

UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL A LA CRISIS DEL DERECHO AUTOR

Introducción

1. La protección de la creación: encrucijada de derechos constitucionales

2. Por la naturaleza del derecho y por su interacción con otros derechos: repensando el derecho o repensando sus límites.

3. Categorización constitucional: derecho **patrimonial y/o fundamental, dimensión institucional y garantía institucional.**

Conclusiones

Bibliografía

Introducción

Ya se preveía a comienzos del siglo lo que hoy es una realidad incuestionable: las nuevas tecnologías digitales provocan una crisis del derecho de autor o propiedad intelectual, que, básicamente, se cifra como la crisis de la explotación de la copia, y, más concretamente, la crisis de la copia privada[1]. Tanto la posibilidad técnica de un control absoluto de cada uno de los usos y accesos a las obras y prestaciones, como la imposibilidad técnica de su control, ya en el pasado sugirió la idea de “derechos sin límite o límites interminables en Internet”[2], y entre ambos extremos nos movemos en la actualidad, con su reflejo en la realidad y en la legalidad[3].

Ya se preveía también a comienzos del siglo que el diseño legal del derecho autor, insito en el diseño técnico[4] legal de Internet, no se consumía en sí mismo, sino que conllevaba, y conlleva, un impacto en los derechos, principios y valores constitucionales ineludible[5]. Parece que, ahora más que nunca, se requiere una toma de posición legal y jurisprudencial, sin ambigüedades, de la llamada, por nuestra ley, propiedad intelectual, que debería arrancar de una redacción constitucional sin ambigüedades. Una base nítida constitucional puede ayudar, indudablemente, a solucionar una problemática que es siempre compleja y difícil. Si bien es cierto que el problema no es exclusivamente español, sino que se está librando en cada Estado, nosotros, como ellos, debemos buscar soluciones. Para ello hay que partir de la correcta ubicación de la propiedad intelectual dentro del ordenamiento jurídico, especialmente en el ámbito público, en la Norma Constitucional, pues toda regulación se debe someter a ella, sin perjuicio de las consecuencias que se deduzcan en el ámbito privado del Ordenamiento.

La ya rancia polémica, no exenta de consecuencias, de si el derecho de autor o propiedad intelectual se encuentra en sede constitucional en el art. 20.1.b)[6] o si debemos entender que está incluido en el ámbito más amplio del derecho a la propiedad del art. 33[7] de la Constitución, se ha recrudecido, merced de la crisis que el derecho a la protección de la creación e innovación está sufriendo en el ámbito de soportes y redes digitales, que denominamos en términos generales Internet. Es más, la llamada crisis de los límites al derecho de autor en el entorno digital[8], ha situado en un primer plano algunos derechos constitucionales[9] que parecen requerir de un correcto equilibrio con la propiedad intelectual, para el efectivo ejercicio y respeto de todos ellos. Crisis de los límites que se produce tanto si es posible un total control, como si se diera una posible carencia absoluta de control técnico, siguiendo lo ya mencionado: si no hay control, se resiente el derecho de autor y repercute sobre otros derechos constitucionales; si hay un absoluto control, los límites al derecho de autor podrían no ser permitidos, y se resienten los mismos derechos constitucionales y el mismo derecho de autor. Una revisión de los mismos, a la luz de las bondades de las nuevas tecnologías de la comunicación, debería indicar si estos derechos constitucionales[10] pueden prescindir ya de tales límites, pues podrían nutrirse de los beneficios de otras formas de explotación, en nuevos modelos de negocio, o si, por el contrario, deberían seguir siendo tributarios. Conviene recordar que el derecho a la libertad de empresa (art.38) juega un papel muy importante en la defensa de los derechos intelectuales, de los cuales, por otra parte, requiere para su propia actividad en el mercado[11]. De manera que, siguiendo cierta tendencia doctrinal, la sociedad de la información y del conocimiento es, en definitiva, el mercado de los derechos intelectuales. La conjugación adecuada de los artículos 33, 38 y 20.1.b) de la CE puede ser determinante para contestar ciertas dudas respecto a los posibles contornos de la propiedad intelectual o derecho de autor.

En el presente trabajo se abordará lo que podría el art.20.1.b) CE decir con claridad

meridiana[12], es decir, qué derecho reconoce y cuál debería ser su contenido (o cómo debería interpretarse, en su caso). No se trata de volver sobre el interminable problema de la naturaleza de este derecho, que requeriría una mayor dedicación, por otra parte, sino, conforme a la trayectoria jurisprudencial[13] y doctrinal desde la promulgación de la Constitución, de apuntar aquello que podría contribuir a tratar el derecho de autor en consonancia con las diferentes facultades que contiene, y que requieren de diferente tratamiento y protección. Y, a su vez, ello podría ayudar a determinar qué derechos constitucionales se benefician de los límites del derecho de autor o propiedad intelectual, sobre todo del “ahora problemático” límite de la copia privada, y en consecuencia, seguir, por ejemplo, con el derecho a la compensación equitativa[14] que precisa del llamado canon digital[15], entre otros. El Tribunal europeo en el caso *Padawan*, confirma, en el apartado 36, el carácter facultativo de esta excepción para los países miembros, y ha aclarado el concepto de “compensación equitativa” para compensar el perjuicio que sufren los *autores* por esta excepción. Se lee en el fallo, punto tercero, “en consecuencia, la aplicación *indiscriminada* del canon por copia privada...en relación a los equipos....que no se hayan puesto a disposición de *usuarios privados* y que estén manifiestamente reservados a *usos distintos* a la realización de copias privadas, *no* resulta conforme con la directiva 2001/29”. Quiere decirse, sólo es conforme a Derecho la compensación cuando se aplica a las personas físicas para usos privados, y no a las jurídicas, organizaciones o instituciones, para usos profesionales. Los países europeos están a la expectativa de una modificación de la Directiva, aunque el caso *Padawan* ya se ha hecho notar en la jurisprudencia y la legislación.

1. La protección de la creación: encrucijada de derechos constitucionales

Siguiendo doctrina, se puede afirmar “ que el resultado de la aplicación de la teoría del derecho de la propiedad sobre los bienes inmateriales conduce a una configuración a-sistemática en la que se produce un doble “juego” de sectores normativos de regulación: por un lado, derivado del hecho de que la propiedad intelectual representa normalmente un interés privado que ha de ser protegido jurídicamente, entra dentro del ámbito de regulación del Derecho civil o privado y, por otro, fundamentado sobre la base de que ese interés privado tiene-aunque, en una primera aproximación, pueda parecer contradictorio-, un alto componente de interés público, entra también dentro del ámbito de regulación del Derecho público”[16]. Y, de acuerdo con lo que seguidamente se constata, “esta dicotomía normativa tendrá su reflejo en los textos legales, particularmente en los españoles, donde se advierte una sobria y ponderada regulación en el Código civil, y una confusa y elemental regulación, *prima facie*, en el texto constitucional[17]. Y, aunque sobria, se constata que lo que se denomina creación, o talento o innovación[18], encuentra reconocimiento y protección en y desde distintos derechos constitucionales, de diferente naturaleza, directa o indirectamente.

Así, un conjunto de derechos,- partiendo de derechos fundamentales de carácter pre-político, o de derechos de la personalidad o incluso de derechos sociales[19] , pasando por los patrimoniales[20] y hasta llegar a los principios rectores[21],- que se han detectado bien porque constituyen parte de la naturaleza del derecho de autor o bien porque todos ellos se interaccionan con el derecho de autor, han conformado un ecosistema jurídico equilibrado, con sus límites y excepciones, que han posibilitado un equilibrio de intereses públicos y privados, en el Ordenamiento jurídico. Sin embargo, los usos de las tecnologías digitales han perturbado tal armonía, cuestionando el derecho y sus límites. De lo que resulta que, la requerida protección

de la creación, se encuentra, más que nunca, actualmente, en una encrucijada constitucional, que requiere una toma de decisión tanto respecto a los artículos que definen al derecho a la propiedad intelectual, como respecto a los derechos con los que se interacciona y constituyen sus límites o excepciones.

El equilibrio entre los intereses públicos y privados se ha roto: las formas de explotación de la obra, en el ejercicio de los derechos o facultades patrimoniales, requieren cambios dramáticos provocados por las nuevas tecnologías[22]. Nuevas formas de explotación están surgiendo y a su vez nuevas formas de ejercer el derecho[23] y de entender sus límites[24]. La Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo de 2001, implementada en España por la Ley de Propiedad Intelectual, 23/2006 de 7 de julio, ley que modificó sensiblemente la regulación de la excepción de la copia privada y planteó la espinosa cuestión de la relación entre dicha excepción y las medidas tecnológicas de prevención del copiado (arts. 25 y 161 LPI), ya resulta manifiestamente insuficiente. El problema de cómo compatibilizar la protección de las medidas tecnológicas anticopia del art. 160 LPI con la eficacia práctica de la excepción de la copia privada[25], es cuestión clave para determinar la importancia del derecho de autor en la sociedad digital como instrumento de política educacional, informativa o cultural. Y teniendo presente que tanto la Directiva (art. 6.4.4 y 5.5 DDASI) como la ley española (161.6 LPI) prevén obras y prestaciones bajo licencia en Internet que no imponen la obligación de la copia privada. Aunque en el caso de que no exista contrato, pero se establezcan medidas tecnológicas de protección, se impone el respeto de la copia privada, que si no la hace posible por el titular, el Estado puede imponerla mediante el recurso a la jurisdicción civil (160.1, 161.2, 161.4 LPI), aunque no exista un derecho a la copia privada, virtud del art.5.5 DDASI (la llamada regla de los tres pasos)[26]. El fenómeno, propio de la sociedad de la información, de la “reproducción masiva e incontrolada de obras protegidas” obligan al legislador a un replanteamiento del derecho y sus límites, especialmente el límite de la copia privada. La “crisis de este límite de copia privada” es de capital importancia, primero, porque refiere a la facultad de reproducción[27] que es presupuesto fáctico para la existencia de las otras facultades de explotación[28]; y seguidamente, en consecuencia, porque su uso masivo e incontrolado impacta sobre el resto de las facultades, causando la crisis de toda la institución. Y sin perder de vista que ya todas las copias pueden ser digitales: la copia en papel o en soporte analógico es igualmente una amenaza, desde el momento de su fácil digitalización. De manera que cualquier “copia privada” de una obra o prestación protegida se convierte en una potencial amenaza del “negocio de la explotación de obras”. Lo dicho más arriba, el equilibrio de intereses, de derechos y sus límites, se ha roto.

2. Por la naturaleza del derecho y por su interacción con otros derechos: repensando el derecho o repensando sus límites.

Entre la más autorizada doctrina civilista de la propiedad intelectual, se insiste en el carácter fundamentalmente patrimonial, esto es, como un derecho de propiedad. Y se rechaza la tesis según la cual el derecho de autor debería subsumirse en el art.20.1.b) CE, artículo donde encuentra reconocimiento y protección el derecho a la información, y, donde recibiría el tratamiento y la protección de los derechos fundamentales o libertades públicas. Entiende Bercovitz que el derecho de autor no deriva directamente de la “libertad de expresión” (art.20.1.a), que ciertamente constituye su presupuesto, pero que no debe confundirse con aquél”. De ahí que se haya venido a admitir implícitamente también que el respaldo constitucional del derecho de autor se encuentra en el reconocimiento de la propiedad privada en el art.33 CE. “Y es que a nadie se le ha ocurrido reclamar la necesidad de regular la propiedad intelectual a través de un ley orgánica (art.81.1 CE), en cuyo caso además no habría

sido necesario atribuir expresamente al Estado la competencia legislativa correspondiente (art.149.1.9 CE)”[29]. El mismo autor se opone a su consideración como derecho de la personalidad, pues el derecho moral de autor sólo existe con respecto a una obra concreta, no constituye un atributo del autor en sí, sino en relación con su obra[30]. Sin embargo, esta afirmación se puede contestar al diferenciar entre el derecho y su ejercicio, pues como otros derechos de la personalidad, irrenunciables e inalienables, el hecho de que no se ejerzan no quiere decir que la persona no sea su titular.

No se puede negar que tanto la jurisprudencia histórica del Tribunal Supremo como nuestra legislación han avalado en general esta tesis patrimonialista. Sin embargo, la Ley de Propiedad Intelectual de 1987, promulgada la Constitución Española de 1978, y consecuente con los Convenios y Tratados Internacionales en la materia que se incorporan vía art. 96 CE en el Ordenamiento jurídico español, significa un cambio significativo de rumbo[31]. Además, es lógico y hasta de sentido común creer que el art.20.1.b) no es un dislate del legislador constitucional. Si como ha reconocido la doctrina y alguna jurisprudencia constitucional[32] lo que ahí se reconoce es la libertad de creación o la libertad de expresión artística o científica, el problema a resolver consistirá en determinar qué contiene tal libertad o derecho a la libre creación. Como indica Lacruz Berdejo, para unos el artículo citado constitucionaliza el derecho de propiedad intelectual, y para otros, simplemente, la libertad de creación científica y artística[33]. Para Beltrán de Heredia lo que consagra como fundamental la Constitución es un derecho genérico, impersonal, a producir y crear obras artísticas[34]; al igual que Garrote “que encuentra que el art.201.b recoge un derecho a cualquier ciudadano, pero no cómo debe regularse el producto al que da lugar el ejercicio del derecho (la obra)[35]”. A diferencia de Fernández Rodríguez que entiende que el art.20.1.b) constitucionaliza el núcleo esencial del derecho de autor a la protección de sus intereses morales y patrimoniales[36], como concreción del derecho de la libre expresión y difusión de la libertad de pensamientos e ideas, proyección del art. 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos[37]. En fin, sería largo de mostrar un recorrido doctrinal exhaustivo, pero Pizarro Moreno ayuda a su comprensión al recoger las posturas principales resumiéndolas: como tesis orgánica, tesis ordinaria y tesis conmutativa[38]. Desde la perspectiva de esa última tesis, la relación vital que mantiene el art. 33, derecho a la propiedad, con el art. 38, de libertad de empresa, unido a la naturaleza también económica[39] de estos llamados “recursos intangibles o bienes inmateriales”, su papel clave en la empresa, y su necesaria protección para la existencia de un mercado competitivo y eficiente, coloca al derecho a la propiedad intelectual en un espacio de alto interés económico y social[40].

En definitiva, y exacerbado en el contexto digital, repensando el derecho por su naturaleza, se nos muestra como un derecho “poliédrico”, con facetas que lo emparentan con los derechos de la personalidad (facultades morales); con otras de claro entronque con los derechos fundamentales de expresión e información[41] (está incluido en el seno del art.20 CE); y algunas con una indiscutible factura patrimonial o económica, que lo atraen dentro del campo magnético de los artículos 33 y 38 de la CE. Esta riqueza de contenido no se puede ignorar de un zarpazo por doctrinas interesadas, sino que requiere una integral visión respetuosa, para lograr una más adecuada regulación en los nuevos tiempos. Como se afirma desde el ámbito del Derecho Internacional Privado, “la protección de la creatividad salta del contexto fundamental económico al íntimo de la persona y acerca cada vez más el concepto de “derecho moral” al derecho de la personalidad”[42].

Aceptar a este derecho como de contenido “poliédrico”, conduce a percibir un complejo conjunto de límites, que también, por las prácticas digitales, hay que repensar[43], pues los intereses públicos y privados deben estar equilibrados, y ello no sólo por razones prácticas o tecnológicas,

sino además por razones constitucionales. Hoy, más que nunca, se debate qué límites tienen fundamento en derechos constitucionales y cuáles no, pues, al asumir un posible y casi absoluto control técnico de cada acceso y uso de las obras en Internet, se afirma que algunos límites carecen de justificación, salvo que haya un fundamento constitucional. La doctrina[44] analiza las razones del mantenimiento legal de la copia privada, según los modelos de explotación que permite la legislación: soportes digitales, *off-line*, pero con mecanismos de protección de copia, así como *on-line*, con medidas tecnológicas de acceso y control; o asimismo, *on line*, pero bien de acceso libre consentido por los titulares, por un lado, o bien bajo licencia, por otro. Ahora, la cuestión espinosa no está cuando las obras son de libre acceso, sino cuando las obras están protegidas con medidas tecnológicas[45] con o sin licencia (tanto *on-line* como *off-line*), y máxime si bajo licencia. Ahí, bajo licencia de acceso y uso, la ley no obliga a respetar el límite de copia privada, y aquí es donde se plantea si debería hacerlo y si hay fundamento constitucional: es decir, si debe regir el derecho dispositivo o contractual o debería estar sujeto al derecho imperativo. Esta atención importante que está recibiendo el límite de copia privada, se debe a su “fulminante” impacto en toda la institución, en el entorno digital, a diferencia de los otros.

Límites o excepciones que pueden tener su origen en los derechos de los arts.20 o 33 CE, pero también en los arts.27[46] CE o 44[47] CE, por citar los más frecuentes en juego. Garrote entiende que la copia privada es un límite que sólo se justifica por razones prácticas, que ya han decaído, y que no se apoya en un fundamento constitucional. Y añade que “no me parece que la limitación al derecho de propiedad intelectual que supone la copia privada se pueda apoyar en el art.20.1.a) CE. El impedir la copia privada no implica ninguna restricción a libre difusión de los pensamientos ideas y opiniones, ya que las ideas y los pensamientos, como sabemos, en ningún caso son objeto de propiedad intelectual (vid. el art.10 de LPI, refiriéndose sólo a obras originales)[48]. Sin embargo esta tendencia doctrinal no plantea correctamente la cuestión por varias razones, que, por otro lado, explican la relación entre ambos derechos por su íntima naturaleza interdependiente[49]. Y ello es tanto por el objeto, por el sujeto como por el contenido del genérico derecho a la información (art.20.1. a) y d)):- el objeto - conforme al tenor literal del artículo- “pensamientos, ideas y opiniones e información”, normalmente no se dan en estado puro, sino que se elaboran y se ponen en forma, de tal manera que tanto el medio de comunicación[50] como un todo, o en muchas de sus partes, es protegido por derechos de autor y /o derechos afines[51]. Las obras protegidas expresan ideas o toman hechos, se dan forma o expresión original, que es lo que se protege. De tal manera que al igual que los derechos de expresión e información[52] nutren la posible creatividad del autor, las obras de autoría nutren el flujo informativo[53], para satisfacer tanto el derecho subjetivo a la información de las personas, como la dimensión objetiva o institucional, es decir, la formación de la opinión pública, indispensable para el funcionamiento de un Estado Democrático social y de Derecho[54]. – El sujeto/s que elaboran los medios de comunicación son autores o titulares de los derechos de propiedad intelectual que corresponda, y aunque puedan algunos sujetos tener un régimen jurídico diferenciado[55], se someten a la Ley de Propiedad Intelectual. – Y en cuanto al contenido, el primer acto de disposición del autor de su obra, conforme a las facultades morales del art. 14 LPI, es la de divulgar o difundir la obra, lo que en términos del Código Civil, art. 428, se identifica como explotación, es decir, participan ambos derechos de una misma facultad: la difusión o comunicación. Pero aún más, merced del ejercicio de esta facultad es posible otra de los derechos de información y expresión, la recepción. En definitiva, tanto la configuración del propio derecho de autor como sus límites- no sólo la copia privada- responden, en general, a la relación de interdependencia y equilibrio que debe existir entre ambos para satisfacer, no sólo intereses privados de autores y titulares, sino también intereses públicos de usuarios y ciudadanos. El derecho de autor puede ser una excepción al derecho a la información y a la

inversa. Así, plantearse la eliminación de la copia privada en el entorno digital, exige tener presente el impacto no sólo sobre las libertades de expresión e información, sino sobre todos los derechos e instituciones que dependen del buen ejercicio de las mismas, es decir, si repercute, en definitiva, en toda la “democracia representativa”[56]. De manera que, mientras que las condiciones de acceso y uso de la red, y de las obras o materiales que difunde, no sean iguales para todos, por diferencias educativas y/o económicas, plantear la eliminación de la copia privada levanta serias dudas, no sólo en relación a los derechos del art.20CE, sino también por su función de “pasarela” de acceso al derecho a la cultura, art.44.1 CE o a la educación, art.27 CE.

Quienes niegan la conveniencia de mantener este límite, tampoco encuentran su defensa en la función social de la propiedad. Se esgrime que tal función social ya ha sido tenido en cuenta por el legislador, y por ello la propiedad intelectual es más limitada que la propiedad ordinaria. Además, “para que haya una auténtica función social debe haber un interés social preponderante que justifique desde el punto de vista constitucional una limitación del dominio, y en el caso concreto de la copia privada el beneficiario directo de la excepción o limitación es el usuario, siendo la comunidad o la sociedad la beneficiada sólo de un modo indirecto”[57]. Aunque esta afirmación puede resultar chocante, cabe decir que la comunidad o sociedad está compuesta por cada uno de los usuarios o ciudadanos que pueden beneficiarse del límite. Y, además, a través de éste pueden maximizar los adquirentes de un soporte material, o de un servicio, la propiedad del mismo. El interés preponderante no es sólo el derecho a la cultura invocado únicamente desde el art.44.1 CE, sino desde todos los derechos fundamentales en juego, desde el art.20, pasando por el 27, hasta el mismo artículo 33 de la Constitución. El derecho a la cultura no sólo depende del buen entendimiento del art. 44 CE, por parte del legislador y los otros poderes públicos, como principio informador de su actuación, sino que exige el ejercicio satisfactorio de todos esos derechos constitucionales implicados o impactados[58]. De manera que la posible defensa constitucional del límite podría disponer de los mecanismos del art.53.2 CE. El titular de la Empresa, en el ejercicio del derecho del art.38 CE, debe encontrar formas de explotación que resulten interesantes a los autores, para que cedan sus derechos patrimoniales. El estímulo económico al autor, puede estimular su futura creatividad. De su beneficio nos beneficiamos todos. Pero creo que los titulares de Empresa no deben amparar su carencia de nuevos modelos de explotación, apropiados a la nueva realidad digital, exigiendo la prohibición de algunos límites al derecho de autor: si la copia privada resulta ya inútil, se desechará “naturalmente” en el mercado, porque los nuevos modelos la superen[59]. Igual que “naturalmente” el progreso tecnológico la apuntaló, por razones semejantes la hará desaparecer, sin prohibición legal[60]. Es decir, si la prohibición legal resultó ineficaz entonces, también ahora. Y entonces como ahora, el art 18 CE sigue siendo la barrera infranqueable. El derecho a la intimidad o el derecho a la protección de datos personales han generado jurisprudencia[61] del TJUE, que muestra la difícil relación entre estos derechos y la propiedad intelectual, pero, todavía, la protección de la privacidad o de los datos de los usuarios, han servido de “barrera” para evitar injerencias en la libre comunicación de obras.

En definitiva, la relación directa entre protección del conocimiento y riqueza económica precisa de atemperar los principios jurídicos de personalidad y comunidad[62], mediante el principio de proporcionalidad, a riesgo de redes de comunicación vacías de contenido útil, en un supuesto o inaccesibles para muchos, en el otro.

3. Categorización constitucional: derecho patrimonial y/o fundamental, dimensión institucional y garantía institucional.

El derecho de autor o propiedad intelectual muestra diversas facturas, que lo hacen susceptible de clasificación en distintas partes del Título I, Capítulo II. Dependiendo cuál sea la sede/s del derecho, su categorización constitucional variará, siguiendo la doctrina y la jurisprudencia constitucional. La cuestión de la categorización de derechos en nuestra Carta Magna está resuelta, tanto por la doctrina de los autores como por la del Tribunal Constitucional[63], la cual se seguirá aquí. Al hilo de lo arriba expuesto, no parece descabellado entender el derecho de autor como un derecho grávido de contenido, que permite, dependiendo de qué facultades se reconozcan y ejerzan, estemos ante un derecho fundamental de la personalidad o de libertad (facultades morales), ante un derecho patrimonial ordinario (facultades patrimoniales), o, en su caso, ante una garantía institucional[64]. Como garantía, es un supuesto concreto de eficacia de algunos derechos fundamentales[65]; y no sólo, y especialmente, de la dimensión subjetiva de las libertades de expresión e información, sino igualmente de su dimensión objetiva- como principios estructurantes del Ordenamiento Jurídico-, e institucional, pues propicia la llamada institución de la opinión pública y el pluralismo político. El Tribunal Constitucional, en su variada jurisprudencia, ha señalado, en unas ocasiones, a la garantía institucional como garante de derechos fundamentales, o como un derecho fundamental en sí misma, en otras, o ha identificado a la garantía como la protección del contenido esencial de un derecho[66]. Igualmente, como señala la doctrina, el Alto Tribunal ha identificado garantía institucional con dimensión institucional de los derechos fundamentales, con consecuencias diversas, bien para reforzarlos (caso de los derechos de expresión e información), bien para debilitarlos (caso de los derechos de propiedad y libertad de empresa).[67] Por otra parte, la consideración de un derecho constitucional como de contenido de doble naturaleza, que se somete a un derecho fundamental, por un lado, y a un derecho de propiedad ordinario, por otra, no es nueva para el Tribunal Constitucional, y así se ha pronunciado respecto al derecho a la propia imagen[68].

Concebir el art.201.b) como garantía institucional no parece una idea estrambótica, si se examina, por ejemplo, la interrelación que mantiene con el derecho de expresión e información. Desde el punto de vista jurídico, se refuerza, así, la idea de que protegiendo a los autores/creadores/ o titulares se protege un bien social fundamental (la creación y las creaciones, la innovación y las innovaciones) y, en consecuencia, hay una protección constitucional frente a su desfiguramiento por los poderes públicos, en particular el legislador. Desde esta perspectiva se pueden examinar ciertas actuaciones de los poderes públicos: la reciente derogación del art.25 LPI, o la prohibición de ciertos enlaces que lucran ilícitamente del trabajo de los autores[69]. Se convierte así en un parámetro determinante de la posible conveniencia de los límites. Ahora bien, antes de continuar con el razonamiento, se impone realizar un ejercicio de higiene conceptual, que obliga a distinguir entre derecho fundamental, garantía institucional y dimensión institucional, que, por otra parte, nos apuntala la posible modificación del art. 20.1.b. Atinadamente, explica la doctrina que, no hay que confundir derecho fundamental con garantía institucional, ni ésta con dimensión institucional del derecho[70]. Garantía institucional y derecho fundamental no son categorías idénticas pero tampoco contrapuestas: el “*tipo* de protección constitucional que confiere la garantía institucional coincide con el propio de la garantía del contenido esencial del derecho fundamental: ambos preservan el objeto de protección frente a su supresión, desnaturalización o vaciamiento por el legislador”[71]. Sin embargo, el *objeto* sobre el que recae tal protección es distinto: en la garantía son instituciones, en el derecho son derechos subjetivos. Estos últimos le dan a la persona titular unos poderes jurídicos que le permiten accionar judicialmente para su protección. A diferencia de las instituciones, sin titular concreto, que son ámbitos objetivos de la realidad política y social, respecto de los cuales se impone la prohibición objetiva de destrucción o desnaturalización. Tampoco la garantía institucional ha de confundirse con dimensión objetiva o institucional: mientras que dimensión objetiva tiene funcionalidad ofensiva, la garantía tiene una funcionalidad defensiva. Mientras que la primera coloca a los poderes públicos en los

protectores de los derechos fundamentales (art.9 CE), los incita a maximizarlos, la segunda, la garantía, persigue la protección constitucional de determinados objetos (instituciones) frente a su desfiguramiento por los poderes públicos. En definitiva, “la garantía institucional es una garantía negativa (un límite), la dimensión institucional, por el contrario, es básicamente una garantía positiva (una directriz de actuación)[72].

Aceptada la diferencia, no es óbice para identificar, sin confundir, estas categorías en una misma norma constitucional, que en este caso es el art.20.1.b)[73]. Afinado distingo conceptual, posibilita aquí la operación de determinar qué contenido constituye el derecho fundamental del art.20.1.b), cuál el derecho de propiedad sin la nota de fundamentalidad, y cuál es la institución protegida por la garantía institucional. Debiendo, además, identificar la dimensión institucional del derecho fundamental. Llegado este punto, creo que se está en condiciones de afirmar, sin riesgo de saltos en la argumentación, que el derecho fundamental parece estar compuesto por las llamadas facultades morales del derecho; el derecho de propiedad ordinario, por las patrimoniales. Y que la dimensión institucional no tiene un referente institucional único, en coherencia con la naturaleza diversa del contenido: va desde lo señalado en el art. 10 CE (el desarrollo de la personalidad), pasando por la formación de la opinión pública y pluralismo (art.20.1.a y d, CE), hasta lo que se llama, en general, cultura (art.44 CE). También podría afirmarse, sin ser un atrevimiento, que la garantía institucional protege la creación en general, pues luego ésta se concretiza en los diferentes campos (periodístico, artísticos, literarios o científico- técnico). La afirmación anterior parece reclamar ya que se identifique el contenido esencial[74] del derecho de autor, asunto clave, además, para aclarar lo que sea la “delimitación” del derecho (aquellas intervenciones tendentes a completar la indeterminación constitucional) o la “restricción”, que reducen el ámbito de aplicabilidad del derecho pues “todo derecho fundamental queda limitado por la necesidad de hacerlo compatible con los demás derechos y bienes jurídicos protegidos por la Constitución; lo que conduce a plantear toda intervención legislativa en esta materia como la búsqueda de una solución a la colisión entre derechos y bienes jurídicos de rango constitucional y, por tanto, como un ejercicio de ponderación”[75]. Pues bien, siguiendo a la doctrina, el contenido esencial podría comprender algunas facultades de las llamadas morales (como el reconocimiento de la paternidad de la obra, su integridad y la facultad de decidir si se da o no la obra al público). Llamando la atención sobre ésta última, cuyo ejercicio tiene una trascendencia radical: si se decide ejercitar y difundir la obra, se sale del ámbito de la personalidad (privacidad o intimidad) y trasciende al ámbito público de las libertades de expresión e información y, al autorizar al autor la explotación de las facultades patrimoniales, se entra en el radio de acción del derecho de propiedad, que alcanza al derecho de Empresa. No en balde algún autor la ha llamado la facultad cardinal[76] del derecho de autor, como factor condicionante y supuesto concreto de eficacia de esos otros derechos.

Conforme a la doctrina constitucional, es posible ensayar una ordenación de las distintas categorías : el derecho de la personalidad (facultades morales contenidas en el art.20.1.b) es un derecho fundamental, encuadrado en el Título I, Cap.II, Sección primera, y, por lo tanto, recibe el tratamiento y la protección que el art.53.2 CE dispensa a ese bloque. A su vez, la garantía institucional que constituye en el art.20.1.b) se somete al mismo régimen de derecho fundamental, donde se encuadra, es decir, dentro del Título I, Cap.II, Sección primera, y por lo tanto, también, conforme a la protección que le dispensa el art.53.2. CE. Sin embargo, las facultades patrimoniales que se deriven del mismo derecho reconocido en el art.20.1.b), se someten al régimen de propiedad ordinaria del art. 33CE, es decir, como un indiscutible derecho constitucional de gran importancia, pero que no ha recibido ese “plus de fundamentalidad”, por lo que se somete al régimen de protección que dispensa el art. 53.1 CE para el Título I, Capítulo II,

Sección segunda. Se observa, que no coinciden siempre los titulares del derecho, según se ejerza como derecho fundamental, que sólo el autor lo es; o como derecho patrimonial, que lo pueden ser tanto el autor como sus derechohabientes o cesionarios, personas físicas o jurídicas (que a su vez pueden ser titulares del derecho del art.38 CE).

Esta categorización del contenido del derecho, establece la lógica de la posible categorización de los límites, pues dependerá si el conflicto se plantea como derecho fundamental (cuya dimensión institucional hará notar su peso), o como derecho ordinario (que cede ante otro fundamental), o si está en entredicho como garantía institucional. El posible conflicto entre derechos fundamentales es resuelto por el TC mediante la técnica de ponderación, y habría que aplicar todos los criterios expuestos en su jurisprudencia. Y sin olvidar que “los criterios adoptados por la jurisprudencia constitucional para identificar el contenido esencial de los derechos fundamentales son, en definitiva, muy similares a los que emplea para determinar el contenido de las garantías institucionales, a saber: imagen en la cultura jurídica y funcionamiento efectivo de la institución”[77]. Los poderes públicos no deben imponer o mantener un límite que desfigure el contenido esencial del derecho o de la institución, es absolutamente rechazable; sabemos que, la garantía actúa de manera defensiva, mientras que la dimensión objetiva del derecho fundamental tiene una funcionalidad ofensiva, coloca a los “poderes públicos, no en la situación de enemigos de los derechos fundamentales, sino de protectores de los mismos: incita (mejor obliga) a aquéllos (en particular al legislador, insisto) a maximizarlos dentro de lo posible”[78]. En este sentido, los poderes públicos deben actuar para preservar y potenciar el derecho de autor, absteniéndose de lo que desfigure la institución.

Obviamente, si se produce conflicto, saber en qué consiste ese contenido esencial es clave, a la hora de realizar la ponderación y señalar el límite, conforme al principio de proporcionalidad, para evitar el vaciamiento del derecho. De manera que si es posible aceptar que, entre las facultades morales (art.14 LPI), la facultad de decidir la divulgación o difusión de la obra, está a caballo entre el derecho fundamental y el patrimonial, es posible aceptar que éstas (morales) constituyen el contenido esencial, y que la garantía institucional, aunque en distinta intensidad, actúa siempre que se ejerce el derecho en sus distintas posibilidades. Pues incluso en el ámbito puramente industrial o empresarial de explotación de la obra, alejado del derecho fundamental del autor, está actuando la garantía que constituye el derecho. Pero, aún más, el autor está siempre conectado a la obra, a modo de cordón umbilical, a través de las facultades morales, aunque ésta se encuentre en los confines de la explotación de la empresa y en el mercado. Quiere decirse, las acciones de los poderes públicos de promoción del derecho de autor o propiedad intelectual, se deben dirigir o aplicar en todo ese espectro del ejercicio del derecho. Igualmente, en todo ese entorno, deben respetar la institución, inhibiéndose de cualquier actuación desnaturalizadora del derecho o la institución. Así, los poderes públicos, especialmente el legislador, puede dispensar una protección legal suficiente a los autores, que les anime a difundir las obras al público, dando seguridad jurídica efectiva a sus facultades morales y patrimoniales, y que ello les compense económicamente, para estimularles en la creación. Si actúa, por ejemplo, prohibiendo la copia privada con el fin de asegurar la explotación de los derechos patrimoniales de la Empresa, habría que evaluar: 1. Si afecta al contenido esencial del derecho fundamental 2. Si afecta al núcleo esencial de la institución 3. Cómo afecta a la dimensión institucional 4. Si el derecho patrimonial que se defiende, de los autores y titulares cesionarios, afecta favorablemente a la institución pero sacrifica otros derechos e intereses desproporcionadamente, sin grandes beneficios para los autores y titulares (es decir, resulta un acto quizá adecuado, pero podría existir una medida alternativa menos gravosa, que suponga un

menor sacrificio).

En el posible conflicto el art. 20.1.b), como derecho fundamental, y los arts. 33 y/o 38 CE, derechos patrimoniales[79], en principio, es el derecho fundamental el que prevalece, puesto que sin proteger a los autores y usuarios, los titulares de derechos patrimoniales, como puede ser la Empresa, pueden verse despojados de utilidad. En el caso del límite de la copia privada, eliminar este límite afecta al derecho a la información[80] (en ambas dimensiones), al acceso a la cultura, en general, e, incluso, en su caso, al derecho exclusivo del autor, pues sólo él tiene el monopolio de la difusión (contenido esencial). Pues cabe decir, que una vez la obra en el mercado, el autor ya ha decidido difundir previamente[81] con todas las consecuencias legales, luego ahora es la cesionaria la responsable de lo que el autor le ha cedido. Y la “compensación equitativa” es mero derecho remuneratorio, no la principal fuente de ingresos de los autores o titulares. El autor debe recibir protección legal y compensación económica, indudablemente, pero si la Empresa cesionaria no cumple satisfactoriamente, conviene pensar que existen otras modalidades efectivas de explotación de la obra y más vías de compensación (nuevos modelos de negocio). Si se elimina la copia privada, puede fallar la garantía institucional (reduce las posibilidades y condiciones de creación de las personas) y decaer los derechos a la expresión e información, en sus dos dimensiones (“el interés público” haría prevalecer al derecho a la información), y va en detrimento, asimismo, del derecho de acceso a la cultura y la investigación científica. Se puede esgrimir que la copia privada deja sin sentido los modelos de explotación, y en consecuencia la justa expectativa del autor y de los cesionarios de compensación económica, pero habría que añadir que sólo en los modelos basados en modos obsoletos de explotación no digital[82]. Es la Empresa, si es la cesionaria y titular de los derechos patrimoniales, la responsable de encontrar negocios que la permitan sobrevivir y cumplir con sus objetivos en el mercado. Estaríamos en el ámbito de los artículos 33 y 38 CE, derechos cuya dimensión institucional, función social de la propiedad y la Empresa en la economía de mercado, debilita el derecho subjetivo a la utilidad privada de la propiedad y la Empresa.”Este *virus* para la utilidad individual en que se convierte la *función social* queda inoculado *en* e incorporado *al* derecho subjetivo a través de lo institucional....su despliegue se sujeta al más que laxo límite de razonabilidad”[83]. Y no parece razonable prohibir un límite que técnicamente es incontrolable, y que requeriría para su control intromisiones en el derecho a la protección de datos, o incluso en el derecho a la intimidad, amén de “interferencias” con las libertades de libre expresión e información. La Empresa debe conciliar utilidad privada y función social con nuevas formas de explotación, que no resten sino sumen posibilidades de conocimiento a las que ya aporta la copia privada.

Conclusiones

Aceptar a este derecho como de contenido “poliédrico”, conduce a percibir un complejo conjunto de límites, que también, por las prácticas digitales, hay que repensar, pues los intereses públicos y privados deben estar equilibrados, y ello no sólo por razones prácticas o tecnológicas, sino además por razones constitucionales. Hoy, más que nunca, se debate qué límites tienen fundamento en derechos constitucionales y cuáles no, pues, al asumir un posible y casi absoluto control técnico de cada acceso y uso de las obras en Internet, se afirma que algunos límites carecen de justificación, salvo que haya un fundamento constitucional. La doctrina analiza las razones del mantenimiento legal de la copia privada, según los modelos de explotación que permite la legislación *off line* y *on line*, llamando la atención, en el segundo, de que bajo licencia de acceso y uso, la ley no obliga a respetar el límite de copia privada, y aquí es donde se plantea si debería hacerlo y si hay fundamento constitucional: es decir, si debe regir el derecho dispositivo o contractual o debería estar sujeto al derecho imperativo. Esta atención importante que está recibiendo el límite de copia privada, se debe a su “fulminante” impacto en toda la institución, en el entorno digital, a diferencia de los otros. El problema de cómo compatibilizar la protección de las medidas tecnológicas anticopia del art. 160 LPI con la eficacia práctica de la excepción de la copia privada, es cuestión clave para determinar la importancia del derecho de autor en la sociedad digital como instrumento de política educacional, informativa o cultural. Y teniendo presente que tanto la Directiva (art. 6.4.4 y 5.5 DDASI) como la ley española (161.6 LPI) prevén obras y prestaciones bajo licencia en Internet que no imponen la obligación de la copia privada. De manera que cualquier “copia privada” de una obra o prestación protegida se convierte en una potencial amenaza del “negocio de la explotación de obras”.

La “crisis de este límite de copia privada” es de capital importancia, primero, porque refiere a la facultad de reproducción que es presupuesto fáctico para la existencia de las otras facultades de explotación, y seguidamente, en consecuencia, porque su uso masivo e incontrolado impacta sobre el resto de las facultades, causando la crisis de toda la institución. De lo que resulta que, la requerida protección de la creación, se encuentra, más que nunca, actualmente, en una encrucijada constitucional, que requiere una toma de posición tanto respecto a los artículos que albergan al derecho a la propiedad intelectual, como respecto a los derechos con los que se interacciona y constituyen sus límites o excepciones. Y, aunque de manera sobria, se constata que lo que se denomina creación, o talento o innovación, encuentra reconocimiento y protección en y desde distintos derechos constitucionales, de diferente naturaleza, directa o indirectamente. La relación vital que mantiene el art. 33 CE, derecho a la propiedad, con el art. 38 CE, de libertad de empresa, unido a la naturaleza también económica de estos llamados “recursos intangibles o bienes inmateriales”, su papel clave en la empresa, y su necesaria protección para la existencia de un mercado competitivo y eficiente, coloca al derecho a la propiedad intelectual en un espacio de alto interés económico y social.

El derecho de autor o propiedad intelectual muestra diversas facturas, que lo hacen susceptible de clasificación en distintas partes del Título I, Capítulo II. Dependiendo cuál sea la sede/s del derecho, su categorización constitucional variará, siguiendo la doctrina y la jurisprudencia constitucional. Al hilo de lo arriba expuesto, no parece descabellado entender el derecho de autor como un derecho grávido de contenido, que permite, dependiendo de qué facultades se reconozcan y ejerzan, estemos ante un derecho fundamental de la personalidad o de libertad (facultades morales), ante un derecho patrimonial ordinario (facultades patrimoniales), o, en su caso, ante una garantía institucional. Como garantía, es un supuesto concreto de eficacia de algunos derechos fundamentales; destacando, especialmente, la dimensión subjetiva de las libertades de expresión e información, e igualmente su dimensión objetiva- como principios

estructurantes del Ordenamiento Jurídico-, e institucional, pues propicia la llamada institución de la opinión pública y el pluralismo político. El derecho de autor puede ser una excepción al derecho a la información y a la inversa. Así, plantearse la eliminación de la copia privada en el entorno digital, exige tener presente el impacto no sólo sobre las libertades de expresión e información, sino sobre todos los derechos e instituciones que dependen del buen ejercicio de las mismas, es decir, si repercute, en definitiva, en toda la “democracia representativa”. De manera que, mientras que las condiciones de acceso y uso de la red, y de las obras o materiales que difunde, no sean iguales para todos, por diferencias educativas y/o económicas, plantear la eliminación de la copia privada levanta serias dudas.

Al identificar sin confundir, estas categorías en una misma norma constitucional, que en este caso es el art.20.1.b) CE, posibilita aquí la operación de determinar qué contenido constituye el derecho fundamental del art.20.1.b), cuál el derecho de propiedad sin la nota de fundamentalidad (que remite al art.33 CE) y cuál es la institución protegida por la garantía institucional. Y se podría afirmar que el derecho fundamental parece estar compuesto por las llamadas facultades morales del derecho; y el derecho de propiedad ordinario, por las patrimoniales. Esta categorización del contenido del derecho, establece la lógica de la posible categorización de los límites, pues dependerá si el conflicto se plantea como derecho fundamental (cuya dimensión institucional hará notar su peso), o como derecho ordinario (que cede ante otro fundamental), o si está en entredicho como garantía institucional. Precizando, además, que el contenido esencial podría comprender algunas facultades de las llamadas morales (como el reconocimiento de la paternidad de la obra, su integridad y la facultad de decidir si se da o no la obra al público). Llamando la atención sobre ésta última, cuyo ejercicio tiene una trascendencia radical: si se decide ejercitar y difundir la obra, se sale del ámbito de la personalidad (privacidad o intimidad) y trasciende al ámbito público de las libertades de expresión e información y, al autorizar el autor la explotación de las facultades patrimoniales, se entra en el radio de acción del derecho de propiedad, que alcanza al derecho de Empresa. No en balde, algún autor ha llamado a la facultad de difusión la facultad cardinal del derecho de autor, como factor condicionante y supuesto concreto de eficacia de esos otros derechos.

Las categorías anteriores se convierten en parámetros para valorar la posible eliminación de la copia privada, con el pretendido fin de asegurar la explotación de los derechos patrimoniales de la Empresa en el entorno digital: 1. Si afecta al contenido esencial del derecho fundamental 2. Si afecta al núcleo esencial de la institución 3. Cómo afecta a la dimensión institucional 4. Si el derecho patrimonial que se defiende, de los autores y titulares cesionarios, afecta favorablemente a la institución pero sacrifica otros derechos e intereses desproporcionadamente, sin grandes beneficios para los autores y titulares (es decir, resulta un acto quizá adecuado, pero podría existir una medida alternativa menos gravosa, que suponga un menor sacrificio).

Entendido, o interpretado así el art.20.1.b), como un derecho de doble naturaleza, fundamental y patrimonial, a la vez que garantía institucional, podría reformularse en los siguientes términos: “Se reconoce y protege el derecho sobre la creación literaria, artística o científico-técnica, y el ejercicio de las facultades morales y patrimoniales que contiene”.

Bibliografía

- APARICIO PEREZ, M.A., *Manual de Derecho Constitucional*, Edit. Atelier, Barcelona, 2009
- ARAGON REYES, M., (Coordinador), *Temas básicos de Derecho Constitucional, Tomo III, TC y Derechos fundamentales.*, Civitas, Madrid, 2001,
- BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., en “Bienes de la personalidad y derecho moral de autor” en *Colección de Propiedad Intelectual. Anuario de Propiedad Intelectual, 2003*, coord. por ROGEL VIDE. AISGE, Madrid, 2003.
- BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., *Manual de Propiedad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006,
- CIDONCHA MARTIN, A., “Garantía institucional, dimensión institucional y derecho fundamental: Balance jurisprudencial”, *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, núm 23, 2009,
- DESANTES GUANTER, J.M., *Derecho de la Información II.*, Editorial Colex, Madrid, 1998
- DESANTES GUANTER, J.M., y otros., *Derecho de la Información.*, Colex, Madrid, 1994
- Desantes Real, M., en el “Prólogo” al libro *La Protección del Talento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, de CORREDOIRA Y ALFONSO, L
- DIEZ-PICAZO, L.M., *Sistema de Derechos Fundamentales*, Thomson Civitas, Navarra, 2008
- FERNANDEZ MIRANDA Y CAMPOAMOR, A., *De la libertad de enseñanza al derecho a la educación*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988
- GARCIA SANZ, R.M., *El derecho de autor en Internet*, Colex, Madrid, 2005
- GARROTE FERNANDEZ-DIEZ, I., *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, Editorial Comares, Granada, 2009
- GONZALEZ DE ALAIZA Cardona, J.J., *La copia privada. Sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital.*, Editorial Comares, Granada 2008
- LACRUZ BERDEJO, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, 2ª edición, 1997
- LOPEZ GUERRA, L., y otros., *Derecho Constitucional, Vol.I, 6ª edición*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003
- LOPEZ GUERRA, L., y otros., *Derecho Constitucional, Vol.I, 6ª edición*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003
- LOPEZ MAZA, S., *Límites del derecho de reproducción en el entorno digital.*, Editorial Comares, Granada, 2009
- MARCO MOLINA, J., *La propiedad intelectual en la legislación española*, Marcial Pons, Madrid, 1995
- PIZARRO MORENO, E., *La disciplina constitucional de la propiedad intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- RICHART, J., “La copia privada ante los desafíos de la tecnología digital” en *Límites a la propiedad intelectual y nuevas tecnologías*, (Moreno Martínez, Coord.) Dykinson LOPEZ, Madrid, 2008
- VILLAVARDE MENENDEZ, I., *Estado democrático e Información: El derecho a ser informado*, Edit. Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, 1994

[1] Véase: GARCIA SANZ, R.M., El derecho de autor en Internet, Colex, Madrid, 2005.

[2] Ibid. pp. 79 y ss.

[3] Desde el punto de vista legal, tanto la Directiva 2001/29CE, de 22 de Mayo 2001, como su implementación en España por la Ley 23/2006, de 7 de Julio, establecen un sistema cerrado de límites que varía desde la garantía de los límites cuando no existe licencia on-line hasta su eliminación cuando las obras y prestaciones están licenciadas en Internet (Artículos 5 y 6 de la DDASI y arts. 160 y 161 de la LPI española, de los que ya nos ocuparemos en este

trabajo más adelante). Y, desde el punto de vista de la realidad de la utilización de las nuevas tecnologías digitales, también se visibiliza claramente esta situación: desde usos incontrolados a través de enlaces para la descarga sin autorización de obras y prestaciones protegidas, pasando por las redes de intercambio P2P propiamente, hasta el extremo contrario que supone la implantación de medidas y mecanismos técnicos que capacitan para un control exhaustivo de cada acceso o uso de la obra o prestación puesta a disposición.

[4] Y tecnológico.

[5] GARCIA SANZ, R.M., o.c., p. 151 y ss.

[6] El Art.20.1.b) CE, dice: "Se reconoce y protege el derecho a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica".

Es la única referencia explícita que el legislador constitucional hace a la creación y su protección. Y no cabe pensar que fue fruto de la casualidad o un dislate fuera de lugar que conviene eliminar, aunque sí modificar para mejorar.

[7] La Ley española se denomina de "propiedad intelectual", lo cual hace directa referencia al derecho a la propiedad del art. 33, aunque apellidada "intelectual". A nadie se le escapa que el uso de una u otra terminología-derecho de autor o propiedad intelectual- no es inocente, y esta declarando una u otra posición respecto a este derecho. Es por ello que aquí, en principio, se emplean las dos con el fin de no partir de una toma de posición que sesgue el trabajo desde el inicio.

[8] LOPEZ RICHART, J., "La copia privada ante los desafíos de la tecnología digital" en *Límites a la propiedad intelectual y nuevas tecnologías*, (Moreno Martínez, Coord.) Dykinson, Madrid, 2008

[9] Se refiere al derecho a la información del mismo art. 20.1.a) y d); al derecho a la cultura del artículo 44; el derecho a la propiedad del art 33; el derecho a la libertad de empresa, art.38; incluso al derecho a la enseñanza, en el art. 27 o el derecho de los consumidores, art. 51; sin olvidar el art. 18, para la protección del derecho a la intimidad o la protección de datos, todos ellos de la vigente Constitución Española de 1978. Mencionando los más significativos y sin consideración, ahora, de su categorización en la CE, a lo cual me referiré más tarde.

[10] Incluido el propio derecho a la propiedad intelectual o derecho de autor que podría prescindir del límite de la copia privada.

[11] Las relaciones entre el derecho de propiedad, el derecho de propiedad intelectual y el derecho a la libertad de empresa han sido estudiadas por: PIZARRO MORENO, E., *La disciplina constitucional de la propiedad intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012. Así afirma "La explotación-para cuyo fin nacen las creaciones- se convierte así en presupuesto del derecho de autor, que es la existencia de la propiedad intelectual debida a la empresa", pág. 364. Ello unido al entendimiento de la libertad de empresa como garantía de instituto, que es del mercado, lleva como secuencia lógica a afirmar que el mercado para su funcionamiento requiere de los derechos de propiedad intelectual.

[12] Puesto que es evidente que es el único artículo con referencia expresa a la "creación y su protección".

[13] La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en este punto ha sido escasa, puesto que no ha tenido ocasión de entrar en el fondo del asunto, sobre la naturaleza de este derecho. El caso "Pablo Serrano" (STC 35/1987, de 18 de Marzo) posibilitó cierto pronunciamiento, pero insuficiente, ya que no pudo entrar a resolver el asunto. Han llegado al Tribunal casos de propiedad intelectual o derechos de autor, pero con demandas de amparo basadas en el derecho a la justicia o a un proceso justo con todas las garantías, etc., pero sin poder pronunciarse, lógicamente, sobre el asunto que ahora interesa.

[14] El reciente derogado art.25 de la vigente Ley de Propiedad Intelectual, 23/2006, 7 de Julio. El Real Decreto Ley 20/2011, de 30 de diciembre, en su Disposición Adicional 10ª, ha dinamitado todo el sistema previsto (art.25) para la compensación de copia privada en España, que se encuentra en un periodo transitorio, a la espera de nueva regulación, pues "el Gobierno establecerá reglamentariamente el procedimiento de pago.." a cargo de los Presupuestos Generales del Estado.

[15] STJUE de 21 de Octubre de 2010, *Padawan v. SGA*, asunto C-467/08.

[16] PIZARRO MORENO, E., *La disciplina constitucional de la propiedad intelectual*, o.c. p. 89 y 90

[17] *Ibid.* p. 90

[18] DESANTES REALI, M., en el "Prólogo" al libro *La Protección del Talento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, de CORREDOIRA Y ALFONSO, L, afirma: "Dos son, a mi modo de ver, las razones que explican este "renacer" de una institución que parecía devorada por el ritmo de los nuevos tiempos: por una parte, la imperativa necesidad de generar "activos intangibles", es decir, "recursos protegidos intangibles"; por otra, la entronización de la creatividad como actividad suprema del ser humano y la profunda convicción de que la verdadera fuente de riqueza se encuentra en la "creatividad compartida", p. 14

[19] Art. 20.1.b) CE, art. 20.1. a) y d) CE, o el art. 27CE, en Título primero, Capítulo segundo, Sección primera de la CE.

[20] Art. 33 CE o el art. 38 CE, en su Título primero, Capítulo segundo, Sección segunda.

[21] Los principios rectores de la vida cultural, científica o de los consumidores de los artículos 44 CE o 51CE, que forman parte del Título primero, capítulo tercero de la CE.

[22] La explotación llevada a cabo por los titulares autorizados, normalmente empresas editoriales o productoras, entra en competencia desleal con la "reproducción" que realizan los usuarios por el límite de la copia privada; que además, a través de redes como P2P, o simplemente a través del *email*, pueden compartir con un número masivo de

personas. Copia que tiene la calidad del original, del que no se diferencia. Así, la empresa no puede competir con el gratis total que *de facto* se produce. Aunque no se dan los dos elementos propios de la explotación (sí el carácter colectivo pero no la finalidad lucrativa), lo cierto es que el impacto en el mercado es tal que deja sin sentido las formas de explotación de las obras. Y aunque el titular del derecho está autorizado, normalmente en exclusiva, para su control, ello lo es sólo *de iure* pues *de facto* el control técnico hasta la fecha ha sido infructuoso. Control que además exige intromisión en la privacidad o intimidad de las personas, una de las razones que justifican el límite de la copia privada.

[23] GONZALEZ DE ALAIZA CARDONA, J.J., *La copia privada. Sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital.*, Editorial Comares, Granada 2008. Este autor recoge lo que se ha llamado “el derecho de uso” y el “derecho de acceso” que vendrían a configurarse como nuevos derechos o facultades de los autores en el entorno digital, y siempre que las medidas tecnológicas ofrezcan plena garantía técnica y jurídica; p.p. 48 y 94

[24] *Ibid.* p. 94 y ss. Se habla ya de la erradicación de la copia privada; en USA es ya casi una realidad, y la *fair use* se utiliza de modo residual. Allí se prefiere hablar de “copia personal” (*timesifting /spacesifting*).

[25] Los que reclaman la eliminación del límite de copia privada sostienen dos razones extremas: tanto porque parece imposible el control técnico de las reproducciones, en unas casos; como por el posible control exhaustivo de cada uno de los accesos y usos, que permiten las medidas tecnológicas, en la protección y gestión de las obras, lo que deja sin sentido permitir tal límite al desaparecer uno de sus principales fundamentos.

[26] GARROTE FERNANDEZ-DIEZ, I., *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, Editorial Comares, Granada, 2009, p.p.150

[27] La facultad (o derecho, en terminología no rigurosa) de reproducción ha sufrido cambios en su ámbito, a consecuencia de Internet: En el art. 2DDASI y, vía de las excepciones, en el art. 5.1DDASI; la ley española establece en el art. 31.1 LPI una exención para las llamadas reproducciones provisionales. Para una mayor comprensión, véase: LOPEZ MAZA, S., *Límites del derecho de reproducción en el entorno digital.*, Editorial Comares, Granada, 2009, p.p. 135 y ss.

[28] Un estudio histórico para conocer la configuración del derecho en la evolución legislativa española: MARCO MOLINA, J., *La propiedad intelectual en la legislación española*, Marcial Pons, Madrid, 1995

[29] BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., *Manual de Propiedad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p.26

[30] BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., en “Bienes de la personalidad y derecho moral de autor” en *Colección de Propiedad Intelectual. Anuario de Propiedad Intelectual, 2003*, coord. por ROGEL VIDE. AISGE, Madrid, 2003, pp. 95 a 110. En este sentido interesa la STS de 9 de Diciembre de 1985, especialmente el considerando tercero.

[31] MARCO MOLINA, J. *La propiedad Intelectual en la legislación española*, o.c., p.p. 121 a 208

[32] ATC 134/95; ATC197/82; STC 153/1985, de 7 de noviembre; STC 35/87, STC 43/2004.

[33] LACRUZ BERDEJO, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, 2ª edición, 1997, p.p. 344 y 345

[34] BELTRAN DE HEREDIA, PONENTE de la STS de 9 de Diciembre de 1985, así lo sostiene en ésta.

[35] GARROTE FERNANDEZ-DIEZ., o.c. p.72

[36] FERNANDEZ RODRIGUEZ, en su voto particular a la citada STS de 9 Diciembre 1985.

[37] Y conforme al que hay que interpretar el art.20.1.b) CE, obedeciendo el mandato del art.10.2 CE.

[38] PIZARRO MORENO, oc. p. 170 y ss. Mientras que la orgánica defiende el derecho de autor como derecho fundamental en el art. 20.1.b), y por lo tanto deber ser regulado por ley orgánica, de ahí su nombre; la tesis ordinaria, defiende la propiedad intelectual dentro del derecho a la propiedad del art. 33, como derecho ordinario; y la tercera, tesis conmutativa, pretende una posición ecléctica que conjuga los preceptos anteriores en el sentido de determinar que el derecho de autor tiene una vertiente personal o moral, tutelada a través del art.20.1.b), y otra patrimonial, tutelada a través del art.38, de libertad de empresa.

[39] La facultades patrimoniales son de naturaleza económica. LPI arts. 17 a 23.

[40] PIZARRO MORENO, citado más arriba, ha puesto de manifiesto, en página 359, que el “Tribunal Constitucional ha establecido, con bastante precisión, la estrecha relación que existe entre los derechos de propiedad privada y la libertad de empresa, afirmando que ésta no puede exonerar del cumplimiento de la función social de la propiedad, de lo que se sigue que las limitaciones legítimamente derivadas de esta última no infringen en ningún caso el contenido esencial de la libertad de empresa...”.

[41] “La facultad de difusión es la que caracteriza el derecho de autor. Pero tal facultad es una de las tres que integran el derecho a la información. El derecho de autor es, genéricamente, derecho a la información que se manifiesta específicamente por constituir el ejercicio de la facultad de difusión por el mismo creador del mensaje. Y, conforme a la facultad genérica de disposición, por sus derechohabientes”. DESANTES GUANTER, J.M., y otros., *Derecho de la Información.*, Colex, Madrid, 1994, p. 35

[42] DESANTES REAL, M., “Prólogo” al libro *La protección del Talento.*, o.c. p.15

[43] Los límites o excepciones al derecho de autor han sido explicados por la doctrina, en general, basándose en una serie de fundamentos, que dan respuesta a distintos intereses: interese superiores, radicados en derechos constitucionales; ausencia de perjuicio económico para el autor; cesión tácita de derechos; cesión obligatoria de derechos; imposibilidad práctica de control, o también llamado fallo del mercado. Uno o más fundamentos pueden concurrir en un mismo límite o excepción, por lo que su posible imperatividad puede ser más intensa, por ejemplo en la copia privada. Véase: GONZALEZ DE ALAIZA, JJ., o.c. p. 77 y ss

[44] GARROTE FERNANDEZ-DIEZ,I., o.c. pp .62 y ss , 133 y ss.

[45] Tanto el art. 6.4.1. DASSI como la LPI art. 160.1, obligan al levantamiento de las medidas tecnológicas para dar cabida a la excepción de la copia privada; ahora bien, esto puede verse muy atemperado cuando se pone en relación con la regla de los tres pasos, art.40 bis LPI y art.5.5 DDASI. Esto es acorde a los dos sistemas de explotación de obras que contemplan tanto la Directiva como la Ley española: Una explotación sin licencia, pero con mecanismos de protección de copiado o de acceso, tanto off-line como on-line (arts. 161.1 a 161.4 LPI); otro modelo basado en el contrato on-line o licencia (art.161.5 LPI).

[46] Se puede esgrimir que este derecho fundamental cuenta en la LPI con su propio límite, art. 32. Aún siendo cierto, cabe decir que tanto ese límite del art.32 como otras formas de propiciar el derecho a la enseñanza, requieren de la excepción al derecho de reproducción.

[47] Se trata de un principio de los recogidos por la Constitución en el Título I, capítulo III. Es decir sólo informa la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos (art.53.3 CE), pero no es un derecho fundamental de la Sección 1ª o un derecho constitucional de la Sección II, del capítulo 2º.

[48] GARROTE FERNANDEZ-DIEZ, I., o.c. p. 71

[49] DESANTES GUANTER, J.M., o.c., p. 29 “El derecho de autor-y, con él, el principio de individualidad-tiene importancia fundamental en cuanto al derecho a la información se refiere. No sólo porque constituya un condicionante del derecho informativo, sino también porque es un supuesto concreto de su eficacia”.

[50] Hay que precisar lo que la doctrina entiende por medio de comunicación social: sería la suma del soporte más el mensaje. Y por tanto abarca a muchos y muy distintos: libros, prensa, tv, radio, cine, DVDs, etc. Véase: ARAGON REYES, M., (Coordinador), *Temas básicos de Derecho Constitucional, Tomo III, TC y Derechos fundamentales.*, Civitas, Madrid, 2001, p.p.165 a 172

[51] Si no fuera así no tendrían sentido las limitaciones de los artículos 32.1.II y 33.1 de la LPI. Y, en otro orden de cosas, las crisis del modelo de explotación de los medios de comunicación social, especialmente de la prensa, viene provocada por las mismas causas que provocan las crisis de las obras protegidas por derechos de la propiedad intelectual, dado que no se trafica con los medios de comunicación en sí mismos, sino con los derechos de autor que recaen sobre ellos, como en todas las obras protegidas.

[52] Entendido este derecho como lo interpreta el TC, es decir, comprendido por las libertades de expresión e información.

[53] Entendido en una amplia acepción de todo tipo de materiales protegidos o no, y de todo tipo de mensajes. Véase: VILLAVARDE MENENDEZ, I., *Estado democrático e Información: El derecho a ser informado*, Edit. Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, 1994, p.p.33 y ss.

[54] Muy numerosa es la jurisprudencia constitucional en este sentido, se citarán sólo algunas: STC104/1986;STC159/1986;STC6/1981;STC12/1982;STC240/92;STC21/2000;STC171/2004; STC 127/2004;STC 139/2007; STC9/2007;etc.

[55] El art. 51 de LPI regula la transferencia de derechos de autor mediante relaciones laborales, es decir, regula al autor asalariado.

[56] APARICIO PEREZ, M.A., *Manual de Derecho Constitucional*, Edit.Atelier, Barcelona, 2009, p.p 118 y ss ;162 y ss.

[57] GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, I., o.c., p. 72 y 73

[58] DECLARACION UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS 1948, art. 27 “1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.2. Toda persona tiene derecho a la protección de sus intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias y artísticas de que sea autora”.

[59] Parece, observando la realidad y escuchando las quejas de los que explotan estos derechos, que no preocupa tanto la “copia privada en sí” como la manera de hacer efectiva la llamada remuneración equitativa. Y es que podría ser que la explotación de las obras y prestaciones en las redes tengan la misma dinámica de lo que llamamos copia privada. Me pregunto por qué lo llamamos ahora límite de copia privada en la red, cuando queremos decir otra cosa: es la nueva forma de explotación de la creación.

[60] Las razones para la existencia de límites y, en concreto de la copia privada, siguen siendo válidas: tanto si aceptamos la falta de control de la copia privada en la red, pues la tecnología no cesa de proveer nuevo software; como si aceptamos que ya es posible el control exhaustivo de cada acto de acceso y uso de la obras gestionadas por mecanismos de protección, lo cual no es todavía un realidad incontestable. Quiere decir, que sea por razones prácticas (fallo del mercado), sea por razones constitucionales o cualquier otra, o por todas ellas conjuntamente, todavía no es posible prescindir de la copia privada.

[61] Véase por todas: STJUE (sala 3ª) de 24 de Noviembre de 2011, *Scarlet v.SABAN*, Asunsto C-70/10-

[62] La utilidad privada debe atemperarse a la función social en los derechos de propiedad y libertad de empresa. Y, por otro lado, el derecho individual del autor debe atemperarse al derecho universal de la libertad de expresión e información.

[63] Existe una numerosa bibliografía, véase por todos: LOPEZ GUERRA,L., y otros., *Derecho Constitucional*, Vol.I, 6ªedición, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003. p.p. 139 y ss.

[64] Como es considerada el derecho a la libertad de cátedra, que se encuadra en el art.20.1.d). Véase: FERNANDEZ MIRANDA Y CAMPOAMOR, A., *De la libertad de enseñanza al derecho a la educación*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, p.p. 128 y ss.

- [65] Derechos de los artículos 20, 18,27, y también, aunque no está categorizado como derecho sino como principio, del art.44.
- [66] CIDONCHA MARTIN, A., "Garantía institucional, dimensión institucional y derecho fundamental: Balance jurisprudencial", *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, núm 23, 2009, p.p. 152 a 157
- [67] Ibid. p.p. 157 a 178
- [68] SSTC81/2001; 231/1988, 117/94; 170/1987; 99/1994. O la STS (sala 1ª) de 1 de Abril de 2003; etc.,
- [69] Decreto 1889/2011, de 30 de Diciembre, que establece un nuevo procedimiento de cierre de páginas *web*. Su art.13.1 dice que su función es "salvaguardar los derechos de propiedad intelectual frente a su vulneración por los responsables de servicios de la sociedad de la información".
- [70] CIDONCHA MARTIN, A., o.c., p. 179 y ss
- [71] Ibid. p.183
- [72] Ibid. p.185
- [73] Ibid. p. 186. En la nota a pie de página núm. 83, se menciona como Jiménez Campo, hace este distingo lógico, cuyo fundamento es el doble carácter de los derechos fundamentales, con el fin de no confundir las determinaciones objetivas en que las normas consisten con las facultades o poderes jurídicos que atribuyen al titular del derecho (Jiménez Campo, J.: *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, 1999, p.31).
- [74] DIEZ-PICAZO, L.M., *Sistema de Derechos Fundamentales*, Thomson Civitas, Navarra, 2008, p. 120. Aquí afirma el autor "Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección".
- [75] Ibid. p. 125
- [76] DESANTES GUANTER, J.M., *Derecho de la Información II.*, Editorial Colex, Madrid, 1998, p. 35
- [77] DIEZ PICAZO, JM., oc. p. 121 económicamente, para estimularles en la creación. Si actúa, por ejemplo, prohibiendo la copia privada con el fin de asegurar la explotación de los derechos patrimoniales de la Empresa, habría que evaluar: 1. Si afecta al contenido esencial del derecho fundamental 2. Si afecta al núcleo esencial de la institución 3. Cómo afecta a la dimensión institucional 4. Si el derecho
- [78] CIDONCHA MARTIN, A., o.c. p 185
- [79] El derecho a la compensación equitativa por copia privada es un derecho patrimonial, sometido a la normativa legal.
- [80] Se produciría el conflicto entre el difusor (autores) y el receptor (usuarios o público) de las creaciones. Debe estarse al caso concreto, pero la doctrina constitucional ha resuelto, preferentemente, a favor del derecho universal a recibir información u obras de todo tipo.
- [81] Ya ha decidido difundir, y qué facultades de explotación ceder y en qué medida las cede, concretando todos los elementos posibles que definan la cesión para su explotación concreta.
- [82] La experiencia ha demostrado que siempre que se prohíbe una aplicación o *software* o sus servicios que posibilitan la copia, inmediatamente aparece otro recurso técnico u otro tipo de servicio que lo reemplaza. Por lo que la solución no puede venir de no reconocer lo inevitable desde el punto de vista técnico. Es incontrolable, salvo que se controle el funcionamiento libre de las redes.
- [83] Ibid. oc. p.176