

EL DERECHO DE AUTOR ANTE EL RETO DIGITAL Y TRANSFRONTERIZO: EL LÍMITE DE LA ILUSTRACION Y LA MINERIA DE TEXTOS Y DATOS¹.

Elena Vicente Domingo
Catedrática de Derecho Civil
Universidad de Burgos

SUMARIO: 1.- LOS LÍMITES DEL DERECHO DE AUTOR ANTE EL RETO DIGITAL Y TRANSFRONTERIZO 1.1- EL MERCADO DIGITAL COMO FUNDAMENTO DE LAS NOVEDADES. 1.2 OBLIGATORIEDAD DE LAS MEDIDAS DE ADAPTACIÓN DE LAS EXCEPCIONES AL ENTORNO DIGITAL Y TRANSFRONTERIZO. 2.- LAS NUEVAS ESTRUCTURAS DIGITALES Y TRANSFRONTERIZAS EN LA EDUCACIÓN SUPERIOR 3. - LOS NUEVOS USOS DIGITALES Y TRANSFRONTERIZOS DE LAS OBRAS Y OTRAS PRESTACIONES 3.1.- LA NECESIDAD DE HACER AJUSTES EN EL LÍMITE DE LA ILUSTRACION 3.1.1.- DIFERENCIAS ENTRE EL ARTÍCULO 32 LPI Y REGULACIÓN EN LA DIRECTIVA 4.- A PROPÓSITO DEL USO COMERCIAL DE FRAGMENTOS DE OBRA AJENA: EL CASO CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS V. GEORGIA STATE UNIVERSITY. 4.1.- LA FINALIDAD Y EL CARÁCTER DEL USO, INCLUYENDO SI TAL USO ES DE NATURALEZA COMERCIAL O SI ES PARA UN FIN EDUCATIVO SIN ÁNIMO DE LUCRO 5.- LA EXCEPCIÓN RELATIVA A LA MINERIA DE TEXTOS Y DATOS. 5.1. ¿QUÉ ES LA MINERÍA DE TEXTOS, CÓMO FUNCIONA Y POR QUÉ ES ÚTIL? 5.2 LAS DOS VERSIONES DE LA EXCEPCIÓN EN LA DIRECTIVA. 5.3.- LOS BENEFICIARIOS DE LA EXCEPCION TDM 5.4. LA MINERIA DE TEXTOS Y DATOS Y LOS DERECHOS DE LOS AUTORES 5.5.- EL CASO DEL SISTEMA ANTIPLAGIO TURNITIN 5.6.- TURNITIN Y EL USO COMERCIAL DE LAS OBRAS: FAIR USE Y FIN COMERCIAL DEL USO DE LA OBRA AJENA. 5.7.- SIMILITUDES ENTRE EL FUNCIONAMIENTO DE TURNITIN Y LA MINERÍA DE TEXTOS Y DATOS 6.- CONCLUYENDO

RESUMEN:

En las últimas décadas en la UE se han aprobado normas que han afectado profundamente a los derechos de autor para acomodarlos a las nuevas tecnologías y a las nuevas formas de explotación. Estas normas han tratado de acomodar los distintos intereses en juego. De un lado, la UE no puede renunciar a ser competitiva y a impulsar nuevos negocios de base digital y, de otro, tampoco se puede renunciar a garantizar a autores y creadores el respeto de sus derechos y su protección uniforme en toda la Unión. En concreto, en este

¹ Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación “Propiedad intelectual y *Open Data* en la Universidad: intersección entre propiedad intelectual, reutilización de la información del sector público y la protección de datos” DER2016-75709-R (MINECO/FEDER/UE) del que es investigadora principal Raquel de Román, y se ha publicado en 2020 por la editorial Comares como parte de la monografía “Información en abierto y propiedad intelectual en la Universidad”.

trabajo se estudia las medidas que afectan al límite de la ilustración para la enseñanza y la nueva excepción para la minería de textos y datos en la investigación (TDM)

ABSTRACT:

The EU has been legislating for decades trying to encompass the different interests at stake, on the one hand the rights of the authors and the creators, and, on the other hand, the market competitiveness in a digital, technological and cross-border world. In this context of transnational economic forces, the EU cannot give up being competitive and incentivize the creation of new businesses in the digital environment, but neither the EU can give up to ensure and guarantee uniform legal protection to authors. In this context in which the exploitation of the works take place, the vulnerability of authors rights is greater. In particular, this paper will study how the limit of illustration will work according with the new measures settled by the new UE Directive and the new exception established for text and data mining (TDM).

1.- LOS LÍMITES DEL DERECHO DE AUTOR ANTE EL RETO DIGITAL Y TRANSFRONTERIZO.

En este trabajo se quieren analizar los cambios que van a producirse en la regulación de los límites del derecho de autor como consecuencia de la próxima incorporación de la Directiva 790/2019, 17 de abril, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital, la cual rediseña y crea nuevos límites, con el fin último de que la Unión Europea no pierda competitividad ante Asia o EEUU, en un mundo digital y transfronterizo. El nuevo contexto legal tiene como finalidad la de minimizar las barreras que representan los derechos de autor, para facilitar los usos pedagógicos de obras y otras prestaciones, en este nuevo contexto y, también, para promover y facilitar la reproducción y gestión masiva de datos y de textos.

Por todo ello, en este trabajo, además del análisis, trataré de aportar criterios para que el sacrificio permanente a los derechos de los autores, frente a la competitividad y el mercado, no termine por eliminarlos.

Como ya hemos tenido ocasión de manifestar², la existencia de restricciones y limitaciones al ejercicio del derecho de autor, en casos concretos y determinados, están no sólo reconocidas en la ley sino que también está plenamente asumido por la sociedad³.

² VICENTE DOMINGO, Elena, *El límite del derecho de cita e ilustración con fines educativos o de investigación científica, Propiedad intelectual en las universidades públicas. Titularidad, gestión y transferencia*, coord. De Román Pérez, Raquel, 2016, p.113-143

³ PLAZA PENADÉS, Javier, *El Derecho de autor en la sociedad de la información*, "Formación e-learning. Curso de especialización en Know-How, propiedad intelectual e industrial en el mercado

El monopolio del autor sobre su obra tiene que asumir límites o excepciones⁴. A través de los límites se arbitra un sistema que dota de un cierto equilibrio a la tensión que existe entre el interés del titular de derechos de autor sobre la obra y el interés general⁵ de acceso a la cultura y la educación⁶.

Estos últimos, los intereses generales, se deben de garantizar aún a costa de los legítimos intereses del autor a explotar en exclusiva su obra, para lo que se permite algunos usos de las obras ajenas, sin que el autor pueda evitarlo, como ocurre con el derecho de cita o con la reproducción parcial de obras con fines educativos. Todo ello porque los derechos colectivos están en la base de los límites y las excepciones del derecho de autor⁷.

Sin embargo, el equilibrio entre la competitividad y el interés de los autores y titulares de derechos es delicado y solo deben de articularse aquellos límites que pertenecen a la categoría de excepciones justificadas porque, en caso contrario, el objetivo prioritario del derecho de autor, estimular la creación y difusión de conocimiento en la sociedad⁸, peligra.

En este momento, de nuevo, estamos ante el debate para la ampliación de los límites y para el cambio de naturaleza de los ya conocidos. En esta ocasión, se trata de sacrificar el derecho de exclusiva que tiene el autor sobre su obra para fomentar la competitividad de Europa ante el reto de la educación digital y transfronteriza y ante los nuevos sistemas de extracción y minería de textos y datos.

únicodigital". [BIB2019\4802](#) Editorial Aranzadi, S.A.U., Enero de 2019, “Sin embargo, la copia de obra intelectual, tanto lícita como ilícita, también se ha visto favorecida por estas nuevas tecnologías, hasta el punto de que el usuario de Internet ha llegado a pensar que lo que está en la Red es libre y de libre disposición, si bien la realidad jurídica surgida por ese tipo de prácticas viene a confirmar la falsedad de dicha creencia. De ahí la necesidad de adaptar y revisar las formas tradicionales de protección de los derechos de autor y derechos afines sobre las creaciones intelectuales, regulados en España.”

⁴ Para un enfoque completo de la cuestión, ROGEL, VIDE, Carlos, *Estudios completos de propiedad intelectual. Volumen V*, Editorial Reus, 2017, p.154, “La propiedad intelectual, compuesta por facultades patrimoniales y personales, no es absoluta ni ilimitada. Tiene límites, determinados por la función social que le corresponde. Límites contemplados en los artículos 31 ss. LPI, que determinan la posible utilización de obras ajenas por terceros, sin necesidad de contar con autorización del autor de las mismas, ya sea tal utilización gratuita, ya a cambio de una remuneración, de una compensación equitativa, que palie, de algún modo, hipotéticos perjuicios que, más allá del *ius usus innocui*, puedan derivarse a los autores por ello, autores que, excepcionalmente y en ciertos casos, pueden prohibir o impedir la utilización de sus creaciones por terceros”.

⁵ RODRIGUEZ TAPIA Y BONDIA ROMAN, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, 1997, p.164.

⁶ CARON, Christophe, *Droit d’auteur et droits voisins*, Paris, 2006, p.1, “Le droit d’auteur encourage les arts et protège les créations. Il assure la protection des auteurs et encourage les commerçants à investir dans les domaines culturels. Et il permet au public d’accéder à des œuvres et, grâce à la protection accordée, à développer le fleuve infini de la création pour la plus grande satisfaction du plus grand nombre et de l’intérêt général”

⁷ Vid. Sobre el anteproyecto de reforma, los atinados comentarios de ESPIN ALBA, Isabel, *Límite de ilustración con fines educativos o de investigación científica: antecedentes y perspectivas*, ADI 34 (2013-2014), p.112.

⁸ J.A. MORENO MARTÍNEZ, *Límite al derecho de autor por fines educativos*, en J.A. MORENO MARTÍNEZ (coord.) *Límites a la propiedad intelectual y nuevas tecnologías: incidencias por la Ley 23/2006, de 7 de julio*, Dykinson, Madrid, 2008, p.394.

No es el acceso a la cultura el interés por el que se sacrifica a los autores sino que es la economía, el mercado, los intereses económicos de Europa.

En consecuencia, la ampliación de los límites, su imposición obligatoria y la incorporación de otros nuevos no es un debate cerrado. Pero su reapertura debe de ser la consecuencia de un proceso muy meditado en el que todos los elementos en juego estén valorados para evitar un impacto negativo en el delicado equilibrio entre los intereses de los beneficiarios de la excepción y los titulares de derechos afectados⁹.

Así, en la Convenio de Berna de 1886¹⁰, al igual que en el artículo 5.3 (d) de la Directiva 2001/29/CE de Derecho de autor de la sociedad de la información, el límite de la cita tiene carácter imperativo mientras que no ocurre lo mismo con el de ilustración para fines educativos¹¹. Como apunta XALABARDER¹², ello ha abocado a la jurisprudencia española a realizar interpretaciones flexibles y amplias de los «fines de enseñanza e investigación» del límite del art. 32.1 del TRLPI, ajustándose a la interpretación teleológica, y siempre dentro de lo permitido por la regla de las tres etapas recogida en el art. 40 bis. del TRLP.

Lo novedoso es que en la -hasta el momento- última reforma de los límites en la LPI por ley 21/2014, se ha ampliado el límite de la ilustración, pero neutralizando el riesgo que entrañaba el mismo para un sector de producción cultural con un mercado restringido como es el de los libros de texto¹³, quedando por eso excluidos estos libros de la

⁹ Como lo expresaba DIAZ DE OLARTE, J., *Copia privada e ilustración en la enseñanza: aislándonos de Europa en perjuicio de ciudadanos, autores y editores*, La Ley, 4410/2013.

¹⁰ Como es sabido, la Convención de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas de 1886 reconocía expresamente en el artículo 10 ciertas y concretas limitaciones y excepciones al ejercicio de los derechos de autor en materia de derechos económicos, en supuestos en los que las obras protegidas se pueden utilizar sin autorización del titular, incluso, sin tener que remunerarle de forma directa. Entre estos límites, se encuentran el de la cita y el de la ilustración para fines educativos y de investigación, lo que demuestra la importancia de ambos, si bien no tienen la misma intensidad.

¹¹ Con la visión que le da su profundo conocimiento de la materia, CASAS VALLÉS, *La transposición de la Directiva 2001/29/CE en España*, UOC, Diciembre 2004, p.13, En su día –en 1998, cuando se incorporó la correspondiente Directiva–, la introducción de este límite no llamó la atención; probablemente por su previsible escasa incidencia, en la medida en que afecta a las bases de datos en sí y no a las obras y prestaciones incluidas en ellas. No obstante, si se hubiera vislumbrado la posible ampliación futura de su ámbito objetivo, las cosas habrían sido muy diferentes.

¹² Crítica con la reforma, XALABARDER, R., *La reforma del artículo 32 del TRLPI: una reforma explosiva, injustificada y doblemente inútil*, “Revista de Internet, derecho y política”, junio, 2015.

¹³ Así lo puso de manifiesto ESPIN ALBA, I., *Nuevas formas de producción y de acceso al conocimiento: políticas legislativas: sobre la necesidad de volver a los principios rectores del derecho de autor*, en *Propiedad Intelectual en el siglo XXI: nuevos continentes y su incidencia en el derecho de autor*, 2014, p.20

ampliación. Como afirma BERCOVITZ¹⁴, en la última reforma de la Ley de Propiedad Intelectual se queda inalterado el derecho de cita pero, sin embargo, se han ampliado sustancialmente los límites relacionados con los fines de ilustración para la enseñanza y para la investigación, utilizando así, pero sin llegar a agotarlo, el margen permitido por la excepción recogida en el art. 5.3.a) de la Directiva 2001/29 (LCEur 2001, 2153). Como novedad relevante en la nueva concepción del límite de la ilustración, la Ley 21/2014 lo abrió y proyectó plenamente a la docencia no presencial¹⁵, lo que facilitará la incorporación de las novedades.

Así las cosas, el 14 de septiembre de 2016, la Comisión europea publicó una nueva propuesta de Directiva de derecho de autor en el mercado digital con el fin de mejorar el acceso a obras y otras prestaciones protegidas para impulsar la investigación y la innovación. Con esa finalidad, se incluyeron una serie de nuevas excepciones y limitaciones con carácter obligatorio. Asimismo, se consideró la oportunidad de revisar el sistema de lista cerrada e incorporar una cláusula general, a modo de cláusula *fair use*, pero finalmente no se ha llegado a concretar¹⁶.

La aprobación definitiva ha sido difícil y compleja. La Directiva 2019/790, 17 abril, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital se aprobó por fin, y se ha terminado con un sinfín de vicisitudes y presiones de todo tipo en su tramitación. Ahora nos enfrentamos a los Estados miembros a una serie de cambios que se deberán de abordar antes del 7 de junio 2021, fecha límite de incorporación.

¹⁴La nueva ley de propiedad intelectual, BIB 2014\3954

¹⁵ Muy expresivo, CASAS VALLES, *op. cit.*, p.14, expresa que “el límite de ilustración (llamémosle así para simplificar, aunque sea una denominación equívoca) es, ciertamente, un límite peligroso. En la taxonomía de Monty Python / Hugenholtz, puede quedarse en mono (hoy en España no es otra cosa) o convertirse en león. La primera versión del BALPI –sensible a las necesidades de la educación optaba claramente por la segunda posibilidad, pero –no olvidando los derechos e intereses de los titulares– quería mantenerlo en una jaula segura.”

¹⁶ *Fair use is a legal doctrine that promotes freedom of expression by permitting the unlicensed use of copyright-protected works in certain circumstances. Section 107 of the Copyright Act provides the statutory framework for determining whether something is a fair use and identifies certain types of uses—such as criticism, comment, news reporting, teaching, scholarship, and research—as examples of activities that may qualify as fair use. Section 107 calls for consideration of the following four factors in evaluating a question of fair use, <https://www.copyright.gov/fair-use/more-info.html> Para este tema, vid. SERRANO, María, *Estudio de los límites a los derechos de autor desde una perspectiva de derecho comparado: reproducción, préstamo y comunicación pública en bibliotecas, museos, archivos y otras instituciones culturales*, Editorial Reus, 2017, p. 147: *Por ello es lógico entender que existan diferencias entre su forma de regulación en el copyright y en el sistema jurídico latino, a pesar de la labor de acercamiento entre ambos sistemas desplegada por la Unión de Berna; el primero, prevé un sistema de limitaciones genéricas y de contornos indefinidos, pues no se perfilan específicamente los supuestos que han de considerarse excepciones al monopolio exclusivo de explotación que poseen los autores, optando por el empleo de una cláusula abierta, denominada fair use o «uso justo». El sistema latino, por el contrario, establece un sistema numerus clausus, los límites han de estar expresa y taxativamente regulados en las normas de Derecho de autor, considerándose el uso honrado una derivación del principio de buena fe que debe aplicarse al ejercicio de todos los derechos**

1.1- EL MERCADO DIGITAL COMO FUNDAMENTO DE LAS NOVEDADES

La Unión Europea lleva décadas legislando con el propósito de conciliar diversos intereses en juego que afectan directamente a los derechos de los autores y creadores y a la competitividad del mercado en un mundo digital, tecnológico y transfronterizo¹⁷. Lo cierto es que en este contexto de fuerzas económicas transnacionales la UE no puede renunciar a ser competitiva y a incentivar la creación de nuevos negocios en el entorno creativo digital, pero tampoco puede renunciar a asegurar y garantizar una protección jurídica uniforme a los autores, en los nuevos entornos de explotación de obras y prestaciones digitales, en los que la vulnerabilidad de los derechos es mayor. Afirma Josep PIQUÉ que “es indiscutible que el mundo está cambiando a una velocidad inusitada en la historia de la humanidad. Lo hace a través de dos fenómenos íntimamente ligados: la globalización y la digitalización¹⁸”. Por estas razones y en esta realidad se elabora y aprueba la nueva Directiva, que como sabemos ha sido una delicada tarea dirigida a satisfacer intereses encontrados, pero de diferente capacidad de influencia¹⁹.

La finalidad perseguida por la Directiva (UE) 2019/790, 17 de abril, está muy clara y sus propósitos se manifiestan sin ambigüedad: *“La rápida evolución tecnológica transforma sin cesar la manera en que se crean, producen, distribuyen y explotan las obras y otras prestaciones. Siguen surgiendo nuevos modelos de negocio y nuevos agentes. La legislación aplicable debe mantener un carácter estable frente a futuras innovaciones, de forma que no limite el desarrollo tecnológico. Los objetivos y los principios establecidos por el marco de la Unión en materia de derechos de autor continúan siendo sólidos. Con todo, persiste cierta inseguridad jurídica, tanto para los titulares de derechos como para los usuarios, en lo que se refiere a determinados usos, entre ellos los de carácter transfronterizo, de las obras y otras prestaciones en el entorno digital”* (Considerando 3).

Tal como se señaló en la Comunicación de la Comisión de 9 de diciembre de 2015 titulada *«Hacia un marco moderno y más europeo de los derechos de autor»*, en algunos sectores es necesario adaptar y completar el actual marco de la Unión en materia de derechos de

¹⁷ Vid. El trabajo de LE PAGE, Anne, *Overview of exceptions and limitations to copyright in the digital environment*, e-Copyright Bulletin, January - March 2003, p. 8: “WIPO adopted two treaties on 20 December 1996, the first relating to copyright and the second to related rights. In the preamble to the WIPO Copyright Treaty (WCT), the Contracting Parties recognize the “need to maintain a balance between the rights of authors and the larger public interest, particularly education, research and access to information, as reflected in the Berne Convention”. The same approach is adopted in the treaty on related rights. It may be noted that the limitations on copyright are not at issue: their *raison d’être* is clearly reaffirmed.”

¹⁸ PIQUÉ, Josep, *El mundo que nos viene*, Ed. Deusto, 2019, p.6.

¹⁹ La *European Copyright Society* se ha mostrado crítica con la propuesta. Todos sus comentarios están disponibles en esta website, <https://nexa.polito.it/nexacenterfiles/ecs-opinion-on-eu-copyright-reform-def.pdf#page=1> : *In our opinion of 13 October 2014 we stressed the importance of exceptions and limitations in facilitating creativity and securing a fair balance between the protection of and access to copyright works, and underlined the need to reach full harmonization or unification in this area of EU copyright law.*

autor, manteniendo al tiempo un elevado nivel de protección de los derechos de autor y derechos afines.”²⁰

No hay duda de que, si la legislación de los 28 estados miembros se unifica, se podrá competir con mayores garantías frente a otros mercados como el americano o el asiático.

Europa quiere ser competitiva y las reglas que articulan el derecho de autor están íntimamente relacionadas con implicaciones económicas, de manera que si los límites se flexibilizan y aumentan no será necesario contar con los costes de transacción para autorizar determinados usos y, asimismo, no habrá que tener en cuenta los costes de la negociación de las licencias, pues los usos de obras ajenas para los propósitos descritos, podrán llevarse a cabo sin remuneración a los autores. En este sentido, la relación entre la configuración de los límites y la economía es cada vez mayor y por ello no puede el derecho de autor “ignorar la economía”²¹.

Tal y como explica HARGREAVES²²: *“Debido a que el derecho de autor rige la propiedad y el uso de los datos y de la información, la propiedad intelectual hoy en día tiene un gran interés para los actores de la economía del conocimiento, no sólo para los que están implicados en las industrias creativas. Las tecnologías digitales están basadas en el proceso de copia, de manera que la propiedad intelectual se convierte en su “regulado”: un papel que nunca se diseñó para representar”*.

En este mismo informe se afirma que *“economists regard copy right as a trade off between the positive effects of the incentives provided to creators and commercialisers of content. The negative effects of establishing monopoly rights for those parties, which have the potential to restrict supply and to inflate transaction costs”*.

Por esta razón es por la que la UE quiere incorporar nuevos límites y quiere que los viejos límites rijan de manera uniforme en todos los estados como fórmula de activación de la

²⁰ Para una síntesis de todos los documentos preparatorios de la Directiva, vid., LOPEZ TARRUELLA MARTINEZ, Aurelio, *La reforma del sistema de derecho de autor. Estado de la cuestión*, “Revista de la propiedad inmaterial, 22 - julio-diciembre de 2016 - pp. 101 – 139. Estas propuestas legislativas vienen acompañadas de una nueva comunicación titulada : *“Promover una economía europea basada en los derechos de autor equitativa, eficiente y competitiva en el mercado único digital”* (en adelante, la Comunicación de 2016) 19. Ante tal aluvión de propuestas legislativas, comunicaciones y documentos de trabajo, parece apropiado analizar en su conjunto cuáles son los objetivos y los rasgos comunes de la reforma que la Comisión Europea propone del sistema de derechos de autor. No nos olvidaremos de la abundante jurisprudencia adoptada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los últimos años, por cuanto en ella se ponen de manifiesto los motivos que justifican la reforma –los problemas interpretativos de las directivas en la materia, la incompatibilidad de ciertas prácticas y legislaciones nacionales con los objetivos básicos del proceso de integración europeo– y, a su vez, en ella se contienen las bases a partir de las cuales deben elaborarse esas medidas legislativas.

²¹ CARON, cit., p.3.

²² HARGREAVES, I., *Digital Opportunity, a review of Intellectual Property and Growth*, 2011, p.14.

economía creativa²³, lo cual es sensato en términos económicos, pero también es cierto que es a costa de rebajar los derechos patrimoniales de los propios creadores. No podemos ignorar que se está tratando de dibujar un escenario poco creíble pues los cambios que se van a introducir en la legislación de derecho de autor buscan no perder el compás de la economía digital en Europa y al tiempo se pretende recubrir los cambios con un velo de protección del creador que no es muy compatible, ni verosímil.

Esta armonización de legislaciones ya fue anunciada como una prioridad por el comisario JUNKER y recogida en la Estrategia²⁴ para el mercado único digital, en la que se anunciaba que la Comisión haría propuestas legislativas antes de finales de 2015 para reducir las diferencias entre los regímenes de derechos de propiedad intelectual nacionales y permitir un mayor acceso en línea a las obras por parte de los usuarios de toda la UE, en particular a través de nuevas medidas de armonización. Las propuestas anunciadas fueron las siguientes: i) la portabilidad de contenidos adquiridos legalmente, ii) garantizar el acceso transfronterizo a los servicios en línea adquiridos legalmente respetando el valor de los derechos en el sector audiovisual, iii) una mayor seguridad jurídica para el uso transfronterizo de contenidos con fines específicos (por ejemplo, investigación, educación, extracción de texto y de datos, etc.) mediante la armonización de las excepciones, iv) la clarificación de las normas sobre las actividades de los intermediarios en relación con contenidos protegidos por derechos de propiedad intelectual y, en 2016, v) la modernización de la observancia de los derechos de propiedad intelectual, centrada en las infracciones a escala comercial (el enfoque «sigue la pista al dinero»), así como su aplicación transfronteriza.

No se ha tratado de un mero contenido programático sino que se han ido acometiendo con toda celeridad los cambios anunciados siguiendo la hoja de ruta que el propio documento incorpora entre cuyos hitos se encuentra la elaboración de propuestas legislativas para una reforma del régimen de derechos de propiedad intelectual.

²³ MARZETTI, Maximiliano, *Análisis económico y reforma del Derecho de Autor: Para un debate ecuaníme*, <https://cerlalc.org/analisis-economico-del-derecho-y-reforma-del-derecho-de-autor-aporte-para-un-debate-ecuanime/> Una tesis que quisiera destacar es que EE.UU. es la nación más creativa e innovadora del planeta justamente porque tiene un fair use flexible, capaz de adaptarse rápidamente a las nuevas tecnologías y tendencias sociales, superando las rigideces del copyright. Según el último estudio publicado por la Computer and Communications Industry Association, el sector de la economía estadounidense que aprovecha el fair use (que también incluye el aprovechamiento de obras en el dominio público) representó en 2014 el dieciséis por ciento de la economía norteamericana, empleando a uno de cada ocho trabajadores y generó ganancias por USD 5.6 trillones (Computer and Communications Industry Association, 2017). Existe un estudio similar sobre las industrias que aprovechan las excepciones y limitaciones en la Unión Europea, que reflejan la misma tendencia (Akker, Noll, Poort, & Tewes, 2010). El punto es que hay buenas razones económicas para extender excepciones y limitaciones, desde una perspectiva macroeconómica.

²⁴ Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa, COM (2015) 192 final.

Esta nueva Directiva diseña a través de la reforma del derecho de autor un marco de políticas públicas para que la Unión no pierda competitividad y en este sentido sigue la estela abierta por la Directiva 2001/29 UE, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, la cual trató de ofrecer un marco equilibrado en los primeros años del desarrollo de internet. Sin embargo, la rápida evolución de la tecnología ha puesto en evidencia la insuficiencia de este marco para dar respuesta a las nuevas formas de “crear, producir, distribuir y explotar las obras y otras prestaciones²⁵” y “la legislación al respecto debe de estar preparada para el futuro, de manera que no limite el desarrollo tecnológico”, en la línea señalada en la Comunicación de la Comisión. Concretamente, se advierte en ese documento de la necesidad de adaptar y completar el actual marco de la Unión en materia de derechos de autor, pero al tiempo se pretende mantener un elevado nivel de protección de los derechos de autor y derechos afines²⁶.

Este propósito se lleva a cabo en la Directiva (UE) 2019/790 a través de la adaptación de determinadas excepciones y limitaciones a los derechos de autor y derechos afines en entornos de carácter digital y transfronterizo y de la incorporación de un nuevo límite, la llamada excepción de minería de textos y datos, así como con la incorporación de medidas destinadas a facilitar determinadas prácticas de concesión de licencias para la difusión de obras audiovisuales en plataformas de video a la carta.

En este sentido, se aborda de nuevo en el art. 5 de la Directiva, el límite de la ilustración para la enseñanza en un entorno no sólo cada vez más digitalizado sino también más transfronterizo. Se propone modificar las Directivas 96/97/CE y 2001/29/CE, con el fin de que los nuevos tipos de usos que surgen con las nuevas tecnologías digitales en los ámbitos de la investigación, la innovación, la educación y la conservación del patrimonio cultural que no se encuentran contemplados entre las excepciones y limitaciones que voluntariamente han incorporado los ordenamientos, no afecten negativamente al mercado interior, sobre todo en los casos en los que cabe hacer usos transfronterizos, como veremos.

Precisamente, los artículos 5 y 6 de la Directiva 2001/29/CE se referían a las excepciones y limitaciones al derecho de autor, siendo el artículo 5 el que comprendía una lista general de usos lícitos de obras ajenas sin autorización del autor, sujetos al cumplimiento del

²⁵ Considerando 3

²⁶ Crítica con el sistema rígido inglés, se muestra partidaria de una adaptación que permita abordar los nuevos usos digitales en la educación y que estos se encajen en las excepciones al derecho de autor, Rachael Thompson, *Copy or Paste: UK Copyright Law in Light of Modern Education*, 2 N.E. L. Rev. 25 (2014) p. 27, *Furthermore, although educational establishments may copy certain works for instructional purposes, this cannot be performed by reprographic means, excluding the use of photocopiers, printers and interactive whiteboards. Where reprographic copying is permitted, copying is limited to 1% of any work per quarter. This low limit appears 'meaningless when applied to small works' and, since it prevails only- where no relevant licensing scheme exists, is even more restricting in practice. Instead, educators must pay large amounts for licenses to copy - despite many Works having been originally 'produced at public expense by academics and research students' and cannot adequately cater for web-based and distance learning via online platforms, strengthening concerns that current provisions 'unduly harm the educational, research and lifelong learning environments'.*

triple requisito. Entre los límites a los derechos de reproducción, comunicación y distribución, se encontraba el relativo a la ilustración para la enseñanza y la investigación²⁷.

Por otro lado, hay que señalar algo que es de sobra conocido y es que la Directiva (UE) 2019/790 ha provocado mucho ruido mediático debido a que alguna de sus medidas, pensadas para proteger a los creadores frente al uso abusivo de sus obras en plataformas tecnológicas, se han presentado, desde los lobbies ejercidos para evitar la aprobación de estas normas, de manera muy sesgada y tendenciosa. Hemos visto cómo se ha tratado de hacer cómplices de manera muy especial al público joven, buscando vincular las novedades de la Directiva con recortes de derechos, concretamente, del derecho a la libertad de expresión, que siempre es un argumento muy fácil “de comprar”.

En realidad, la Directiva (UE) 2019/790 también ha venido a poner límite a prácticas ilícitas pero socialmente admitidas. Por ello, ha sido muy controvertida la tramitación, apoyada por artistas y muy contestada por las plataformas que a partir de ahora tendrán que obtener licencias de los creadores o, en su ausencia, tomar las medidas oportunas para impedir el acceso a obras en las que se utilice material protegido, sin consentimiento. Estas medidas solo van a afectar a las grandes plataformas. Además, los editores de prensa podrán exigir acuerdos y remuneración a webs y a agregadores de noticias como Google News cuando utilicen sus contenidos. Sin embargo, las voces más críticas anuncian que el texto acabará con la libertad de expresión en la Red y que comienza la era de la censura. Lo cierto es que son cambios profundos y sus efectos habrá que valorarlos con tiempo. Seguramente, el mercado se re adaptará a las nuevas coordenadas²⁸ y las plataformas afectadas alcancen acuerdos a partir de ahora con los creadores protegidos, no limitándose a actuar a instancia de denuncia de los perjudicados.

Con todo, estas limitaciones se han aprobado con excepciones para enciclopedias online sin ánimo de lucro, plataformas como Tinder o Dropbox, parodias, caricaturas, citas, reseñas o críticas, lo que parece amparar memes y GIFs, y también

²⁷ Los cambios introducidos son, a juicio de la *European Copyright Society*, insuficientes: “*The introduction of only a handful of mandatory exceptions, while the extensive ‘shopping list’ of art. 5(2) and (3) of the Information Society Directive is left intact, will do little for the Digital Single Market.*”

²⁸ El País, 26 marzo 2019, “Durante meses, artistas, políticos, activistas, discográficas, académicos, Google y hasta la ONU han lanzado profecías, informes, manifestaciones, amenazas y mentiras para condicionar el voto. Unos insisten en que la reforma busca proteger a creadores y periodistas y garantizarles una remuneración justa frente a las empresas que ganan millones de usuarios y de euros gracias a sus obras. Otros gritan que la directiva creará una Red menos democrática. “Tendremos un Internet censurado, de la edad del neolítico”, avisa Simona Levi, del colectivo Xnet, que califica la jornada de hoy de “día negro”.

incluye mecanismos de reclamación para los internautas. Asimismo, se excepcionan las *start up*, empresas que lleven menos de tres años de actividad e ingresen menos de 10 millones anuales a las que se les rebaja el nivel de responsabilidad.

Desde el punto de vista de la Confederación Internacional de Autores y compositores, la nueva Directiva es muy necesaria y se muestran agradecidos de la protección que brinda a los creativos, artistas y periodistas.

Como digo, la valoración en términos generales ha sido positiva, si bien el texto no ha sido ratificado por todos los países de la UE29. Lo que más se ha destacado es la remuneración justa. Así, el Director General de CEDRO ha manifestado que *“con este texto se instauran instrumentos que permiten una remuneración para los titulares de derechos por determinadas explotaciones digitales, restableciendo así un mínimo equilibrio con los modelos de negocio digitales que utilizan obras y prestaciones creadas por terceros”*. De esta forma, añade *«los titulares podrán percibir una justa remuneración por el uso de sus obras»*.

En la cuenta de Twitter del Presidente de la Euro cámara se ha podido leer que *"El acuerdo alcanzado sobre la Directiva de Derechos de Autor protege la creatividad europea. Músicos, actores, escritores, periodistas y el sector audiovisual tendrán derecho a una remuneración justa también por parte de los gigantes de internet."*

Por su parte, la Comisión Europea señaló que el acuerdo político logrado adaptará las normas de la propiedad intelectual al mundo actual, en el que los servicios de transmisión de música, las plataformas de vídeo sobre demanda o de contenidos colgados por el usuario se han convertido en las principales vías de acceso a los trabajos creativos y artículos de prensa.

El vicepresidente para el mercado único digital, Andrus Ansip, valoró el "importante logro" que supone el acuerdo, pese a la larga demora en su consecución y según la comisaria para Economía y Sociedad Digital, Mariya Gabriel, la nueva normativa "es una piedra angular crucial para nuestro Mercado Único Digital".

Entre nosotros, SERRANO ALONSO³⁰, afirma que la Directiva se ocupa de cuestiones prioritarias y esenciales para una modernización de los derechos de autor acorde al desarrollo tecnológico actual y hace una valoración global positiva ya que *“es posible afirmar que queda clara la decidida voluntad de la UE en la defensa de los legítimos derechos de los creadores, si bien existen algunos aspectos que, de manera sorprendente, siguen pendientes de regulación a pesar de haber sido objeto de interesantes debates.”*

²⁹ En un comunicado emitido el 15/4/2019, los Gobiernos informan de que los países dispondrán de dos años, hasta 2021, para incorporar las nuevas regulaciones a sus legislaciones nacionales. La ratificación no ha sido aprobada por unanimidad: Italia, Finlandia, Suecia, Luxemburgo, Polonia y Países Bajos han votado en contra, una minoría insuficiente para bloquear la reforma. 19 países han respaldado la nueva norma y Bélgica, Estonia y Eslovenia se han abstenido.

³⁰ <https://hayderecho.expansion.com/2018/10/30/la-propuesta-de-directiva-de-derechos-de-autor-en-el-mercado-unico-digital-un-paso-mas-en-la-defensa-de-los-creadores/>

1.2 OBLIGATORIEDAD DE LAS MEDIDAS DE ADAPTACIÓN DE LAS EXCEPCIONES Y LIMITACIONES AL ENTORNO DIGITAL Y TRANSFRONTERIZO.

El propósito de este trabajo es el análisis del aprobado texto de la Directiva 2019/790 y su alcance respecto de los cambios introducidos en el límite de ilustración para la docencia y en el nuevo límite de la extracción y el tratamiento de datos, y cómo van a afectar al texto de la Ley española. Una vez más, la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI) que ya se ha visto sujeta, desde su aprobación en 1987, a una serie continuada de reformas, volverá a sufrir cambios.

Con la incorporación de esta norma, se persigue la adaptación forzosa de la propiedad intelectual a los últimos cambios tecnológicos para que no se pierdan posibilidades de desarrollo en el mercado global, ni limite nuevas formas de creación, ni lastre el emprendimiento digital en la unión Europea, todo ello se pretende llevar a cabo con respeto y ” hasta mejora” de los derechos de los creadores.

Europa quiere que el tren de la “economía creativa” tenga bien señaladas las vías por las que discurrir sin dificultades, al tiempo que toma plena conciencia de la necesidad de mantener un standard de protección de los creadores³¹.

³¹ Para entender la creatividad y la importancia de la propiedad intelectual con el objetivo de explotar económicamente las ideas, es referencia obligada el libro “*The Creative Economy: How People Make Money From Ideas*” (La economía creativa: transformar una idea en beneficios, del autor John Howkins². Publicado en 2001, pues como señala Donna Ghelfi, Administradora de Programas, División de Industrias Creativas, Oficina de Utilización Estratégica de la Propiedad Intelectual para el Desarrollo (OMPI). donna.ghelfi@wipo.int ese libro ha pasado a ser un punto de referencia para los que desean combinar creatividad y ojo para los negocios.

En una entrevista concedida a DG, le pregunta directamente por la relación entre la economía creativa y la propiedad intelectual y por la función de esta última. La respuesta de Howkins demuestra la importante interacción entre ambas: “*La propiedad intelectual solía ser un tema arcaico y aburrido, algo relegado a los especialistas, pero en los últimos años ha pasado a tener una influencia muy importante en la forma en que se generan ideas y se hacen valer, así como en la producción económica mundial.*

La gente necesita ganarse la vida con sus ideas, por lo que precisa que se les otorgue ciertos derechos exclusivos sobre las mismas. Y para eso tenemos el derecho de autor, las patentes, las marcas y otros sistemas de protección de derechos exclusivos. Es uno de los medios para ello y en algunos sectores es el principal medio de hacerlo. En otros sectores no es el principal medio pero no deja de tener importancia. ¿Cómo enfocar la cuestión? A ese respecto, yo diría que, de la misma manera que la gente que genera ideas se ha beneficiado para ello del acceso a ideas de todo el mundo, cuando concedamos derechos exclusivos, se trate de derecho de autor o de una patente, o del registro de una marca, esos instrumentos todos ellos diferentes, debemos hacerlo de modo que veamos por un equilibrio adecuado entre el derecho de los individuos a responder a unas y otras necesidades y la justificación de ganar dinero; y si con sus ideas consiguen algo extraordinario, pues que ganen muchísimo dinero. Yo no tengo nada en contra de que la gente gane muchísimo dinero, ni de que otros tengan acceso a una obra o idea. Creo que allí es donde reside hoy el problema, lo que hoy está sobre el tapete en la Reunión IIM de la OMPI y en otras instancias de debate. Todavía no hemos dado con una solución al problema; todavía hay quien piensa incluso que no existe tal problema. En la compañía cinematográfica que dirijo, todos los activos están protegidos por derecho de autor y tenemos que hacerlo valer, sobre eso no hay duda alguna. Quien escribe canciones, escribe novelas, tiene ideas, crea logotipos o marcas necesita protección: no puede ponerse eso en duda. Y a medida que nos vayamos encaminando hacia una economía cuyos pilares sean las ideas, más

Para perseguir el fin descrito, la nueva Directiva recurre a medidas con un contenido un tanto heterogéneo³², no muy uniformes, quizá porque son varias las aspiraciones que esta norma quiere alcanzar. Efectivamente, son varios los cambios introducidos y algunos afectan nuevamente al ejercicio en monopolio de los derechos de los autores. Se busca el fin de adaptar el marco jurídico a la nueva realidad digital y se incorporan nuevos límites y excepciones obligatorios a los derechos de propiedad intelectual, para la minería de textos y minería de datos en el marco de la investigación científica, la innovación y la docencia, así como para el uso de obras y prestaciones en actividades pedagógicas digitales y transfronterizas o para la conservación del patrimonio cultural, entre otros.

No todas las limitaciones son nuevas, ni siquiera nuevas para el entorno digital, como la establecida para la ilustración para la enseñanza prevista en las Directivas 2001/29/CE³³, 96/9/CE y 2009/24/CE, pero lo que sí que cambia es su carácter optativo, que pasa a ser obligatorio y, además, no sólo afecta a los usos digitales sino a los usos digitales y transfronterizos³⁴. Estos ocupan un lugar cada vez más importante en el entorno digital³⁵.

necesario será velar por que los que generen esas ideas vivan bien. En caso contrario, iríamos por mal camino.” https://www.wipo.int/sme/es/documents/cr_interview_howkins.html

³² DE LA VEGA, Diego, *La Directiva sobre los derechos de autor en el mercado único digital*, “Economist and Jurist”, p. 37.

³³ A este respecto, son muy interesantes los considerandos 14 y 42 de la Directiva europea 2001/29/CE.

“(14) La presente Directiva aspira a fomentar el aprendizaje y la cultura mediante la protección de las obras y prestaciones, permitiendo al mismo tiempo excepciones o limitaciones en interés general para fines educativos y docentes.

*(42) Al aplicar la excepción o limitación en el caso de fines educativos o de investigación científica no comerciales incluida la **educación a distancia**, la naturaleza no comercial de la actividad de que se trate debe venir dada por la actividad en sí. La estructura institucional y los medios de financiación de la entidad de que se trate no son los factores decisivos a este respecto.”*

³⁴ El artículo 10.2 del Convenio de Berna afirmó su carácter optativo “*Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión y de los arreglos particulares existentes o que se establezcan entre ellos lo que concierne a la facultad de utilizar lícitamente, en la medida justificada por el fin perseguido, las obras literarias o artísticas a título de ilustración de la enseñanza por medio de publicaciones, emisiones de radio o grabaciones sonoras o visuales, con tal de que esa utilización sea conforme a los usos honrados.*”

³⁵ E Martínez, Martínez, Nuria, *Los fines educativos y de investigación como límite al derecho de autor*, Dykinson, 2018. ProQuest Ebook Central

<http://ebookcentral.proquest.com/lib/ubusp/detail.action?docID=5757295> ”En definitiva, pese al carácter facultativo de la excepción en el CB y en la DDASI, el papel fundamental que desempeña el límite de la ilustración para la enseñanza en el ámbito de la propiedad intelectual se ha manifestado tanto en su adopción por la mayoría de los países de nuestro entorno –si bien con importantes diferencias en su regulación y alcance–, como en las discusiones que sobre propiedad intelectual se están desarrollando a nivel europeo e internacional. De hecho, la posible aprobación del Proyecto de Directiva MUD, tal y como ha sido publicada, obligaría a los Estados miembros a establecer la excepción de la ilustración prevista en su art. 4, armonizando, al menos, la utilización de obras y otras prestaciones en la enseñanza digital y transfronteriza.

Efectivamente, el rasgo que caracteriza a los límites, es el de la obligatoriedad. Los Estados miembros “establecerán” una excepción nueva para la extracción de textos y datos con fines de investigación científica y, “establecerán” una limitación para la utilización de obras y otras prestaciones en actividades pedagógicas digitales y transfronterizas, a fin de autorizar el uso digital de obras y otras prestaciones únicamente a efectos de ilustración con fines educativos.

Como vemos, los cambios son imperativos y terminan o ponen fin a una etapa en la que los Estados miembros podían establecer o no las limitaciones a los derechos de autor en su territorio, hasta el punto que el artículo 7 de la Directiva que es común a las excepciones reguladas en los artículos 3, 4, 5 y 6, establece que “será inaplicable toda disposición contractual contraria a las excepciones establecidas en los artículos 3,5 y 6.”

La ineficacia de un pacto contrario a los límites es quizá el mecanismo más determinante para que estos funcionen. Esto es algo que se ha advertido desde los estudios llevados a cabo por investigadores financiados con fondos H2020 que han ido poco a poco perfilando los contornos de la Directiva³⁶, aunque en algunos aspectos, como en el de la posibilidad de sacar fuera de los mismos las obras con licencia y en el de abrir el límite de la minería de textos y datos (TDM) a propósitos comerciales, no se hayan tenido en cuenta.

2.- LAS NUEVAS ESTRUCTURAS DIGITALES Y TRANSFRONTERIZAS EN EDUCACIÓN SUPERIOR.

En el siglo XXI el entorno educativo, su forma y su fondo, ha cambiado de manera radical, no sólo en Europa sino en el mundo entero. Estamos familiarizados con diferentes modelos educativos, compatibles entre sí, tales como la formación a distancia u on line así como con los programas mixtos o blended en los que la formación es parte a distancia y parte presencial. Además, en la enseñanza superior, no sólo tenemos la presencia de las Universidades –públicas, privadas y mixtas- sino que hay empresas multinacionales, que cotizan en bolsa, que tienen sus propias universidades corporativas. Algunos centros de enseñanza superior no son universidades al uso sino que son empresas o proveedores educativos, tal y como analizaremos.

Lo que está ocurriendo con la enseñanza superior en el mundo es una revolución y por ello la Directiva contempla las diversas posibilidades y sus múltiples combinaciones. En muchos casos, las estructuras organizativas tienen fines comerciales y son empresas que

36

Concretamente respecto de la nulidad del pacto contrario a los límites, vid. Casper Baseline report of policies and barriers of TDM in Europe. FutureTDM This has t even more than the provisions of copyright and database law, as TDM users may l from the exceptions that would otherwise cover their activities.

como tales buscan la obtención de un beneficio empresarial a través de la educación superior.

Lo cierto es que esta nueva realidad no sólo desde el punto de vista organizativo sino también desde el punto de vista de la metodología pedagógica utilizada, se aborda en la Directiva a través de la incorporación de los dos conceptos fuerza: “uso digital” y “uso transfronterizo”, que analizaremos posteriormente.

Una vez asentadas las nuevas maneras de ofrecer programas docentes, las fronteras físicas, tal y como las conocemos, dejan de tener relevancia, se diluyen, se traspasan por las nuevas tecnologías. Por eso, la legislación de derechos de autor y concretamente los límites tienen tanta relevancia en este punto y el hecho de que existan regulaciones diferentes puede “*afectar negativamente al funcionamiento del mercado interior*”, como la Directiva afirma.

Hoy en día, los estudiantes pueden obtener un grado de una Universidad extranjera estudiando en su propio país y sometidos a las reglas y normas de obtención de títulos de otros ordenamientos educativos. Así, en Madrid hay universidades americanas presenciales, como por ejemplo, la Universidad de San Luis. En estos casos, los estudiantes obtienen un título de una Universidad ubicada en España pero que actúa bajo las reglas académicas y los estándares educativos americanos. En este campo, las combinaciones son muy variadas. Las Universidades pueden establecer sucursales presenciales en otro país, o acordar hermanamientos con universidades locales, u ofrecer programas virtuales y en cada caso las reglas académicas pueden variar. Además, por si fuera poco, también las empresas instauran dentro de sus organizaciones campus virtuales en alianza con universidades presenciales u *on line*. Como se ha afirmado, los proveedores transfronterizos pueden ser universidades tradicionales o instancias nuevas, incluyendo empresas que cotizan en bolsa³⁷.

En mi opinión, la educación superior está en una permanente contradicción pues convive la enseñanza como servicio público, con las instituciones privadas de educación superior sin ánimo de lucro y con los negocios abiertamente lucrativos cuyo objeto es la enseñanza superior. Este mosaico, cada vez más numeroso y concurrente, se ofrece a un menor número de estudiantes. El mercado cada vez es más estrecho y sin embargo los proveedores se multiplican, lo cual es difícil de compaginar con equilibrio y con la libertad y autonomía necesaria que la enseñanza superior necesita para formar correctamente a los estudiantes.

Según el Informe Mundial sobre la Movilidad de Estudiantes en 2025 (2002), elaborado por IDP Education Australia, se pronostica que la demanda de educación internacional

³⁷ MOLLY N.N. LEE, *La educación superior transfronteriza y la garantía de la calidad en la zona de Asia y pacífico*, “la educación superior en el mundo”, 2007, p.146: Es obvio que el fenómeno de la educación superior transfronteriza ha contribuido notablemente a la oferta de servicios de educación superior en el ámbito global.

aumentará de los 1,8 millones de estudiantes internacionales en el año 2000 a los 7,2 millones de estudiantes internacionales en el 2025³⁸.

Esta expectativa tiene la vertiente de cooperación al desarrollo que los programas transfronterizos pueden cumplir y también tiene otra, que es la de la expansión del negocio de la educación superior a través de diversos formatos, tales como:

TABLA 1.6.1
Marco de la educación transfronteriza

Categoría	Modos	Condiciones de la actividad transfronteriza		
		1  Cooperación para el desarrollo	2  Intercambios/enlaces	3  Comercial con fines lucrativos
Ejemplos Personas – Estudiantes – Profesores/especialistas – Investigadores – Expertos/asesores	– Semestre/año en el extranjero – Titulos completos – Trabajo de campo/investigación – Prácticas – Período sabático – Asesoramiento			
Programas	– Hermanamiento – Franquicia – Articulado/convalidado – Titulación conjunta – En línea/a distancia			
Proveedores Instituciones, organizaciones y empresas	– Campus (sucursal) – Universidad virtual – Fusión/adquisición – Instituciones independientes			
Proyectos	– Investigación – Elaboración del currículum – Servicios educativos			

Fuente: Knight, 2005.

³⁸ KNIGHT, Jane, *Educación transfronteriza comercial: implicaciones para la financiación de la educación superior* p.103: Se están desarrollando nuevos tipos de proveedores, nuevas formas de entrega y nuevos modelos de colaboración para facilitar los programas educativos a los estudiantes

Es este un “mapa” que refleja las variadas formas y combinaciones que coexisten en el mercado de la educación superior y la Directiva, basándose en esta realidad que trasciende lo meramente educativo para adentrarse abiertamente en el mundo de los negocios.

3.- LOS NUEVOS USOS DIGITALES Y TRANSFRONTERIZOS DE LAS OBRAS Y DE OTRAS PRESTACIONES.

Si hacemos una aproximación analítica y conceptual a la materia, con el fin de entender la lógica de los cambios introducidos y su coherencia interna con el fin perseguido, esto es, la competitividad de la Unión Europea en los nuevos escenarios educativos, podremos finalmente evaluar si es previsible o no que se logre alcanzar o si por el contrario, los cambios van a tener una eficacia relativa.

Con este propósito y, en el contexto de lo digital y lo transfronterizo, vamos a centrarnos en uno de los fines principales de la Directiva, como es el de la armonización de los límites o excepciones a los derechos de autor y su adaptación a este entorno digital. Concretamente, analizaré el nuevo escenario para el conocido límite de la ilustración para la enseñanza en una educación transfronteriza, ya incorporado en nuestro Ordenamiento, con el fin de comparar nuestro artículo 32 TRLPI con las novedades de la Directiva. Asimismo, abordaré el nuevo límite obligatorio para la extracción de textos y datos.

Como hemos señalado, la Directiva establece normas para adaptar determinadas excepciones y limitaciones al entorno digital y transfronterizo, con el fin de rebajar el nivel de fragmentación de las normas internas y poder ser más competitivos en la UE. La denominada “adaptación al entorno digital” de las actividades pedagógicas debe interpretarse como la decisión política de ampliar el límite de la ilustración para la enseñanza, ya existente en todos los ordenamientos pero con diferente alcance y cobertura en el ámbito analógico, y extenderlo a la educación *on line* y transfronteriza. Una vez incorporado el límite reconfigurado, será lícito ilustrar la docencia, bajo determinados requisitos, pudiendo reproducir, distribuir y comunicar públicamente, parcialmente obras ajenas, sin autorización del autor, en el entorno digital.

Es importante distinguir dos conceptos entre sí, por un lado, el uso digital de las obras para la ilustración y por otro, su uso transfronterizo. Muy relacionado con el uso transfronterizo y con todas las posibilidades educativas ya descritas está, precisamente, el de la frontera territorial del uso lícito con arreglo a la excepción, esto es, si el uso lícito con arreglo a la legislación del país en el que se encuentre el centro de enseñanza en el que se establece la excepción, alcanza a los estudiantes en cualquier lugar del planeta y con independencia de las normas que rijan en este punto.

Hay una clara conexión entre lo digital y lo transfronterizo y es verdad que una cosa lleva a la otra y que los usos digitales permiten la educación digital y transfronteriza, pero no necesariamente. El uso digital puede ser transfronterizo pero la enseñanza transfronteriza no tiene por qué ser necesariamente digital. Quiero decir que los nuevos usos digitales y las nuevas tecnologías permiten proporcionar a los estudiantes nuevos recursos

pedagógicos fuera del aula convencional, a través de las tecnologías de la información y de la educación. Una vez asentada esta nueva manera de ofrecer programas docentes, las fronteras físicas, tal y como las conocemos, dejan de tener relevancia, se diluyen, se traspasan por las nuevas tecnologías. O, pueden traspasarse, al menos.

Este fenómeno se está expandiendo a ritmo veloz en la educación superior. Los programas *on line* llegan a potenciales estudiantes del mundo entero, los cuales pueden convertirse en estudiantes de una universidad que dista a miles de km y que se encuentra incluso en otro hemisferio. No hay fronteras, no hay franja horaria, no hay nada que limite las posibilidades. Por eso, la legislación de derechos de autor y concretamente los límites tienen tanta relevancia en este punto y el hecho de que existan regulaciones diferentes puede tener un impacto negativo en el mercado de la UE..

La duda respecto de cuál sea, en el caso concreto, la norma a aplicar la resuelve la Directiva, dando solución al problema de la falta de seguridad jurídica que padecen los centros de enseñanza que ofrecen programas en línea:

El Artículo 5.3, afirma que, *“se considerará que el uso de obras y otras prestaciones únicamente a efectos de ilustración con fines educativos a través de entornos electrónicos seguros que se haga en cumplimiento de las disposiciones de Derecho nacional adoptadas en virtud del presente artículo, únicamente tiene lugar en el Estado miembro en que está establecido el centro de enseñanza.”*

La legislación del país en donde se localiza el centro de enseñanza es la determinante y la legalidad del uso de los materiales para ilustración se juzga exclusivamente en atención a la legislación del Estado miembro de origen³⁹.

Así, por ejemplo, si un College del Reino Unido tiene programas on line –digitales y transfronterizos- y se matriculan estudiantes españoles, las reglas del uso de fragmentos de obras ajenas para ilustrar la docencia serán las vigentes en Reino Unido, las cuales, en este punto son más flexibles y generosas que las nuestras y permiten este uso sin consentimiento del titular tanto a profesores como a estudiantes, tanto para la educación reglada como para la no reglada. Eso sí, este límite tal y como está configurado Secc.32⁴⁰

³⁹ Critica con esta fórmula, XALABARDER, cit., p. que entiende que aunque la Directiva autoriza en toda la UE los **usos digitales (y online) de obras y prestaciones con fines ilustrativos de enseñanza**, en base a la ficción jurídica de entender que el acto de explotación sólo tiene lugar en el país donde está establecida la institución educativa

⁴⁰ Illustration for instruction:

(1) Fair dealing with a work for the sole purpose of illustration for instruction does not infringe copyright in the work provided that the dealing is—

(a) for a non-commercial purpose,

(b) by a person giving or receiving instruction (or preparing for giving or receiving instruction), and

(c) accompanied by a sufficient acknowledgement (unless this would be impossible for reasons of practicality or otherwise).

entiende que el *fair dealing* de una obra cuando el propósito de la ilustración no tiene un fin comercial.

Ahora bien, el standard va a tender a unificarse en la UE por efecto de la nueva Directiva, pero las combinaciones que permiten los usos transfronterizos educativos son tales que podría producirse el fenómeno de los “paraísos educativos” y que los proveedores de educación de enseñanzas *on line* ubicaran sus sedes en los países con una legislación más favorable, en este punto y en otros. Eso sí, no sería una opción el combinar diferentes regulaciones buscando la complacencia para diferentes propósitos..

Como se ha advertido, “*Esta solución puede suponer una concentración de los centros de enseñanza online en Estados miembros que ofrezcan un menor nivel de protección de las obras. Esto no debería ser así pues el artículo 4 garantiza una regulación uniforme de la excepción. No obstante, pueden existir otros elementos adicionales que condicionen esta respuesta. En particular, porque la disposición ofrece cierta flexibilidad a los Estados miembros a la hora de exceptuar la aplicación de la excepción para ciertas categorías de obras y establecer un sistema de remuneración de los titulares de derechos*⁴¹.”

3.1.- LA NECESIDAD DE HACER AJUSTES EN EL LÍMITE DE LA ILUSTRACION

Ante las nuevas y muy variadas fórmulas de enseñanza virtual, de nuevo, se ve necesario llevar a cabo un reajuste en el límite o la excepción ya existente e incorporada a la mayor parte de los derechos de la Unión. Las necesarias adaptaciones van a variar de unos países a otros en función de las diferentes versiones en este punto y de cómo hayan llevado a cabo la incorporación de las anteriores Directivas. Una de las más amplias ha sido sin duda la Copyright and Patent Act 1988⁴², reformada en 2014, como tendremos ocasión de ver, la cual ya explicaba que “*British copyright law has long included exceptions for*

(2)For the purposes of subsection (1), “giving or receiving instruction” includes setting examination questions, communicating the questions to pupils and answering the questions.

(3)To the extent that a term of a contract purports to prevent or restrict the doing of any act which, by virtue of this section, would not infringe copyright, that term is unenforceable.]

⁴¹ LOPEZ TARRUELLA MARTINIEZ, Aurelio, *La reforma del sistema de derecho de autor. Estado de la cuestión*, Revista de la propiedad inmaterial, 22 - julio-diciembre de 2016 - pp. 101 - 139

⁴² Illustration for instruction (Section 32 CDPA) :

All types of copyright works can be copied for the purposes of illustration when teaching. Copying must be done by the person giving, or receiving instruction and be non-commercial in purpose.

Fair dealing applies, so your copying is restricted to a small amount and must illustrate a teaching point. Acknowledgement of the source must be given. Any form of copying can be used and material can be included on interactive whiteboards, presentations and Moodle.

This provision includes copying for examination. Copying under this exception is now subject to fair dealing, so only small amounts can be used and acknowledgement must be made where practicable. This applies to both setting and answering examinations/assessment. Answering an examination question might include writing a dissertation or thesis in order to meet the requirements of a qualification.

education. This recognizes the fact that copying is often a necessary part of teaching and that people learn through analysing, imitating and reproducing the works of others. The changes to the law introduced by these regulations bring these exceptions up-to-date, reflecting advances in digital technology. They allow teachers and lecturers to use copyright works with modern teaching equipment without risk of copyright infringement, and remove administrative burdens from schools and universities”⁴³ .

No cabe duda que el talante de la ley es ampliamente favorable a la expansión del límite de ilustración y de “remover las cargas administrativas de las universidades” para que el personal docente y los alumnos puedan utilizar fragmentos de obras sujetas a copyright utilizando modernos equipos tecnológicamente preparados, sin riesgo de que se vulnere el derecho de los autores.

Entre nosotros, tras la reciente reforma del art 32 TRLPI, el límite relacionado con las actividades llevadas a cabo para la ilustración de la enseñanza, se ha extendido al personal de las universidades y a los investigadores de los organismos públicos de investigación en sus funciones de investigación científica, así como a la enseñanza a distancia. En el párrafo 3º del art.32 se aborda el límite de la ilustración para fines docentes y de investigación, con cambios interesantes respecto de la regulación anterior en varios sentidos, pues de un lado, se incluye a la ilustración llevada a cabo para la investigación y, de otro, a la docencia *on line* así como la docencia presencial con apoyo en plataformas virtuales en las que los materiales docentes se ponen a disposición del alumnado. Según la regulación del límite, está permitido llevar a cabo actos de reproducción, distribución y comunicación pública de pequeños fragmentos de obras bajo unas condiciones y sin necesidad de pedir autorización ni remuneración a los autores ni editores (art. 32.3 TRLPI) para la ilustración de las actividades docentes e investigadoras⁴⁴.

Por lo tanto, el legislador español cuando traspuso la Directiva 2001 por Ley 21/2014 de modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, tuvo en cuenta que la educación a distancia y la formación *on line* a través de redes y plataformas formaba parte de una realidad que había que contemplar, de manera que en este punto no será necesario hacer modificaciones pues ya se prevé que el límite comprenda la utilización de obras ajenas, sin autorización del autor, tanto para la enseñanza presencial como para la *on line* que ahora se denomina “actividad pedagógica digital y transfronteriza”.

⁴³ EXPLANATORY MEMORANDUM TO EDUCATION - THE COPYRIGHT AND RIGHTS IN PERFORMANCES (RESEARCH, EDUCATION, LIBRARIES AND ARCHIVES) REGULATIONS 2014

⁴⁴ CAMARA AGUILA, P., *cit.*, p. 116, explica cómo en la ley española de adaptación a la DDASE se afectan a los derechos exclusivos de reproducción, distribución y comunicación pública, con amparo en el art.5.4 de la directiva que permite establecer una excepción al derecho de distribución siempre y cuando lo justifique la finalidad del acto de reproducción realizado, como sería el caso.

3.1.1.- DIFERENCIAS ENTRE LOS ARTÍCULOS 32.3 Y 32.4 LPI Y LA DIRECTIVA

Como hemos indicado, el artículo 5 de la Directiva establece un mandato a los Estados miembros para que legislen el límite de ilustración con arreglo a las pautas que establece y lo hagan “a más tardar antes del 7 de junio 2021”, es decir, en dos años.

El artículo 5 de la Directiva, relativo a la utilización de obras y otras prestaciones en actividades pedagógicas digitales y transfronterizas, tiene 4 apartados, los cuales vamos a ir analizando y comparando con la regulación de este límite entre nosotros, con el fin de tratar de anticipar cómo podría el legislador español incorporar la Directiva a nuestro ordenamiento.

Así, el artículo 5, párrafo 1º, establece la excepción o limitación obligatoria a los derechos de autor, con el tenor siguiente:

“A fin de autorizar el uso digital de obras y otras prestaciones únicamente a efectos de ilustración con fines educativos, en la medida en la que ello esté justificado por la finalidad no comercial perseguida, a condición de que dicho uso:

-Tenga lugar bajo la responsabilidad de un centro de enseñanza, en sus locales o en otros lugares, o a través de un entorno electrónico seguro al que solo puedan acceder los alumnos o estudiantes y el personal docente del centro; y

-Vaya acompañado de la indicación de la fuente, con inclusión del nombre del autor, salvo que ello resulte imposible.

Se advierte, en una primera lectura, la coincidencia existente entre el contenido de la Directiva en este punto y el artículo 32.3 del TRLPI, pero en un análisis más detallado se aprecian desajustes que se deberán de abordar.

La Directiva, aborda el límite enfocado en una única perspectiva, la de ilustración para fines educativos -actividades pedagógicas- sin que tenga ninguna regla específica respecto de los casos de ilustración con fines de investigación, a diferencia de la ley española que optó por una regulación unificada de las excepciones de uso educativo y de uso para la investigación. Como hemos apuntado, también el legislador británico reguló la excepción para la investigación de manera separada⁴⁵.

Se establecen para la aplicación del límite, en la nueva norma, disposiciones más abiertas, más amplias, que dotan de mayor apertura y flexibilidad al mismo, en detrimento de los derechos de los autores, en comparación con la regulación del artículo 32.3 TRLPI, después de la incorporación de la Directiva por Ley 21/2014.

⁴⁵ Para CABANILLAS MÚGICA, Santiago, es positiva la diferenciación entre educación e investigación, lo que comparto y espero que cuando se incorpore esta Directiva se aproveche para diferenciarlo, en : *El uso educativo de obras en las Universidades, Estudios sobre la Ley de Propiedad Intelectual: últimas reformas y materias pendientes*, Madrid, 2016, p.159.

Como cuestión general, nos planteamos la duda sobre cómo se hará esta incorporación a nuestro ordenamiento habida cuenta que tiene el ámbito restringido para los casos de utilización de obras ajenas para la ilustración de las actividades de enseñanza digital y transfronteriza o si los cambios van a afectar también a la ilustración de actividades pedagógicas no digitales. Cualquiera que sea la forma de incorporación por la que se opte va a significar cambios pues si se hace añadiendo un número más al complejo artículo 32, se deberá de eliminar la referencia a en el 32.3 a) a la enseñanza a distancia, que en este momento encaja en el mismo régimen que la enseñanza presencial.

Señalado este aspecto y entrando en aspectos concretos, en primer lugar, en cuanto a los beneficiarios del límite, la Directiva aborda de una forma muy amplia los beneficiarios de esta excepción, mientras que en el 32.3 TRLPI, la excepción va dirigida, en concreto, al profesorado de la educación reglada y al personal investigador de la universidad y de organismos públicos. La incorporación de la Directiva deberá necesariamente incluir entre los beneficiarios de la excepción a los profesores de cualquier tipo de enseñanza, reglada o no reglada, y de cualquier nivel.

Por lo tanto, se tendrá que acomodar la ley española a este nuevo marco más amplio y aprovechar para que se incluya expresamente a los estudiantes, aunque de manera unánime se ha admitido que también puedan hacer uso de la limitación, aunque no esté expresamente recogido⁴⁶.

En segundo lugar, es llamativa la amplitud del texto de la Directiva en el empleo y alcance de los términos “docencia” y “centro de enseñanza” y da pie a interpretar que cualquiera que sea la naturaleza del centro de enseñanza y el nivel y tipo de las enseñanzas, estarán amparadas por el límite, siempre “en la medida en la que ello esté justificado por la finalidad no comercial perseguida” y con la cita completa de la obra o prestación. Las

⁴⁶ Vid., VICENTE DOMINGO, Elena, *El límite del derecho de cita e ilustración con fines educativos o de investigación científica, Propiedad intelectual en las universidades públicas. Titularidad, gestión y transferencia*, coord. De Román Pérez, Raquel, 2016, p.113-143, “Nada dice el artículo, en la misma línea de silencio de la DDSI, respecto de los estudiantes y si pueden realizar actos de explotación de fragmentos de obra ajena para la ilustración de sus trabajos y para su presentación en clase. Sobre este punto comparto la crítica de XALABARDER que reconociendo que el precepto sólo menciona al profesorado, ha afirmado que dejar fuera del límite a los estudiantes sería ridículo y vaciaría de contenido al límite dejándolo en las antípodas del alcance permitido bajo el art.5.3^a) de la Directiva 2001/29/CE⁴⁶. Parece que está será la opinión dominante pues, CRUE y CEDRO y VEGAP, conscientes de la racionalidad de esta interpretación, incluyen en su convenio tanto a unos como a otros

“Que la Comunidad Universitaria, entendida como el conjunto de estudiantes, docentes, investigadores y personal de administración y de servicios de la UNIVERSIDAD, requiere para desarrollar su actividad utilizar de muy diversas formas libros y otras publicaciones que cuentan con la protección otorgada por la propiedad intelectual. Algunos de estos usos están autorizados expresamente por el artículo 32.4 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI), en su redacción dada por la Ley 21/2014, de 4 de noviembre. Por estos usos, y siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas, no es necesario solicitar la previa autorización de los titulares de los derechos ni de la entidad de gestión que en su caso los represente.”

posibilidades que abre este supuesto son muchas, son infinitos los tipos, clases, naturaleza, niveles...de centros de enseñanza que tienen finalidad educativa y que ofrecen o pueden ofrecer en el futuro “actividades pedagógicas digitales y transfronterizas”. Según el artículo 5 de la Directiva se autoriza para todos los casos el uso digital de obras y otras prestaciones únicamente a efectos de la ilustración con fines educativos. Desde el punto de vista del derecho de autor, el hecho de que se regule de nuevo este límite sin ningún dique de contención, va a suponer, como afirma HARGREAVES⁴⁷ la eliminación de barreras en el mercado educativo digital pero, a costa de la eliminación de los legítimos intereses de los autores⁴⁸.

Si lo comparamos con el art. 32.3 TRLPI, que también se extiende a las actividades pedagógicas transfronterizas, advertimos cómo la docencia incluida en el límite tiene que ser reglada y en centros educativos integrados en el sistema educativo español. Se trata de un precepto dirigido a un grupo de destinatarios/beneficiarios muy concreto, el del profesorado, y abarca tanto al profesorado de la educación no universitaria como al personal de la educación superior en Universidades y en Organismos públicos de Investigación⁴⁹. Así, respecto de los primeros, los profesores no universitarios, podrán realizar los actos de reproducción, distribución y comunicación pública de obras ajenas sin consentimiento del autor, cuando sean docentes de la educación reglada y estén en centros integrados del sistema educativo público español. Como he advertido, no comprende en ninguna de las modalidades de enseñanza, presencial o a distancia, la docencia en la educación no reglada y deberá por tanto modificarse el precepto e incluir toda actividad docente, en todos los niveles educativos, reglada o no, esto es, cualquier actividad docente podrá ilustrarse con fragmentos de obras ajenas, sin consentimiento del autor, “en la medida en que ello esté justificado por la finalidad no comercial perseguida” y cumpliendo los demás requisitos exigidos.

Junto con este colectivo, nuestra norma se dirige también al personal de Universidades y Organismos Públicos de investigación en sus funciones de investigación científica. En este sentido, no es banal el hecho de que se refiera al “personal” y no al “profesorado” respecto del personal de las Universidades y de los Organismos públicos de investigación, como veremos. La referencia al personal de las Universidades y Organismos es más amplia que la referencia al profesorado pues hay personal en las Universidades cuya

⁴⁷ *Op.cit.*, p. 14.

⁴⁸ En esta línea se pronuncia, Martínez, Martínez, Nuria, *Los fines educativos y de investigación como límite al derecho de autor*, Dykinson, 2018. ProQuest Ebook Central, <https://ebookcentral.proquest.com/lib/ubusp/detail.action?docID=5757295>.” *En conclusión, podemos afirmar que la finalidad que debe guiar la realización del acto de explotación permitido por la limitación de la ilustración es la de transmitir/ adquirir conocimientos a lo largo del proceso educativo que se desarrolla en el ámbito de la enseñanza formal, independientemente de la materia objeto de estudio y del nivel de enseñanza de que se trate*”

⁴⁹ Resulta muy ilustrativo el trabajo de ROMAN PEREZ, R., *Propiedad Intelectual y acceso abierto a artículos científicos*, en *Propiedad Intelectual en el Siglo XXI: nuevos continentes y su incidencia en el derecho de autor*, coord. ESPIN ALBA, I., 2014, p.132 en el que nos recuerda al hilo de la atribución de los derechos de autor a los profesores universitarios y a los investigadores que “hasta ahora el planteamiento ha sido este porque se entiende que las Universidades y los Organismos de Investigación públicos han sido creados para garantizar intereses colectivos.”

dedicación es exclusivamente investigadora y que no tiene obligaciones docentes. Se trata de personal con funciones de investigación por lo que hay que entender incluidos los investigadores contratados por la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación 16

En tercer lugar, en cuanto al tipo de obras y prestaciones dentro del límite, la Directiva es mucho más abierta y comprensiva de todo tipo de obras y prestaciones que pueden ser utilizadas por terceros para la ilustración y dentro del límite. No hay previa clasificación ni calificación, ni tampoco excluye ninguna categoría de obras mientras que, en el art.32-2 TRLPI, el fragmento de la obra que puede ser utilizada para ilustrar, dentro del marco del límite, es la obra que pueda ser fragmentada, a excepción de las obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo, lo que excluye de manera implícita a las obras video gráficas⁵⁰, y quedan también fuera, de manera expresa, art.32-5 TRLPI, las partituras musicales, las obras de un solo uso y las compilaciones o agrupaciones de fragmentos de obra o de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo.

⁵⁰ CABANILLAS MÚGICA, Santiago, *El uso educativo de obras en las Universidades, Estudios sobre la Ley de Propiedad Intelectual: últimas reformas y materias pendientes*, Madrid, 2016, p.172.

En conclusión, habrá que abordar los encajes necesarios, sería bueno que reformulara de manera más simple y clara la regulación del artículo 32.3 TRLPI y que la rebaja de los derechos de los autores se limitara exclusivamente a las actividades pedagógicas digitales y transfronterizas.

Por otra parte, hay que comparar la Directiva con el artículo 32-4 TRLPI, pues en la misma se faculta a los Estados para permitir que el límite, aún obligatorio, se exceptione a voluntad de los Estados y no opere en todo caso y poder evadir su aplicación cuando se trate de obras para las que exista un mercado de licencias de fácil acceso para los usuarios que les permitan llevar a cabo los actos de reproducción parcial, distribución y comunicación pública de obras ajenas. No deja de ser muy llamativo y contradictorio con la necesidad de uniformidad en este punto de los Estados miembros pues en la medida en la que se excepcionen determinados usos o tipos de obras, y se deba de pagar a los autores o a los licenciarios, se encarecerá la “actividad pedagógica” y perderá la tan ansiada competitividad.

El artículo 5, en su párrafo 2º, aborda esta posibilidad de que los Estados decidan excepcionar y no aplicar el límite a determinadas obras que sean accesibles bajo licencia:

“ No obstante lo dispuesto en el artículo 7, apartado 1, los Estados miembros podrán establecer que la excepción o limitación adoptada con arreglo al apartado 1 no sea aplicable o no se aplique con respecto a determinados usos o tipos de obras u otras prestaciones, como materiales destinados principalmente al mercado de la enseñanza o partituras, en la medida en que estén fácilmente disponibles en el mercado acuerdos de licencia adecuados que autoricen los actos a que se refiere el apartado 1 del presente artículo y adaptados a las necesidades y especificidades de los centros de enseñanza “.

En este punto, sí que se encuentran algunas diferencias importantes entre nuestro texto y el de la Directiva que habrá que acometer cuando se trasponga, en el caso de que el legislador decidiera acogerse a esta excepción de la limitación, para los supuestos en los que exista mercado de licencia. Sería recomendable que se acogiera aun advirtiendo de que esta excepción está contemplada de una manera tan amplia que podría dejar sin efecto el fin pretendido por la Directiva que busca la obligatoriedad y uniformidad del límite en la UE, pues si bien se refiere al mercado de la enseñanza o partituras, parece que es una referencia concreta y sólo a modo de ejemplo y se podría entender aplicable también para todo tipo de obras y prestaciones, como a la obra musical, cuando “estén fácilmente disponibles en el mercado acuerdos de licencia adecuados...” adaptados a las necesidades y especificidades de los centros de enseñanza⁵¹.

También en el artículo 32.4 TRLPI, que contempla el límite de la ilustración con remuneración al titular de derechos, cuando se trate de obra impresa o susceptible de serlo, para las que se incorporaron reglas particulares y restrictivas⁵² que sólo aplican a los actos que *se limiten a un capítulo de un libro, artículo de una revista o extensión equivalente respecto de una publicación asimilada, o extensión asimilable al 10 por ciento del total de la obra, resultando indiferente a estos efectos que la copia se lleve a cabo a través de uno o varios actos de reproducción.*

Esta excepción ya fue objeto de una polémica pues en el Anteproyecto de Ley de reforma, quedaban excluidos salvo que se trate de los libros de texto adoptados para utilizarse en el desarrollo de las enseñanzas en el centro. Lógicamente, CEDRO estuvo firme en la defensa de los editores, pues se trata de unos libros que solo se explotan en el entorno educativo, de ahí que la regulación de cualquier límite o excepción a los derechos exclusivos del titular, por pequeño que sea, afecta al único mercado de explotación de este tipo de obra y del que pueda beneficiarse su destinatario único y debe de ser como se ha señalado desde CEDRO objeto de un tratamiento exquisito y especialmente cuidadoso para no contravenir el mandato del Convenio de Berna, el art. 5.5 Directiva 2001/29 o el art. 40 bis de nuestro TRLPI53.

Así, con la trasposición del art.5-2 de la Directiva, podría acogerse la excepción del límite que sería aplicable para todo tipo de obras y prestaciones, en la medida en que estén fácilmente disponibles en el mercado acuerdos de licencia adecuados. No es fácil adivinar el recorrido que vaya a tener esta excepción al límite, pues es muy vaga la expresión de “acuerdos de licencia adecuados” y, si se interpreta de manera amplia, dejará sin efecto o restringirá muchísimo el ámbito de aplicación de la excepción, lo cual como hemos afirmado sería una contradicción mayúscula.

El equilibrio y el papel y el efecto que la nueva excepción vaya a provocar es muy delicado. Por ello, debería de medirse y meditarse muy bien antes de su incorporación, especialmente en el estrecho margen de maniobra que la Directiva proporciona.

Junto con ello, el legislador español, podría aprovechar la oportunidad para simplificar los diferentes supuestos del art. 32.3 TLPI así como para unificar las soluciones.

3.2.- LA CUESTIÓN DEL CARÁCTER COMERCIAL DE LA ENSEÑANZA.

Hay un aspecto importante que al incorporar la Directiva debería de ser objeto de reflexión, pues se trata del marco de aplicación del propio límite que, *“solo debe aplicarse en la medida en que los usos se justifiquen por los fines no comerciales de la actividad docente de que se trate.”*

En mi opinión, para enfocar debidamente este requisito de aplicación del límite, hay que tener en cuenta, la mercantilización de la educación en el mundo entero como un dato incontestable y muy en especial en las enseñanzas a distancia y transfronterizas. En mi opinión, “fin no comercial de la actividad docente que se trate” debe de significar la exclusión de la aplicación del límite a los casos en los que la actividad docente tenga un fin comercial. El límite de la ilustración, tan ampliamente concebido, debe de operar en centros de enseñanza cuya estructura organizativa y los medios de financiación no persigan lucro y solo para aquellos programas educativos sujetos a precios públicos.

Este es, a mi juicio, el sentido que debe de desprenderse de la explicación dada por el Considerando 20:

⁵³ DIAZ DE OLARTE, J., *Copia privada e ilustración de la enseñanza...*, *op.cit.*, p.4

“la estructura organizativa y los medios de financiación de un centro de enseñanza no deben ser factores decisivos para determinar el carácter no comercial de la actividad”.

No serán factores decisivos, pero sí que serán factores que se tengan que tener en cuenta, evidentemente. De manera que también puedan considerarse usos comerciales en estructuras organizativas públicas y, en sentido contrario, puedan encajar en el límite las enseñanzas on line y transfronterizas gratuitas (MOOCs) de universidades que persiguen ánimo de lucro.

Sobre este tema hay opiniones diferentes. Así, Pilar CAMARA AGUILA⁵⁴, respecto de si el límite debe de aplicarse a la investigación en universidades privadas, entiende que la investigación llevada a en las Universidades privadas está dentro del límite, tanto si la investigación se lleva a cabo con apoyo de fondos públicos como si se hace con fondos privados, pues en ambos casos la Universidad está cumpliendo con un fin propio y común a toda Universidad, con independencia de su naturaleza pública o privada y empresarial. Toma la autora como fundamento de su interpretación el Considerando 42 DDASI que afirmaba que:

...la naturaleza no comercial de la actividad de que se trate debe venir dada por la actividad en sí. La estructura institucional y los medios de financiación de la entidad de que se trate no son los factores decisivos a este respecto....

Sin embargo, a mi juicio, la cuestión no está bien enfocada y está dando pie a una interpretación contraria tanto al sentido de este límite como al espíritu de la norma. No es necesario recordar que la pérdida de monopolio del titular de derechos se justifica sólo por un interés superior. Este interés superior es la enseñanza, la docencia, pero no toda docencia, si no aquella que se lleve a cabo como servicio público y no como negocio, o en una estructura organizativa y con unos medios privados de financiación. A mi juicio, carece de sentido referir la “finalidad comercial” a la actividad en sí, a la enseñanza, tratando de independizarlo y de aislarlo del contexto o de la estructura de la institución en la que la enseñanza se imparte y de sus medios de financiación; es decir, del entorno en el que se imparte y del retorno económico que la actividad proporciona a sus propietarios.

Tampoco es coherente esa interpretación con el hecho de que en el art.32-2 TRLPI solo los títulos oficiales están amparados y los títulos propios no lo están. Los primeros se financian con tasas o precios públicos y los segundos con precios de mercado. Este argumento es extrapolable a la docencia y creo que debería de reconsiderarse la cuestión cuando se incorpore la nueva Directiva. Me pregunto por qué ha de sacrificarse el derecho de autor frente a quienes hacen de la enseñanza superior una actividad de lucro. No se trata de que no puedan utilizar las obras ajenas pero sí de que lo hagan con autorización y con remuneración al autor o, al menos, con un sistema de remuneración equitativa a través de la gestión colectiva, como se hace en otros casos.

⁵⁴ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo, *La reforma de la Ley de Propiedad Intelectual*, 2015, p.119, afirma la autora de *El límite para la enseñanza y la investigación* que es aplicable a la

investigación realizada en el seno de una Universidad, sea pública o privada, pues el art. 2 de la Ley 6/2001 de Universidades tiene entre sus fines la investigación.

En EEUU, aún con las diferencias que existen entre nuestro modelo y el suyo, con gran acierto y en la línea apuntada se regula la cuestión en la *Technology, Education, and Copyright Harmonization (TEACH) Act* 2002. Precisamente, uno de los motivos de su publicación se debió a que tradicionalmente los profesores universitarios eran un colectivo que estaba fuera de las obligaciones derivadas del derecho de autor pues había una especie de regla no escrita por la que utilizaban trabajos de terceros en sus clases y en sus investigaciones, sin respetar los derechos de los autores, y se pensaba que esto era algo positivo para dar a conocer los trabajos que manejaban, todo ello desde una concepción ultra liberal del 55. La *Digital Millennium Copyright Act* de 1998 ya trató de prevenir abusos a través de copias electrónicas y dispositivos limitando la interpretación expansiva del *fair use*.

Además, hay un caso muy significativo en EEUU que apuntala la interpretación que propongo y que es contraria a entender que la excepción debe de aplicarse a los centros de enseñanza con estructuras organizativas que persigan ánimo de lucro. Se trata del conocido caso que enfrentó a prestigiosas editoriales con los directivos de la State University of Georgia, debido a que las normas vigentes en la Universidad permitían la copia de pequeños fragmentos de trabajos ajenos para ilustrar la docencia a través de las plataformas de enseñanza.

En la sentencia de apelación se hace un interesante recorrido por la aplicación de los 4 factores de *fair use* que dan lugar “*in a given case*”, en el caso concreto, a la excepción⁵⁶.

4.- A PROPÓSITO DEL USO COMERCIAL DE FRAGMENTOS DE OBRA AJENA: EL CASO CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS V. GEORGIA STATE UNIVERSITY.

Voy a relatar con algo detalle un caso real. Se trata del caso en el que la prestigiosa editorial Cambridge University y otras editoriales también de mucho prestigio⁵⁷, demandaron a la universidad estatal de Georgia, en el estado de Atlanta, EEUU, porque reproducía, sin consentimiento de los autores, ni licencia de uso, partes o fragmentos de trabajos ajenos para utilizarlos para la ilustración de la docencia a distancia (actividades pedagógicas digitales y transfronterizas). En concreto, en este asunto, se aborda la cuestión de si es lícito o no utilizar extractos de obras ajenas, sin consentimiento del titular de derechos y, sin licencia, de acuerdo con la sección 107 de la Copyright Act en la cual se contienen una serie de usos que sin ser exhaustivos sí que son una pauta para que los jueces puedan valorar si el caso que tienen entre manos está o no dentro del *fair use*, doctrina legal que promueve la posibilidad de utilizar sin licencia obras protegidas por el derecho de autor, bajo determinadas circunstancias.

El marco legal se encuentra en la Secc. 107 de la mencionada ley.

107. Limitations on exclusive rights: Fair use

⁵⁵ SHULER, *Distance Education, Copyrights Rights, and the New TEACH Act*, “The journal of Academic Librarianship”, vol 29, n.1, 2003, p. 49-51

⁵⁶ Así se explica cómo debe de analizarse cada caso: *We understand “case-by-case” and “work-by-work” to be synonymous in cases where a copyright proprietor alleges numerous instances of copyright infringement and a secondary user claims that his or her use was fair. Courts must apply the fair use factors to each work at issue. Otherwise, courts would have no principled method of determining whether a nebulous cloud of alleged infringements purportedly caused by a secondary user should be excused by the defense of fair use.*

⁵⁷ Cambridge University Press, Oxford University press, Sage Publications v. Georgia State University, Court of Appeals, Eleventh Circuit, October 17, 2014.

Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106A, the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phono records or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include—

(1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;

(2) the nature of the copyrighted work;

(3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and

(4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.

The fact that a work is unpublished shall not itself bar a finding of fair use if such finding is made upon consideration of all the above factors.

Los cuatro factores deben de ser analizados de forma separada y el resultado de cada uno de los análisis se tiene que ponderar en conjunto, siempre a la luz de los fines del derecho de autor. En la primera instancia se valoraron tres factores de manera más intensa y en apelación se vuelven a analizar y a ponderar.

4.1.- LA FINALIDAD Y EL CARÁCTER DEL USO, INCLUYENDO SI TAL USO ES DE NATURALEZA COMERCIAL O SI ES PARA UN FIN EDUCATIVO SIN ÁNIMO DE LUCRO

Como es sabido, el análisis del *fair use* está muy pegado a los hechos y requiere que, caso a caso, se efectúe el estudio de los criterios o factores que lo modulan y se decida si ese uso concreto llevado a cabo está amparado o no por el uso justo. De hecho, en el caso Cambridge, los demandantes en apelación plantearon que se aplicara a este caso el mismo criterio establecido en los conocidos como “coursepack casos”, en los que se había juzgado como usos fuera de *fair use*, la elaboración por parte de los servicios de reprografía de las Universidades de unos cuadernillos con fragmentos de obras, para que los estudiantes los manejaran en la Universidad⁵⁸. De haberse aplicado la misma interpretación, las editoriales habrían conseguido su objetivo. En estos casos, se consideró fuera de *fair use* porque se entendió que las reprografías eran empresas que sacaban beneficio al elaborar estos cuadernillos aunque su destino último fuera para la educación superior. Por ello, el Tribunal rechazó su aplicación en el caso Cambridge, por no tener ambos casos las mismas características.

⁵⁸ Basic Books, Inc. v. Kinko’s Graphics Corp., 758 F. Supp. 1522 (S.D.N.Y. 1991), *holding that a Kinko’s copy shop had violated the copyright statute by creating and selling coursepacks without permission from the publishing houses that held the copyrights. After Kinko’s, many copyshops that had not previously*

requested permission from copyright holders began to obtain such permission. Mr. Smith chose not to do so. He consulted an attorney, and the attorney apparently advised him that while it was “risky” not to obtain permission, there were flaws in the Kinko’s decision. Mr. Smith also undertook his own study of the fair use doctrine, reading what he could find on this subject in a law library. He ultimately concluded that the Kinko’s case had been wrongly decided, and he publicized this conclusion through speeches, writings, and advertisements. His advertisements stressed that professors whose students purchased his course packs would not have to worry about delays attendant upon obtaining permission from publishers. It is true that the use to which the materials are put by the students who purchase the coursepacks is noncommercial in nature. But the use of the materials by the students is not the use that the publishers are challenging. What the publishers are challenging is the duplication of copyrighted materials for sale by a for-profit corporation that has decided to maximize its profits — and give itself a competitive edge over other copyshops — by declining to pay the royalties requested by the holders of the copyrights...”. Esta sentencia tuvo dos votos particulares en los que se esgrime el siguiente argumento: Michigan Document Services provided a service to the University of Michigan that promoted scholarship and higher education. Michigan Document Services was paid for its services; however, that fact does not obviate a fair use claim under these facts. Requiring Michigan Document Services to pay permission fees in this instance is inconsistent with the primary mission of the Copyright Act. The individual rights granted by the Act are subservient to the Act’s primary objective, which is the promotion of creativity generally. We must therefore consider the fair use provision of Section 107 of the Act in light of the sum total of public benefits intended by copyright law. In this instance, there is no adverse economic impact on Princeton University Press that can outweigh the benefits provided by Michigan Document Services. Indeed, to presume adverse economic impact, as has the majority, is to presume that the \$50,000 in fees currently earned by plaintiff is mandated by the Act in every instance — something I hesitate to presume.

Lo interesante y, por ello me voy a detener, es cómo, en el caso de las editoriales, se aborda el análisis del primero de los factores de la secc. 107 citada porque, a mi modo de ver, puede aportar criterio para la correcta interpretación de nuestro art. 32-3 LPI, así como para la próxima incorporación de la Directiva, en lo relativo a qué debe entenderse por “uso no comercial” de la obra ajena y su amparo por el límite de la ilustración para la enseñanza.

El asunto nos queda muy cerca, pues en el pleito se enfrentan unas editoriales y una Universidad.

Siguiendo el primero de los factores, hay dos aspectos que el tribunal analiza. En primer lugar se plantea el análisis de si el uso llevado a cabo por la universidad es “transformador” o no y, en segundo lugar, si el uso es para un fin educativo sin ánimo de lucro o si tiene, por el contrario, un fin comercial.

Respecto del primero de los requisitos que pueden dar lugar al uso de fragmento de obra ajena sin consentimiento pero amparado por el *fair use*, el llamado uso transformador⁵⁹, es aquel uso que añade algo nuevo, con un propósito diferente o con un carácter distinto y no se sustituiría este nuevo uso con el del trabajo u obra original. Este uso transformador, entre nosotros, tiene otro significado, se regula en el art. 21 TRLPI y no sólo no está amparada la transformación sin autorización del autor, sino que vulneraría el derecho moral del autor a la integridad de su obra recogido en el artículo 14 TRLPI.

Respecto del segundo aspecto, en principio, se afirma que el mero hecho de que el uso sea educativo y se lleve a cabo sin ánimo de lucro no implica necesariamente que no pueda haber una infracción de derecho de autor, del mismo modo que un uso comercial podría ser considerado un uso justo. En este caso, se trata de un uso educativo de fragmentos de obras ajenas en una Universidad pública, lo que pesa positivamente en que se considere dentro del límite, aunque el tribunal da argumentos y cita un buen número de sentencias del Tribunal Supremo recaídas en los comentados “coursepack” casos, en las que se justifica que usos educativos de fragmentos de obras fotocopiadas por una entidad sin ánimo de lucro, son comerciales, incluso aunque no se vendan, pues entiende que lo que convierte este uso educativo en un uso comercial es la existencia de un beneficio económico indirecto o no monetario, un beneficio profesional, que puede consistir en la mejoría de la imagen reputacional, por ejemplo, por la entrega de estos materiales a los estudiantes.

Es muy llamativo cómo en el caso de la Universidad de Georgia, a pesar de tratarse de un uso educativo y en principio, no comercial, por ser una Universidad pública, se concluye que el uso sí que fue comercial pues no se pagó por el uso de las obras el precio de mercado, es decir, las licencias. La Universidad se benefició del uso de los fragmentos de manera indirecta porque los estudiantes pagan un precio por su matrícula y por las tasas y parte de este coste es por tener acceso a las plataformas educativas.

⁵⁹ <https://www.copyright.gov/fair-use/more-info.html>

Además, se valora también el aspecto relativo a que el uso transformativo⁶⁰, y considera el tribunal que el uso que la Universidad hizo de los fragmentos de obras ajenas tuviera carácter transformador por el mero hecho de utilizar formato digital para distribuir los fragmentos.

Como he expresado, entiendo que estos argumentos pueden ofrecer un buen soporte para la correcta interpretación e incorporación de la Directiva.

En este sentido, propongo que cuando el Considerando 20 de la Directiva explicando el límite afirma que “La excepción o limitación prevista en la presente Directiva debe beneficiar por ende a todos los centros de enseñanza de primaria, secundaria, formación profesional y educación superior, en la medida en que desarrollen su actividad docente con fines no comerciales. La estructura organizativa y los medios de financiación de un centro de enseñanza no son factores decisivos para determinar el carácter no comercial de la actividad”, se interprete que, la referencia al “carácter no comercial”, no sólo se predique de la actividad docente en sí misma, como si pudiera ser desgajada de la estructura organizativa en la que se desarrolla, sino, precisamente, que se predique de la estructura organizativa y los medios de financiación, que pueden no ser por sí solos determinantes, como dice de forma bastante clara el considerando, pero que sí que son factores decisivos que deberían de ser examinados, a los efectos de considerar el uso lícito o no.

Lo que ha ocurrido entre nosotros es que las Directivas “se han inspirado” en la doctrina del fair use en este punto, tomando el mismo criterio que se aplica en la secc. 107 en estos casos, tal y como se puede ver de manera muy clara en la web del gobierno en la que se afirma lo siguiente:

“Purpose and character of the use, including whether the use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes: Courts look at how the party claiming fair use is using the copyrighted work, and are more likely to find that nonprofit educational and noncommercial uses are fair. This does not mean, however, that all nonprofit education and noncommercial uses are fair and all commercial uses are not fair; instead, courts will balance the purpose and character of the use against the other factors below.”

<https://www.copyright.gov/fair-use/more-info.html>

⁶⁰ El uso transformativo es aquel que aporta o añade algo nuevo, que tiene un propósito o carácter diferente que no pueda sustituirse por el uso original de la obra. En la web oficial del gobierno se explica este presupuesto del art. 107: *Purpose and character of the use, including whether the use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes: Courts look at how the party claiming fair use is using the copyrighted work, and are more likely to find that nonprofit educational and noncommercial uses are fair. This does not mean, however, that all nonprofit education and noncommercial uses are fair and all commercial uses are not fair; instead, courts will balance the purpose and character of the use against the other factors below. Additionally, “transformative” uses are more likely to be considered fair. Transformative uses are those that add something new, with a further purpose or different character, and do not substitute for the original use of the work.* <https://www.copyright.gov/fair-use/more-info.html>

5.- LA EXCEPCIÓN RELATIVA A LA MINERÍA DE TEXTOS Y DATOS.

En la era digital, las oportunidades de extraer información se multiplican a través de buscadores y agregadores de contenidos. Junto con ello, las nuevas tecnologías hacen realidad el análisis computacional de la información en formato digital de manera automatizada. Como resultado de estas operaciones se logra información que debidamente tratada puede tener un gran valor para muy diversas aplicaciones⁶¹.

La información y su análisis se pueden llevar a cabo en formatos de documentos muy diversos y heterogéneos, tales como páginas web, correos electrónicos, medios sociales, artículos de revistas, etc. A través del uso de esta técnica de tratamiento de grandes cantidades de información se pueden adquirir y alcanzar nuevos conocimientos y se pueden descubrir nuevas tendencias y comportamientos⁶². Se trata de un método muy eficaz para generar nueva información y conocimiento porque los recursos clave se pueden localizar con mayor rapidez y seguridad. Esta práctica permite a las empresas reducir el tiempo dedicado a la lectura de textos extensos y extractos literarios. También permite a los usuarios obtener nueva información que de otro modo sería difícil de encontrar. Estas ventajas son aplicables no sólo a los negocios y a ser más competitivos, también a la seguridad de personas y países y a la investigación. Por ejemplo, se estima que existen más de 50 millones de revistas⁶³ por lo que cada vez es más difícil para los investigadores hacer un seguimiento de lo que se publica en su propio campo. Además, hay una enorme afluencia de otros tipos de datos en todas las ciencias, como páginas web, informes de organizaciones públicas (por ejemplo, transcripciones judiciales, actas de reuniones), libros, etc. y la minería de textos puede ayudar a resolver este problema y a encontrar nueva información⁶⁴.

⁶¹ HUGENHOLTZ, Bernt, *The New Copyright Directive: Text and Data Mining (Articles 3 and 4)* <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2019/07/24/the-new-copyright-directive-text-and-data-mining-articles-3-and-4/> Text and data mining is nowadays standard practice in pharmaceutical research, journalism, information retrieval, search, and consumer information – to name just a few areas. TDM is also an essential tool in developing intelligent applications that require vast volumes of raw text and data to ‘self-learn’ complex tasks such as translation or speech recognition. Much of the current and future development in artificial intelligence, therefore, depends on TDM.

⁶² Interesante el resumen, *Text and Data Mining and Fair Use in the United States*, Preparado por Krista L. Cox, director of public policy initiatives, junio, 2015: *Through TDM, researchers can discover new knowledge from existing knowledge. TDM can help researchers sort through large amounts of information, identify patterns and trends, and understand individual texts as well as the connections between texts.*

⁶³ JINHA, A. E., *Opening Science: The Evolving Guide on How the Internet is Changing Research*, 2010.

⁶⁴ Datos extraídos del proyecto OpenMinTeD. En el resumen ejecutivo llevado a cabo por ELEANORA ROSATI, PH, publicado por la UE se resumen en tres los pasos típicos de este proceso: *By means of necessary simplification, it appears possible to distinguish three common steps in TDM processes: Access to content, which may be freely accessible or only accessible through a licence; Extraction and/or copying of content, if required. In relation to this step, legal restrictions—including rights in databases, copyright*

La importancia de estos procedimientos de obtención o extracción de información es incuestionable y las ventajas competitivas para empresas y para instituciones de investigación no se ponen en duda. De hecho, la velocidad con la que se están implementando en las compañías y los beneficios competitivos que se obtienen, han impulsado al legislador europeo a regular este nuevo límite, para que los derechos de autor no sean siquiera un leve impedimento que lastre la economía digital.

La Directiva reconoce que aun cuando las tecnologías de este tipo estén muy extendidas en la economía digital, se reconoce generalmente que la minería de textos y datos puede beneficiar especialmente a la comunidad de investigadores, apoyando de este modo la innovación. Dichas tecnologías benefician a las universidades y otros organismos de investigación, así como a las instituciones responsables del patrimonio cultural, ya que también pueden llevar a cabo investigaciones en el contexto de sus actividades principales. No obstante, esos organismos e instituciones se enfrentan en la Unión a cierta inseguridad jurídica a la hora de determinar hasta qué punto pueden llevar a cabo actividades de minería de textos y datos de contenidos.

La cuestión es en qué medida afectan a los derechos de autor las operaciones que se dan en la cadena de extracción y qué protección tienen los datos de las obras protegidas y si es necesario crear un nuevo límite y dotarlo de carácter obligatorio para extraerlos.

El Parlamento Europeo⁶⁵ encargó un informe en el que se aborda esta cuestión y en el que categóricamente se afirma algo que puede ser delicado de deslindar y es que los datos, los meros datos, no están protegidos y que el derecho de autor solo protege la obra original, pero no la información. La dificultad se hace evidente cuando se trata de obras de carácter científico en las que las ideas recogidas derivan de los datos recogidos, los cuales, también se contienen en la obra. A pesar de que se parte como regla general de la premisa de la no protección de los datos a través del derecho de autor, lo que ocurre es que para extraer los datos –no protegidos- hay que llevar a cabo procedimientos de reproducción de los trabajos que sí necesitan la autorización del autor: *“One of the basic and fundamental principles of copyright law is that **data is as such not protected; copyright only protects the creative form not the information incorporated in the protected work.** Thus, Text and Data Mining (TDM) should in principle not be a use covered by any exclusive intellectual property (IP) rights (IPRs), both copyright and other sui generis rights. It could even be argued that this activity is outside the scope of exclusive rights and that any restriction would amount to undermine the underlying rationales of copyright protection and result in an inadmissible restriction of freedom of expression and information as protected by e.g. the European Court of Human Rights*

and related rights—for certain acts of extraction and/or copying might result in the unlawfulness of facts that are preparatory to actual TDM if such acts are carried out without permission from the relevant rightholders.

Mining of text and/or data and knowledge discovery, which requires the pre-processing of relevant text and data and extraction of structured data, in order to the analyse such output. [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/604942/IPOL_BRI\(2018\)604942_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/604942/IPOL_BRI(2018)604942_EN.pdf)

⁶⁵ The Exception for Text and Data Mining (TDM) in the Proposed Directive on Copyright in the Digital Single Market – Legal Aspects” European Parliament Research Service, February 2018

*(ECHR) and the Charter of Fundamental Rights of the European Union. However, at some point, during the chain of activities enabling TDM research, technically some IPR relevant actions are necessary so that in the absence of a specific permission within the legal framework, TDM can lead to an infringement*⁶⁶.

En resumen, hay tres momentos en los que se puede infringir el derecho de reproducción, el primero en la fase de pre procesamiento de los textos, en la copia y almacenamiento, en la de subida de los textos a una plataforma y por último en la fase de minería.

Lo cierto es que dada la creciente utilización de las tecnologías digitales en las actividades de investigación y para que no se vea afectada la posición competitiva de la Unión como espacio de investigación y como espacio de innovación y emprendimiento, el límite debía de configurarse como obligatorio⁶⁷, pues de otra manera no se podría competir con EEUU o Reino Unido que cuentan con un sistema más flexible en la configuración de sus límites y en los que estos procedimientos encajan dentro del fair use⁶⁸ siempre y cuando los demandados logren convencer al tribunal que el *un paid use of copyrighted material* es equitativo y que es acorde con los fines del derecho de autor, que, como reconoce el tribunal tiene el fin de promover la creación de obras nuevas otorgando a los autores y otros creadores un incentivo económico para crear⁶⁹. Desde la perspectiva de un sistema de límites basados en el fair use, si bien se sacrifica ciertas dosis de certeza en cuanto a qué comportamientos encajan o no en el límite, sin embargo, permite a los jueces tomar decisiones sobre las actividades o comportamientos nuevos en relación con el derecho de los titulares y si deben de permitirse o no.

Como veremos, finalmente, la Directiva contempla la doble posibilidad de minería de textos y de minería de datos y es cierto que a menudo se habla de “minería de texto y datos (TDM)” al mismo tiempo, pero estrictamente hablando la minería de texto es una forma específica de minería de datos que se relaciona con el texto. Asimismo la Directiva contempla este límite con un doble régimen jurídico, uno para investigación y patrimonio cultural y otro usos comerciales.

⁶⁶ The Exception for Text and Data Mining (TDM) in the Proposed Directive on Copyright in the Digital Single Market – Legal Aspects” European Parliament Research Service, February 2018

⁶⁷ The Exception for Text and Data Mining, cit., p. 4, “Given the lack of harmonisation in the implementation of exceptions and limitations by the Member States, the mandatory character of the TDM exception will facilitate cross-border research cooperation in the EU and the functioning of the Digital Single Market” En este informe se recomendó extender el límite más allá de las necesidades de investigación.

⁶⁸ Rachael Thompson, *Copy or Paste: UK Copyright Law in Light of Modern Education*, 2 N.E. L. Rev. 25 (2014), p. 26, *US maintains a general 'fair use' exception. Although fair use examples are provided - of which teaching, scholarship and research are specified - the list is non-exhaustive, hinging primarily on whether use is deemed 'fair'. Fairness is determined by considering the character of use, the nature of the work to be used, the amount used and the effect of use on the market.* Vid. La interesante sentencia en el caso Cambridge University Press, Oxford University press, Sage Publications v. Georgia State University, Corut of Appeals, Eleventh Circuit, October 17, 2014: *Fair use is a defense that can excuse what would otherwise be an infringing use of copyrighted material.*

⁶⁹ Cambridge University Press, Oxford University press, Sage Publications v. Georgia State University, Corut of Appeals, Eleventh Circuit, October 17, 2014

5.1. ¿QUÉ ES LA MINERÍA DE TEXTOS, CÓMO FUNCIONA Y POR QUÉ ES ÚTIL? ⁷⁰

Lo primero que vamos a hacer es aproximarnos al concepto y al fenómeno, TDM, y tratar de entender el procedimiento con el que se tratan y manejan los trabajos (los datos) y que afecta en algunos casos a los derechos de autor, lo que ha justificado la creación de una nueva excepción de la que se ocupan los artículos 3 y 4 de la Directiva.

TDM es un concepto muy amplio que se refiere a una técnica de investigación para recopilar información de grandes cantidades de datos digitales a través de herramientas de software automatizadas⁷¹. La técnica funciona mediante la identificación de los materiales a analizar, tales como trabajos o datos recopilados u organizados individualmente en una base de datos preexistente. A continuación se copian cantidades sustanciales de materiales, que incluyen materiales de pre procesamiento al convertirlos en un formato legible por máquina compatible con la tecnología que se implementará para el TDM para que los datos estructurados puedan extraerse y posiblemente, pero no necesariamente, cargar esos materiales procesados en una plataforma, dependiendo de la técnica TDM que vaya a ser utilizada. Después se extraen los datos y por último se combinan para identificar patrones con los que alcanzar un resultado final.

De acuerdo con la mayor parte de textos especializados, la extracción y tratamiento de textos puede dividirse en cinco pasos⁷²:

⁷⁰ ¿Qué es la minería de textos, cómo funciona y por qué es útil? Este artículo fue escrito como parte del proyecto OpenMinTeD por: Jiakang Chang (EMBL-EBI), Christian O' Reilly (EPFL), Nancy Pontika (Open University) Gareth Owen (EMBL-EBI), Kenneth Haug (EMBL-EBI), Martine Oudenhoven (LIBER), disponible en <https://universoabierto.org/2018/02/22/que-es-la-mineria-de-textos-como-funciona-y-por-que-es-util/>

⁷¹ Es interesante el trabajo resultado de un proyecto H2020 que aborda la problemática de las barreras a una utilización legal flexible y amplia de estas técnicas. En el estudio se reconoce que se trata de un concepto amplio y que a los efectos de analizar sus limitaciones y barreras se toma desde esa perspectiva amplia. *Text and data mining is a very broad concept that is used as an “umbrella term encompass[ing] diverse techniques that allow interpretation of content of any type ranging from raw data, e.g. sensor data, text, images and multimedia, to processed content, e.g. diagrams, charts, tables, references, maps, formulas, chemical structures, and metadata from semi-structured sources, on a large scale through the identification of patterns”*. Caspers, M., & Guibault, L. (2016). *Baseline report of policies and barriers of TDM in Europe. FutureTDM*.

⁷² Exception in the Proposed Copyright Directive on Copyright in the DSM for Text and Data Mining-Legal Aspects 1.INTRODUCTION 14 September 2016, the European Commission published a Proposal for a Directive on copyright in the Digital Single Market (“DSM Draft Directive”). 1Inter alia, the up coming copyright reform would like to improve access to protected works across borders within the Digital Single Market (DSM) to boost research and innovation. To this end, the DSM proposal includes a set of new mandatory exceptions and limitations.2In particular, the proposal would like to introduce a specific limitation for TDM. In this briefing, the authors would like to assess the proposal for a mandatory TDM limitation against the international and European framework of copyright exceptions and limitations by considering the need for such an exception, the positive and negative impacts of the proposal as currently drafted, and room for possible improvement to the end of fostering European research and innovation in the DSM. 32.INTELLECTUAL PROPERTY PROTECTION AND TDM refers to a research technique to collect information from large amounts of digital data through automated software tools.4It works by1.identifying input materials to be analysed, such as works, or data individually collected or organized in a pre-existing database;2.copying substantial quantities of materials—which encompassesa.pre-

1. Recogida de datos de diferentes recursos, tales como sitio web, correos electrónicos, comentarios de clientes, archivos de documentos. Dependiendo de la aplicación, este proceso puede ser completamente automatizado o guiado por una persona encargada de realizarlo. La naturaleza de las fuentes es muy diversa y en función de la misma, deberán de respetarse otros derechos personales, de rango fundamental, como son el derecho a la intimidad y propia imagen o los datos personales.
2. Procesamiento de los textos para la identificación del contenido y la extracción de características representativas y, en algunos casos, se cargan en una plataforma en función de la técnica que se vaya a aplicar.
3. Limpieza o eliminación de cualquier información innecesaria o no deseada, como los anuncios de las páginas.
4. Tokenización, o división del texto en entidades significativas (palabras, oraciones, etc.) dados los espacios en blanco presentes y las puntuaciones.
5. Extracción o proceso de caracterización.

Este proceso, con algunas variaciones, puede ser aplicado a cualquier campo de conocimiento y, por lo tanto, también al que nos resulta más afín, al campo jurídico⁷³. En la cadena de este proceso puede vulnerarse el derecho de autor, cuando se copie y reproduzca parcialmente el trabajo, sin consentimiento del autor, cuando fuere preciso. En el informe preparatorio de la Directiva se analizaron los diferentes pasos a dar en la cadena de extracción de datos y se encontraron diferentes puntos conflictivos: *In this respect, **pre-processing** to standardize materials into machine-readable formats might trigger infringement of the right of reproduction. Likewise, **the uploading of the pre-processed material on a platform**—which might occur or not depending on whether the TDM technique adopted makes use of a TDM software crawling data to be analysed directly from the source—might also violate the right of **Mining**—that stage of the TDM process where data is finally extracted—can also infringe upon the right of reproduction depending on the mining software deployed and the character of the extraction. For example, there are extraction techniques that would reproduce parts of the work so minimal to fall below the threshold of copyright infringement.*

5.3. LA MINERÍA DE TEXTOS Y DATOS Y LOS DERECHOS DE LOS AUTORES.

processing materials by turning them into a machine-readable format compatible with the technology to be deployed for the TDM so that structured data can be extracted and possibly, but not necessarily, uploading the pre-processed materials on a platform, depending on the TDM technique to be deployed; 3. extracting the data; and 4. recombining it to identify patterns into the final output.

⁷³ Data mining the law, an EU-funded project is exploring how data-mining tools and artificial intelligence can efficiently analyse ever-expanding volumes of complex legal texts, legislation and case law. http://ec.europa.eu/research/infocentre/article_en.cfm?id=/research/headlines/news/article_18_07_03_en.html?infocentre&item=Infocentre&artid=49398 Diane McDonald and Ursula Kelly (2012), The Value and Benefit of Text Mining to UK Further and Higher Education. Digital Infrastructure, JISC, disponible en: <http://bit.ly/jisc-textm>;

Está fuera de discusión el creciente interés social y económico de la aplicación de las nuevas tecnologías al campo del análisis computacional y automatizado de grandes volúmenes de información en formato digital, y no sólo de textos, también de sonidos, de imágenes o de datos así como, sabemos de la importancia económica de poder acceder y trabajar con datos por parte de la economía digital⁷⁴. La inteligencia artificial hace posible todo ello y aunque no es objeto de este trabajo, también ha abierto el debate sobre las posibilidades de creación de obras originales sin intervención directa de la mano del hombre⁷⁵. Este mismo interés, aunque no tenga finalidad comercial, se tiene por parte de los investigadores que pueden verse beneficiados por ellas pues un potente instrumento de estudio, de análisis e, incluso, de nuevas creaciones con base en los resultados obtenidos. En la era del "Big Data", el valor no se encuentra en los datos o en los textos tomados de manera aislada, sino más bien en la extracción de dicho valor mediante la utilización de técnicas de minería de datos y de datos predictivos (TDM) a través de las cuales se extrae nuevo conocimiento. De hecho, los datos que se manejan tienen tres características, las "3V": volumen, velocidad y variedad⁷⁶.

Estas actividades no encajan en el límite establecido para las reproducciones de carácter transitorio o incidental del artículo 31 del TRLPI. Si leemos este precepto parece que no se cumplirán todas las condiciones y sobre todo porque pide que esta condición: que la "única finalidad consista en facilitar bien una transmisión en red ...bien una utilización lícita... autorizada por el autor o por la ley", por lo que entre nosotros hasta el momento actual, para poder llevar a cabo minería de textos hay que pedir consentimiento al autor. No obstante, las Universidades y los organismos e instituciones están preocupados por el hecho de que estas prácticas puedan traspasar los límites legales y puedan vulnerar los derechos de los titulares, es decir, los derechos de los autores de los trabajos almacenados y sometidos a estas técnicas.

Una de las claves por las que se ha regulado este límite con carácter obligatorio en la UE, es la de eliminar la inseguridad jurídica que puede comportar manejar esta técnica y vulnerar derechos de autor. Precisamente, los temas legales y las dudas sobre si se puede o no utilizar TDM en la UE han limitado e inhibido el libre uso de estas técnicas pues no hay un criterio unánime en este punto en los diferentes estados y el panorama legal está muy fragmentado. Y esta situación afecta negativamente a la competitividad de la UE.

⁷⁴ Big data inspira nuevas formas de transformar procesos, empresas, sectores enteros e incluso la propia sociedad

⁷⁵ Para este tema, ver el reciente y completo trabajo de SAIZ GARCIA, Concepción, *Las obras creadas por sistemas de inteligencia artificial y su protección por el derecho de autor*, Indret, enero, 2019.

⁷⁶ Informe elaborado por IBM Global Business Services: Business Analytics and Optimisation: el uso de big data en el mundo real, en colaboración con la Escuela de Negocios Saïd en la Universidad de Oxford en el que se estudia cómo las empresas más innovadoras extraen valor de datos inciertos,

En el Reino Unido, la excepción TDM rige desde la aprobación de la reforma de la UK Copyright, Designs and Patents Act 1988 llevada a cabo el 19 de mayo de 2014⁷⁷, pero exclusivamente rige este límite para la investigación no comercial⁷⁸.

Francia, por su parte, introdujo la excepción dos años más tarde, el 7 de octubre de 2016, a través de la Ley para una República Digital, número 2016-1231, tanto para textos como para bases de datos. Concretamente el art. 38 de la Ley añadió un apartado al Art. L122-5 y otro al Art.L242-3 del Código de Propiedad Intelectual. La excepción alcanza a los actos de reproducción de materiales puestos a disposición por los titulares para TDM, así como el almacenamiento y la comunicación de los archivos creados durante TDM actividades de investigación. En Francia, al igual que en el Reino Unido, la excepción no es aplicable para actividades de naturaleza comercial, es más, se limita su aplicación a la investigación pública.

Alemania, reguló la materia el 30 de junio de 2017 reformando la Ley de Propiedad intelectual y derechos conexos que entró en vigor el 1 de marzo de 2018. El artículo 60d permite TDM para la investigación científica que no persiga fin comercial. Sin embargo, la legislación es más flexible que la francesa en relación con los materiales que pueden someterse a esta técnica.

La UE necesitaba al menos unificar las legislaciones y es claro y evidente que la obligatoriedad de la excepción era la única vía a la vista de la experiencia con el resultado obtenido con medidas más suaves, con límites voluntarios. Los países miembros deberán incorporarlo o, en su caso, ampliarlo de acuerdo a la Directiva.

Además, hay que tener en cuenta que en EEUU se considera que la utilización de esta técnica está admitida como un *fair use* en la reproducción de trabajos ajenos.

Por eso, con el fin de eliminar “los inconvenientes” descritos y para no tener que solicitar autorización a los titulares para copiar -aunque sea en pequeña medida- y reproducir sus obras y extraer los datos, nace con carácter obligatorio esta nueva limitación que se añade

77 El 20 de Diciembre de 2012, IPO (Intellectual Property Office) anunció que el Gobierno del Reino Unido había publicado la parte final de su respuesta a la Consulta Pública que emitió el 14 de Diciembre de 2011. Dicha última parte de la respuesta del Gobierno británico adelantaba los cambios que iban a tener lugar en el marco normativo de Reino Unido en materia de límites y excepciones al Derecho de Autor. Estos cambios, según IPO, iban a introducir mayores libertades para los usuarios de obras protegidas, con el fin de cumplir diversos objetivos sociales y económicos del Estado británico, permitiendo la utilización de las mismas sin necesidad de contar con el consentimiento de los titulares de derechos.

En particular, la publicación del Gobierno de Reino Unido hacía referencia, entre otros, a los siguientes límites y excepciones reconocidos en la Directiva 2001/29/CE: copia privada (la cual será permitida en determinados casos sin necesidad de pagar una compensación a los titulares de derechos), cita, trabajos sobre temas de actualidad, conferencias públicas, parodia, caricatura, pastiche, trabajos de investigación, ilustración con fines educativos, o usos en beneficio de personas discapacitadas.

IPO afirmó que el Gobierno de Reino Unido, continuando con el proceso de implementación del informe Hargreaves, elaboraría una normativa para introducir estos cambios en 2013.

⁷⁸ *Text and data mining for non-commercial research (Section 29A CDPA) S. 29A (1.6.2014) by The Copyright and Rights in Performances (Research, Education, Libraries and Archives) Regulations 2014 (S.I. 2014/1372), regs. 1, 3(2)* Permite copiar una obra para analizar el texto o los datos utilizando técnicas de análisis automatizado para identificar modelos, tendencias u otra información. Para poder hacerlo hay que tener acceso legal a la fuente a través de una suscripción personal o institucional. El análisis puede hacerse únicamente para investigación no comercial.

a las ya conocidas. El legislador ha optado por crear una nueva limitación y dotarle de carácter obligatoria una vez examinadas las demás excepciones y comprobar que no están plenamente adaptadas al uso de las tecnologías en la investigación científica (Cdo.10)

Con todo, hay que recordar que este límite no siempre es necesario a la hora de tratar datos masivos, como ocurre cuando los procesos de minería de textos y datos no conlleven actos de reproducción o en los que las reproducciones estén contempladas en la excepción obligatoria aplicable a los actos de reproducción provisional, establecida en el artículo 5, apartado 1, de la Directiva 2001/29/CE, que debe seguir aplicándose a las técnicas de minería de textos y datos que no requieran la realización de copias más allá del alcance de dicha excepción⁷⁹.

Un aspecto poco transparente y que ha sido objeto de fricción es el de la frontera entre la investigación pública y la investigación privada y con fin comercial. En la propia Directiva se anima a la colaboración público-privada en este punto: En consonancia con la actual política de investigación de la Unión, que anima a las universidades y los institutos de investigación a colaborar con el sector privado, los organismos de investigación también han de poder acogerse a la excepción cuando sus actividades de investigación se lleven a cabo en el marco de asociaciones público-privadas. Si bien los organismos de investigación y las instituciones responsables del patrimonio cultural han de seguir siendo los beneficiarios de dicha excepción, deben también poder recurrir a sus socios privados para realizar la minería de textos y datos, también mediante la utilización de sus medios tecnológicos (Cdo). Ante esta situación va a ser complicado deslindar en qué casos una investigación mixta puede hacer TDM sin solicitar consentimiento a los autores o a los titulares de derechos, así como, en los casos en los que la investigación comience siendo pública pero sus resultados tengan valor en el mercado⁸⁰.

5.3. LAS DOS VERSIONES DE LA EXCEPCIÓN EN LA DIRECTIVA: ARTÍCULOS 3 Y 4.

El artículo 3 de la Directiva, establece la obligación a los Estados miembros de la creación de la excepción del derecho de autor para la minería de textos y datos, con

⁷⁹ Muy críticos con la regulación de la Directiva y con una propuesta alternativa más abierta y flexible basada precisamente en que en muchos casos no hay una vulneración del derecho de autor y en otros el acceso siempre es lícito y eso significa posibilidad de que el autor obtenga remuneración, RETO M. HILTY, HEIKO RICHTER, *position statement of the max planck institute for innovation and competition on the proposed modernisation of european copyright*, Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper No. 17-02

⁸⁰ CASPERS, M., & GUIBAULT, L. *Baseline report of policie and barriers of TDM in Europe, 2016*, “The definition of scientific research is not clear and might need more clarification. There exists a grey area between non-commercial and commercial purposes, creating uncertainty particularly where research without any commercial aims turn out to be commercially valorised in the end.”

respecto a las reproducciones y extracciones realizadas por organismos de investigación⁸¹ e instituciones responsables del patrimonio cultural con el fin de realizar, con fines de investigación científica, minería de textos y datos de obras u otras prestaciones a las que tengan acceso lícito⁸².

Asimismo, el artículo 3, párrafo segundo, establece que el almacenamiento de las copias de las obras tendrá un “nivel adecuado” de seguridad y podrán conservarse con fines de investigación científica, en particular para la verificación de los resultados de la investigación. Como vemos, la investigación científica es el único fin que exime de pedir autorización a los autores para el uso de sus obras.

Solamente la investigación científica justifica, en estos momentos y, para este propósito, los autores y a partir del momento en el que la ley española se regule el límite, no se producirá esa infracción.

Hay que diferenciar las dos reglas que en la Directiva se refieren a la TDM pues el enfoque es distinto. Hemos visto el artículo 3 que responde claramente a las necesidades iniciales planteadas en la discusión de la norma. Así, mientras que la UE no tuvo dudas respecto de la necesaria y obligatoria excepción para investigación, respecto de la minería de texto y datos en el ámbito comercial se ha mostrado “más ambivalente”. En el proyecto de Directiva DSM de la Comisión Europea simplemente se propuso una excepción TDM obligatoria que operara para las organizaciones de investigación no comerciales y para las instituciones del patrimonio cultural. En el Grupo de Trabajo del Consejo, siguiendo una propuesta de la delegación holandesa, se añadió una excepción opcional que permitía llevar a cabo actos de TDM para fines comerciales, bajo alguna condición. Finalmente, el Parlamento Europeo también ha incluido esta excepción con carácter o estatus obligatorio. Precisamente, este ha sido un tema sujeto a discrepancias y a crítica. Así, se ha dicho que no es una buena señal la que se está emitiendo para el emprendimiento de nuevas empresas de base tecnológica y para el despegue y la competitividad de estas con el mercado americano. Crítica con la regulación, XALABARDER⁸³ ha afirmado que, *“en el caso de la minería de textos y datos (Art.3), el límite obligatorio sólo alcanza a los organismos de investigación y bibliotecas que la realicen para “fines de investigación científica y a pesar de que el Parlamento ha añadido un nuevo Art.3a que permitirá a los Estados miembros autorizar actos de TDM para otros organismos o empresas y otros fines, más allá de los obligatoriamente amparados por el Art.3, no pueden esperarse resultados uniformes”*.

⁸¹ Según el art. 2 (1), una "organización de investigación" es una entidad sin fines de lucro o una entidad encargada por un Estado miembro con una misión de investigación de servicio público. Según opina Hugendorf, “Las organizaciones públicas de radiodifusión y los institutos de investigación comercial, por ejemplo, quedan excluidos del alcance del art. 3, pero aún podría encontrar consuelo en el art. 4)”

⁸² El Cdo 14 explica en qué consiste el acceso lícito: Debe entenderse el acceso lícito como el acceso a contenidos basado en una política de acceso abierto o por medio de disposiciones contractuales entre titulares de derechos y organismos de investigación o instituciones responsables del patrimonio cultural, como suscripciones, o por otros medios lícitos. Por ejemplo, en el caso de las suscripciones realizadas por organismos de investigación o instituciones responsables del patrimonio cultural, se considera que las personas vinculadas a ellas y amparadas por esas suscripciones también tienen acceso lícito. El acceso lícito también comprende el acceso a contenidos disponibles de forma gratuita en línea.

La Directiva sobre Derecho de Autor en el Mercado Único Digital: una propuesta tan necesaria como peligrosa <https://elderecho.com/la-directiva-derecho-autor-mercado-unico-digital-una-propuesta-tan-necesaria-como-peligrosa>

En consecuencia, la Directiva ahora comprende dos disposiciones obligatorias: los artículos 3 y 4. Sin embargo, las dos excepciones no son igualmente sólidas⁸⁴.

Como afirma HUGENHOLTZ, “Esta segunda excepción es más amplia y a la vez con un alcance más limitado” porque bajo este artículo se permiten actos de reproducción y extracción “para fines de minería de texto y datos”, y las reproducciones y extracciones pueden conservarse para el mismo fin y para cualquiera que sea la finalidad para la que se lleva a cabo, es independiente de *cualquier motivo comercial subyacente*. Sin embargo, tal y como explica el autor citado, esta excepción tiene a la vez un alcance más limitado porque se permite a los titulares de derechos optar por la exención pues el Art. 4(3) se aplica solo si los titulares de derechos no se hubieran reservado expresamente sus derechos “de manera adecuada, como medios de lectura mecánica en el caso del contenido puesto a la disposición del público en línea”. La cláusula que permite a los autores la exclusión voluntaria del art. 4 deja a los *mineros* con fines de lucro en la UE a merced de los propietarios del contenido, lo cual, coloca a las empresas europeas que se dedican a investigación comercial en desventaja competitiva respecto de los EEUU, pues allí, la técnica de minería encaja dentro del uso justo, aun cuando sea con fin de lucro.

La citada autora ha reforzado su crítica pues entiende que “*este límite implicará que las empresas que se dedican a la 'minería' de datos y de textos como servicio "deban solicitar una licencia" para hacer su labor*”⁸⁵. En EEUU⁸⁶ se admite por los tribunales como uso lícito, la reproducción de obras ajenas en situaciones como las descritas. En la sentencia *Cartoon Network LP, LLLP v. CSC Holdings, Inc.*, 536 F.3d 121 (2d Cir. 2008) se afirma que la reproducción de los textos cabe, incluso cuando el contenido de los trabajos reproducidos, estén dentro del copyright. Su sistema de *fair use* ha permitido interpretaciones amplias del uso, a través de plataformas, de obras ajenas sin consentimiento, como lo ocurrido con los conocidos casos de Google Books o con Turnitin, en los que se ha considerado que el tratamiento de las obras bien para digitalizar o bien para comprobar la originalidad de la obra, están dentro del *fair use*.

5.4.- LOS BENEFICIARIOS DE LA EXCEPCION TDM EN CADA SUPUESTO.

⁸⁴ HUGENHOLTZ, Bernt, *The New Copyright Directive: Text and Data Mining (Articles 3 and 4)* <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2019/07/24/the-new-copyright-directive-text-and-data-mining-articles-3-and-4/>

⁸⁵ <https://www.lavanguardia.com/vida/20180629/45482701813/la-directiva-de-internet-puede-frenar-la-investigacion-segun-catedratica-uoc.html>

⁸⁶ *Fair use is a flexible limitation and exception that allows copyright law to adapt to changing circumstances and new technologies and helps ensure a balanced copyright system. Thus, while the United States does not have a specific limitation or exception to explicitly allow TDM, fair use has accommodated the creation and growth of TDM as a new research tool.*

La Directiva finalmente ha primado la extracción dentro del límite del TDM a los casos en los que esta actividad tiene como fin la investigación llevada a cabo sin propósito comercial. Hay una amplia variedad de entidades cuyo principal objetivo es la investigación científica, combinada o no con la prestación de servicios educativos⁸⁷. A los efectos de la presente Directiva, el término «investigación científica» debe entenderse que engloba tanto las ciencias naturales como las ciencias humanas. Debido a la diversidad de tales entidades, es importante disponer de una definición común de los organismos de investigación. Por ejemplo, deben comprender también, además de las universidades y otros centros de educación superior y sus bibliotecas, entidades como los institutos de investigación y los hospitales que llevan a cabo investigaciones. A pesar de las diversas formas y estructuras jurídicas, los organismos de investigación de los Estados miembros suelen desarrollar sus actividades sin fines lucrativos o en el contexto de una misión de interés público reconocida por el Estado. Dicha misión podría quedar reflejada, por ejemplo, a través de la financiación pública o de disposiciones de la legislación nacional o de los contratos públicos.

En cambio, no han de considerarse organismos de investigación a los efectos de la presente Directiva aquellos organismos sobre los que las empresas comerciales tienen una influencia decisiva que permite a dichas empresas ejercer el control debido a situaciones estructurales, como de su condición de accionistas o socios, lo cual podría dar lugar a un acceso preferente a los resultados de la investigación.

Este ha sido un aspecto puesto en cuestión y se ha criticado la Directiva por limitar la aplicación del art. 3 a los usos no comerciales, a la investigación científica y al patrimonio cultural, siendo éste uso de obra ajena, prácticamente inocuo. Así, Reto M. Hilty and Heiko Richter, trataron de que se concibiera el Art.3 de la Directiva de manera más amplia

⁸⁷ RAQUEL XALABARDER, *EL DERECHO*, <https://elderecho.com/la-directiva-derecho-autor-mercado-unico-digital-una-propuesta-tan-necesaria-peligrosa> Por ejemplo, en el caso de la **minería de textos y datos (Art.3)**, el límite obligatorio sólo alcanza a los organismos de investigación y bibliotecas que la realicen para “fines de investigación científica.” A pesar de que el Parlamento ha añadido un nuevo Art.3a que permitirá a los Estados miembros autorizar actos de TDM para otros organismos o empresas y otros fines, más allá de los obligatoriamente amparados por el Art.3, no pueden esperarse resultados uniformes. Esta es una muy mala noticia para las start-ups europeas, especialmente en comparación con otros mercados (por ejemplo, el de los USA) donde la minería de datos queda claramente permitido por ley bajo la defensa del fair use (el caso paradigmático que lo confirma fue el de Google Books).

En este mismo sentido se pronunciaron un conjunto de empresas que enviaron una carta abierta a para que la propuesta de Directiva concibiera este límite de manera más abierta y que comprendiera los usos comerciales, todo ello de acuerdo con la estrategia sobre inteligencia artificial de la UE: *As the European Commission launches its strategy on Artificial Intelligence(AI), everyone must be mindful of the foundational role that TDM plays in AI. TDM is a building block for machine learning -without the ability of computers to analyse data and employ cognitive technologies, AI is not possible. Any comprehensive strategy to make Europe globally competitive in the race to develop and implement AI-powered solutions must include robust support for TDM in both the public and private research industries, and not be reserved for very limited non-commercial public interest research projects. Limiting the ability of private companies to carry out TDM in Europe will inevitably lead to the most promising European startups and companies relocating to the US or Japan, where the legal framework will allow them to have access to broader datasets, and where they will be able to build algorithms of better quality.*

y comprensiva y se han mostrado muy críticos con la propuesta que ha llegado a convertirse en Directiva⁸⁸.

Así lo explica Mercedes Morán de CEDRO⁸⁹: “Para aquellos casos en los que la organización que pretenda realizar labores de minería de textos y datos no sea un organismo de investigación o institución responsable del patrimonio cultural o la finalidad de la actividad de minería sea ajena a la investigación científica (por ejemplo, labores de minería para la adopción de decisiones empresariales complejas o desarrollo de nuevas aplicaciones o negocios), los Estados también deberán establecer un límite o excepción.

Por su parte los beneficiarios del art.4, por exclusión, son todos los organismos no comprendidos en el art.3 así como las empresas de todo tipo que recurran a la minería.

La limitación del art. 4 es amplia pero a la vez tiene dentro su propia arma de destrucción, pues solo será aplicable en el caso de que el titular de derechos de la obra afectada no haya establecido una reserva de derechos de forma adecuada. En el caso de que los titulares de derechos hayan establecido una reserva de derechos, se requerirá una licencia, tal y como se regula en el artículo 4, párrafo tercero de la Directiva.

Ninguna de estas dos excepciones lleva aparejada una remuneración a favor de los titulares de derechos, a pesar de que posibilitan que estas organizaciones lleven a cabo reproducciones de obras y que, incluso, conserven estas copias. Por ello, parece previsible que los titulares de las obras afectadas por labores de minería, fundamentalmente autores y editores de obras científico- técnicas, tiendan a hacer una reserva expresa de sus derechos, de forma que esta actividad requiera una licencia cuando se lleve a cabo por organizaciones distintas de los organismos de investigación o instituciones responsables del patrimonio cultural.

5.5.- EL CASO DE LA PLATAFORMA ANTIPLAGIO TURNiTiN

Es interesante, a los efectos de explicar cómo funciona este límite en los EEUU, conocer cómo discurrió el caso TURNiTiN A.V. v. iParadigms, LLC (4thCir. 2009) pues Tunitin es un instrumento que nos resulta muy familiar a los profesores universitarios ante el masivo manejo de internet y bases de datos por parte de los estudiantes y el aumento de

⁸⁸ *Position statement of the max planck institute for innovation and competition on the proposed modernisation of european copyright rules.* Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper No. 17-02

⁸⁹ *¿Qué novedades recoge la nueva Directiva de derechos de autor? Nuevas excepciones (Parte I)*

los casos de plagio. De hecho, fue en EEUU en donde el problema del *copy paste* (copia y pega) cobró tal magnitud que se logró dar con la creación de un software anti plagio que, en estos momentos, se utiliza de manera sistemática en las Universidades de todo el mundo, incluidas aquellas que fueron en un principio reacias, como Harvard, Oxford y las de la Ivy league⁹⁰. El éxito de Turnitin precisamente consiste en el archivo de millones de páginas de trabajos. Su creador, la empresa IParadigms, está sacando mucho beneficio de su novedoso diseño de software que ha venido a dar respuesta a un gran nicho de mercado.

IParadigms creó una base de datos llamada TurnItIn que permitía a los maestros y profesores comparar el trabajo elaborado por un estudiante y enviado a través de una plataforma, con el contenido disponible en Internet, así como los documentos enviados previamente y acumulados en la plataforma, para determinar si el trabajo era original o había sido plagiado. Los trabajos de los estudiantes pasaban a engrosar el contenido de la plataforma que seguía usándolos de manera continua para las sucesivas comparaciones digitales. En dos estados, en Phoenix y en Virginia, cuatro estudiantes de High School, demandaron a IParadigms, y argumentaron que archivar y utilizar su trabajo escolar sin su permiso infringía sus derechos de autor de las obras⁹¹. El tribunal de distrito dictaminó que dicho archivo no violaba los derechos de autor de los demandantes y constituía un uso justo. Los demandantes apelaron. El tribunal de apelaciones confirmó al tribunal de distrito: archivar el trabajo de los estudiantes con el propósito de detectar plagio constituía un uso justo. Consideró que este uso era “altamente transformador” porque no estaba relacionado con el contenido creativo de las obras y tenía como objetivo detectar y desalentar el plagio⁹². El tribunal sostuvo además que el uso no socavaba el derecho de los demandantes a la primera publicación, porque IParadigms no difundió públicamente las obras ni las puso a disposición de ningún tercero, excepto la escuela. Finalmente, con respecto al efecto en el mercado de los documentos estudiantiles, el tribunal determinó que Turnitin no creó un sustituto de mercado para los documentos.

A raíz de este caso, lo que sí que cabe es la posibilidad de que los centros de educación contraten licencias de Turnitin que no exijan el archivo posterior del trabajo, sino que simplemente se suba el mismo para pasar el detector de plagio. En estos casos, está claro que el uso que se hace del trabajo del estudiante es para contrastar su originalidad con los textos publicados en internet pero que no se usa para alimentar la base de datos para sucesivas pruebas antiplagio.

⁹⁰ LAURA A. DICKSON, *Paradigms of Plagiarism: Fair Use and Plagiarism Detection Software* in A.V. ex rel. Vanderhye v. iParadigms, LLC, 89 N.C. L. Rev. Addendum 29 (2011), p. 3, *Plagiarism has been described as an epidemic plaguing the nation, but it is not a novel concept. Despite plagiarism's historical presence, it is a real problem in academic institutions that threatens, not only the original work of those who are victimized by this type of intellectual thievery, but also jeopardizes the continued intellectual growth of society.' Teachers have begun to describe plagiarism as a form of "intellectual rape," and some journalists have even opined that the standards of education universally have been "dumb[ed]down" because of this pestilence.*

⁹¹ Los padres y los estudiantes de McLean High School crearon una plataforma en contra y la llamaron Dontturnitin.com <http://dontturnitin.com>

⁹² Jonathan Gingerich, "A.V. Ex. Rel. Vanderhye v. Iparadigms, LLC: Electronic Databases and the Compartmentalization of Fair Use" (2010) 50:2 IDEA: The Intellectual Property L Rev 345, *a use is transformative if it uses the quoted material in a different manner or for a different purpose than the original.*

5.6.- TURNITIN Y EL *PROFIT*: DE NUEVO SOBRE EL *FAIR USE* Y EL FIN COMERCIAL DEL USO DE LA OBRA AJENA

Interesa destacar de este caso que, durante el juicio, los demandantes argumentaron que el archivo permanente de obras sobre las que hay derechos de autor no constituye un uso justo porque lo lleva a cabo IParadigms que explota comercialmente el software con inclusión de los trabajos creativos, completos e inéditos, sin consentimiento y, sin contraprestación. En el análisis de este argumento hay que tener en cuenta que uno de los criterios o filtros para determinar el *fair use* es, precisamente, el carácter no comercial del uso. Sin embargo, en este caso, a pesar de la naturaleza comercial del servicio TurnItIn, el tribunal ponderó de manera determinante el factor que acompaña al criterio del uso no comercial y que es el criterio del uso transformador que se lleve a cabo. En este caso, el uso se consideró "altamente transformador" y quizá uno de los aspectos más destacables de esta sentencia es que pone el acento en el "bien de la educación".

Lo cierto es que IParadigms obtiene un beneficio económico sustancial con el archivo y reproducción de los trabajos de los estudiantes y su uso es abiertamente comercial pues la plataforma no se ofrece de forma gratuita sino que se adquiere una licencia de uso. Sin embargo, el uso comercial no excluye la posibilidad de que se considere su uso como justo y, de hecho, en la sentencia no tuvo mucho peso este dato y sí lo tuvo el otro criterio, el del uso altamente transformador, siendo un dato relevante que cuando IParadigms otorga licencias del software, las licencias no permiten que terceros vean y publiquen libremente el contenido archivado.

Esta sentencia ha tenido buena acogida por quienes propugnan un acercamiento del sistema continental al sistema flexible de *fair use*⁹³.

5.7. SIMILITUDES ENTRE EL FUNCIONAMIENTO DE TURNITIN Y LA MINERÍA DE TEXTOS Y DATOS

Hay ciertas similitudes entre el funcionamiento de esta plataforma anti-plagio y la excepción TDM, como veremos. El trabajo se sube a la plataforma y ésta crea un código digital que se conoce como "huella digital" de cada trabajo para posteriormente comparar digitalmente el envío con su base de datos que es cada vez mayor y que consta de más de 13 mil millones de páginas de contenidos archivados en Internet y también de más de 110 millones de trabajos enviados por otros estudiantes previamente así como más de 80,000 obras comerciales, incluidas obras académicas, artículos y publicaciones comerciales. A continuación, Turnitin elabora un "Informe de originalidad" que muestra el porcentaje del trabajo del estudiante que podría haber sido copiado de otras fuentes y destaca los pasajes problemáticos. El profesor, entonces, puede llevar a cabo una revisión más pormenorizada de la misma.

El paso problemático del proceso de Turnitin es que una vez que un estudiante ha subido su trabajo al sistema, el trabajo del alumno se archiva de manera permanente y se identifica con un código digital en la base de datos Turnitin. Así se incrementa el acervo para seguir con el proceso de comparación, a no ser que la universidad o la escuela del estudiante expresamente elija un tipo de licencia que permite no archivar los trabajos de sus estudiantes.

⁹³ THOMPSON, Rachel, *op. cit.*, p.29

Además, la sentencia deja claro que el archivo digital es un proceso completamente automatizado y que es imposible que una persona de la empresa pueda leer los trabajos, de forma que el estudiante mantiene intacto su derecho de publicación. Por este motivo el Cuarto Circuito no da un peso relevante al hecho de que los trabajos de los estudiantes fueron inéditos.

Si comparamos este proceso con el que se lleva a cabo para la extracción de datos, vemos cómo el TDM tiene bastante coincidencia, pues los trabajos para el fin del antiplagio o para la minería, tienen que reproducirse para poder compararse y, es este paso, el de la reproducción, el que podría infringir los derechos de los titulares.

En EEUU este punto ha quedado resuelto para la educación, como hemos visto, y gracias a la flexibilidad de su sistema de límites⁹⁴.

En Europa también es posible llevar a cabo operaciones antiplagio con Turnitin a quien los centros educativos y las universidades pagan una licencia de uso. Los estudiantes son los que suben sus trabajos a la plataforma como requisito previo a su valoración por parte

⁹⁴ Los tribunales americanos han sostenido de manera explícita que TDM es un uso lícito y dentro del fair use en los siguientes casos (<https://www.fosteropenscience.eu/content/text-and-data-mining-and-fair-use-united-states>)

- *Authors Guild v. HathiTrust*, 755 F.3d 87 (2d Cir. 2014) HathiTrust digitized works for inclusion in a database that enabled data mining and textual analysis and made it easier to identify and locate sources of information.
- *White v. West* (S.D.N.Y. 2014) –Two publishers copied legal filings, including motions and briefs into data bases, Westlaw and LexisNexis. Westlaw and LexisNexis added metadata to the copied legal filings that were collected into its databases, creating an interactive legal research tool. The search results included the full text of the legal filings.
- *Fox v. TVEyes* (S.D.N.Y. 2014) –TVEyes recorded the entire contents of television and radio broadcasts. Then, using closed captions and speech-to-text technology, TVE yes created a searchable database of that content. The search results included portions of the transcripts of the programs.
- *Authors Guild v. Google*, 770 F.Supp.2d 666 (S.D.N.Y. 2011) – Google digitally scanned books in the collections of partner libraries and incorporated the works into a searchable database that could be used by scholars and researchers. The search results included “snippets” of text an eighth of a page long.The Southern District of New York explicitly referenced the benefit of Google Books to TDM, noting the project “transformed the book text into data for the purpose of substantive research, including data mining and text mining in new areas, 5 *Kelly v. Arriba-Soft*, 336 F.3d 811 (9th Cir. 2003)thereby opening up new fields of research. **Words in books are being used in a way that they have not been used before.”**
- *A.V. v. iParadigms, LLC*(4thCir. 2009) –iParadigms created a database called TurnItIn which allowed teachers to compare a student’s work submitted through the site with content available on the Internet, as well as papers previously submitted to the service, in order to determine whether the work had been plagiarized. Despite the commercial nature of the TurnItIn service, the use was considered “**highly transformative.**”
- *Perfect 10 v. Amazon*, 508 F.3d 1146 (9Th Cir. 2007) –Google used “thumbnail” versions of copyrighted images in its search engine and included “in-line linking” to the full images which directed the user to the full-size image on the plaintiff’s website.The Ninth Circuit found that the purpose as an “electronic reference tool” was **highly transformative.**
- *Field v. Google*, 412 F.Supp.2d 1106 (D. Nv. 2006) –Google provided copies of an author’s original web content in its website cache. The cached links were used for a number of reasons, including archival copies, for web comparisons or identification in a search query.
- *Kelly v. Arriba Soft*, 336 F.3d 811 (9thCir. 2003) –The search engine company, Arriba Soft included thumbnails of and in-line linking to images hosted on the photographer’s website. Arriba Soft’s search engine was used as a tool to help index and improve access to images on the Internet.

del profesor y así pueden ir comprobando ellos mismos el porcentaje de coincidencia de su trabajo con otros.

El consentimiento del estudiante a la comprobación de autenticidad del trabajo, en principio, no daría derecho a su almacenamiento y posterior copia para sucesivas comprobaciones.

6.- CONCLUYENDO

Estamos abocados a una nueva intervención en el TRLPI para la incorporación de los nuevos límites. De un lado, el legislador, que ya ha abierto una consulta pública para recibir opiniones al respecto, deberá de plantearse si el límite que va a afectar a las actividades pedagógicas digitales y transfronterizas, va a integrarse en la compleja y poco didáctica regulación del art. 32 TRLPI o si, por el contrario, se va a añadir como un nuevo supuesto.

En mi opinión, respecto de las actividades pedagógicas digitales y transfronterizas, cualquiera que sea la forma de incorporación por la que se opte va a significar cambios pues si se hace añadiendo un número más al complejo artículo 32, se deberá de eliminar la referencia a en el 32.3 a) a la enseñanza a distancia, que en este momento encaja en el mismo régimen que la enseñanza presencial. Si por el contrario, se integra, va a exigir al legislador un ejercicio de disección quirúrgica de los apartados 3 y 4 del precepto bastante complejo. Entiendo que la mejor opción es la de aprovechar esta oportunidad para reformular completamente ambos apartados y redactarlos de una forma mucho más sencilla y que facilite su comprensión, estableciendo el mismo régimen para la docencia on line, la docencia presencial y la investigación, siguiendo el patrón o esquema del art.5 de la Directiva y haciendo uso de la facultad de establecer las excepciones previstas en el apartado 2. Todo ello, bajo la premisa o “en la medida en que ello esté justificado por la finalidad no comercial perseguida”.

Por otro lado, se tiene que incorporar el límite obligatorio a los derechos de autor para la minería de textos y de datos para las actividades de investigación. Es positivo en mi opinión que junto con el límite obligatorio para la investigación, se vaya a establecer también la limitación para los usos comerciales. En este punto, la incertidumbre para la pretendida competitividad de Europa en el mercado digital vendrá de la mano de la vía que queda abierta para que los titulares de derechos utilicen la salvaguarda de reservar el uso de las obras de manera “adecuada”, como medios de lectura de manera mecánica.

