copias diferentes a la de salvaguarda de un programa de cómputo, con la condición de que estas reproducciones sean objeto de una remuneración como la que está prevista en el artículo L. 311-4 ». Para el acto del « upload », sobre el que los parlamentarios no se pronunciaron, no se previó no obstante, una licencia legal sino un sistema de gestión colectiva obligatoria, más fácilmente compatible con el *test* de las tres etapas (ver al respecto *infra* I. 2.). Ver sobre este punto el interesantísimo estudio de C. Bernault y A. Lebois, *Peer-to-peer et propriété littéraire et artistique*, (bajo la dir. de A. Lucas), Nantes, junio de 2005 ; L. Thoumyre, *La licence globale optionnelle : un pare-feu contre les bugs de la répression* : *RLDI* 2006, n° 15, p. 80.

⁴⁸ Ver en este sentido a A. Peukert, *International Copyright Law and Proposals for Non-Voluntary Licences regarding P2P File sharing*, in: F.W. Grosheide & J.J. Brinkhof (ed.), *Intellectual Property Law 2004*, Antwerpen/ Oxford, Intersentia, 2005, 439 *sq.*; P. Runge, *Die Vereinbarkeit einer Content-Flatrate für Musik mit dem Drei-Stufen-Test*: *GRUR Int.* 2007, p. 130.

⁴⁹ Ver sin embargo el interesantísimo artículo de A. Peukert, *A Bipolar Copyright System for the Digital Network Environment* : *Hastings Communications and Entertainment Law Journal* 2005, n° 28, p. 1 *seq.* Según este autor, la solución podría ser compatible con el *test* de las tres etapas, con la condición de que el autor goce de la opción de administrar individualmente la explotación de sus obras a través de las medidas técnicas y en este caso no participar en los beneficios generados por la licencia legal.

⁵⁰ Para un desarrollo más amplio en este sentido ver a C. Geiger (*preced.* nota 8), n° 366-380.

⁵¹ Ver más adelante.

2. Una solución: ¿recurrir a la gestión colectiva obligatoria?

De entrada, debe subrayarse que ninguno de los tratados evocados precedentemente regula expresamente la cuestión de la gestión colectiva obligatoria. Prevén únicamente, tal como vimos, que toda restricción al derecho exclusivo debe ser conforme al *test* de las tres etapas. Adicionalmente, las convenciones internacionales fijan las condiciones de puesta en marcha de las licencias no voluntarias. Algunas disposiciones tienen, en efecto, el objetivo de permitir a los países miembros la introducción de algunas licencias no voluntarias para beneficio de algunos grupos de usuarios, particularmente los organismos de radiodifusión. Estas condiciones están enunciadas por el artículo 11*bis* del Convenio de Berna, al que reenvía el Acuerdo sobre los ADPIC (artículo 9(1) y el tratado OMPI sobre el derecho de autor (artículo 1 (4)). La hipótesis es entonces la sustitución del derecho exclusivo por un derecho a una remuneración equitativa. Entonces, se sitúa uno nuevamente en el terreno de una restricción al derecho exclusivo, en virtud de que la utilización está autorizada por la ley⁵².

La cuestión decisiva que se plantea ahora es la de determinar si la sumisión del derecho exclusivo a la gestión colectiva obligatoria es incompatible con el derecho internacional, en vista de que constituye una restricción al derecho exclusivo, una limitación o una excepción al derecho de autor. No conviene aquí volver sobre los problemas de terminología, pues son numerosas en la doctrina las diferentes interpretaciones de los términos “limitación” o “excepción”⁵³. Como ya lo señalamos anteriormente⁵⁴, el Acuerdo sobre los ADPIC, los tratados de la OMPI y la directiva, utilizan indistintamente ambos términos. No obstante, una cosa es segura: una limitación o excepción afecta la existencia del derecho exclusivo, porque el autor pierde el control de la utilización en cuestión. La utilización se sustrae a su derecho exclusivo, poco importa si percibe o no una remuneración.

Cuando está prevista una remuneración, nos situamos en el caso frecuentemente denominado de la “licencia legal”, a pesar de que esta terminología se puede prestar un poco a confusión. En efecto, el término “licencia” parece implicar que la utilización entra dentro del perímetro del derecho, pero que la autorización no la proporciona el autor sino la ley. No obstante, no es el caso, pues la utilización se ubica fuera del campo de la exclusividad. Desde nuestro punto de vista sería más exacto hablar de una “excepción con remuneración” o incluso de un “derecho a la remuneración”. Ahora bien, la gestión colectiva obligatoria no apunta a la existencia del derecho exclusivo, que permanece intacto y no está a discusión. Su intención es

⁵² Ver sin embargo a M. Ficsor, *La gestion collective du droit d’auteur et des droits voisins à la croisée des chemins : doit-elle rester volontaire, peut-elle être « étendue » ou rendue obligatoire ?* : *e-Boletín de derecho de autor*, octubre – diciembre de 2003, p. 4, según el cual la gestión colectiva obligatoria también estaría prevista por estas disposiciones, considerando que ésta constituye una restricción al derecho exclusivo. Ver en este sentido igualmente a P. Sirinelli, *Logiques de concurrence et droit d’auteur*, Contribution lors du séminaire « Peer-to-Peer : droit d’auteur et droit de la concurrence », reproducido en : *RLDC* abril/junio 2007, n° 11, p. 185, que estima, apoyándose en un estudio dirigido por M. Ficsor para la OMPI (M. Ficsor, *Gestion collective du droit d’auteur et des droits voisins*, Reporte preparado por la oficina internacional de la OMPI : *Droit d’auteur* 1989, p. 327 *seq.*, especialmente. n° 261 del reporte), que una gestión colectiva no puede imponerse más que en los casos en que sea posible la instauración de licencias no voluntarias. Un análisis de la historia del artículo 11*bis* al. 2 del Convenio de Berna parece sin embargo indicar que este artículo no contempla más que las restricciones aportadas a los derechos exclusivos *en beneficio de los usuarios* (licencia no voluntaria). La gestión colectiva obligatoria no concierne los reportes de autores-usuarios, por lo tanto no estaría contemplada por este artículo (ver en este sentido a S. v. Lewinski, *La gestion collective obligatoire des droits exclusifs et sa compatibilité avec le droit international et le droit communautaire du droit d’auteur* : *e-Boletín de derecho de autor*, enero.-marzo 2004, p. 5).

⁵³ Sobre esta cuestión ver a C. Geiger (*preced.* nota 7).

⁵⁴ *Supra* nota 7

únicamente la de regular la cuestión del ejercicio de los derechos, de las modalidades de su puesta en práctica: el derecho exclusivo no puede ejercerse más que por el intermediario de la sociedad de gestión colectiva. Por otra parte, es éste justamente el contenido de la jurisprudencia comunitaria, que precisa bien que la gestión colectiva apunta únicamente al ejercicio de los derechos exclusivos y no a su existencia⁵⁵.

La sociedad de gestión ejerce sus derechos exclusivos a cuenta del autor, en la mayoría de los casos en razón de un mandato que le ha sido conferido. El autor al adherirse a la sociedad de gestión colectiva puede además (en teoría) ejercer una influencia sobre las modalidades del ejercicio de su derecho, pues al volverse un miembro, podrá participar en la determinación de las tarifas aplicables a las licencias. En ocasiones, conservará incluso la facultad de designar a la sociedad de su elección. Además las sociedades de gestión colectiva no están siempre obligadas a conceder una licencia. En efecto, si bien es cierto que en algunos países éstas tienen la obligación legal (como principalmente sucede en Alemania), no es siempre el caso (por ejemplo particularmente en Suiza y Francia). En ausencia de tal obligación de contratar, la sociedad podría, en principio, negarse a dar su autorización si las condiciones se juzgaron insatisfactorias⁵⁶, aunque ciertamente en la práctica se presentará rara vez tal caso (principalmente para no transgredir el derecho de la competencia económica). Existe aquí una distinción teórica de mucha importancia con los derechos a la remuneración (o “licencias legales”) que la mayor parte del tiempo son igualmente percibidos por las sociedades de gestión colectiva, porque en este caso la sociedad de gestión colectiva no sirve más que para revestir un derecho a la remuneración (es decir, un crédito), cuyas condiciones de repartición son además con frecuencia fijadas por la ley. En el caso de la gestión colectiva obligatoria, es el derecho exclusivo el que se pone en marcha, lo que da a la sociedad de gestión un mayor poder de negociación.

La comparación con el derecho francés aporta igualmente un indicio suplementario. En efecto, existen en Francia dos casos de gestión colectiva obligatoria. La primera hipótesis es la de la gestión del derecho de reproducción reprográfica (artículo L.122-10 del Código de la propiedad intelectual (en lo sucesivo CPI)) y la segunda se refiere a la gestión de los derechos de retransmisión por cable de una obra radiodifundida (artículo L. 132-20-1 CPI para el derecho de autor; artículo L.217-2 CPI para los artistas intérpretes, los productores de fonogramas y de videogramas). En el primer caso, el artículo L. 122-10 CPI establece el principio de que la publicación de una obra implica la cesión de ese derecho a la sociedad de gestión colectiva convenida para ese efecto. Ahora bien, la doctrina francesa es unánime al estimar que no se trata en lo absoluto de un caso de “licencia legal” pues son únicamente

⁵⁵ Decisión de la Comisión europea de 8 oct. 2002, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 81 del tratado CE y del artículo 53 del acuerdo del EEE (Asunto COMP/C2/38.014 — *IFPI "Simulcast"*), *JOCE* L. 107 de 30 abr. 2003, p. 58, punto n° 66. Ver igualmente de forma más reciente en el marco de la gestión colectiva obligatoria establecida por el art. 9 (2) de la directiva 93/83/CEE del Consejo del 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 CJCE, 1° junio 2006, *Uradex SCRL c/ Union Professionnelle de la Radio et de la Télé-distribution (RTD) et Sté Intercommunale pour la Diffusion de la Télévision (Brutele)*, aff. C-169/05, en que la Corte de justicia recuerda que la directiva, en un deseo de seguridad jurídica y de la simplificación de los trámites, instauró una gestión colectiva obligatoria del derecho exclusivo de retransmisión por cable. Para un comentario ver a F. Pollaud-Dulian, *RTDcom*. jul./sept. 2006, p. 603.

⁵⁶ Ver en este sentido a F. Siirainen, *Le caractère exclusif du droit d'auteur à l'épreuve de la gestion collective*, Tesis, Niza, 1999, p. 441. Según este autor, esto aproximaría a la gestión colectiva obligatoria más al derecho exclusivo que la licencia no voluntaria.

modalidades del ejercicio del derecho exclusivo lo que aquí se regula⁵⁷. Además, es necesario subrayar que algunas directivas comunitarias autorizan a veces, incluso llegan a imponer, el recurso a la gestión colectiva obligatoria. Es particularmente el caso de la directiva del 27 de septiembre de 1993 que concierne la retransmisión por cable⁵⁸, pero también el de la directiva de 19 de noviembre de 1992 que autoriza la imposición de la gestión colectiva del derecho de alquiler⁵⁹, tal como la directiva de 27 de septiembre de 2001 hizo respecto del derecho de participación⁶⁰. La conformidad de estas soluciones al derecho internacional jamás se ha puesto en tela de juicio.

En último lugar, a pesar de que los tratados no contienen disposiciones particulares concernientes a la gestión colectiva obligatoria, sus preámbulos fijan en ocasiones algunos objetivos, que pueden servir a la interpretación de tales textos internacionales. Así, el tratado de la OMPI subraya “la necesidad de mantener un equilibrio entre los derechos de los autores y los intereses del público en general, en particular en la educación, la investigación y el acceso a la información”. Ahora bien, en algunos casos puede existir un interés público en que se prevean reglas de gestión colectiva obligatoria. Pero tampoco debe olvidarse que un sistema de gestión colectiva protege igualmente los intereses de los autores. En efecto, el ejercicio individual de los derechos en realidad es con frecuencia difícil, incluso imposible para el autor en vista de las utilizaciones en masa de las obras⁶¹. Adicionalmente, la gestión colectiva es frecuentemente bastante más ventajosa para el autor que cuando él se ve en la necesidad de ejercer de forma individual sus derechos, puesto que una sociedad de gestión colectiva tiene por lo general un mayor poder de negociación. La repartición de ganancias es generalmente bastante más favorable al autor que cuando éste cede sus derechos a una persona que realizará la explotación, sobretudo en ausencia de un derecho contractual eficaz que proteja tanto al autor como al que realiza la explotación. Como ya lo hemos destacado, esto ha sido expresamente admitido por la Corte federal alemana en el contexto de los

⁵⁷ P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, 5^{ta} ed., París, PUF, 2004, n° 195 ; A. y H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 3^{ra} ed., París, Litec, 2006, p. 562, nota 43 ; F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, París, Economica, 2005, n° 746 *seq.* y n° 1644.

⁵⁸ 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, *JOCE* L 248 de 6 oct. 1993, p. 15 ; artículo 9.1, intitulado “Ejercicio del derecho de distribución por cable” “ Los Estados miembros garantizarán que el derecho que asiste a los titulares de derechos de autor o de derechos afines de prohibir o autorizar la distribución por cable de una emisión sólo pueda ejercerse a través de una entidad de gestión colectiva.”

⁵⁹ Directiva 92/100/CEE del Consejo de 19 de noviembre 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual, *JOCE* L 346 de 27 nov. 1992, p. 61 ; artículo 4.3: “La gestión del derecho a obtener una remuneración justa podrá encomendarse a entidades de gestión colectiva que representen a los autores o de los artistas intérpretes o ejecutantes.” y el artículo 4. 4 : “Los Estados miembros *podrán establecer la obligatoriedad total o parcial de la gestión a través de entidades de gestión colectiva del derecho de obtener una remuneración equitativa* así como la determinación de las personas de quienes se pueda exigir o recaudar tal remuneración.” (art. 5. 3 de la versión codificada de 12 de diciembre 2006, *JO* L 376 de 27 dic. 2006 p. 28).

⁶⁰ Directiva 2001/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original, *JOCE* L 272 de 13 oct. 2001, p. 32 ; artículo 6.2: “Los Estados miembros podrán prever la gestión colectiva opcional u obligatoria del derecho contemplado en el artículo 1.”

⁶¹ F. Siiriainen, *Théorie générale de la gestion collective - Dimension d'intérêt général et régulation de la gestion collective* : *Jurisclasseur PLA*, Fasc. 1552, ene. 2006, n° 17, según el cual los derechos administrados a través de la gestión colectiva obligatoria son « derechos exclusivos con ejercicio colectivo por naturaleza », en la medida en que estos derechos serían inexistentes si no existiera la gestión colectiva; F. Pollaud-Dulian (*preced.* nota 57), n° 1155, quien evoca « razones de eficacia » como justificación de la gestión colectiva obligatoria.

derechos a la remuneración⁶², pero el argumento vale *a fortiori* para la gestión colectiva obligatoria. Uno puede entonces estimar que esta solución es una medida de protección del autor contra la presión de los que realizan las explotaciones y, por tanto, una regulación a favor de sus intereses⁶³. Constituye desde luego una manera “tan eficaz como uniforme posible” (preámbulo del tratado de la OMPI). Debe concluirse que la gestión colectiva obligatoria constituye un medio “de llegar a un satisfactorio nuevo equilibrio entre los diferentes intereses en presencia y de garantizar la difusión de las obras en el seno del cuerpo social, conforme a la función social del derecho de autor”⁶⁴.

Ergo, podemos concluir que la gestión colectiva obligatoria no viene a limitar los derechos exclusivos existentes⁶⁵. Se presenta tan sólo como una forma de ejercicio del derecho exclusivo, forma que no está prevista (y consecuentemente tampoco prohibida) por el derecho internacional. El *test* de las tres etapas no le representa un obstáculo. Además, por el justo equilibrio que propone es plenamente compatible con los objetivos de las convenciones internacionales y podría incluso constituir una solución jurídica a desarrollarse en un futuro, con la condición evidente de reglamentar igualmente de forma estricta la actividad de las sociedades de gestión colectiva para evitar los abusos en vista de su posición monopólica.

Dicho esto, exceptuado este caso en particular, es forzoso reconocer que el *test* de las tres etapas restringe considerablemente la libertad del legislador nacional para adoptar nuevas soluciones con el fin de adaptar el dispositivo de las excepciones a los imperativos de la sociedad de la información. Pero el legislador podría no ser el único destinatario del “triple *test*” y parece que el juez nacional pudiera igualmente utilizar este instrumento jurídico para controlar, en caso de litigio, si la puesta en marcha de una excepción es conforme a las condiciones establecidas por el *test*. De ahí que conviene estudiar si en la actualidad el *test* de las tres etapas puede igualmente representar un freno a la adaptación judicial de las excepciones a los derechos exclusivos.

⁶² Decisión de 11 de julio 2002 (*preced.* nota 43).

⁶³ Ver también en este sentido a S. v. Lewinski, La gestion collective obligatoire des droits exclusifs et sa compatibilité avec le droit international et le droit communautaire du droit d’auteur (*preced.* nota 52), p. 9.

⁶⁴ C. Geiger (*preced.* nota 8), n° 383. Ver también en este sentido a F. Siiriainen (*preced.* nota 61), n° 2 y 17 *seq.*, según el cual la gestión colectiva obligatoria colma una función regulatoria: “Vuelve efectiva la protección permitiendo a la vez a los usuarios llevar a cabo su actividad y al público acceder a las obras”. Ver de forma más general a D. Gervais, The Changing Role of Copyright Collectives, in : D. Gervais (ed.), Collective Management of Copyright and Related Rights, La Haya, Kluwer, 2006, p. 18 *seq.*, además este autor se pronuncia a favor de un sistema de gestión colectiva « extendida » de tipo escandinavo para garantizar un equilibrio justo entre los intereses de los autores y los del público.

⁶⁵ Ver también en este sentido a S. v. Lewinski, La gestion collective obligatoire des droits exclusifs et sa compatibilité avec le droit international et le droit communautaire du droit d’auteur (*preced.* nota 52), p. 5 *seq.* ; K.J. Koelman, The Levitation of Copyright : An Economic View of Digital Home Copying, Levies and DRM : *Ent.L.R.* 2005, p. 81, reproducido igualmente en : F.W. Grosheide & J.J. Brinkhof (ed.), *Intellectual Property Law 2004*, Intersentia, Anvers/Oxford, 2005, p. 436 *seq.*; C. Bernault y A. Lebois, *Peer to Peer et propriété littéraire et artistique*, (*preced.* nota 47), n° 128, concluyen estos autores (con razón a nuestro parecer) que sería posible someter el upload (descarga en sentido ascendente) de un archivo al momento del intercambio de obras a través del « peer-to-peer » a un régimen de gestión colectiva obligatoria.

II. El test de las tres etapas... ¿un freno a la adaptación judicial del derecho de autor a la sociedad de la información?

En el caso de que el juez utilizara el *test* de las tres etapas en un litigio, estaría éste ligado a su interpretación de las condiciones establecidas por el *test*. Ya hemos visto que el problema del *test* de las tres etapas es que el criterio de la explotación normal no deja mucho margen de maniobra para tomar en cuenta la justificación de las excepciones. El peligro es entonces que la interpretación del juez esté ligada a consideraciones ante todo económicas que conduzcan más a una reducción del campo de las excepciones que a una justa adaptación en función de las evoluciones sociales, técnicas y culturales. Ciertos ejemplos jurisprudenciales, en particular una decisión muy comentada de la Corte de casación francesa, pueden dar lugar a tal temor⁶⁶. Abordaremos primero la cuestión de la aplicación judicial del *test* de las tres etapas (A) para preguntarnos enseguida si el *test*, en lugar de constituir un freno a una adaptación judicial de las excepciones, podría, al contrario, constituir un instrumento eficaz para asegurar la flexibilidad del dispositivo (B).

A. La aplicación judicial del *test* de las tres etapas

Antes de examinar las consecuencias que podría tener una aplicación judicial del “triple *test*”, conviene primero volver sobre la cuestión de saber si el juez es verdaderamente un destinatario del mismo o si éste no se dirige más que al legislador.

1. El juez ¿destinatario del *test* de las tres etapas ?

Esta pregunta se ha planteado sobretodo desde que el *test* de las tres etapas se integró al orden jurídico comunitario, no obstante con una redacción ligeramente diferente de la que uno encuentra en los tratados⁶⁷. En efecto, el artículo 5.5 de la directiva de 2001 apunta directamente a la *aplicación* de las excepciones, de igual forma que el considerando 44 precisa que “las citadas excepciones y limitaciones no deben *aplicarse* ni de tal forma que los intereses legítimos del titular del derecho se vean perjudicados ni de manera contraria a la explotación normal de su obra o prestación.”⁶⁸ Siendo en principio el juez aquel que aplica las excepciones, se planteó rápidamente la cuestión de la determinación del verdadero destinatario del *test* de las tres etapas incluido en el texto comunitario: ¿es únicamente el legislador al momento de que incorpore un límite en su derecho nacional o se trata también del juez al momento en que éste aprecia la puesta en marcha de un límite en el caso que se le está sometiendo a juicio? La cuestión fue intensamente debatida en doctrina, y si bien los

⁶⁶ Sobre esta decisión ver *infra* (nota 88).

⁶⁷ Sobre la cuestión ver especialmente a M. Buydens, La nouvelle directive du 22 mai 2001 sur l’harmonisation de certains aspects du droit d’auteur et des droits voisins dans la société de l’information: le régime des exceptions , *A&M* 2002, p. 442; H. Cohen Jehoram (*preced.* nota 26), p. 364; M. Buydens y S. Dusollier (*preced.* nota 30), p. 12; S. Dusollier (*preced.* nota 8), p. 440 ; P. Sirinelli, La transposition de la directive sur le droit d’auteur et les droits voisins dans la société de l’information en France, *État des lieux : Propr. intell.* 2005, n° 15, p. 133 ; C. Geiger, (*preced.* nota 8), n° 305. Ver también a T. Heide, The Berne Three-Step Test and the Proposed Copyright Directive: *EIPR* 1999, p. 105.

⁶⁸ Es oportuno observar que el *test* ya había sido previsto en dos ocasiones por directivas precedentes pero en el contexto particular de los programas de cómputo y de las bases de datos (artículo 9.3 de la Directiva [91/250/CEE](#) del Consejo, de 14 de mayo de 1991, sobre la protección jurídica a los programas de cómputo y el artículo 6.3 de la Directiva [96/9/CE](#) del Parlamento europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica a las bases de datos.

autores admiten en su mayoría que el legislador comunitario tuvo por objeto la sumisión de la interpretación y la transposición de las excepciones por parte de los Estados miembros al control de la CJCE⁶⁹, numerosos de entre ellos son los que rechazan la idea de que el *test* sea un instrumento a disposición del juez nacional⁷⁰. Es verdad que no encontramos rastro alguno de explicaciones claras en los trabajos preparatorios en este sentido. Podemos estimar entonces que si el legislador comunitario hubiera querido tal cambio respecto del alcance del triple *test*, habría sido más explícito. No conviene desarrollar aquí todos los argumentos de una parte y de otra. La respuesta definitiva sobre la lectura del texto comunitario probablemente se desconocerá hasta que la Corte de Justicia no se haya pronunciado sobre este punto. De cualquier forma es forzoso admitir que el texto de la directiva está muy lejos de ser claro⁷¹. Además fue comprendido de forma muy distinta por los Estados miembros, algunos países como Alemania⁷², Países Bajos⁷³, Bélgica⁷⁴ o el Reino Unido⁷⁵ se negaron a transponer el *test* a su legislación estimando que únicamente el legislador era destinatario del *test*, en tanto que otros, como Francia⁷⁶, Grecia⁷⁷, Italia⁷⁸, Luxemburgo⁷⁹, Portugal⁸⁰ o

⁶⁹ Ver especialmente a V.-L. Benabou, *La directive droit d'auteur, droits voisins et société de l'information: valse à trois temps avec l'acquis communautaire* : *Comm. com. électr.* oct. 2001 p. 10; J. Reinbothe, EG-Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft : *GRUR Int.* 2001, p. 740; S. v. Lewinski y J. Reinbothe, *The WIPO Treaties 1996: Ready to Come into Force*: *EIPR* 2002, p. 204.

⁷⁰ Especialmente escépticos K.J. Koelman, *Fixing the Three- Step Test*: *EIPR* 2006, p. 407 ; P. Gaudrat, *RTDcom.* abr./jun. 2006, p. 389; M. Vivant y G. Vercken, nota en CA París, 22 abr. 2005, *Légipresse* 2005, n° 227, p. 233 ; V.-L. Benabou nota en Cass. 1^{ra} civ., 28 feb. 2006, *Légipresse* 2006, n° 231, p. 71.

⁷¹ Ver en este sentido a F. Gotzen, *Le droit d'auteur en Europe : Quo Vadis? Quelques conclusions après la transposition de la directive d'harmonisation dans la société de l'information* : *RIDA* 2007, n° 211, p. 24 *seq.* V. también el estudio dirigido por l'IViR de la Universidad de Amsterdam, *The Recasting of Copyright & Related Rights for the Knowledge Economy*, noviembre 2006 (www.ivir.nl), p. 71: "It is fair to say that the question of the true addressee of the three-step test remains uncertain and thereby, that the role of the three-step test either as a guideline for legislative action or as a rule of interpretation also remains undecided". Por esta razón, el estudio recomienda al legislador europeo que clarifique el papel exacto del test de las tres etapas (p. 75).

⁷² Ver los trabajos preparatorios de la ley de 12 sept. 2003 (y especialmente la exposición de motivos del proyecto de la ley del gobierno de 6 de noviembre de 2002 (BT-Drs. 15/38, p. 15).

⁷³ Sobre esta cuestión y sobre los debates que acontecieron en los Países Bajos, ver a P.B. Hugenholtz, *La transposition aux Pays-Bas de la Directive 2001/29/CE* : *RIDA* 2005, n° 206, p. 126.

⁷⁴ Ver los trabajos preparatorios de la ley de 22 de mayo de 2005 (especialmente el proyecto de ley, exposición de motivos, Doc. Parl., Cám. Rep., ses. 2003-2004, n° 51-1137/1, comentario del art. 4).

⁷⁵ Ver los trabajos preparatorios de la ley de 3 de octubre de 2003 (particularmente la "Consultation on UK Implementation of Directive 2001/29/EC on Copyright and Related Rights in the Information Society: Analysis of Responses and Government Conclusions, p. 6": "The test is a matter to be taken into account with regard to the framing of exceptions in national law, rather than for direct incorporation into law, as is also understood to be the view of the Commission"). Ver también a M. Hart y S. Holmes, "Implementation of the Copyright Directive in the United Kingdom: *EIPR* 2004, p. 255.

⁷⁶ Ley n° 2006-961 del 1^o agosto de 2006 relativa al derecho de autor y los derechos conexos en la sociedad de la información publicada en el *JO* el 3 de agosto 2006 (ver en el tema a C. Geiger, *La transposition du test des trois étapes en droit français* : *D.* 2006, p. 2164). La solución fue validada por el Consejo constitucional que estima que la directiva impone la subordinación del *ejercicio* de las excepciones al test de las tres etapas, Francia se limitó según él a transponer "una disposición incondicional y precisa" sobre la cual "no corresponde al Consejo constitucional pronunciarse"(decisión n° 2006-540 DC del 27 de julio 2006). *JCP G* 2007, II, 10066, nota M. Verpeaux). Para un comentario ver especialmente a V.-L. Benabou: *Prop. intell.* 2006, n° 20, p. 240.

⁷⁷ Art. 28 c de la ley griega sobre el derecho de autor, lo introduce al momento de transposición de la directiva a través de la ley 3057/2002, *JO A/ 239/* del 10 de oct. 2002.

⁷⁸ Art. 71 nonies y art. 71 sexies al. 4 en el marco de la excepción de la copia privada (introducido en la ley italiana al momento de la transposición de la directiva a través de la ley de 9 de abril de 2003).

⁷⁹ Artículo 10 (2) de la ley luxemburguesa sobre el derecho de autor, introducido por la ley de 18 de abril de 2004 al momento de transposición de la directiva (*Mémorial A*, No. 61, 2004, p. 941). ver para esto a J. Neuen, *La transposition en droit luxembourgeois de la directive européenne du 22 mai 2001 sur*

España⁸¹, lo integraron en su ley nacional. En este último caso, se antoja difícil considerar que el *test* de las tres etapas no está dirigido al juez. De todas maneras, debe destacarse que desde la adopción de la directiva, algunos tribunales “se han valido” del *test* y analizado la aplicación de los límites a la luz de éste, y esto igualmente en los países que optaron por no hacer la transposición⁸². Efectivamente, es posible estimar que una interpretación de una excepción “a la luz” de la directiva puede conducir al juez nacional a investigar si la aplicación de este límite es conforme al triple *test* del artículo 5.5⁸³. Además, incluso en algunos de los países que optaron por no integrar el *test* a su legislación nacional, los trabajos preparatorios revelan en ocasiones que el *test* podía ser utilizado también por los jueces. Así, el legislador belga decidió con ocasión de la transposición de la directiva, no incorporar el *test* en la ley del derecho de autor, bajo el motivo de que “el *test* de las tres etapas, tal cual está plasmado en el artículo 5.5 de la directiva está destinado ante todo al legislador”, para agregar no obstante que: “esto no impide que pueda servir de directriz a los tribunales en su actividad de aplicación de la ley”⁸⁴. La aplicación judicial del *test* de las tres etapas parece entonces inevitable. Sin embargo, los jueces no han seguido siempre la sugerencia comunitaria acerca de la utilización del *test* de las tres etapas, aludiendo directamente en ocasiones al artículo 9.2

l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information : *RIDA* 2004, n° 202, p. 153.

⁸⁰ Artículo 75(4) de la ley portuguesa sobre el derecho de autor, introducido al momento de transposición de la directiva por la ley n° 50/2004 de 24 de agosto de 2004 (*Diário da República*- I Série- A, No. 199, 24 de Agosto de 2004, p. 5658). V. L. F. Rebello, Transposition de la directive n° 2001/29/CE dans le droit portugais : *RIDA* 2005, n° 206, p. 153.

⁸¹ Art. 40 *bis* de la ley española sobre el derecho de autor (introducido en derecho español desde 1998 al momento de transposición de la directiva sobre las bases de datos de 11 de marzo de 1996). En efecto, en lugar de transponer el *test* únicamente a las excepciones propias a las bases de datos (art. 6.3 de la directiva), el legislador extendió la solución a todas las excepciones al derecho de autor.

⁸² Para un ejemplo reciente ver la decisión del TGI Bruselas de 13 de febrero 2007, *Google v. Copiepresse*, *RLDI* 2007, n° 25, p. 24 (sobre esta decisión ver a L. Costes, *RLDI* 2007, n° 24, p. 5 ; P. Van den Bulck, *Copiepresse contre Google : les limites du « catching »* : *RLDI* 2007, n° 26, p. 67 ; S. Dusollier, *Le géant aux pieds d'argile : Google News et le droit d'auteur* : *RLDI* 2007, n° 26, p. 70). Ver igualmente la decisión de la corte federal alemana de 11 de jul. 2002 (*preced.* nota 43), según la cual la extensión del límite a través del cual se permite a las revistas de prensa los contenidos informativos en formato electrónico para fines internos de la empresa es compatible, bajo ciertas condiciones, con el *test* de las tres etapas (ciertamente la decisión es anterior a la ley de transposición alemana del 10 sept. 2003). Es interesante destacar que una reciente decisión neerlandesa en un caso similar llega a la conclusión contraria (Tribunal de Primera Instancia de La Haya (Rb's-Gavenhage), 2 de marzo 2005, *Computerrecht* 2005, p. 143, nota K. Koelman). Es verdad que en el caso neerlandés, a las revistas de prensa se les confiere además una función de investigación y de archivo, lo que implica un mayor perjuicio para los titulares del derecho. Sin embargo, hay que reconocer que la interpretación del *test* por los diversos jueces nacionales todavía difiere considerablemente. Sobre estas decisiones ver la intervención de S. Dusollier, « The Application of the Three-Step Test by National Courts », con ocasión de un taller sobre el tema: « Rethinking the Three-Step Test », organizado conjuntamente por el Instituto Max Planck para el derecho de la propiedad intelectual y la Universidad Queen Mary de Londres, París, ULIP, 16 de febrero 2007.

⁸³ Ver también en este sentido el comentario de la decisión del Consejo constitucional (*preced.* nota 76) en los Cahiers du Conseil constitutionnel n° 21, que subraya que la directiva apela a “una apreciación *in concreto* (por parte del juez en caso de litigio) del respeto del *test* de las tres etapas en cada caso en particular”.

⁸⁴ Proyecto de ley, exposición de motivos, Doc. Parl., Cám. Rep., ses. 2003-2004, n° 51-1137/1, comentario del art. 4. Ver también la exposición de motivos del proyecto de ley alemana del 22 de marzo 2006, p. 42 (llamada la “segunda cesta”, porque se trata de la segunda ley de transposición de la directiva), según la cual el juez puede utilizar el *test* a la hora de la puesta en marcha de las excepciones. Ver también en este sentido a S. Bechtold, in : T. Dreier et P.B. Hugenholtz (ed.), *Concise European Copyright Law*, Kluwer Law International, 2006, p. 382.

del Convenio de Berna,⁸⁵ a pesar de que dicho texto se dirige únicamente, sin lugar a dudas, al legislador nacional.

2. Consecuencias de una aplicación judicial del *test* de las tres etapas

La consecuencia principal de la aplicación judicial del *test* de las tres etapas es la de confiar a los tribunales una pesada responsabilidad: éstos deberán interpretar las excepciones a la luz del *test* y verificar caso por caso si su puesta en marcha respeta las condiciones enunciadas por el artículo 5.5. Una utilización *a priori* cubierta por el texto de una excepción podrá entonces ser declarada ilícita *a posteriori* por el juez, con el argumento de que ésta infringe una de las etapas establecidas por el *test*. De ahí que puede dar como resultado para el usuario una falta de previsibilidad respecto de los espacios de libertad previstos en su beneficio por la ley⁸⁶. Es posible por tanto que esta inseguridad tenga un efecto disuasivo: el peligro de ser encontrado infractor podrá desincentivar la práctica de una utilización exenta y por el contrario, incentivar -en caso de duda- a solicitar la autorización del titular del derecho. Las excepciones, frecuentemente ya “fuera de uso” con motivo de las medidas técnicas, corren el riesgo entonces de convertirse en “zonas de libertad precaria”⁸⁷ por utilizar la terminología de los autores, incluso muy precarias. El problema no es tanto un margen de imprevisibilidad, característica común a todas las normas “evolutivas” (cada sistema jurídico tiene nociones marco y disposiciones generales)⁸⁸. El problema es que se trata de una flexibilidad en un sólo sentido, que beneficia únicamente a los titulares de derechos. De hecho, el juez que aplicará el *test* a una excepción la verá difícil a la hora que intente tomar en cuenta los intereses que concurren y particularmente los de los autores y los del público. Puesto que poner en equilibrio los diferentes intereses involucrados no le es posible más que a través de la evaluación de la tercera etapa del *test*, según la cual la utilización de que se trate no debe causar un perjuicio “injustificado” a los intereses del autor, lo que implica la existencia de perjuicios “justificados” en razón de la protección de los intereses considerados superiores a los de los titulares de derechos. En efecto, esta etapa, que permite el estudio de la justificación que subyace a la limitación, no será analizada por el juez más que una vez que haya pasado por la segunda etapa. Ahora bien, según esta etapa la utilización de que se trata está prevista exclusivamente respecto de la explotación de la obra. Ya hemos visto que no resulta para nada evidente saber lo que significa la expresión “explotación normal”. Y sobretodo determinar ¿cuándo existe “afectación” de esta explotación? Por tanto, tendrán que realizarse complicados y costosos estudios económicos, que no podrán llevar a cabo más que los raros agraviados que cuenten con las capacidades financieras para ello. El juez, por su parte, no dispondrá de los medios para realizar otros peritajes que puedan contrastar con los ofrecidos y deberá entonces confiar en datos que no tendrá la capacidad de verificar. En lo sucesivo se

⁸⁵ Ver a guisa de ejemplo la decisión de la Corte Federal alemana de 25 de febrero de 1999 (*preced.* nota 40). Ver también la decisión de la Corte de casación francesa de 28 feb. 2006, *RIDA* 2006, n° 209, p. 323 ; *IIC* 2006, n°6, p. 760. Sobre esta decisión v. *infra*.

⁸⁶ Ver en este sentido el contexto de la ley francesa de 1^{ro} agosto de 2006 : A. Lucas, *Propr. intell.* 2006, n° 20, p. 315 ; P.-Y. Gautier, L'élargissement des exceptions aux droits exclusifs, contrebancé par le « test des trois étapes : *Comm. com. électr.* nov. 2006, p. 12. Esta imprevisión dificulta cada vez más la aceptación social de la norma jurídica. Pero es cierto que el movimiento de “desorganización del derecho” no es propio del derecho de autor y numerosos estudios doctrinales denuncian que el desorden está ligado a un incremento en la inseguridad jurídica en las diversas ramas del derecho (ver particularmente sobre este tema, V. Lasserre-Kiesow, L'ordre des sources ou le renouvellement des sources du droit : *D.* 2006, p. 2279, según el cual “el desorden jurídico parece caracterizar una nueva era, la de la desorganización e inseguridad jurídicas”).

⁸⁷ C. Caron, Les exceptions, L'impact sur le droit français : *Propr. intell.* 2002, n° 2, p. 26.

⁸⁸ Ver para el derecho de autor a C. Castet, *Notions à contenu variable en droit d'auteur*, París, L'Harmattan, 2004.

verá obligado a utilizar un instrumento jurídico que visiblemente no fue concebido para ser aplicado por los tribunales nacionales y tendrá que tomar decisiones que pertenecen en principio al campo de la política, sin poder, no obstante, garantizar un justo equilibrio de los diferentes intereses concernidos, lo que sin embargo, debería ser su misión.

Por otra parte, podemos encontrar en una decisión de la Corte de Casación francesa de 28 de febrero de 2006 una perfecta ilustración de los problemas que puede generar una aplicación judicial del *test* de las tres etapas⁸⁹. En esta muy comentada decisión⁹⁰, la Alta Jurisdicción aplica, por vez primera, el *test* para descartar la puesta en marcha de una excepción frente a una medida técnica de protección, considerando de manera abstracta y general que la copia privada de un DVD, constituye una afectación a la explotación normal de la obra. No obstante, no brinda ninguna definición de la noción y se contenta con afirmar de manera general que ésta “se aprecia en vista de los riesgos inherentes al novedoso entorno digital en cuanto a la salvaguarda de los derechos del autor y de la importancia económica que la explotación de la obra, bajo la forma de DVD, representa para la amortización de los costos de producción cinematográfica”. Nos parece que criterios tan vagos pueden fundar un temor a lo arbitrario.

Entonces, fruto de un vago consenso diplomático, ¿el *test* de las tres etapas, aplicado por un juez se transformaría en un instrumento jurídico que permitiera poner en tela de juicio los espacios de libertad en el seno del derecho de autor, en detrimento de la función social del mismo y de un justo equilibrio entre los intereses concernidos⁹¹? El panorama no puede ser tan negro como parece. En efecto, es muy posible que los tribunales no se contentarán con el papel en que la ley parece querer cercarlos, consistente en avalar las pretensiones de los titulares de derechos, y podemos pensar que propondrán en el futuro interpretaciones del *test* que sean más equilibradas. Incluso, podemos considerar que al contrario, el *test* de las tres etapas, si es bien entendido, podría convertirse en un instrumento que permita mayor flexibilidad “abriendo” con ello el sistema de las excepciones y extendiendo el campo de las mismas a casos no previstos por la ley.

B. El *test* de las tres etapas, ¿un instrumento que permite mayor flexibilidad?

Podemos pensar que los más fervientes promotores del *test* de las tres etapas habían alimentado la esperanza de ver el campo de las excepciones reducido por el juez en el entorno digital, estando éste obligado a la aplicación de un instrumento que por su redacción, privilegia un enfoque favorable a los titulares de derechos. No es un hecho que este cálculo haya sido exacto. Puesto que si uno da a los jueces los medios para ajustar las excepciones caso por caso, éstos podrán en lo sucesivo gozar de un verdadero instrumento que permita una mayor flexibilidad en la adaptación de las excepciones al entorno digital.

⁸⁹ Cass. 1^{ra} civ., 28 de febrero. 2006 (*preced.* nota 85).

⁹⁰ Cass. 1^{ra} civ., 28 de febrero 2006, *D.* 2006, act. p. 784, obs. J. Daleau; *JCP G* 2006, II, 10084, nota A. Lucas; *JCP E* 2006, act. 148, nota C. Vilmar; *Comm. com. électr.* abr. 2006, p. 24, obs. C. Caron; *RLDI* 2006, n° 15, p. 17, nota D. Melison y p. 49, nota C. Geiger; *Légipresse* 2006, n° 231, p. 71, nota V.-L. Benabou; *Propr. intell.* 2006, n° 19, p. 179, 1° esp., obs. A. Lucas; *Propr. ind.* jul.-ago 2006, p. 25, nota J. Schmidt-Szalewski; *RTDcom.* abr.-jun 2006, p. 370, obs. F. Pollaud-Dulian y p. 400, obs. P. Gaudrat; *A&M* 2006, n° 2, p. 177, nota S. Dusollier; *RDTI* 2006, n° 25, p. 207, nota T. Léonard.

⁹¹ Sobre el concepto de equilibrio de los intereses en derecho de autor, ver a R.M. Hilty y C. Geiger (bajo la dir. de), *La balance des intérêts en droit d’auteur*, Munich, 2006 (publicación en línea disponible en la siguiente dirección: www.intellecprop.mpg.de/ww/de/pub/forschung/publikationen/online_publicationen.cfm).

1. La flexibilidad del sistema, garantía de su adaptación a la sociedad de la información

Sabemos que la cuestión de los límites al derecho de autor es un punto sensible y los legisladores nacionales dudan con frecuencia en intervenir para adaptar el sistema a los imperativos de la sociedad de la información⁹². La consecuencia es entonces la siguiente: en tanto que el dispositivo se moderniza con regularidad en el rubro de los derechos, mismos que conocen una progresión constante, los límites permanecen sometidos a una concepción restringida. El equilibrio de los intereses se encuentra desde entonces seriamente modificado a favor de los titulares de derechos y los límites, “barómetro de la recepción armoniosa del derecho de autor en el cuerpo social”⁹³, se revelan insuficientes para cubrir un cierto número de utilidades sin embargo necesarias a fin de garantizar que el derecho de autor colme su función social⁹⁴. Esto conduce a aplicaciones en ocasiones excesivas de los derechos exclusivos, que regularmente conllevan reacciones de rechazo por parte de la opinión pública. El derecho de autor, son numerosos los que lo subrayan, atraviesa ahora una seria crisis de legitimidad. Ahora bien, a fin de evitar una aplicación sin distinción de los derechos de propiedad intelectual y para garantizar que el sistema tome en cuenta un cierto número de valores fundamentales, es necesario que el juez pueda disponer de un instrumento jurídico para “afinar el tino” y reestablecer un justo equilibrio de los intereses concernidos⁹⁵. No debe sustituirse al legislador, pero sí asegurar caso por caso una aplicación equilibrada de los límites al derecho de autor, conforme a la función primera del derecho que es la de “asegurar la coexistencia pacífica del grupo humano o, como se dice con frecuencia, la de armonizar la actividad de los miembros de la sociedad”⁹⁶.

El *test* de las tres etapas podría constituir este instrumento que dote de flexibilidad⁹⁷ al sistema, a pesar de una lectura diferente por parte de la Corte de Casación francesa en el caso evocado anteriormente. En efecto, la Corte, se saltó la tercera etapa del *test* que es por mucho la más importante ya que permite examinar la justificación que subyace a la limitación. Según la tercera etapa, la aplicación de los límites al derecho de autor, no debe causar un perjuicio “injustificado” al titular del derecho. En efecto, el titular del derecho no debe tener el poder de controlar *todas* las utilidades de sus obras, en virtud de que algunos perjuicios están justificados por la consideración de algunos valores que se estiman superiores a los intereses

⁹² Ver sobre esta cuestión a C. Geiger, *L’avenir des exceptions au droit d’auteur*, Observations en vue d’une nécessaire adaptation et harmonisation du système : *JCP G* 2005, I, 186.

⁹³ Por retomar una expresión del Profesor Caron (artículo *preced.* nota 87), p. 25.

⁹⁴ Sobre la función social del derecho de autor ver a C. Geiger (*preced.* nota 8), n° 27. Para propiedad intelectual ver a M. Vivant, en : M. Vivant (bajo la dir. de), *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 2004, notice n° 1 ; J.-M. Bruguière, *Droit des propriétés intellectuelles*, Ellipses, 2005, p. 107.

⁹⁵ V.C. Geiger, Para una mayor flexibilidad de las excepciones al derecho de autor: *A&M* 2004, p. 213, se propone un reequilibrio a través de la aplicación de los derechos fundamentales.

⁹⁶ C. du Pasquier, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit*, 4^{ta} ed., Delachaux y Niestlé, 1967, p. 19.

⁹⁷ Ver en este sentido a C. Geiger, *Right to Copy v. Three-Step Test*, The Future of the Private Copy Exception in the Digital Environment : *Computer Law Review international (CRi)* 2005, p. 7, así como del mismo autor: *The Three-Step Test, a Threat to a Balanced Copyright Law?* : *IIC* 2006, n° 6, p. 683; J.-C. Galloux, *Limitations et exceptions au droit d’auteur en France, Exception française ou paradoxe français ?*, in : C. Geiger, M. Bouyssi-Ruch, R.M. Hilty (bajo la dir. de), *Perspectives d’harmonisation du droit d’auteur en Europe*, Litec, 2007 (por aparecer) ; M. Senftleben, *L’application du triple test - vers un système de « fair use » européen ?*, intervención con ocasión del coloquio IRPI/AFPIDA sobre el tema « Droit d’auteur et numérique, Quelles réponses de la DADVSI ? », París, 9 de marzo de 2007 (las actas están por publicarse).

del titular del derecho⁹⁸. Esta fórmula permite al juez proceder a un tipo de control de la proporcionalidad que no es extraña al método que se utiliza para resolver los conflictos entre diferentes derechos fundamentales⁹⁹. El juez deberá entonces tomar en cuenta la justificación detrás del límite en cuestión y arribar a un análisis diferenciado a la luz de los diversos intereses y derechos fundamentales en el caso¹⁰⁰. Lo que conduce a un resultado particularmente interesante ya que así podríamos combinar la seguridad de un sistema cerrado de excepciones con la ligereza del *fair use*¹⁰¹, permitiendo el ajuste de la aplicación de los límites no únicamente en función del interés económico del titular del derecho, sino tomando igualmente en cuenta los intereses divergentes de los usuarios o incluso los de los autores cuando éstos se distinguen de los titulares de derechos que se encargan de la explotación.

⁹⁸ La Corte constitucional alemana lo precisó muy claramente en su decisión “libros escolares” de 7 de jul 1971, *GRUR* 1972, p. 481.

⁹⁹ M. Senftleben (*preced.* nota 10), p. 226; S. Dusollier (*preced.* nota 25), p. 221; C. Geiger, *The Three-Step Test, a Threat to a Balanced Copyright Law?* (*preced.* nota 97), p. 696.

¹⁰⁰ Ver en este sentido también la intervención de P.B. Hugenholtz, « Free Speech and The Three Step-Test : a Tongue Twister », con la ocasión de un taller sobre : « Rethinking the Three-Step Test », organizado conjuntamente por el Instituto Max Planck para el derecho de la propiedad intelectual y la Universidad Queen Mary de Londres, París, ULIP, 16 de febrero de 2007.

¹⁰¹ Ver en este sentido a M. Senftleben (*preced.* nota 97); C. Geiger (*preced.* nota 97). El Profesor Sirinelli concluye su reporte de las jornadas de la ALAI consagradas a los límites al derecho de autor, considerando que la solución que combine los dos enfoques es probablemente la ideal (Synthèse des Journées d’Etudes de l’ALAI, in : L. Baulch, M. Green et M. Wyburn (ed.), *Les Frontières du Droit d’Auteur : Ses Limites et Exceptions*, Actas del congreso de la ALAI 1998, Consejo Australiano del Derecho de Autor, 1999, p. 136).

2. La necesidad de « reconsiderar» el *test*: para llegar a una nueva interpretación

No obstante, para hacer esto sería necesario « reconsiderar » el *test* de las tres etapas y adoptar una nueva lectura del mismo. En efecto, para llegar a soluciones equilibradas, podría ser útil comenzar su aplicación con la tercera etapa y enseguida utilizar la segunda etapa como correctivo para evitar las afectaciones más burdas a la explotación de la obra. Esto vendría siendo una lectura a la inversa del *test*, lectura que ningún texto parece prohibir¹⁰². En efecto, el problema de interpretación que propone la Corte de Casación francesa es que, desde que se constate una afectación a la explotación normal de la obra, el examen de la tercera etapa ya no será necesario. Es por esta razón que la Corte no continúa con su análisis. Este no puede ser el sentido del *test* de las tres etapas, mismo que por otra parte debe ser igualmente analizado a la luz de la Convención europea de los derechos del hombre, texto que conforme a la jerarquía de normas prevalece sobre la directiva¹⁰³. Un análisis del *test* exclusivamente bajo el ángulo de los intereses económicos de los titulares de derechos es incompatible con un enfoque en términos de los derechos fundamentales, cuyo punto de partida es el postulado de la igualdad entre los derechos de igual valor¹⁰⁴. Una prioridad *por principio de cuentas* del titular de derechos estaría en tal medida en desacuerdo con el orden jurídico europeo¹⁰⁵.

Como ya lo subrayamos anteriormente, conviene entonces adoptar una concepción extremadamente restrictiva de la noción de explotación normal de la obra, con el fin de conferirle un lugar central a la tercera etapa, misma que permite poner en equilibrio los diferentes intereses en presencia. Pero esto no es suficiente y va a hacer falta poder garantizar que el juez examine la tercera etapa. Para ello, hemos propuesto practicar el *test* a la inversa. Podemos en efecto pensar que el efecto psicológico de ello no será despreciable: después de haber puesto en equilibrio los intereses en presencia, los jueces estarán probablemente menos proclives a censurar la utilización a través de la adopción de un enfoque puramente económico y utilizarán entonces la segunda etapa con el fin de “afinar el tino”.

Otra solución sería la de leer el *test* como enunciando un número de factores que deben ser tomados en cuenta por el juez, basándose en el modelo de la doctrina americana del *fair use*¹⁰⁶. Además, la segunda etapa del *test* recuerda en gran medida el cuarto factor enunciado por el artículo 107 de la ley americana de 1976, según el cual la influencia del uso en el mercado potencial de la obra o la influencia sobre su valor debe ser tomada en cuenta. Se trata entonces solamente de un factor a tomar en cuenta de entre otros. La segunda etapa del impacto sobre la utilización normal de la obra constituiría así *uno de los criterios* a poner en

¹⁰² Para tal lectura ver también a C. Geiger (*preced.* nota 97), p. 12. Ver igualmente la intervención de M. Vivant, « Rethinking the three-step test : What are the possibilities left by interpretation of the conditions ? », con ocasión de un taller sobre el tema : « Rethinking the Three-Step Test », organizado conjuntamente por el Instituto Max Planck para el derecho de la propiedad intelectual y la Universidad Queen Mary de Londres, París, ULIP, 16 febrero de 2007, que aprueba tal lectura.

¹⁰³ V. V.-L. Benabou, La transposition des directives en droit interne : l'exemple du droit d'auteur : *Légicom* 2004, n° 30, p. 35. Más generalmente v. H. Scheer, The Interaction between the ECHR and EC Law, A Case Study in the Field of EC Competition Law: *ZEUS* 2004, p. 690.

¹⁰⁴ V. C. Geiger, Les droits fondamentaux, garanties de la cohérence du droit de la propriété intellectuelle ? : *JCP G* 2004, I, 150 (para una versión en lengua inglesa ver *IIC* 2004, n° 3, p. 26).

¹⁰⁵ Ver en este sentido a C. Geiger, « Constitutionalising » Intellectual Property Law ? (*preced.* nota 24).

¹⁰⁶ Para tal lectura ver el artículo de K.J. Koelman, Fixing the Three- Step Test (*preced.* nota 70), así como la intervención de tal autor: « The Room for Interpretation of the Three-Step-Test », con ocasión de un taller : « Rethinking the Three-Step Test », organizado conjuntamente por el Instituto Max Planck para el derecho de la propiedad intelectual y la Universidad Queen Mary de Londres, París, ULIP, 16 febrero de 2007.

práctica, uno de los parámetros a considerar al realizar el análisis de la aplicación de un límite; pero no sería el único¹⁰⁷.

Evidentemente uno podría hacer valer que tal lectura, al conllevar una flexibilización del dispositivo de las limitaciones, conduciría a una deplorable inseguridad jurídica. Es cierto, y se ha destacado a justo título, que la doctrina del *fair use* conduce a resultados poco previsibles, lo que, ya lo subrayamos antes, puede ser un freno para los usuarios quienes practicarán a regañadientes algunas de las excepciones por miedo a un proceso¹⁰⁸. Dicho esto, no se trata en ningún caso de sustituir la lista de límites por una disposición general. En la mayoría de los casos, la utilización de que se trata caerá (o no) claramente en el marco de un límite previsto por la ley. No será más que en circunstancias excepcionales, es decir cuando el espíritu de un texto implicara que una utilización no cayera dentro del espectro del derecho exclusivo, que una cierta apertura se considerara deseable¹⁰⁹. En efecto, ¿cuál es la razón de que la flexibilidad no fuera únicamente en el sentido de una reducción de las excepciones? La lógica querría que si uno admite el principio de un margen de maniobra para el juez, éste sea en los dos sentidos y no únicamente en el sentido restrictivo¹¹⁰. Además, los jueces ya han podido a justo título utilizar el *test* de las tres etapas para consagrar una interpretación extensiva de una excepción a fin de adaptarla a un cambio técnico¹¹¹. No es concebible que la inseguridad jurídica sea aceptable cuando beneficie a los titulares de derechos e inaceptable cuando beneficie a los usuarios.

Por desgracia un cierto margen de inseguridad es inevitable si uno desea que la aplicación de los límites se vea afinado (en un sentido o en otro) a fin de adaptar el sistema a las nuevas

¹⁰⁷ Un enfoque en términos de un uso leal no es del todo impensable en los países de tradición continental, como ha sido en ocasiones alegado. En nuestra opinión corresponde a un enfoque « razonable » del derecho de autor, caro para el Prof. Sirinelli (P. Sirinelli, *Brèves observations sur le « raisonnable » en droit d'auteur*, in : *Mélanges A. Françon*, Paris, Dalloz, 1995, p. 397 *seq.*). Los jueces no son insensibles a éste, como sucedió en la interesantísima decisión de la Corte de apelación de Zaragoza del 2 de dic 1998 (núm. 708/1998, rec. 136/1998), en la que la Corte analizó si las reproducciones para fines de enseñanza en las universidades habían sido « leales ». Según los jueces españoles, « para determinar si la utilización de una obra en un caso determinado es leal, y en consecuencia, constituye una excepción lícita al derecho de reproducción, es necesario tomar en consideración los cuatro siguientes factores: 1º. La destinación y el carácter de la utilización, principalmente, la naturaleza comercial de la utilización o su destinación a fines no lucrativos; 2º. La naturaleza de la obra protegida ; 3º. El volumen y la importancia de la parte utilizada en relación al conjunto de la obra protegida; y 4º. La influencia de la utilización en el mercado potencial de la obra protegida o la influencia sobre su valor ».

¹⁰⁸ Ver en este sentido el interesantísimo artículo de D. Nimmer, *The Public Domain, Fairest of Them All, and Other Fairy Tales of Fair Use: Law & Contemp. Prob.* 2003, n° 66, p. 280.

¹⁰⁹ V. M. Senftleben, *Beprekingen à la carte : Waarom de Auteursrechtlijn ruimte lat voor fair use : AMI* 2003, n° 1, p. 10. El autor demuestra de manera muy convincente que la lista limitativa de la directiva no impide una cierta apertura al test de las tres etapas.

¹¹⁰ Bien entendido, el test de las tres etapas podría por lo tanto, en lugar de constituir el símbolo de una desorganización perjudicial al derecho, volverse al contrario, el garante de un orden jurídico evolutivo. En efecto, como lo subraya P. Roubier, « a partir del momento en que el orden jurídico presenta lagunas a partir de lo que concretamente establece, resulta del todo natural ir a buscar en el orden social espontáneo, es decir, en el contenido aportado por la experiencia de la vida y las necesidades de las nuevas relaciones, los elementos que permitirán colmar tales lagunas »: *L'ordre juridique et la théorie des sources du droit*, in : *Le droit privé français au milieu du XXe siècle, Études offertes à G. Ripert*, LGDJ, 1950, p. 19). Ahora bien, ¿quién mejor que el juez puede asegurar esta adaptación del derecho a las mutaciones “espontáneas” de la sociedad? La adaptación del derecho de autor a la « sociedad de la información » no podría ser una labor única del legislador.

¹¹¹ Ver a título de ejemplo la decisión de la Corte federal alemana de 11 de jul. 2002 (*preced.* nota 43), que valida la extensión del límite permitiendo a las revistas de prensa los contenidos informativos en formato electrónico.

circunstancias¹¹². Además, no es extraño al derecho de autor una cierta falta de seguridad jurídica por cuanto hace al acceso a la protección. En efecto, el criterio eminentemente subjetivo de la originalidad (versión francesa) o de la individualidad (versión alemana), definida como la marca de la personalidad del autor, no permite saber con claridad anticipadamente si tal obra responde a esa condición o no. No obstante, estamos de acuerdo en considerar que es necesario un filtro para mantener las ideas o ciertas formas de expresión no originales en el dominio público, en razón de los intereses que se estiman superiores a los de los titulares de derechos¹¹³. El juez procede (o al menos idealmente, *debería* proceder) a un balance de los intereses cuando se decide por la originalidad de una obra. Además, es forzoso admitir que la motivación de los jueces sigue siendo con frecuencia bastante opaca y regularmente se necesita mucha imaginación para descubrir la personalidad del autor en un perno, un anaquel o un recipiente para ensalada, creaciones a las que la jurisprudencia les ha concedido en ocasiones la protección del derecho de autor. De ahí que sería quizá deseable el establecimiento de una especie de *test* de tres etapas para el acceso a la protección del derecho de autor y reemplazar el criterio de la originalidad por criterios más claros¹¹⁴. Si convenimos en que el principio es la libertad y la exclusividad la excepción, no tendría nada de ilógico, al contrario¹¹⁵. Pero he ahí otro debate...

Para concluir, debemos reconocer que la adaptación del sistema de las excepciones a los imperativos de la sociedad de la información continúa siendo un gran desafío a escala mundial, europea y nacional. Sin embargo, hemos visto que la libertad de los legisladores nacionales se reduce grandemente con la regla del *test* de las tres etapas. Además, bien podría ser que el juez, obligado a observar el *test* en los asuntos que le son sometidos, vea su margen de maniobra igualmente disminuido y experimente dificultades para tomar en cuenta los intereses divergentes de los autores y de los usuarios. A menos que éste adopte una lectura diferente de las condiciones establecidas por el *test*, que no serían consideradas como “etapas”, sino como criterios que habría que tomar en cuenta al momento de poner en la balanza los diferentes intereses involucrados, con el objeto de alcanzar un equilibrio justo¹¹⁶.

¹¹² Es verdad que tal concepción puede parecer que se aleja un poco de la tradición continental para acercarse a los métodos de los países del *common-law*, en donde el juez goza de un mayor margen de maniobra. Dicho esto, el contexto de la armonización comunitaria en el que se sitúa el derecho de autor hoy en día necesita igualmente, en nuestra opinión, igualmente una cierta permeabilidad en cuanto a los métodos utilizados por los jueces para aplicar la ley. En efecto, los textos comunitarios se alejan mucho de la tradición continental en lo que hace a su redacción y luego así deben ser transpuestos. Resulta un derecho que ya no tiene la coherencia y la inteligibilidad que pudo haber tenido en el pasado (ver en este sentido J. de Clausade, *Sécurité juridique et complexité du droit : considérations générales du Conseil d'Etat* : D. 2006, p. 737). Nos parece que si el método legislativo cambia, el método judicial podría igualmente evolucionar, sobretudo cuando éste permita arribar a soluciones equilibradas. O entonces es el proceso de integración del derecho en su conjunto lo que habría que rechazar (sobre esta cuestión ver el apasionante artículo de K.H.T. Schiemann, juez de la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas: *Should we come together ? Reflexions on different styles of judicial reasoning* : *ZEUS* 2006, p. 1).

¹¹³ La doctrina más clásica es unánime sobre este punto.

¹¹⁴ Para una propuesta en este sentido ver a C. Geiger, *La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle : Quels remèdes pour le droit de la propriété littéraire et artistique ?* : *Revue Internationale de Droit Économique (RIDE)* 2006, n° 4, p. 389.

¹¹⁵ Ver en este sentido la bella imagen del Profesor Vivant, según el cual los derechos de propiedad intelectual constituyen un archipiélago en el que cada derecho privativo que recae sobre una creación del espíritu en particular, emerge como una isla en un océano sometido al régimen de la libertad” (J. Foyer y M. Vivant, *Le droit des brevets*, París, PUF, 1991, p. 9).

¹¹⁶ En Francia, la doctrina utiliza a veces la noción de « triple test » y no la de « test de las tres etapas » (C. Alleaume, *Le rôle du triple test, une nouvelle conception des exceptions ?* : *RLDI* 2007, n° 25 (suplemento), p. 48 ; B. May, *Droit d'auteur : le « triple test » à l'ère du numérique* : *RLDI* 2006, n° 15, p. 63). Esta noción, poco familiar en otros países, tiene no obstante la ventaja de no indicar una lectura del

Finalmente, lo que parece lamentable no es que los Estados miembros no sean libres de hacer lo que quieran, pues tal es la regla de todo compromiso a nivel internacional. Lo que parece chocante es que no haya habido ningún debate en torno al verdadero alcance de este instrumento jurídico, cuyas peligrosas posibilidades se revelan poco a poco. Ahora bien, es muy probable que los Estados miembros no hayan, en tal época, medido plenamente el alcance de su compromiso. Lo que podría llevarlos a provocar en el futuro una revisión de los acuerdos existentes para recobrar su soberanía en el campo de las excepciones. La aceptación del derecho de autor en el seno del cuerpo social podría depender de ello.

test « por etapas » lo que la hace más neutra. Por ello, con base en la lectura que se propone aquí, es la que se nos hace preferible.