



# Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL  
SR. MACIEJ SZPUNAR  
presentadas el 25 de octubre de 2018<sup>1</sup>

**Asunto C-469/17**

**Funke Medien NRW GmbH  
contra  
Bundesrepublik Deutschland**

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal, Alemania)]

«Procedimiento prejudicial — Derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor — Derecho de reproducción — Derecho de comunicación al público de obras y derecho de poner a disposición del público prestaciones protegidas — Excepciones y limitaciones — Modalidades de transposición por los Estados miembros — Apreciación a la luz de los derechos fundamentales — Carácter exhaustivo»

## Introducción

1. «Sin novedad en el frente», rezaba el informe militar probablemente más famoso de la historia de la literatura. Incluida en la novela de Erich Maria Remarque que lleva el mismo título,<sup>2</sup> esta frase se beneficiaba naturalmente, al igual que la obra entera, de la protección del derecho de autor. El presente asunto plantea al Tribunal de Justicia una cuestión más compleja: un informe militar, que no es ficticio, sino real, ¿puede acogerse a la protección del derecho de autor, tal y como lo armoniza el Derecho de la Unión, en las mismas condiciones que el resto de obras literarias?

2. Esta cuestión plantea dos problemas: en primer lugar, ¿dicho informe cumple los requisitos que un texto debe satisfacer para poder ser calificado de obra digna de protección a través del derecho de autor, en la medida en que tales requisitos se derivan de la propia naturaleza del derecho de autor, pero también de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia? En segundo lugar, ¿deben tomarse en consideración otros factores, en particular la libertad de expresión, protegida por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta»), a efectos de atenuar, e incluso de excluir, esta protección? Me parece indispensable responder a estas dos cuestiones a fin de facilitar una respuesta útil al órgano jurisdiccional remitente.

<sup>1</sup> Lengua original: francés.

<sup>2</sup> Remarque, E.M., *Im Westen nichts Neues*, Propyläen Verlag, Berlín, 1929; traducción francesa: Hella, A., y Bournac, O., Stock, París, 1929.

## Marco jurídico

### *Derecho de la Unión*

3. El artículo 2 de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información,<sup>3</sup> dispone:

«Los Estados miembros establecerán el derecho exclusivo a autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de la totalidad o parte:

a) a los autores, de sus obras;

[...]».

4. El artículo 3, apartado 1, de esta Directiva tiene el siguiente tenor:

«Los Estados miembros establecerán en favor de los autores el derecho exclusivo a autorizar o prohibir cualquier comunicación al público de sus obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, incluida la puesta a disposición del público de sus obras de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija.»

5. Con arreglo al artículo 5, apartado 3, letras c) y d), de la misma Directiva:

«Los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones a los derechos a que se refieren los artículos 2 y 3 en los siguientes casos:

[...]

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

d) cuando se trate de citas con fines tales como la crítica o reseña, siempre y cuando estas se refieran a una obra o prestación que se haya puesto ya legalmente a disposición del público, se indique, salvo en los casos en que resulte imposible, la fuente, con inclusión del nombre del autor, y se haga buen uso de ellas, y en la medida en que lo exija el objetivo específico perseguido;

[...]».

<sup>3</sup> DO 2001, L 167, p. 10.

## **Derecho alemán**

6. La Directiva 2001/29 fue incorporada al Derecho alemán a través de la Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte – Urheberrechtsgesetz (Ley de Derechos de Autor y Derechos Afines a los Derechos de Autor; en lo sucesivo, «UrhG»), de 9 de septiembre de 1965. El artículo 2 de esta Ley enumera las categorías de obras protegidas. El apartado 2 del citado artículo prevé:

«A efectos de la presente Ley, solo constituyen obras las creaciones intelectuales personales.»

7. En cuanto a la protección de los textos oficiales, el artículo 5 de dicha Ley establece lo siguiente:

«1. Las leyes, decretos, órdenes o anuncios oficiales y las decisiones y exposiciones de motivos de estas decisiones no quedarán protegidos por el derecho de autor.

2. Tampoco quedarán protegidos por el derecho de autor el resto de textos oficiales que, en interés de la Administración, se difundan al público con fines informativos; no obstante, las disposiciones de los artículos 62, apartados 1 a 3, y 63, apartados 1 y 2, sobre la prohibición de modificar la obra y la indicación de la fuente se aplicarán *mutatis mutandis*.

[...]»

8. Los derechos de reproducción y el derecho de comunicación al público de los autores quedan protegidos en virtud de lo dispuesto en el artículo 15, apartados 1 y 2, de la UrhG, mientras que las excepciones relativas a la información sobre acontecimientos de actualidad y a las citas se han previsto en los artículos 50 y 51 de esta Ley.

## **Hechos, procedimiento y cuestiones prejudiciales**

9. La demandada, Bundesrepublik Deutschland (República Federal de Alemania), encarga con carácter semanal la elaboración de un informe de situación militar acerca de las operaciones en el extranjero de la Bundeswehr (Fuerzas Armadas alemanas) y de la evolución de los acontecimientos en el lugar de destino. Estos informes, que reciben el nombre de *Unterrichtung des Parlaments* («Informe al Parlamento»; en lo sucesivo, «UdP»), se dirigen a determinados diputados del Bundestag (Parlamento Federal, Alemania), departamentos del Bundesministerium der Verteidigung (Ministerio Federal de Defensa, Alemania) y a otros ministerios federales, así como a órganos subordinados del Ministerio Federal de Defensa. Los UdP se consideran «documentos clasificados — Restringido», el nivel de confidencialidad más bajo. Al mismo tiempo, la demandada publica versiones resumidas de los UdP, denominadas *Unterrichtung der Öffentlichkeit* («Informe a la opinión pública»; en lo sucesivo, «UdÖ»).

10. La demandante, Funke Medien NRW GmbH (en lo sucesivo, «Funke Medien»), sociedad alemana, gestiona el portal de Internet del periódico *Westdeutsche Allgemeine Zeitung*. El 27 de septiembre de 2012, solicitó acceso a todos los UdP redactados entre el 1 de septiembre de 2001 y el 26 de septiembre de 2012. La solicitud fue denegada sobre la base de que la divulgación de la información podría tener consecuencias perjudiciales para los intereses de seguridad de las Fuerzas Armadas alemanas. Sin embargo, la parte demandante tuvo acceso, de modo desconocido, a la mayor parte de los UdP y publicó varios bajo la denominación de «Afghanistan-Papiere» («papeles de Afganistán»).

11. La República Federal de Alemania, al considerar que Funke Medien había vulnerado su derecho de autor sobre dichos informes al actuar así, interpuso contra ella una acción de cesación, que fue estimada por el Landgericht (Tribunal Regional de lo Civil y Penal, Alemania). El recurso de apelación interpuesto por Funke Medien fue desestimado por el órgano jurisdiccional de apelación. Mediante su recurso de «Revision», Funke Medien insiste en su pretensión de desestimación de la acción de cesación.

12. En estas circunstancias, el Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

- «1) ¿Las disposiciones del Derecho de la Unión acerca del derecho exclusivo de reproducción de los autores sobre sus obras [artículo 2, letra a), de la Directiva 2001/29] y de comunicación al público, incluida la puesta a disposición del público (artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29) y las excepciones y limitaciones a dichos derechos (artículo 5, apartados 2 y 3, de la Directiva 2001/29) admiten márgenes de transposición en el Derecho nacional?
- 2) ¿De qué modo deben tomarse en consideración los derechos fundamentales de la [Carta] al determinar el alcance de las excepciones y limitaciones previstas en el artículo 5, apartados 2 y 3, de la Directiva 2001/29 al derecho exclusivo de reproducción de los autores sobre sus obras [artículo 2, letra a), de la Directiva 2001/29] y de comunicación al público, incluida la puesta a disposición del público (artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29)?
- 3) ¿Los derechos fundamentales como la libertad de información (artículo 11, apartado 1, párrafo segundo, de la [Carta]) o la libertad de prensa (artículo 11, apartado 2, de la [Carta]) pueden justificar excepciones o limitaciones al derecho exclusivo de reproducción de los autores sobre sus obras [artículo 2, letra a), de la Directiva 2001/29] y de comunicación al público, incluida la puesta a disposición del público (artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29), al margen de las excepciones y limitaciones previstas en el artículo 5, apartados 2 y 3, de la Directiva 2001/29?»

13. La petición de decisión prejudicial fue recibida en el Tribunal de Justicia el 4 de agosto de 2017. Han presentado observaciones escritas Funke Medien, los Gobiernos alemán, francés y del Reino Unido y la Comisión Europea. Estas mismas partes estuvieron representadas en la vista celebrada el 3 de julio de 2018.

## **Análisis**

### ***Admisibilidad de las cuestiones prejudiciales***

14. El litigio principal versa sobre la comunicación al público, por parte de Funke Medien, de los UdP, es decir, de informes periódicos acerca de las operaciones en el extranjero de las Fuerzas Armadas alemanas, de cuyos derechos de autor alega ser titular la República Federal de Alemania. Desconozco el contenido exacto de estos documentos, puesto que Funke Medien fue obligada a retirarlos de su sitio de Internet. No obstante, es posible consultar los UdÖ, es decir, la versión pública de los UdP. En la vista, las partes no se pusieron de acuerdo sobre la diferencia existente entre estas dos versiones: según el Gobierno alemán, los UdP son mucho más voluminosos que los UdÖ, mientras que, según Funke Medien, los UdP únicamente contienen cierta información adicional respecto de los UdÖ. En cualquier caso, el hecho de que Funke Medien decidiera publicar los UdP que logró obtener pone de manifiesto que las dos versiones presentan diferencias en relación con la información facilitada. Sin embargo, cabe suponer, en mi opinión, que, incluso si la información contenida en los UdP es más exhaustiva, la forma de su presentación (su expresión, para utilizar la terminología del derecho de autor) es la misma en los dos casos. Pues bien, esta forma, tal y como se desprende de los UdÖ, me plantea serias dudas sobre la posibilidad de calificar a dichos documentos de obras protegidas por el

derecho de autor. En efecto, se trata de documentos puramente informativos, redactados en un lenguaje perfectamente neutro y estandarizado, que transmiten con exactitud los acontecimientos o bien informan de que no se ha producido ningún acontecimiento digno de interés.<sup>4</sup>

15. Sin embargo, se reconoce comúnmente como principio que el derecho de autor no protege las ideas, sino las expresiones. Las ideas son, siguiendo una formulación clásica, libres,<sup>5</sup> en el sentido de que no es posible monopolizarlas a través de los derechos de autor, al contrario de lo que sucede, por ejemplo, en el caso de las patentes que protegen ideas, invenciones, etc. El derecho de autor protege únicamente la manera en que las ideas han sido formuladas en una obra. En consecuencia, las propias ideas, desconectadas de cualquier obra, pueden ser reproducidas y comunicadas libremente.

16. Esta exclusión de las ideas de la protección del derecho de autor se extiende a la información «bruta», es decir, presentada tal cual. Si bien esta información puede publicarse en un texto, se trata no obstante de un texto básico que se limita a responder a tres cuestiones fundamentales: ¿quién?, ¿qué?, ¿cuándo? Desprovista de todo enriquecimiento, la expresión de la información se confunde entonces con la propia información. La monopolización de la expresión a través del derecho de autor llevaría por lo tanto a la monopolización de la información. Esta exclusión de la protección de la información bruta ya figuraba en el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, firmado en Berna el 9 de septiembre de 1886 (Acta de París de 24 de julio de 1971), en la versión modificada el 28 de septiembre de 1979 (en lo sucesivo, «Convenio de Berna»), principal instrumento internacional de protección del derecho de autor, cuyo artículo 2, apartado 8, establece que «la protección del presente Convenio no se aplicará a las noticias del día ni a los sucesos que tengan el carácter de simples informaciones de prensa».<sup>6</sup>

4 A modo de ejemplo, citaré un fragmento del último UdÖ disponible en el momento en que se redactaron las presentes conclusiones, el UdÖ n.º 36/18, de 5 de septiembre de 2018. En la primera página del documento figura un mapa esquemático de una parte del mundo que muestra los países en los que las Fuerzas Armadas alemanas llevan a cabo misiones. Después de dicho mapa, se expone una lista de estas misiones. A continuación, la información se presenta en el orden de las diferentes misiones, por ejemplo:

«Resolute Support (RS)/NATO-Einsatz in Afghanistan.

Train-Advise-Assist-Command (TAAC) North/Deutsches Einsatzkontingent.

Die Operationsführung der afghanischen Sicherheitskräfte (Afghan National Defence and Security Forces/ANDSF) in der Nordregion konzentrierte sich im Berichtszeitraum auf die Provinz Faryab mit Schwerpunkt im Raum nördlich von Maimanah. Darüber hinaus wurden Operationen in den Provinzen Baghlan, Badakhshan, Kunduz und Takhar durchgeführt. Für den Bereich Kunduz gilt unverändert, dass das seit November 2016 gültige Sicherheitskonzept der ANDSF für das Stadtgebiet Kunduz für weitgehende Sicherheit und Stabilität sorgt.

Im Verantwortungsbereich des TAAC North kam es im Berichtszeitraum zu verschiedenen Angriffen auf Kontroll- und Sicherungsposten der ANDSF.

Deutsche Beteiligung: 1.124 Soldatinnen und Soldaten (Stand: 03.09.18).

[Resolute Support (RS)/Misión de la OTAN en Afganistán.

Train-Conseil-Assistance-Commandement (TAAC) North/contingente alemán.

La operación de las fuerzas de seguridad afganas en la región del norte se concentraba en el período en cuestión en la provincia de Faryab, con especial intensidad en la región situada al norte de Maimanah. Además, se llevaban a cabo operaciones en las provincias de Baghlan, Badakhshan, Kunduz y Takhar. En relación con la región de Kunduz, el concepto de seguridad validada por ANDSF para la zona urbana de Kunduz sigue garantizando la seguridad y la estabilidad desde noviembre de 2016.

En la zona de responsabilidad de la TAAC Norte, durante el período de referencia han tenido lugar diversos ataques dirigidos contra puestos de control y de seguridad de ANDSF.

Participación alemana: 1 124 soldados (a 03.09.18)].

Kosovo Force (KFOR)/NATO-Einsatz im Kosovo.

Keine berichtenswerten Ereignisse.

Deutsche Beteiligung: 315 Soldatinnen und Soldaten (Stand: 03.09.18).

[Fuerza de Kosovo (KFOR)/Misión de la OTAN en Kosovo.

Ningún acontecimiento digno de interés.

Participación alemana: 315 soldados (a 03.09.18)].

[...].».

5 Vivant, M., y Buguière, J.-M., *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, París, 2016, p. 151.

6 Aunque no es parte en el Convenio de Berna, la Unión Europea es parte en el Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre derecho de autor, adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996 y que entró en vigor el 6 de marzo de 2002, que obliga a sus signatarios a observar los artículos 1 a 12 de este Convenio [véase la Decisión 2000/278/CE del Consejo, de 16 de marzo de 2000, relativa a la aprobación, en nombre de la Comunidad Europea, del Tratado de la OMPI sobre derecho de autor y del Tratado de la OMPI sobre interpretaciones o ejecuciones y fonogramas (DO 2000, L 89, p. 6)]. En consecuencia, los actos de Derecho de la Unión relativos al derecho de autor deben interpretarse a la luz de dicho Convenio (véase la sentencia de 7 de diciembre de 2006, SGAE, C-306/05, EU:C:2006:764, apartados 34 y 35).

17. Además, para que una expresión pueda calificarse de «obra» en el sentido del derecho de autor, es preciso que «constituy[a] [una] creaci[ón] intelectua[l] origina[l] atribuid[a] a este». <sup>7</sup> Este requisito de la aplicabilidad del derecho de autor, tal y como ha sido armonizado en el Derecho de la Unión, en particular por la Directiva 2001/29, fue deducido por el Tribunal de Justicia del sistema de la Directiva, así como del sistema del Convenio de Berna. Sin embargo, este requisito no es una invención del Derecho de la Unión: en efecto, figura en la mayoría de los derechos de autor nacionales, o cuando menos en los sistemas del Derecho continental. <sup>8</sup> Por lo tanto, pertenece, en cierta manera, a las tradiciones jurídicas de los Estados miembros.

18. En el derecho de autor de la Unión, este concepto de «creación intelectual original atribuida a su autor» es el elemento principal de la definición de la obra, a su vez concepto autónomo del Derecho de la Unión. Con posterioridad, esta definición ha venido siendo desarrollada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia tras la sentencia *Infopaq International*. <sup>9</sup> Así, el Tribunal de Justicia ha explicado que una creación intelectual se atribuye a su autor cuando refleja su personalidad. Así sucede cuando el autor ha podido expresar su capacidad creativa, al realizar la obra, tomando decisiones libres y creativas. <sup>10</sup> En cambio, cuando la expresión de los componentes del objeto en cuestión viene impuesta por su función técnica, el criterio de la originalidad no se cumple, ya que las diferentes maneras de poner en práctica una idea son tan limitadas que la idea y la expresión se confunden. Esa situación no permite al autor expresar su espíritu creador de manera original y llegar a un resultado que constituya una creación intelectual propia. <sup>11</sup> Únicamente la creación intelectual original atribuida a su autor, en el sentido definido anteriormente, participa de la cualidad de obra digna de protección a través del derecho de autor. Los elementos tales como el trabajo intelectual y la pericia del autor no pueden, en sí mismos, justificar la protección del objeto en cuestión a través del derecho de autor cuando este trabajo y esta pericia no expresen ninguna originalidad. <sup>12</sup>

19. La aplicación de estos criterios al presente asunto plantea serias dudas respecto de la calificación de los documentos en cuestión como obras en el sentido del derecho de autor de la Unión, tal y como ha sido interpretado por el Tribunal de Justicia. En efecto, me parece poco probable que el autor o autores de estos documentos, cuyos nombres desconozco, pero que son seguramente funcionarios u oficiales de las Fuerzas Armadas alemanas, hayan podido tomar decisiones libres y creativas para expresar su capacidad creativa al redactar tales documentos. En el caso de documentos puramente informativos y redactados inevitablemente en un lenguaje simple y neutro, su contenido está totalmente determinado por la información que contienen, de manera que esta información y su expresión se confunden, excluyendo así toda originalidad. Su elaboración precisa, en efecto, un esfuerzo y una pericia determinados, si bien estos elementos, por sí solos, no pueden justificar la protección del derecho de autor. En el debate mantenido sobre este punto en la vista, las partes también alegaron que la estructura de los documentos en cuestión podría, por sí misma, quedar amparada por el derecho de autor. Pues bien, esta estructura consiste en presentar periódicamente información relativa a cada misión extranjera en la que participan las Fuerzas Armadas alemanas. Por lo tanto, la estructura de estos informes no me parece más creativa que su contenido.

7 Sentencia de 16 de julio de 2009, *Infopaq International* (C-5/08, EU:C:2009:465), apartado 37.

8 Este es, en particular, el caso del Derecho alemán, ya que el artículo 2, apartado 2, de la *UrhG* dispone que «a efectos de la presente Ley, solo constituyen obras las creaciones intelectuales personales». Este concepto se encuentra en la idea de originalidad en el derecho de autor francés [sentencia de la Cour de cassation, Assemblée plénière (pleno del Tribunal de Casación, Francia), de 7 de marzo de 1986, *Babolat c/Pachot*, n.º 83-10477, publicada en el *Bulletin*], así como en el Derecho polaco [artículo 1, apartado 1, de la *ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych* (Ley de derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor), de 4 de febrero de 1994] o incluso español (artículo 10 de la Ley de Propiedad Intelectual de 24 de abril de 1996). Diferente es la situación existente en los sistemas de *copyright* de los países anglosajones.

9 Sentencia de 16 de julio de 2009 (C-5/08, EU:C:2009:465).

10 Sentencia de 1 de diciembre de 2011, *Painer* (C-145/10, EU:C:2011:798), apartados 88 y 89.

11 Sentencia de 22 de diciembre de 2010, *Bezpečnostní softwarová asociace* (C-393/09, EU:C:2010:816), apartados 49 y 50.

12 Sentencia de 1 de marzo de 2012, *Football Dataco y otros* (C-604/10, EU:C:2012:115), apartado 33.

20. Funke Medien, en particular, ha planteado dudas tanto en el litigio principal como en el presente asunto respecto de la calificación de los documentos en cuestión como obras dignas de protección por el derecho de autor. El órgano jurisdiccional remitente señala que esta cuestión no ha sido resuelta por los órganos jurisdiccionales de las instancias inferiores en el procedimiento principal.<sup>13</sup> Sin embargo, este órgano jurisdiccional considera que no procede devolver el asunto al órgano jurisdiccional de apelación a fin de aclarar este punto, puesto que de las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales podría derivarse que la protección a través del derecho de autor de tales documentos no debe otorgarse.

21. Entiendo el problema de economía procesal. Sin embargo, las cuestiones prejudiciales del presente asunto plantean problemas jurídicos esenciales que se refieren a las relaciones entre el derecho de autor y los derechos fundamentales, que pueden llevar a cuestionar la legitimidad, e incluso la validez, del primero en relación con los segundos. Pues bien, estos problemas traen causa en gran medida del carácter poco habitual de los documentos en cuestión como objetos de derecho de autor, en la medida en que su contenido es puramente informativo, emanan y siguen siendo propiedad del Estado y son confidenciales. Por consiguiente, desde mi punto de vista, sería cuanto menos conveniente asegurarse, antes de abordar estos problemas esenciales, de que los documentos en cuestión se rigen por el derecho de autor y, más generalmente, por el Derecho de la Unión.

22. Huelga decir que la calificación de los documentos en cuestión como «obras» en el sentido del derecho de autor, tal y como ha sido armonizado por el Derecho de la Unión, es una apreciación fáctica que únicamente corresponde efectuar a los órganos jurisdiccionales nacionales. Sin embargo, considero que, habida cuenta de las dudas expresadas anteriormente, que parece, por otra parte, compartir asimismo el órgano jurisdiccional remitente, sobre la aplicabilidad del derecho de autor de la Unión a dichos documentos, el Tribunal de Justicia puede contemplar declarar, con arreglo a reiterada jurisprudencia, la inadmisibilidad de las cuestiones prejudiciales planteadas en el presente asunto al considerarse, en esta etapa del procedimiento principal, hipotéticas, debido a que se basan en una premisa que no ha sido verificada por el órgano jurisdiccional remitente.<sup>14</sup>

23. Para el supuesto de que el Tribunal de Justicia decida no acoger esta propuesta, pasaré a continuación a analizar el fondo del asunto.

### ***Observaciones preliminares sobre el fondo de las cuestiones prejudiciales***

24. En el presente asunto, todas las cuestiones prejudiciales planteadas están relacionadas, de una manera u otra, con el problema de la relación entre el derecho de autor, tal y como ha sido armonizado por la Directiva 2001/29, y los derechos fundamentales, en particular la libertad de expresión, protegida por el artículo 11 de la Carta.

25. Así, mediante la primera cuestión prejudicial, planteada en relación con la jurisprudencia del Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal, Alemania), el órgano jurisdiccional remitente solicita que se determine si las disposiciones del Derecho alemán que garantizan la transposición de la Directiva 2001/29 deben interpretarse únicamente a la luz de los derechos fundamentales resultantes del ordenamiento jurídico de la Unión o también a la luz de los derechos fundamentales en vigor a nivel constitucional nacional.

<sup>13</sup> El órgano jurisdiccional remitente indica únicamente que tales documentos no están excluidos, *a priori*, de la protección a través del derecho de autor, como publicaciones oficiales, en virtud del artículo 5, apartado 2, de la UrhG. Es evidente que, en su calidad de documentos confidenciales, no están dirigidos al público. No obstante, no es suficiente, para que un documento oficial pueda beneficiarse de la protección a través del derecho de autor, con que no esté excluido de dicha protección en virtud de la citada disposición. Aún debe cumplir los requisitos de una obra en el sentido de este derecho. Sin embargo, este aspecto no ha sido aclarado en el marco del procedimiento principal.

<sup>14</sup> Véase, en particular, la sentencia de 18 de diciembre de 2014, Schoenimport «Italmoda» Mariano Previti y otros (C-131/13, C-163/13 y C-164/13, EU:C:2014:2455), apartados 31 y 39.

26. La segunda cuestión prejudicial se refiere a la manera en la que los derechos fundamentales deben tenerse en cuenta al interpretar las excepciones y las limitaciones a los derechos de autor previstas por la Directiva 2001/29. Si bien la cuestión no se ha planteado expresamente, su formulación indica no obstante que el órgano jurisdiccional remitente pretende que se dilucide si la consideración de los derechos fundamentales, y más concretamente del derecho a la información, puede dar lugar a una interpretación de estas excepciones que cubra la utilización de los documentos controvertidos en el litigio principal.

27. Por último, la tercera cuestión prejudicial plantea el problema de la posible existencia de otras excepciones o limitaciones al derecho de autor que no estarían previstas por las disposiciones de la Directiva 2001/29 (ni por ningún otro acto del Derecho de la Unión), pero que serían indispensables a efectos de garantizar el respeto de los derechos fundamentales.

28. Estas tres cuestiones, formuladas en términos muy generales, se han planteado asimismo en otros dos asuntos pendientes actualmente ante el Tribunal de Justicia que tienen su origen en peticiones de decisión prejudicial procedentes del mismo órgano jurisdiccional remitente.<sup>15</sup> No obstante, estos tres asuntos versan sobre situaciones fácticas completamente diferentes y atañen a derechos fundamentales diferentes. Las configuraciones fácticas y jurídicas posibles en las que podrían plantearse las mismas cuestiones generales sobre la relación entre el derecho de autor y los derechos fundamentales son probablemente infinitas.

29. En consecuencia, no me parece pertinente analizar el problema planteado en el litigio principal de manera tan general. Toda respuesta redactada en términos generales y que haga abstracción de la situación concreta de posible conflicto entre el derecho de autor y un derecho fundamental será, en mi opinión, bien demasiado rígida, al no permitir la adaptación del sistema del derecho de autor tan necesaria, bien demasiado laxa, al permitir su cuestionamiento en cualquier situación y al privarle de este modo de toda seguridad jurídica.

30. Así cabe afirmar tanto más cuanto que, como expondré a continuación, el derecho de autor ya incluye por sí solo mecanismos dirigidos a adaptarlo a la observancia de los derechos fundamentales, en primer lugar a la libertad de expresión. En general, estos mecanismos deberían ser suficientes, salvo para poner en entredicho la propia validez de las disposiciones del derecho de autor a la luz de los derechos fundamentales. No obstante, en el presente asunto no se ha planteado el problema de la validez de las disposiciones de la Directiva 2001/29 y no veo la necesidad de hacerlo.

31. En consecuencia, toda ponderación del derecho de autor a través de los derechos fundamentales que vaya más allá de la simple interpretación de las disposiciones de tal derecho, ejercicio que se sitúa en la frontera entre interpretación y aplicación de la ley, debe, desde mi punto de vista, efectuarse a la luz de las circunstancias de cada caso concreto. Este enfoque caso por caso permite aplicar con mayor precisión el principio de proporcionalidad, evitando de este modo perjuicios injustificados tanto al derecho de autor como a los derechos fundamentales.

32. El litigio principal versa sobre la aplicación del derecho de autor en un caso que es particular desde distintos puntos de vista. En efecto, en primer lugar, el objeto protegido está constituido por documentos de Estado que, como ya he observado, tienen carácter puramente informativo. Por lo tanto, es difícil distinguir estos documentos, como objetos del derecho de autor, de la información que contienen. En segundo lugar, el titular de este derecho de autor es el Estado, es decir, un actor que no se encuentra en la situación de beneficiario, sino de obligado de los derechos fundamentales. Por último, en tercer lugar, aunque en el presente asunto se recurre a los mecanismos de la protección del derecho de autor, el objetivo ampliamente buscado no es la explotación de la obra, sino la protección

<sup>15</sup> Se trata de los asuntos C-476/17, Pelham, y C-516/17, Spiegel Online.



de la confidencialidad de la información que en ella se contiene. Por estos motivos, limitarse a responder a las cuestiones prejudiciales tal y como han sido formuladas por el órgano jurisdiccional remitente no permitiría, a mi parecer, aportar una solución adecuada al problema al que se enfrenta este órgano jurisdiccional.

33. En consecuencia, propongo al Tribunal de Justicia, a fin de proporcionar al órgano jurisdiccional remitente una respuesta útil para la solución del litigio concreto de que conoce en el procedimiento principal, reformular las cuestiones prejudiciales, abordándolas conjuntamente y tomando como punto de partida no el derecho de autor de la República Federal de Alemania, sino la libertad de expresión de Funke Medien. En mi opinión, en efecto, el órgano jurisdiccional remitente desea saber, en esencia, si el artículo 11 de la Carta debe interpretarse en el sentido de que se opone a que un Estado miembro invoque el derecho de autor que le asiste sobre documentos como los controvertidos en el litigio principal para limitar la libertad de expresión consagrada en este artículo.

### ***Derecho de autor y libertad de expresión***

34. Según el artículo 11 de la Carta, «la libertad de recibir o comunicar informaciones o ideas» forma parte de la libertad de expresión y de información consagrada en este artículo. Su apartado 2 añade la libertad de los medios de comunicación. Este derecho encuentra su equivalente en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (en lo sucesivo, «CEDH»), que, en su artículo 10, define la libertad de expresión en términos idénticos a los empleados en el artículo 11, apartado 1, de la Carta.

35. En cambio, el derecho de autor, tal y como ha sido armonizado en el Derecho de la Unión, reserva a los autores el derecho exclusivo a autorizar o prohibir la reproducción y la comunicación pública de sus obras. Aun cuando, como ya he expuesto exhaustivamente, el derecho de autor no protege la información o las ideas contenidas en sus obras sino sus expresiones, este derecho está abocado naturalmente a entrar en conflicto con la libertad de expresión. En efecto, en primer lugar, la comunicación de una obra amparada por el derecho de autor, con independencia de si la efectúa el propio autor o de si se realiza con su consentimiento o sin él, está comprendida, evidentemente, en el ámbito de aplicación de esta libertad. En segundo lugar, aun cuando la obra no sea el objeto único o principal de la comunicación, suele resultar muy difícil, e incluso imposible, comunicar determinadas ideas sin comunicar al mismo tiempo, al menos parcialmente, una obra ajena. Tomemos el ejemplo de la crítica en el arte. Así, al exigir que se obtenga el consentimiento previo del autor (y al reservarle a este la facultad de no otorgarlo), el derecho de autor restringe necesariamente la libertad de expresión.

36. Es un hecho generalmente aceptado que el derecho de autor incluye, por sí solo, mecanismos que permiten paliar las posibles contradicciones entre los derechos fundamentales, en particular la libertad de expresión, y el derecho de autor.<sup>16</sup>

37. Se trata, en primer lugar, del principio según el cual el derecho de autor no protege las ideas, sino las expresiones. De este modo, la libertad de expresión, por lo que se refiere a la transmisión y a la recepción de información, queda protegida. Ya he examinado este principio en la parte relativa a la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales,<sup>17</sup> por lo que no voy a repetirme.

<sup>16</sup> Véanse, en particular, Barta, J., y Markiewicz, R., *Prawo autorskie*, Wolters Kluwer, Varsovia, 2016, pp. 635 y ss., y Vivant, M., y Buguière, J.-M., *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, París, 2016, pp. 519 y ss. Véanse asimismo, por ejemplo, Geiger, C., Izyumenko, E., «Copyright on the Human Rights' Trial: Redefining the Boundaries of Exclusivity Through Freedom of Expression», *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 45, 2014, pp. 316 a 342, y Lucas, A., y Ginsburg, J.C., «Droit d'auteur, liberté d'expression et libre accès à l'information (étude comparée de droit américain et européen)», *Revue internationale du droit d'auteur*, vol. 249, 2016, pp. 4 a 153.

<sup>17</sup> Véanse los puntos 15 y 16 de las presentes conclusiones.

38. En segundo lugar, el derecho de autor resulta compatible con los derechos fundamentales como resultado de la aplicación de distintas excepciones. Estas excepciones permiten la utilización de las obras en diferentes situaciones que pueden estar relacionadas con diferentes derechos y libertades fundamentales, sin privar al mismo tiempo a los autores del contenido esencial de sus derechos, es decir, del respecto del vínculo que los une a sus obras y de la posibilidad de explotarlas económicamente.

39. En el Derecho de la Unión, las excepciones al derecho de autor han sido armonizadas, en particular mediante el artículo 5 de la Directiva 2001/29. Es cierto que estas excepciones tienen carácter facultativo; formalmente, los Estados miembros no están obligados a establecerlas en su Derecho interno. No obstante, en mi opinión, se trata más bien de un medio de que dispone el legislador de la Unión de dar a los Estados miembros mayor flexibilidad a la hora de aplicar estas excepciones que de una facultad efectiva de establecerlas o no. En efecto, el derecho de autor existía en los sistemas jurídicos de los Estados miembros mucho antes de su armonización a nivel de la Unión por la Directiva 2001/29. Esta es, por otra parte, la razón de esta armonización.<sup>18</sup> No obstante, resulta evidente que el legislador de la Unión no quiso alterar las diferentes tradiciones y formulaciones de las excepciones que se han desarrollado de este modo en los sistemas jurídicos nacionales. Esto no afecta al hecho de que la mayoría de las excepciones previstas en el artículo 5 de la Directiva 2001/29 existen, de una forma u otra, en todos los derechos de autor internos de los Estados miembros.<sup>19</sup>

40. En el curso normal de los acontecimientos, estos límites internos del derecho de autor permiten conciliar, de forma globalmente satisfactoria, los derechos y las libertades fundamentales con los derechos exclusivos de los autores en relación con el uso de sus obras. No es menos cierto que, a pesar de la existencia de estos límites, la aplicación del derecho de autor, así como de cualquier otro cuerpo normativo, sigue estando sujeta al requisito de la observancia de los derechos fundamentales, dado que esta observancia puede ser controlada por los órganos jurisdiccionales. En caso de comprobarse que existen fallos sistémicos en la protección de un derecho fundamental en relación con el derecho de autor, se pondría en tela de juicio la validez de este último y, en consecuencia, se plantearía la cuestión de una modificación legislativa. Con todo, pueden darse situaciones excepcionales en las que el derecho de autor, que, en otras circunstancias, podría beneficiarse de una manera total y legítima de la protección legal y tutela judicial, deba atenuarse frente a un interés mayor relacionado con la realización de un derecho o de una libertad fundamental.

41. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo, «TEDH») ha recordado recientemente la existencia de una limitación externa de este tipo al derecho de autor. En dos resoluciones,<sup>20</sup> el TEDH ha considerado que la acción en materia de protección del derecho de autor de un Estado parte en el CEDH era susceptible de control desde el punto de vista de su conformidad con la libertad de expresión, consagrada en el artículo 10 del CEDH. El TEDH no constató en ninguno de los dos asuntos mencionados la existencia de una violación de la libertad de expresión. En efecto, al considerar la naturaleza de las comunicaciones en cuestión (que perseguían una finalidad comercial) y los derechos de las demás personas involucradas (los titulares de los derechos de autor), el TEDH llegó a la conclusión de que las partes demandadas (es decir, los Estados signatarios del CEDH) disfrutaban de una amplia facultad de apreciación en relación con el carácter necesario, en una sociedad democrática, de las restricciones a dicha libertad originadas por el derecho de autor.

18 Véanse los considerandos 6 y 7 de la Directiva 2001/29.

19 Con la posible salvedad, una vez más, del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, donde, con arreglo a la tradición del *copyright* anglosajón, se ha desarrollado el concepto del *fair use*, una limitación general al derecho de autor que se aplica caso por caso.

20 TEDH, sentencia de 10 de enero de 2013, *Ashby Donald y otros c. Francia* (CE:ECHR:2013:0110JUD003676908), y resolución de 19 de febrero de 2013, *Fredrik Neij y Peter Sunde Kolmisoppi c. Suecia* (CE:ECHR:2013:0219DEC004039712).

42. Sin embargo, en circunstancias diferentes a las controvertidas en los dos asuntos mencionados, el resultado del análisis podría ser distinto, en particular en la situación en que, como sucede en el presente asunto, la comunicación de la obra supuestamente protegida contribuyó al debate de interés general y en que esta obra está formada por documentos oficiales de un Estado que tienen carácter informativo. Por lo tanto, propongo al Tribunal de Justicia que siga un razonamiento análogo al desarrollado por el TEDH.

43. Esta propuesta es tanto más justificada cuanto que, según el artículo 52, apartado 3, de la Carta, en la medida en que la Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el CEDH, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere el CEDH. Pues bien, el artículo 11 de la Carta corresponde al artículo 10 del CEDH.<sup>21</sup> En efecto, como señala el órgano jurisdiccional remitente en su petición, el Tribunal de Justicia ha declarado que, en la medida en que el CEDH no constituye un instrumento jurídico integrado formalmente en el ordenamiento jurídico de la Unión, la validez tanto de las disposiciones del Derecho de la Unión como del Derecho nacional debe apreciarse únicamente a la luz de la Carta.<sup>22</sup> Sin embargo, esto no significa que el CEDH, tal y como ha sido interpretado por el TEDH, no deba tenerse en cuenta en la interpretación de la Carta efectuada a los fines de esta apreciación.<sup>23</sup> En tal caso, el artículo 52, apartado 3, de la Carta, carecería completamente de sentido.

### ***La protección del derecho de autor sobre los informes militares a la luz del artículo 11 de la Carta***

44. Según el artículo 51, apartado 1, de la Carta, esta está dirigida, en particular, a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Es evidente que la aplicación por los órganos jurisdiccionales alemanes, en el procedimiento principal, de las disposiciones que garantizan la transposición de la Directiva 2001/29 contribuye a la aplicación del Derecho de la Unión. En consecuencia, debe observar las disposiciones de la Carta, en particular la obligación de respetar, al llevar a cabo esta aplicación, la libertad de expresión, en el sentido del artículo 11 de la Carta, de Funke Medien. Sin embargo, varios elementos del presente asunto llevan a la conclusión de que la protección de los documentos en cuestión por el derecho de autor sería contraria a dicho artículo de la Carta.

### ***Posibles limitaciones a la libertad de expresión***

45. Desde mi punto de vista, no cabe duda de que la publicación de documentos confidenciales como los controvertidos en el litigio principal está incluida en el ámbito de aplicación de la libertad de expresión.<sup>24</sup> A mi parecer, también está claro que el derecho de autor que invoca la República Federal de Alemania restringe la libertad de expresión.<sup>25</sup> Estos aspectos no necesitan un desarrollo ulterior. Dichas limitaciones de esta libertad no están prohibidas de manera absoluta. Tanto el CEDH, en su artículo 10, apartado 2, como la Carta, en su artículo 52, apartado 1, enumeran los motivos que pueden justificar las limitaciones a la libertad de expresión y las condiciones que estas deben cumplir.

21 Véase la nota explicativa del artículo 52 de la Carta.

22 Véanse, respectivamente, las sentencias de 15 de febrero de 2016, N. (C-601/15 PPU, EU:C:2016:84), apartados 45 y 46 y jurisprudencia citada, y de 5 de abril de 2017, Orsi y Baldetti (C-217/15 y C-350/15, EU:C:2017:264), apartado 15.

23 Extremo que, por otra parte, el Tribunal de Justicia ya ha constatado; véanse las sentencias de 5 de octubre de 2010, McB. (C-400/10 PPU, EU:C:2010:582), apartado 53, y de 22 de diciembre de 2010, DEB (C-279/09, EU:C:2010:811), apartado 35.

24 Véase, en particular, entre otras, TEDH, sentencia de 19 de enero de 2016, Görmüş y otros c. Turquía (CE:ECHR:2016:0119JUD004908507), apartado 32.

25 TEDH, sentencia de 10 de enero de 2013, Ashby Donald y otros c. Francia (CE:ECHR:2013:0110JUD003676908), apartado 34.

46. No voy a entrar en el debate relativo a la posible primacía de los motivos de restricción del CEDH sobre los de la Carta en el caso de las libertades protegidas de manera análoga por los dos instrumentos.<sup>26</sup> Propongo más bien considerarlos como equivalentes, lo que responde, en mi opinión, mejor al postulado contenido en el artículo 52, apartado 3, de la Carta, según el cual los derechos correspondientes en los dos instrumentos deben tener el mismo sentido y el mismo alcance.

47. En cuanto a la restricción de la libertad de expresión en una situación como la controvertida en el litigio principal, me parece que el motivo más evidente es impedir la divulgación de información confidencial relacionada con los requisitos de seguridad nacional. Estos dos motivos de limitación de la libertad de expresión están previstos expresamente en el artículo 10, apartado 2, del CEDH.

48. La Carta no es tan explícita: su artículo 52, apartado 1, solo menciona de manera general los «objetivos de interés general reconocidos por la Unión». No obstante, según la nota explicativa del artículo 52 de la Carta, estos intereses engloban, además de los objetivos de la Unión enumerados en el artículo 3 TUE, los intereses de los Estados miembros que la Unión debe respetar. En particular, esta nota menciona explícitamente el artículo 346 TFUE, en virtud del cual «ningún Estado miembro estará obligado a facilitar información cuya divulgación considere contraria a los intereses esenciales de su seguridad». La salvaguardia de la seguridad nacional también figura entre las «funciones esenciales del Estado» que la Unión debe respetar con arreglo al artículo 4 TUE, apartado 2.

49. De lo anterior se desprende que la protección de la confidencialidad de determinada información a efectos de la salvaguardia de la seguridad nacional es un motivo legítimo de restricción a la libertad de expresión, tanto a la luz del CEDH como de la Carta. Sin embargo, el litigio principal no se refiere a la protección de los documentos en cuestión como información confidencial, sino como objeto de derecho de autor. En efecto, según la afirmación explícita del representante del Gobierno alemán en la vista, si bien el único objetivo de la acción contra Funke Medien es la protección de la información confidencial que figura en tales documentos, la República Federal de Alemania consideró que la amenaza para la seguridad del Estado que resultaba de su divulgación no alcanzaba un grado que justificase la injerencia en la libertad de expresión y de prensa. De este modo, en lugar de iniciar diligencias penales por la divulgación de información confidencial, este Estado miembro recurrió a una vía de Derecho «poco habitual», a saber, la protección de su derecho de autor sobre estos documentos.

50. Por lo tanto, es preciso analizar si la protección de este derecho de autor puede justificar la restricción a la libertad de expresión a la luz del artículo 10 del CEDH y del artículo 11 de la Carta.

#### *El derecho de autor del Estado sobre los informes militares como motivo que justifica la restricción de la libertad de expresión*

51. El ejercicio del derecho de autor, como derecho subjetivo, no está relacionado normalmente con ningún interés general. El titular que invoca su derecho de autor no actúa en nombre del interés general, sino de su interés particular. Por lo tanto, si bien el derecho de autor puede justificar la limitación de los derechos fundamentales, como la libertad de expresión, ello responde a la protección de los derechos de los demás, motivo de limitación previsto tanto en el artículo 10, apartado 2, del CEDH, como en el artículo 52, apartado 1, de la Carta.<sup>27</sup>

<sup>26</sup> S. Peers llevó a cabo un análisis exhaustivo de esta cuestión en Peers, S., y otros (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Hart Publishing, Oxford, 2014, pp. 1515 a 1521.

<sup>27</sup> Más concretamente, la Carta habla de los «derechos y libertades de los demás», mientras que el CEDH se refiere únicamente a los «derechos ajenos». No obstante, considero que estos conceptos son equivalentes.

52. Estos «derechos de los demás» comprenden, en primer lugar, los derechos y las libertades garantizados por el CEDH y la Carta. Esta situación de conflicto de los diferentes derechos fundamentales exige su ponderación.<sup>28</sup> El derecho de autor, como derecho de propiedad intelectual, se asimila, a los efectos de esta protección, al derecho de propiedad, garantizado en virtud del artículo 1 del Protocolo Adicional al CEDH y del artículo 17 de la Carta.<sup>29</sup> El Tribunal de Justicia ha reconocido en múltiples ocasiones la necesidad de garantizar un justo equilibrio entre el derecho de propiedad intelectual, incluido el derecho de autor, y los demás derechos fundamentales garantizados por la Carta.<sup>30</sup>

53. Sin embargo, me parece que este razonamiento no puede aplicarse en una situación específica en la que, como sucede en el presente asunto, el titular del derecho de autor es un Estado miembro. Los Estados miembros, al igual que los Estados signatarios del CEDH, no son los beneficiarios de los derechos fundamentales, sino sus obligados. Están obligados a respetar y a proteger estos derechos en interés de los justiciables, y no en interés propio. En efecto, ¿contra quién protegerían los Estados sus derechos fundamentales? Evidentemente no contra sí mismos, sino contra los justiciables. Ello iría en contra de la propia lógica de los derechos fundamentales, tal y como ha sido concebida desde la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, cuyo objetivo es proteger al particular frente al poder público y no al poder público frente al particular.

54. En efecto, no pretendo afirmar que el Estado no pueda beneficiarse del derecho *civil* de propiedad, incluido de propiedad intelectual. Sin embargo, el Estado no puede invocar el derecho *fundamental* de propiedad a fin de limitar otro derecho fundamental garantizado por el CEDH o por la Carta.

55. Por otra parte, aunque se considerara que los derechos de los demás, mencionados en el artículo 10, apartado 2, del CEDH y en el artículo 52, apartado 1, de la Carta, como justificación posible de la limitación de la libertad de expresión, no solo engloban los derechos protegidos por estos instrumentos, sino también otros derechos, por las mismas razones que las expuestas anteriormente, considero que esta justificación no puede basarse en los derechos del propio Estado. En efecto, el hecho de que el Estado pudiera invocar sus derechos particulares, distintos del interés general, para limitar los derechos fundamentales conduciría a destruir estos últimos.

56. De este modo, el único motivo en el que puede basarse un Estado miembro para justificar la limitación de un derecho fundamental garantizado por el CEDH o la Carta es el interés general. Pues bien, como ya he mencionado anteriormente, en el presente asunto, la República Federal de Alemania consideró que la restricción de la libertad de expresión y de prensa que resultaría de incoar diligencias penales contra Funke Medien por la divulgación de los documentos controvertidos en el litigio principal sería desproporcionada en relación con el interés general consistente en la protección de la confidencialidad de estos documentos. En tal situación, el Estado miembro no puede invocar, en lugar de un interés general, su derecho de autor.

57. Aunque se superase este obstáculo, por ejemplo si se considera que la protección de los derechos de autor del Estado está relacionada con el interés general, extremo que resulta dudoso desde mi punto de vista, tanto el artículo 10, apartado 2, del CEDH, como el artículo 52, apartado 1, de la Carta exigen que las limitaciones a la libertad de expresión sean necesarias.<sup>31</sup> Pues bien, me parece que este requisito no se cumple en el presente asunto.

28 Véase, en este sentido, TEDH, sentencia de 10 de enero de 2013, Ashby Donald y otros c. Francia (CE:ECHR:2013:0110JUD003676908), apartado 40. Véase, asimismo, Peers, S., *op.cit.*, p. 1475.

29 El artículo 17 de la Carta menciona expresamente la propiedad intelectual en su apartado 2.

30 Véase un ejemplo reciente en la sentencia de 15 de septiembre de 2016, Mc Fadden (C-484/14, EU:C:2016:689), apartados 82 a 84.

31 El Convenio añade «en una sociedad democrática», extremo que la Carta probablemente da por hecho. No cabe debatir aquí el requisito de la naturaleza legal de las limitaciones, puesto que la protección del derecho de autor se deriva indiscutiblemente de la ley.

*Necesidad de proteger el derecho de autor sobre los informes militares*

58. El derecho de autor tiene por objeto la consecución de dos objetivos principales. El primero es la protección del vínculo personal que une al autor con su obra como su creación intelectual y por lo tanto, de algún modo, emanación de su personalidad. Se trata principalmente del ámbito de los derechos morales. El segundo objetivo consiste en permitir a los autores explotar económicamente sus obras y obtener de este modo un ingreso como resultado de su esfuerzo creativo. Se trata del ámbito de los derechos patrimoniales, objeto de la armonización a escala del Derecho de la Unión. Para que una restricción a la libertad de expresión derivada del derecho de autor pueda calificarse de necesaria, debe responder al menos a uno de estos dos objetivos. Pues bien, considero que la protección a través del derecho de autor de informes militares como los controvertidos en el litigio principal no responde a ninguno de ellos.

59. En primer lugar, por lo que se refiere a la protección de la relación del autor con su obra, debe observarse que si bien la República Federal de Alemania puede ser, por una suerte de ficción jurídica, titular del derecho de autor sobre los documentos en cuestión, no cabe duda de que no es, por razones evidentes, la autora. El verdadero redactor o, más probablemente, redactores, son totalmente anónimos, puesto que los documentos en cuestión se elaboran de manera continua y deben pasar, como cualquier documento oficial, por un control jerárquico. Estos redactores no preparan los documentos, o partes de ellos, en el marco de una actividad creadora personal, sino en el marco de sus obligaciones profesionales, como funcionarios u oficiales.<sup>32</sup> En consecuencia, no existe, como tal, un verdadero autor de estos documentos en el sentido que este término recibe en el derecho de autor y no cabe hablar, por lo tanto, de la protección de su vínculo con la obra.

60. Es cierto que, como confirma el considerado 19 de la Directiva 2001/29, los derechos morales no entran en el ámbito de aplicación de dicha Directiva, así como tampoco, por otra parte, en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión en general. No obstante, los derechos de autor, tanto morales como patrimoniales, hallan su origen y su justificación en la relación especial que existe entre el autor y su obra. De este modo, a falta de autor, tampoco existirán derechos de autor, ni morales ni patrimoniales.

61. En segundo lugar, en lo que atañe a la explotación económica, consta que el único objetivo de la acción emprendida por el República Federal de Alemania en el litigio principal era la protección del carácter confidencial, no de los documentos controvertidos en su conjunto, de los que una versión se publica a través de los UdÖ, sino únicamente de cierta información que se considera sensible. No obstante, esto se sitúa completamente fuera de los objetivos del derecho de autor. Por lo tanto, el derecho de autor se utiliza aquí como instrumento para conseguir unos objetivos que le son totalmente ajenos.

62. De este modo, la República Federal de Alemania, tras considerar que el interés de la protección de los documentos en cuestión como información confidencial no justificaba la restricción a la libertad de expresión que resultaría de la misma, decidió obtener el mismo resultado invocando su derecho de autor sobre estos documentos, a pesar de que el derecho de autor persigue fines complementemente diferentes y de que tampoco consta que estos documentos constituyan obras en el sentido de este derecho.

63. Desde mi punto de vista, esta práctica no puede aceptarse.

<sup>32</sup> Véanse también mis observaciones relativas a la condición de obra de estos documentos en la parte de las presentes conclusiones consagrada a la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales.

64. En efecto, la restricción a la libertad de expresión que resultaría de la protección a través del derecho de autor de los documentos en cuestión no solo no es necesaria en una sociedad democrática, sino que resultaría altamente perjudicial para dicha sociedad. Una de las funciones más importantes de la libertad de expresión y de su componente, la libertad de los medios de comunicación, expresamente mencionada en el artículo 11, apartado 2, de la Carta, es el control del poder por los ciudadanos, elemento indispensable de cualquier sociedad democrática. Pues bien, este control puede efectuarse, en particular, mediante la divulgación de determinada información o de ciertos documentos respecto de los cuales el poder puede querer ocultar su contenido o incluso su existencia (o inexistencia). Es evidente que determinada información deberá mantenerse en secreto, incluso en una sociedad democrática, cuando su divulgación constituya una amenaza para los intereses esenciales del Estado y, en consecuencia, de la propia sociedad. En consecuencia, dicha información deberá clasificarse y protegerse conforme a los procedimientos previstos a tal efecto, que se aplicarán bajo control judicial. Sin embargo, al margen de estos procedimientos o en caso de que el propio Estado renuncie a aplicarlos, no cabe admitir que este invoque su derecho de autor sobre cualquier documento con vistas a impedir el control de su acción.

#### *Conclusión de la presente parte*

65. En resumen, la posible protección a través del derecho de autor de los documentos en cuestión en el litigio principal no está regida por el derecho fundamental de la propiedad intelectual y debe, en consecuencia, analizarse únicamente como limitación a la libertad de expresión tal y como está recogida en el artículo 11 de la Carta. No obstante, esta limitación no es necesaria y no responde de manera efectiva a ningún interés general ni a la necesidad de protección de los derechos de los demás en el sentido del artículo 52, apartado 1, de la misma.

66. Por consiguiente, propongo al Tribunal de Justicia, en el supuesto de que decida analizar las cuestiones prejudiciales del presente asunto en cuanto al fondo, que responda que el artículo 11 de la Carta, en relación con su artículo 52, apartado 1, debe interpretarse en el sentido de que un Estado miembro no puede invocar el derecho de autor que se deriva de los artículos 2, letra a), y 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29 para impedir la comunicación al público, en el marco de un debate relativo a cuestiones de interés general, de documentos confidenciales que emanan de dicho Estado miembro. Esta interpretación no impide la aplicación por dicho Estado miembro, de conformidad con el Derecho de la Unión, de otras disposiciones de su Derecho interno, en particular las relativas a la protección de la información confidencial.

#### *Cuestiones prejudiciales*

67. Como ya he expuesto en mis observaciones preliminares, propongo al Tribunal de Justicia que reformule las cuestiones prejudiciales a fin de efectuar un análisis de la aplicabilidad del derecho de autor, tal y como ha sido armonizado en el Derecho de la Unión, a los documentos controvertidos en el litigio principal, a la luz de la libertad de expresión. Este análisis y, en consecuencia, la solución propuesta se sitúan en una fase anterior a las cuestiones prejudiciales tal y como han sido formuladas en la resolución de remisión.

68. En efecto, la primera cuestión prejudicial se refiere al margen de apreciación de que disponen los Estados miembros en la transposición de la Directiva 2001/29. Como indica el órgano jurisdiccional remitente en su petición, esta cuestión ha sido planteada en el contexto de la jurisprudencia del Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal). Conforme a esta jurisprudencia, cuando los Estados miembros dispongan de un margen de apreciación a la hora de aplicar el Derecho de la Unión, esta aplicación deberá apreciarse a la luz de los derechos fundamentales tal y como se han recogido en la Constitución alemana, mientras que, a falta de dicho margen de apreciación, únicamente será pertinente como punto de referencia la Carta. Según indica el órgano jurisdiccional

remitente, el Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal) desarrolló esta jurisprudencia a raíz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.<sup>33</sup> Sin embargo, la respuesta que propongo que se dé se deriva totalmente de la relación entre disposiciones del Derecho de la Unión, a saber, las de la Directiva 2001/29 y de la Carta, sin que sea necesario analizar el margen de apreciación de los Estados miembros.

69. Mediante la segunda cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente expresa sus dudas sobre la posibilidad (o la necesidad) de tener en cuenta la libertad de expresión a efectos de la interpretación de las excepciones al derecho de autor previstas en el artículo 5 de la Directiva 2001/29. Es cierto que el Tribunal de Justicia recomendó esta consideración en la sentencia *Deckmyn y Vrijheidsfonds*.<sup>34</sup> No obstante, la situación en dicho asunto era diferente de la que nos ocupa en el presente asunto. En efecto, la solución en el asunto que dio lugar a la sentencia *Deckmyn y Vrijheidsfonds* se basó en la presunción de la aplicabilidad de la excepción en cuestión (la de la parodia) al caso de autor.<sup>35</sup> Se trataba de saber si podía *no* aplicarse, debido a que los intereses legítimos de los titulares de los derechos de autor en cuestión eran contrarios a dicha aplicación.<sup>36</sup>

70. En el presente asunto, el órgano jurisdiccional remitente parece sugerir una interpretación amplia, influida por la libertad de expresión, del propio alcance y de las condiciones de aplicación de las excepciones que pueden entrar en juego. Sin embargo, considero que, en una configuración específica como la controvertida en el litigio principal, la protección conferida por el derecho de autor debe rechazarse, no obstante la posible aplicabilidad de una excepción.

71. Mediante su tercera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente invita al Tribunal de Justicia a contemplar la posibilidad de aplicar al derecho de autor, con motivo de la protección de la libertad de expresión, excepciones o limitaciones distintas de las previstas por la Directiva 2001/29. La respuesta que propongo que se dé puede parecer favorable a la propuesta formulada en esta cuestión prejudicial. Sin embargo, existe una diferencia notable entre el planteamiento del órgano jurisdiccional remitente y el que propongo que se adopte en las presentes conclusiones. En efecto, una cosa es hacer prevalecer la libertad de expresión sobre el derecho de autor en una situación concreta y muy especial, y otra introducir en el sistema de derecho de autor armonizado, al margen de las disposiciones del Derecho de la Unión positivo que regulan este ámbito, excepciones y limitaciones que, por su naturaleza, deban aplicarse de manera general.

72. En virtud de lo anterior, propongo al Tribunal de Justicia que no analice exhaustivamente las cuestiones prejudiciales. Además, en la medida en que estas mismas cuestiones se han planteado en los otros dos asuntos que ya he mencionado, el Tribunal de Justicia tendrá ocasión de responderlas. Estos otros dos asuntos versan sobre situaciones típicas de aplicación del derecho de autor, en los que el análisis de estas cuestiones resultará de total utilidad.

33 En particular de la sentencia de 26 de febrero de 2013, *Åkerberg Fransson* (C-617/10, EU:C:2013:105), apartado 29.

34 Sentencia de 3 de septiembre de 2014 (C-201/13, EU:C:2014:2132), punto 2, párrafo segundo, del fallo.

35 «Suponiendo que el dibujo controvertido en el litigio principal responda a las mencionadas características esenciales de la parodia [...]» (sentencia de 3 de septiembre de 2014, *Deckmyn y Vrijheidsfonds*, C-201/13, EU:C:2014:2132, punto 2, párrafo tercero, del fallo).

36 Sentencia de 3 de septiembre de 2014, *Deckmyn y Vrijheidsfonds* (C-201/13, EU:C:2014:2132), apartados 30 a 32.



## **Conclusión**

73. A la vista de lo anterior, propongo al Tribunal de Justicia bien que declare la inadmisibilidad de las cuestiones planteadas por el Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal, Alemania) en el presente asunto, bien que responda a estas cuestiones del siguiente modo:

«El artículo 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en relación con su artículo 52, apartado 1, debe interpretarse en el sentido de que un Estado miembro no puede invocar el derecho de autor que se deriva de los artículos 2, letra a), y 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, para impedir la comunicación al público, en el marco de un debate relativo a cuestiones de interés general, de documentos confidenciales que emanan de dicho Estado miembro. Esta interpretación no impide la aplicación por dicho Estado miembro, de conformidad con el Derecho de la Unión, de otras disposiciones de su Derecho interno, en particular las relativas a la protección de la información confidencial.»