

, il; t , ' \r ^n da íoS de VIVendl serían unos 13 millones. Vwazzi, el por-  
' Ím T Wí t6nd/ía eSoS So milloneS de su^Pt°res potencie . En el  
de AOL-TW Warner, las rifrae eran de 22,2 millones de abonados a Internet (20  
ssiteS: ár 15 millones), 12 millones

12. Los operadores de telecomunicaciones están presentes como proveedores

## IX El derecho de propiedad intelectual: por un nuevo equilibrio entre creadores e interés general

*Celeste Gay Fuentes*

El entorno digital plantea nuevas cuestiones a la regulación tradicional de la propiedad intelectual que han comenzado a ser abordadas por el Derecho Internacional y comunitario. Se trata en este estudio de analizar y valorar las respuestas ofrecidas hasta el momento. Pero ello requiere necesariamente realizar un breve recorrido sobre la evolución experimentada por el derecho de propiedad intelectual en el marco internacional antes de la aparición de los medios digitales, dado que las respuestas ante lo digital son continuación en gran medida de las tendencias ya iniciadas en lo analógico.

### 1. La evolución del derecho de autor

La aparición de la imprenta en el siglo XVI origina las primeras manifestaciones del derecho de autor, en forma de licencias que otorgaban los Monarcas a los editores y que reservaban a éstos un derecho exclusivo de reproducir determinadas obras. No obstante, estas primeras licencias de impresión eran más un instrumento de censura previa sobre la imprenta que un reconocimiento de los derechos ligados a la producción intelectual. Hay que esperar, por lo tanto, al siglo XVIII para encontrar los orígenes del moderno derecho de autor, a través del cual los Estados persiguen la finalidad de fomentar el desarrollo de las artes y de las ciencias, asegurando a los creadores una remuneración a su trabajo intelectual, mediante la creación de una propiedad especial —inmaterial—, que atribuye a los autores un monopolio de explotación económica sobre sus obras.

Sin embargo, el derecho de autor que surge tras las revoluciones liberales del siglo XVIII, desarrollado en marcos nacionales y basado esencialmente en los derechos de reproducción y de representación pública de las obras, tiene poco que ver con el actual derecho de la propiedad intelectual que ha adquirido unos perfiles mucho más complejos.

El derecho de autor se desarrolla en sus orígenes en marcos estrictamente nacionales, dada la escasa incidencia del comercio internacional de las obras intelectuales. Así, transcurre aproximadamente un siglo desde la aparición del moderno derecho de autor hasta la aprobación del *Convenio de Berna de 9 de septiembre de 1886, para la protección de las obras literarias y artísticas*, primer instrumento internacional en esta materia. El siguiente hito dentro del Derecho Internacional se produce con la adopción del *Convenio de Roma, de 26 de octubre de 1961, sobre la protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión*, que supone la extensión de derechos de propiedad intelectual a nuevas categorías de sujetos distintos de los autores.

A partir de estos dos grandes instrumentos, el Derecho Internacional permanece estancado hasta la década de los noventa, cuando se produce una intensa reactivación en un doble plano. A nivel europeo, las instituciones comunitarias comienzan una profunda labor de armonización de las legislaciones nacionales con la aprobación de diversas directivas, algunas de ellas como resultado del debate iniciado en la década de los ochenta acerca de los problemas planteados a la propiedad intelectual en el nuevo paisaje de la comunicación pública caracterizado por el incremento de la televisión transnacional.<sup>1</sup> Esa labor armonizadora, con el objetivo último de crear un mercado interior donde las mercancías y los servicios culturales circulen sin las trabas jurídicas que representan los derechos de propiedad intelectual, tiene su última manifestación en la *Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información* (DDASI), que será objeto de un amplio comentario más adelante, pues a través de ella se intenta acomodar la explotación de obras intelectuales al entorno digital.

En el plano internacional, se adoptaron en 1994 los *Acuerdos sobre Aspectos de la Propiedad Intelectual ligados al Comercio* (ADPIC o TRIPS en su denominación inglesa) en el marco de la Organización Mundial del Comercio,<sup>2</sup> que suponen una aproximación contemporánea en materia de *copyright*, puesto que por primera vez aparecen reflejadas a nivel internacional categorías ya utilizadas en muchas legislaciones nacionales. Pero más que por sus innovaciones de fondo, son importantes porque globalizan el derecho de *copyright*, al imponer a todos los países que forman parte de la Organización Mundial del Comercio, incluso los menos desarrollados, la obligación de establecer un sistema eficaz de protección de la propiedad intelectual. Suponen también el desembarco de Estados Unidos en esta materia, país que a partir de ese momento liderará la regulación internacional, como consecuencia de su toma de conciencia de los enormes intereses económicos ligados a la protección de la propiedad intelectual.

El creciente interés del Derecho Internacional en los últimos años por la propiedad intelectual es consecuencia del incremento en la explotación

internacional de las obras, pero este proceso de regulación internacional se encuentra aun en sus inicios, y es previsible que se acentúe en el futuro, en respuesta a las demandas de las industrias culturales de que exista un marco jurídico global y estable, como medio para garantizar la rentabilidad económica de sus producciones intelectuales. Así, el derecho de la propiedad intelectual será cada vez menos un instrumento de competencia nacional vinculado a políticas culturales, estrechándose el margen de maniobra de los Estados en esta materia.

La aparición de nuevas obras y el reconocimiento de otros derechos de propiedad intelectual

Como hemos indicado, en sus orígenes modernos el derecho de autor se encuentra vinculado a una concepción individualista y en cierto modo, romántica, del creador, persona física o natural, a la que se reconoce derechos de control sobre una propiedad inmaterial, estrechamente unida a la personalidad del autor. En paralelo, el objeto protegido eran las obras literarias y artísticas, en la denominación escogida por el Convenio de Berna de 1886.

Un primer factor de cambio del derecho de autor fue la aparición de nuevos tipos de creaciones intelectuales, que se han ido alojando sucesivamente bajo el paraguas de la propiedad intelectual, desde las obras cinematográficas y fotográficas, hasta los programas de ordenador y las bases de datos,<sup>3</sup> produciéndose una expansión significativa y casi ilimitada del tipo de obras cubiertas por la propiedad intelectual y quedando afectado el presupuesto básico de que únicamente las obras originales o que presentan una altura creativa pueden beneficiarse del sistema de propiedad intelectual.

La inclusión de estas nuevas clases de obras en el ámbito de la propiedad intelectual ha determinado una adaptación de los principios de funcionamiento del derecho de autor. Entre otras cuestiones particulares, porque muchas de estas nuevas obras son el resultado de una producción industrial, de un proceso complejo en que el que participan múltiples sujetos integrados en una organización empresarial, lo que se ha reflejado en el otorgamiento de derechos de propiedad intelectual a otros sujetos distintos de los autores, a pesar de la inicial oposición de éstos, bajo el concepto de «derechos vecinos, conexos o afines» a los derechos de autor." En el plano teórico, estos derechos recaen sobre objetos plenamente diferenciables de la obra intelectual protegida por los derechos de autor, sobre la cual tienen derechos los creadores, por lo que no pueden entrar en colisión. En la práctica, sin embargo, el reparto de los derechos económicos derivados de la explotación de las obras entre los distintos colectivos ha sido un tema plagado de conflictos en los distintos Estados miembros. En todo caso, dada la ampliación del número de sujetos titulares de derechos sobre las obras intelectuales, el inicial derecho de autor ha experimentado un profundo cam-

lijo, siendo preferible actualmente utilizar el concepto más extenso de derecho de la propiedad intelectual.

### El cambio en las condiciones de producción y el desplazamiento de la titularidad de los derechos de propiedad intelectual

El cambio del modo de producción de las obras intelectuales determina que el creador individual se convierte con frecuencia en un asalariado y la titularidad de los derechos de autor experimenta un desplazamiento, de los creadores naturales a los titulares de las organizaciones productivas.

El caso de la obra audiovisual es muy significativo en este sentido. Por encima de la clásica y bien conocida diferencia entre el derecho de *copyright* anglosajón, que opta por hacer del productor de la obra el titular originario de los derechos de propiedad intelectual, y la opción europea de continuar reconociendo la autoría de la obra a favor de determinados creadores,<sup>6</sup> observamos que incluso en los países que siguen el modelo francés, se establece una presunción legal de que los derechos exclusivos de autorizar las distintas modalidades de explotación de la obra han sido cedidos por los autores a favor del productor en el momento de concluir el contrato de producción. La misma presunción suele establecerse sobre las obras creadas en virtud de una relación laboral. La introducción del concepto de «obra colectiva» en las legislaciones nacionales avanza en el mismo sentido de facilitar que sea la persona jurídica que se encarga de coordinar la producción de la obra la que detente los derechos de propiedad intelectual. En la regulación comunitaria de los programas de ordenador y las bases de datos existe un reconocimiento expreso de que se pretende tutelar la inversión realizada en el desarrollo de estos productos.

El derecho favorece pues el tránsito de los derechos de propiedad intelectual no sólo de los autores, sino también de los artistas intérpretes y ejecutantes, a favor de las organizaciones empresariales, con la justificación de que por esta vía se facilita la comercialización de las obras. Como se ha indicado, la práctica diaria y la realidad contractual han puesto de manifiesto que los titulares originarios de derechos de propiedad intelectual «negocian sus condiciones contractuales (arrendamiento de servicios o de naturaleza laboral), y en ese momento y ámbito pactan las condiciones de autorización exclusiva sobre la explotación de sus creaciones, desde una posición de manifiesta inferioridad frente al productor, editor, distribuidor o empresario o persona jurídica que lleve a cabo la explotación de las creaciones intelectuales; circunstancia que determina, salvo contadas excepciones, que aquellos cedan o transmitan a éstos la totalidad o buena parte de sus derechos intelectuales de explotación susceptibles de ejercicio individual a cambio de una remuneración» que, por ejemplo para los artistas, habitualmente está previamente pactada en los convenios colectivos del sector (Martín Villarejo, 2001).

Allegados de una u otra manera los derechos exclusivos de control sobre la explotación de las obras a los productores y editores, sea por mandato legal, por presunción de cesión o por contrato laboral o civil, los derechos de los autores y los artistas intérpretes o ejecutantes se limitan en la práctica a la obtención de una doble remuneración por su trabajo: una inicial que reciben en el momento de pactar las condiciones de prestación de sus servicios con el productor y otra posterior, que se prolonga durante todo el periodo de explotación de la obra y que pagarán generalmente los usuarios de las obras. La traslación de los derechos de autor a favor de las industrias culturales está en la base de la revisión que actualmente se efectúa, desde la teoría económica y social, acerca de la eficacia real del sistema de propiedad intelectual como instrumento para promover la creación, que era el objetivo inicial para el que se concibió el derecho de autor.<sup>6</sup> Esta evolución del *copyright* se encuentra también en la base del amplio movimiento de contestación y de desobediencia civil a la propiedad intelectual que puede percibirse en la actualidad, a pesar del esfuerzo de sensibilizar a la opinión pública acerca de los riesgos que la piratería organizada y privada puede plantear a la economía cultural.

### La ampliación de las modalidades de explotación de obras y su repercusión en los derechos económicos

La diversificación de ventanas de explotación de las obras intelectuales y el aumento generalizado del número de usuarios ha tenido repercusiones especialmente intensas en el derecho de la propiedad intelectual.

Si el derecho de autor estuvo centrado en sus orígenes en la concesión a los autores de un reducido grupo de derechos vinculados a las formas de explotación económica de las obras artísticas y literarias conocidas en aquellos momentos,<sup>7</sup> la aparición de nuevas modalidades de explotación comercial determinó la necesidad de formular los derechos en términos más amplios, acuñando categorías abstractas capaces de abarcar los muy variados actos de utilización de las obras. De forma que, actualmente, los derechos económicos que se otorgan a los titulares de la propiedad intelectual en la regulación comunitaria son básicamente los derechos de reproducción, de distribución en sus diferentes modalidades (venta, alquiler y préstamo), de comunicación pública y de transformación.<sup>8</sup>

La utilización masiva de las obras protegidas por la propiedad intelectual acarrea la imposibilidad práctica de que los titulares de derechos de propiedad intelectual negocien directamente con los múltiples usuarios, lo que ha determinado una modificación de la naturaleza de los derechos de propiedad intelectual, puesto que algunas de las facultades encuadradas en estos derechos han dejado de consistir en los clásicos poderes de autorizar o prohibir las modalidades de explotación —además generalmente transferidos al empresario— para convertirse en el derecho a obtener remun-

neración por la utilización de las obras, que es gestionada de forma colectiva por las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual.

Además de los casos en que la gestión colectiva es forzosa por mandato legal, existe una tendencia generalizada a la gestión colectiva voluntaria de la mayor parte de los derechos de propiedad intelectual. Las entidades de gestión colectiva de derechos de autor han adquirido así un enorme protagonismo, actuando además como poderosos grupos de presión en las organizaciones internacionales y llevando a cabo a nivel nacional actuaciones que, en ocasiones, han sido tachadas de abusivas de su posición de dominio. La importancia práctica de estas entidades de gestión contrasta con la escasa atención que se les presta en los instrumentos internacionales. Sólo a nivel comunitario, hay algunas referencias, pero por lo general, las instituciones comunitarias dejan el tema de la gestión colectiva a la discrecionalidad de los Estados.

## 2. El equilibrio entre los derechos de propiedad intelectual y otros intereses públicos

El interés público no está ausente del ámbito de la propiedad intelectual. Por el contrario, la propia justificación de la concesión de derechos de autor remite desde el principio al interés general en fomentar el desarrollo cultural y científico. En este sentido, el derecho de propiedad se presenta como un instrumento para alcanzar ese objetivo de interés público, que se traduce en diversos elementos que son básicos dentro del sistema jurídico de la propiedad intelectual.

### La libertad de las ideas

Principio fundamental según el cual la propiedad intelectual no cubre en ningún caso las ideas, que son libres, sino la expresión formal de las mismas. Aún cuando sea difícil en muchas ocasiones establecer una nítida separación entre ideas y expresiones formales, el mantenimiento de este principio es clave para el progreso cultural, científico y técnico.

### El plazo de duración de los derechos de propiedad intelectual

Si el objetivo final es promover el desarrollo cultural y científico de la sociedad es evidente que debe tener una duración limitada en el tiempo, de modo que al finalizar el periodo de protección las obras caigan en el dominio público y puedan ser libremente utilizadas por todos. Es ésta una característica que la distingue plenamente del derecho de propiedad a secas.

El Convenio de Berna establecía así una duración de los derechos de autor de 50 años desde la muerte del autor y, en el caso de obras cinemato-

gráficas, desde el momento en que se hagan accesibles al público o desde el momento de su realización a falta de divulgación. Por su parte, el Convenio de Roma de 1961 establecía una duración mínima de 20 años para los derechos de los artistas intérpretes ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión.

Estos plazos mínimos experimentaron una notable elevación en la Directiva 93/98/CEE, de 29 de octubre de 1993, relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y determinados derechos afines, que aun con reglas específicas para tipos especiales de obras, amplía en general el plazo sobre las obras literarias y para las obras cinematográficas o audiovisuales artísticas a 70 años, contados en este último caso desde la muerte del último coautor de la obra. También se aumentan los plazos de los derechos afines, situándose en 50 años bien desde la grabación de la obra o desde su divulgación al público. Estos plazos fueron confirmados por el Tratado de la OMPI de 1996 para los derechos de los ejecutantes y productores de fonogramas. De forma que, como se ha resaltado existe una tendencia a aumentar regularmente la duración de los derechos de autor en ciertos países como EE.UU., lo que puede ser interpretado como una reducción del dominio público de obras intelectuales respondiendo a la demanda de los grandes grupos de comunicación, una tendencia que se considera incompatible con el desarrollo del acceso universal a la información y contraria al espíritu mismo de la legislación sobre propiedad intelectual (QUEAU, 2000).

### Los límites o excepciones al derecho de propiedad intelectual

A través de los denominados límites o excepciones a los derechos de propiedad intelectual, se pretende también preservar determinados intereses de carácter público como son la libertad de expresión y de información, el derecho de acceso a la cultura o el desarrollo de la investigación y de la docencia.

En esta línea, se establecieron ya en el Convenio de Berna algunos límites, en función de los cuales se autorizaba a los Estados a introducir en las legislaciones nacionales excepciones a los derechos de autor en los casos de utilización de obras con ocasión de informaciones de actualidad (artículo 2bis), en citas cortas en el marco de la investigación, la docencia o el análisis crítico (artículo 10) y cuando se reproducen y comunican artículos de actualidad (revistas y reseñas de prensa: artículo 10 bis). En general, se ha aceptado en el Derecho internacional que el régimen de excepciones sea idéntico para los derechos afines o conexos y los derechos de autor, y sobre esta base, los Estados han abordado el tema de los límites de acuerdo a sus objetivos de política cultural: los derechos continentales han establecido un sistema cerrado de excepciones en forma de lista tasada, mientras que en EE.UU. se ha recurrido a la doctrina *delfair use*, un recurso abierto que debe analizarse jurisprudencialmente caso por caso.

Es habitual establecer una distinción entre, las excepciones justificadas por motivos de interés público, en ocasiones incluso de defensa de dere-

chos fundamentales, y las basadas en razones prácticas o económicas, es decir, en imperfecciones del mercado.<sup>9</sup> Esta distinción es especialmente relevante en relación a la copia privada, que sería el prototipo de excepción basada en imperfecciones del mercado, y cuyas motivaciones son fundamentalmente de orden práctico: En primer lugar, la imposibilidad de controlar los usos privados de las obras sin vulnerar simultáneamente el derecho a la intimidad; En segundo lugar, el hecho de que en el estado de desarrollo tecnológico en que se redactó el artículo 9.2 del Convenio la fotocopia era el medio principal de reproducción de obras impresas para uso personal y ésta y la reproducción casera con el mismo fin de grabaciones sonoras y audiovisuales no se habían transformado aún en una forma habitual de explotación de las obras protegidas ni ponían en riesgo la explotación económica de las obras.

No obstante, como compensación a los titulares de derechos de propiedad intelectual por los recursos que se dejan de percibir al admitir la copia privada, gran parte de las legislaciones de todo el mundo han reconocido el derecho de remuneración compensatoria por copia privada, siguiendo el ejemplo de Alemania (1965), donde se entendió que la utilización de medios de reproducción sin la autorización de los autores justificaba que los fabricantes de esas máquinas se vieran obligados a pagar una suma en compensación por el desequilibrio causado. Esta solución se generalizó a partir de 1992, de forma que actualmente la remuneración compensatoria se exige a los fabricantes e importadores de todo tipo de aparatos reproductores y de materiales destinados a la reproducción y se distribuye entre las diferentes entidades de gestión de los derechos de autor y derechos afines.

Sin embargo, el alcance de la copia privada ha sido puesto en cuestión a medida que existen mayores facilidades para obtener más y mejores copias de los distintos tipos de obras protegidas, señalándose que en la actualidad constituye ya un uso que afecta a los legítimos intereses de los titulares de derechos y a la explotación habitual de las obras protegidas.<sup>10</sup> Además, en el Derecho comunitario se ha establecido una prohibición general de realizar copias privadas de programas de ordenador y de bases de datos electrónicas, más allá de las imprescindibles para cargar las aplicaciones en el ordenador del usuario autorizado y de la copia de seguridad en el caso de los programas. En el entorno digital el tema de la copia privada ha sido sin duda el tema principal, el más polémico, como tendremos ocasión de analizar luego.

En general los textos internacionales de última generación (ADPIC, Tratados OMPI y DDASI) mantienen el papel de las excepciones y límites, remitiendo en esta materia a lo establecido en el Convenio de Berna, pero generalizan la cláusula prevista en aquél Convenio para determinar la legitimidad de las excepciones al derecho de reproducción, aplicándola ahora a todas las excepciones que quieran establecerse por los Estados a distintos derechos de propiedad intelectual. Así, en estos Tratados se contempla que las excepciones sólo pueden establecerse en ciertos casos especiales que no liten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustifi-

2(H

cado a los intereses legítimos del autor. Este test de validez de las excepciones consistente en comprobar que se dan los requisitos establecidos, amenaza con ser interpretado de tal forma que se rompa el equilibrio conseguido en las legislaciones nacionales entre propiedad intelectual e interés público, configurando pues una nueva etapa en el proceso expansivo de los derechos de propiedad intelectual.

### 3. La propiedad intelectual en el entorno digital

La digitalización de la información ha alumbrado nuevas obras intelectuales (programas de ordenador, obras multimedia entre las cuales pueden incluirse las bases de datos electrónicas y los videojuegos, páginas *web*), así como nuevos soportes para la producción y/o distribución de las obras intelectuales clásicas (CD rom, CD i, DVD) y también nuevos servicios de comunicación pública de las obras (nuevos servicios de acceso condicional en el ámbito de la radiodifusión de carácter más o menos interactivo: vídeo a la carta y vídeo bajo demanda y los denominados servicios de la sociedad de información) que pueden ser desarrollados a través de distintas redes, las utilizadas tradicionalmente para la radiodifusión (ondas, cable o satélite) o a través de Internet.

#### Obras digitales y propiedad intelectual

El entorno digital sería pues, la suma de modificaciones introducidas en este panorama de la producción y distribución cultural, que están suscitando algunas cuestiones al Derecho de la propiedad intelectual, en parte abordadas en el marco internacional. Dentro de este conjunto de cambios el más importante y que plantea mayores dilemas en el ámbito de la propiedad intelectual es la llegada de Internet, que constituye una nueva modalidad de explotación de las obras intelectuales, una nueva ventana de explotación con características particulares. Pero antes de entrar en el análisis de los problemas de adaptación del derecho de propiedad intelectual a Internet veamos brevemente algunas otras cuestiones suscitadas por el entorno digital.

#### Programas de ordenador y bases de datos

Programas de ordenador y bases de datos electrónicas son las primeras obras digitales que recibieron protección bajo el sistema de la propiedad intelectual. Los primeros a partir de la *Directiva 91 /250/CEE, de 14 de mayo, sobre protección jurídica de programas de ordenador*, asimilados a obras literarias en el sentido del Convenio de Berna, si bien la propia Di-

rectiva establece una regulación específica sobre los programas que no tiene nada que ver con la que rige para obras literarias (elementos protegibles dentro del programa, descompilación, etc.). Los Acuerdos adoptados en el marco de la Organización Mundial del Comercio en 1994 reiteran la protección de los programas de ordenador como obras literarias e incluyen también la protección de las bases de datos bajo el sistema de la propiedad intelectual. *La Directiva 96/191 CE, de 11 de marzo, sobre protección jurídica de las bases de datos* proporciona una regulación más detallada.<sup>11</sup>

La inclusión de estos dos tipos de obras digitales en el Derecho de la propiedad intelectual plantea algunas cuestiones polémicas. En primer lugar, porque se trata de obras donde es difícil percibir la impronta personal de los autores, el componente creativo, intelectual u original, que tradicionalmente ha estado en la base de los derechos de autor, como lo prueba la creación del derecho *sui generis* sobre bases de datos, a través del cual se persigue realmente proteger la inversión realizada por el fabricante de la base. Este derecho *sui generis* debe recibir una interpretación limitada, de manera que no amenace el dominio público de la información, pues la inclusión de datos públicos en una base privada no puede conllevar nunca una limitación de los derechos del público de acceso a la información y de libertad de información (Cámara, 2002). Además, mediante la regulación de programas y de bases de datos se ha creado un derecho de los titulares de propiedad intelectual de autorizar la mera utilización o acceso a la obra, sea programa o base de datos, que no tenía precedentes en el sistema de la propiedad intelectual y que conlleva la prohibición de la copia privada, lo que supone un cambio sustancial en los principios básicos anteriores.

La aplicación del *copyright* en el campo de los programas de ordenador no ha impedido la creación de un amplio movimiento a favor del *software* libre, o más específicamente, del *software* de código abierto (*opensource*), que se ha desarrollado en torno a la Free Software Foundation, una asociación sin ánimo de lucro creada en 1985, que ha promovido el desarrollo del sistema operativo Linux, como reacción a los programas propietarios basados en código oculto.<sup>12</sup> El efecto tranagresor de este movimiento es enorme: cuestiona la premisa básica sobre la que se construye el derecho de la propiedad intelectual, es decir, que la propiedad intelectual es imprescindible para promover la creación; ofrece un nuevo modelo para encarar las deficiencias tecnológicas que padece el Tercer Mundo; amenaza con minar el monopolio actual de la industria informática y las bases sobre las que se sustenta; y, de forma más general, aporta una filosofía que podría trasladarse a otros sectores de la industria cultural y del conocimiento.

Quizás por ello, en la actualidad se plantea la posibilidad de aplicar al *software* el sistema de patentes, siguiendo en este punto el modelo norteamericano. En fecha reciente, la Comisión de la Unión Europea ha presentado una propuesta de *Directiva sobre la patentabilidad de las invenciones implementadas en ordenador*,<sup>13</sup> con el apoyo de las grandes empresas de desarrollos informáticos mientras que los defensores del *software* de código abierto se sienten amenazados por un sistema que en su opinión per-

judicará los intereses de los programadores libres y de las pequeñas empresas por el elevado coste económico y la complejidad burocrática que encierra el registro de patentes y la negociación de las licencias necesarias en una actividad de innovación típicamente incremental como es la programación, al tiempo que subrayan la amenaza que para el desarrollo tecnológico supone la posibilidad que se abre de patentar ideas y principios en los que se basan los elementos de un programa de ordenador.<sup>14</sup>

### Las «nuevas» obras digitales

En los últimos años se viene debatiendo acerca de la protección jurídica que debe recibir la obra multimedia, término impreciso, con el cual se hace referencia a un tipo de obra «concebida como creación única y expresada mediante la reunión en un mismo soporte digital, con o sin previa adaptación informática, de elementos textuales, sonoros, de imágenes fijas o de animación, entre otros, pertenecientes, al menos, a dos de dichos géneros, cuya estructura y acceso están regidos por un programa de ordenador que permite la interactividad», siendo este último rasgo el que la mayoría de la doctrina considera la esencia de la obra multimedia (Esteve Fardo, 1998). Sin embargo, la obra multimedia no es una categoría que tenga un régimen jurídico propio en el Derecho Internacional ni en los derechos nacionales,<sup>15</sup> por lo que se ha propuesto descartar el concepto de obra multimedia como categoría unitaria y atender a las características propias de cada obra para definir su régimen jurídico bien como obra audiovisual, como base de datos, obra literaria, etc. según los elementos que sean preponderantes (Rogel Vidal, 1988).

La referencia a las obras multimedia suele surgir en el debate sobre la propiedad intelectual en el nuevo entorno digital, vinculada a la cuestión de las ventanillas únicas. En la medida en que la creación de una obra multimedia obliga en ocasiones a recurrir a un número considerable de obras o prestaciones previas, los productores reclaman que se facilite la obtención de las autorizaciones sobre dichas obras mediante la creación de ventanillas únicas, que pueden obtenerse a través de diversas fórmulas, bien mediante la reagrupación de las diversas entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual en organizaciones de percepción o recaudación superiores, o bien mediante el establecimiento de «cámaras de compensación» dentro de un sistema de centralización técnica de la gestión de derechos a través de bases de datos accesibles en línea que contengan las obras existentes con una descripción de su coste y condiciones de utilización.

Dentro de la obra multimedia podría integrarse, de aceptarse esta categoría en el marco de la propiedad intelectual, a los videojuegos y las páginas *web*. Ninguna de estas obras tienen un régimen específico en el Derecho Internacional. En relación a los videojuegos, la doctrina más autorizada se muestra favorable a protegerlos como obras audiovisuales, con independencia de la tutela dispensada al programa subyacente, siguiendo en este punto las soluciones jurisprudenciales ofrecidas en aque-

En muchos países en que se han planteado ya conflictos, como en Estados Unidos y Alemania (Bouza López, 1997). Una solución similar se propugna respecto a las páginas web, en las que podría establecerse una protección separada y doble al programa de ordenador que subyace y a la presentación visual, pero el problema consistiría en determinar dónde encajar la protección de la presentación visual que en unos casos tendrá acomodo como obra audiovisual, en otros casos como base de datos, etc. dependiendo de las características formales y expresivas de la página.

En suma, no puede descartarse que en el futuro se establezcan normas específicas sobre este tipo de obras, como se ha hecho para programas de ordenador y bases de datos, con el fin de obviar los problemas que plantea la asimilación de estas nuevas obras a los tipos de obras analógicas existentes, perspectiva adoptada hasta el momento por la ausencia de disposiciones expresas.

### Interpretar los contratos de explotación analógicas, aplicados al nuevo entorno digital

Una cuestión suscitada a menudo en los tribunales de diversos países ha sido la relativa a la interpretación de los contratos concluidos para la utilización de obras analógicas cuando esas mismas obras han sido trasladadas a soportes digitales *offline*, incluidas en bases de datos en línea o en páginas web. En la práctica, los casos más numerosos se han referido a la publicación en soportes digitales y en sitios web de artículos de prensa originalmente realizados para la edición en papel de periódicos y revistas sin contar con la previa autorización de los autores. En general, puede decirse que esta batalla ha sido ganada por los titulares de derechos de propiedad intelectual, en este caso los periodistas frente a los editores digitales, ya que los tribunales han interpretado que, en ausencia de estipulaciones contractuales concretas, los autores sólo habían cedido el derecho de utilizar una sola vez y sobre un solo soporte sus obras y que conservaban todos los derechos para la utilización de sus obras sobre nuevos soportes que, además, no eran conocidos en el momento de concluir los correspondientes contratos de cesión de derechos entre autores y editores (Hungenholtz/Kroon, 2000). En definitiva, la publicación digital o en línea, según esta jurisprudencia, constituyen nuevas formas de explotación de las obras que requieren la autorización específica y expresa de los titulares de derechos.

En el mismo sentido, se han resuelto los casos que versaban sobre si los contratos de edición de obras literarias incluían la reserva o no a favor del editor de los derechos de edición electrónica, considerando los tribunales que si dichos contratos no contemplasen expresamente esta reserva quedaban retenidos por el autor y en consecuencia podían ser cedidos a otros editores digitales. La reacción del sector editorial ha consistido en la introducción en los contratos de edición de cláusulas que «están orientadas

a cubrir lo imaginable y hasta lo inimaginable buscando una redacción orientada hacia la exclusividad» (Martínez Ales, 2001), una práctica que no deja de plantear problemas en cuanto a su legalidad en el marco de sistemas jurídicos que intentan preservar al autor frente a una expropiación contractual de los derechos sobre sus obras.

### Los nuevos servicios de acceso condicional en el ámbito de la radiodifusión y los servicios de la S.I.

La tecnología digital ha permitido la consolidación de servicios bajo demanda, en los que las obras y prestaciones protegidas por el derecho de propiedad intelectual son objeto de petición individualizada por parte de los usuarios, englobados bajo la categoría de servicios de la sociedad de la información. Estos servicios abarcan un amplio conjunto de actividades, algunas de carácter meramente técnico y otras relacionadas con la provisión, el acceso, o el almacenamiento de contenidos y han sido definidos en el Derecho comunitario como «todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios». Se trata de una definición muy limitada, que dejaría fuera del concepto todos los servicios de transmisión de datos gratuitos que constituyen todavía la esencia de Internet. Un concepto más amplio de estos servicios se realiza en la *Directiva 2000/311 CE, de 8 de junio de 2000, sobre el comercio electrónico*, en la cual se contemplan también los servicios que no se prestan a cambio de remuneración, aunque se exige en todo caso que representen una actividad económica.<sup>18</sup>

Dentro de los servicios de la sociedad de la información se incluye también el denominado vídeo bajo demanda (en el que el usuario accede al programa seleccionando también el momento del suministro), mientras que el vídeo a la carta (donde el usuario accede al programa deseado que le es suministrado en un momento prefijado por el operador de televisión) se considera que es todavía un servicio de televisión a efectos de su regulación.<sup>19</sup>

En los servicios de la sociedad de la información quiebra el clásico concepto de público que estaba en la base del concepto de comunicación pública, planteándose así el problema de determinar si los actos de explotación de obras intelectuales mediante estos servicios se encuentran cubiertos o no por el derecho de los titulares de la propiedad intelectual de autorizar la comunicación pública de sus obras. La respuesta dada en el plano internacional ha consistido en acuñar un nuevo derecho económico, como veremos más adelante, el derecho de puesta a disposición del público.

Otro problema que suscitan estos servicios de la sociedad de información es el relativo a la responsabilidad de los distintos sujetos que intervienen en su desarrollo, un tema que ha sido tratado con carácter general en la mencionada Directiva sobre el comercio electrónico. En esta se establece el régimen de la responsabilidad de los prestadores de las distintas clases

de servicios por la comisión de ilícitos o de infracciones de todo tipo, incluidas pues las infracciones contra los derechos de propiedad intelectual, tema sobre el que se volverá luego.

Por último, los servicios de la sociedad de la información de provisión de contenidos y de acceso condicional, plantean la cuestión de determinar su protección frente al acceso no autorizado. El tema viene contemplado en la *Directiva 98/1841 CE, de 20 de noviembre de 1998, relativa a la protección jurídica de los servicios de acceso condicional o basados en dicho acceso*, que prohíbe todas aquellas actividades con finalidad comercial sobre dispositivos destinados a eludir el control de acceso a los servicios codificados, pero no crea un auténtico derecho de los prestadores de estos servicios de controlar el acceso no autorizado a sus servicios ni contempla la sanción de los accesos no autorizados realizados por los usuarios individuales. Por otro lado, tampoco el derecho de propiedad intelectual ha contemplado tradicionalmente un derecho de control sobre el acceso a obras y prestaciones codificadas, de forma que ni la normativa internacional ni las legislaciones nacionales ha incluido generalmente en los derechos otorgados a los organismos de radiodifusión el derecho de perseguir el acceso no autorizado a sus emisiones. Pero ese derecho de control sobre el acceso y el uso privado no autorizado a obras y prestaciones protegidas por el derecho de propiedad intelectual se ha implementado recientemente, en el marco de la regulación de los derechos de propiedad intelectual ante Internet como se verá más adelante, lo que supone otra modificación sustancial de los esquemas clásicos sobre los que se asienta el sistema de la propiedad intelectual.

#### 4. La adaptación de los derechos de propiedad intelectual en Internet

Internet constituye un nuevo medio de explotación que puede afectar a una gran parte de las obras protegidas por el derecho de propiedad intelectual, dado que por la red pueden transmitirse todo tipo de informaciones, emisiones de radio, obras musicales, textos, etcétera, planteando la necesidad de acomodar a este medio la regulación de la propiedad intelectual. Esta labor, como hemos señalado, ha sido acometida por los dos Tratados concluidos en el marco de la OMPI el 20 de diciembre de 1996, el primero sobre Derechos de Autor (TDA) y el segundo sobre «interpretación o ejecución y fonogramas» (TIEF), que contempla los derechos de los artistas ejecutantes y productores de fonogramas.

Frente a la relativa simplicidad de los Tratados OMPI, que constituyen únicamente un principio de acuerdo en temas básicos, la *Directiva 2001/1291 CE, 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* (DDASI), es un texto mucho más

complejo. De alguna manera, esta norma culmina el proceso de armonización de los derechos económicos de la propiedad intelectual, encuadrándolos en la simple tríada de derechos de reproducción, de distribución y de comunicación pública, otorgando esos derechos de forma prácticamente similar a los autores y titulares de derechos afines o conexos y declarando la vigencia de esos derechos tanto en el entorno analógico como en el digital.

La Directiva se puede entender como un instrumento para favorecer el desarrollo del comercio electrónico y del mercado interior de los servicios de la información, en definitiva, de la nueva economía de la Sociedad de la Información, ya que la Unión Europea viene estimando que la disparidad entre las leyes nacionales sobre propiedad intelectual y las lagunas existentes en la aplicación al campo digital del derecho de propiedad intelectual, pueden frenar la inversión y el desarrollo de un sector económico clave. No obstante, el éxito alcanzado por la Directiva en la consecución de estos objetivos es más bien modesto, ya que constituye un texto farragoso, de difícil comprensión y plagado de conceptos jurídicos indeterminados, abiertos a múltiples interpretaciones, que no consiguen en definitiva, ofrecer respuestas claras ante las cuestiones claves.

#### Los derechos de propiedad intelectual afectados por la explotación de obras en Internet

Tanto los Tratados de la OMPI como la DDASI tienen una primera función básica: dejar claro que los derechos de propiedad intelectual se aplican también en Internet e identificar concretamente los derechos que pueden verse afectados por la explotación en línea de las obras intelectuales. Estos textos afirman sin lugar a dudas, en concordancia con la doctrina legal y los tribunales de diversos países, que la digitalización de una obra para trasladarla a un soporte electrónico o bien para cargarla en Internet (*uploading*) es un acto de reproducción de la obra que requiere la autorización de los titulares de derechos de propiedad intelectual.<sup>20</sup>

Además del derecho de reproducción, los Tratados OMPI establecen que la transmisión en línea de obras protegidas se encuentra cubierta por «el derecho exclusivo de autorizar cualquier comunicación al público de las obras, de tal forma que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija», términos similares a los contemplados por la Directiva europea. Pero mientras que en la Directiva este derecho forma parte del de comunicación pública, conforme a los Tratados de la OMPI los Estados pueden situar este derecho exclusivo bajo el paraguas del derecho de comunicación pública o de distribución, zanjando así un debate técnico, de menor importancia, que oponía a Estados Unidos y la Unión Europea.<sup>21</sup>

Como consecuencia de estas disposiciones, queda claramente establecido que los proveedores de contenidos, es decir, las personas que introducen

n'bras y prestaciones en la Red, desde particulares, hasta toda clase de empresas o instituciones, deben obtener previamente de los titulares de derechos de propiedad intelectual los correspondientes derechos de reproducción y de puesta a disposición del público. También la descarga de los contenidos protegidos a los que se haya accedido a través de Internet constituye un acto de reproducción que debe ser autorizado por los titulares de los derechos de propiedad intelectual.

## Los sujetos responsables de las infracciones de los derechos de propiedad intelectual

Los proveedores de contenidos y los usuarios de Internet serán, pues, los responsables directos de las infracciones a los derechos de propiedad intelectual.<sup>22</sup> No obstante, el problema que se plantea en las transmisiones en línea es que unos y otros pueden ser difíciles de localizar y además puede ser extraordinariamente complicado actuar contra ellos tanto por su elevado número como por estar situados en diversos países. Por ello, los titulares de la propiedad, intelectual han tratado de ampliar el número de Sujetos responsables por eventuales infracciones de la propiedad intelectual, buscando entre los intermediarios que actúan en el proceso de transmisión que se efectúa en Internet algún responsable más cercano y estable.

La cuestión acerca de la responsabilidad es el tema de fondo que late tras el debate acerca de las denominadas copias temporales en Internet, necesarias para realizar el proceso de transmisión en línea. Estas copias temporales podrían entenderse cubiertas por el derecho de reproducción y sometidas, consecuentemente, a la necesaria autorización de los titulares de la propiedad intelectual, lo que permitiría hacer responsables directos de los contenidos que se transmiten sin respetar los derechos de autor a un amplio número de sujetos. Sin embargo, una pretensión de este tipo simplemente haría inviable a Internet.<sup>23</sup>

Por eso, si bien la DDASI, como antes se ha visto, define el derecho de reproducción en términos tan amplios que a priori podrían incluirse en él todo tipo de copias temporales, a continuación delimita el alcance de ese derecho, estableciendo una excepción al derecho de reproducción que es obligatoria para los Estados miembros (artículo 5.1): «los actos de reproducción provisional a que se refiere el artículo 2, que sean transitorios o accesorios y formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico cuya única finalidad consista en facilitar: a) una transmisión en una red entre terceras partes por un intermediario, o b) una utilización legal de una obra o prestación protegidas, y que no tengan por sí mismas una significación económica independiente, estarán exentos del derecho de reproducción contemplado en el artículo 2».

De este modo se zanja la polémica, descartando como principio general la eventual responsabilidad de los prestadores de servicios de intermedia-

ción técnica (operadores de redes y proveedores de acceso a Internet) por las copias efímeras de contenidos que vulneren los derechos de autor. Tampoco las copias RAM, es decir, las que se efectúan en el ordenador del usuario cuando navega por Internet, generarán responsabilidad siempre que se trate de una utilización legal, es decir, siempre que el titular de la propiedad intelectual sobre la obra hubiese dado su consentimiento para la puesta a disposición del público de la obra y, en el caso sitios *web* de acceso restringido, cuando el usuario reúna las condiciones exigidas para acceder a las mismas.

Sin embargo, la aproximación que la DDASI realiza a este tema es demasiado general y deja muchas cuestiones sin respuesta. Una regulación más matizada se encuentra en la *Directiva 20001311 CE sobre el comercio electrónico*, que regula el régimen de responsabilidad con carácter general, por contenidos ilícitos que vulneren derechos de propiedad intelectual o cualquier otro derecho o interés jurídicamente protegido (derecho a la intimidad, protección de menores, etc.), estableciendo un principio general, según el cual únicamente pueden considerarse responsables de las infracciones que se cometan mediante la transmisión de contenidos en línea a aquellos que tengan conocimiento de su carácter ilícito y posean los medios efectivos para restringir el acceso a esos contenidos. Este principio es similar al adoptado por la *Digital Millenium Copyright Act* de 1998 (DMCA), la ley norteamericana que ha procurado la adaptación de la propiedad intelectual en el entorno digital, que ha influido en la regulación comunitaria (Beghe y Cohen-Tanugi, 2001).

A partir de la formulación de esa idea general, que se concreta también en la prohibición de que los Estados miembros de la Unión impongan a los prestadores de servicios una obligación general de supervisar los contenidos que transmitan o almacenen, la Directiva establece condiciones más concretas para la exoneración de responsabilidad distinguiendo según las funciones que realicen los prestadores de servicios: los prestadores de servicios de intermediación técnica (operadores de red y proveedores de acceso) no serán considerados responsables de la información transmitida salvo que hayan originado la transmisión ellos mismos, hayan modificado los datos o seleccionado éstos; en segundo lugar, los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos proporcionados por terceros responden de la información si tienen conocimiento de la infracción y si no actúan con diligencia para retirar los datos o impedir el acceso a los mismos.<sup>26</sup> Por último, se establecen las condiciones dentro de las cuales los prestadores de servicios de *caching* (memoria tampón o *caching*) no serán considerados responsables por los contenidos ilícitos almacenados.<sup>26</sup>

Nada se contempla en la Directiva, por el contrario, acerca de la responsabilidad por los instrumentos de búsqueda y por la creación de enlaces a contenidos ilícitos, cuestión que sí ha sido regulada en la DCMA y que ya ha planteado varios litigios en EE.UU. y en algunos países europeos (Montero, 1999). Aunque la jurisprudencia en esta materia es contradictoria, los tribunales en general toman como elemento básico para sus decisiones si la

persona que crea el enlace a páginas que almacenan contenidos ilícitos o que incluyen éstas en sus resultados de búsqueda ha tenido conocimiento efectivo del carácter ilícito del sitio al que enlazan o remiten.<sup>26</sup> Sobre la base de estas decisiones y de la regulación contenida en la DCMA, la doctrina propugna por lo tanto equiparar la responsabilidad por enlaces y motores de búsqueda a la exigida a los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de sitios o páginas *web* (Verbiest/Wery, 2001).

Como puede observarse, la responsabilidad de los sujetos distintos de los proveedores de contenidos y usuarios se vincula esencialmente al conocimiento efectivo de la ilicitud de la información transmitida. Por ello, se ha censurado especialmente que la Directiva sobre comercio electrónico no haya precisado el concepto de conocimiento efectivo, a diferencia de la DCMA, donde se contempla una serie de procedimientos formales (de *notice and take down*) para encauzar las demandas de los titulares de propiedad intelectual en orden a la retirada de contenidos ilícitos o la supresión del acceso a los sitios que almacenen dichos contenidos, de modo que únicamente tras haber seguido esos procedimientos podrá considerarse que el prestador de un servicio en línea ha tenido conocimiento del ilícito y exigirse su eventual responsabilidad por infracción de los derechos de propiedad intelectual.

El Derecho comunitario, por lo tanto, a través de las Directivas sobre comercio electrónico y sobre propiedad intelectual, ofrece un principio de respuesta al problema de la responsabilidad de los sujetos que intervienen en las transmisiones en línea cuando éstas vulneren los derechos de propiedad intelectual. Sin embargo, los términos amplios e imprecisos que se utilizan en ambas directivas y la necesidad de interpretar conjuntamente ambos instrumentos, darán lugar sin duda a múltiples problemas de interpretación en un entorno cambiante que arroja continuamente nuevos conflictos de intereses.

Por otro lado, no hay que olvidar actividades que no encajan con precisión en las categorías utilizadas por estas directivas y que hoy en día constituyen mecanismos esenciales de defraudación de la propiedad intelectual, como es el caso de los programas *peer to peer*, o *software* de red distribuida, utilizados para conectar ordenadores de usuarios individuales y realizar el intercambio de archivos musicales o de otro tipo protegidos por derechos de propiedad intelectual. En estos casos, son los usuarios de estos sistemas los responsables directos de las infracciones a los derechos de propiedad intelectual, tal y como se dictaminó en la Sentencia sobre el caso Napster, del Tribunal Federal de Apelaciones, que consideró que los usuarios de Napster infringían el derecho exclusivo de distribución y de reproducción que tienen los titulares de la propiedad intelectual: el primer derecho a cargar y poner a disposición del público ficheros musicales, y el segundo, en el momento de efectuar la descarga de los archivos; y descartó pues que los usuarios hicieran *un fair use* de las obras musicales como alegaba la defensa de Napster. Establecida la responsabilidad de los usuarios, el Tribunal declaró la responsabilidad indirecta de Napster, por contribuir,

mediante su página Web y su programa informático, a que miles de usuarios violasen las leyes de propiedad intelectual.

La resolución de un caso similar al de Napster con la regulación que ofrecen las Directivas comunitarias plantearía múltiples problemas de interpretación,<sup>27</sup> incrementados en los más recientes sistemas de intercambio de ficheros que ya no utilizan un servidor central que organice el tráfico. La cuestión principal, como se ha destacado, es que detrás de estos sistemas «no hay ninguna compañía, sino programadores libremente distribuidos por toda la Red, que trabajan voluntariamente en el desarrollo de un código que esté libremente accesible» (Villate, 2002). Ante este fenómeno del intercambio de copias entre ordenadores personales, las acciones legales, que tendrían que dirigirse contra millones de usuarios, devienen totalmente ineficaces. Y la única solución que podría limitar este fenómeno, que amenaza hoy con arruinar el modelo de negocio de la industria discográfica pero que mañana puede amenazar también a la industria editorial o audiovisual, consistiría en eliminar el derecho de copia privada en el entorno digital, impidiendo a los usuarios cargar copias de las obras protegidas en sus ordenadores personales.

#### Las excepciones a los derechos de propiedad intelectual en Internet

La potencial agresividad de Internet para los derechos de propiedad intelectual por un lado, y por otro, las posibilidades que se abren a los titulares de derechos de propiedad intelectual de controlar el uso de sus obras mediante sistemas de contratación o de licencia en línea, han conducido a un amplio movimiento tendente a limitar al máximo las excepciones tradicionalmente establecidas a los derechos patrimoniales de los titulares de derechos (Lucas, 1998).

Mientras que Internet puede constituir un instrumento decisivo para la difusión de la cultura y de la información, contribuyendo al ejercicio universal de la libertad de expresión e información y garantizando a la postre el pluralismo en el mercado de las ideas, los titulares de derechos de propiedad intelectual han presionado para imponer una regulación que les permita el desarrollo de modelos de negocio de acceso restringido.<sup>28</sup> Pero tanto los Tratados OMPI como la DDASI parten de la necesidad de establecer un equilibrio de intereses, entre los de los titulares de derechos de propiedad intelectual y los representados por las excepciones a esos mismos derechos.

La pauta a seguir viene marcada por los Acuerdos ADPIC adoptados en la Organización Mundial del Comercio en 1994, cuyo artículo 7, donde se recogen sus objetivos, señala que «La protección y la observancia de los derechos de propiedad intelectual deberán contribuir a la promoción de la innovación tecnológica y a la transferencia y difusión de la tecnología, en beneficio recíproco de los productores y de los usuarios de conocimientos

tecnológicos, y de modo que favorezcan el bienestar social y económico y el equilibrio de derechos y obligaciones». Sin embargo, son bien conocidos los efectos que se han tenido en los países en vías de desarrollo la aplicación del sistema de propiedad intelectual propugnado por estos Acuerdos, especialmente en materia de patentes y de programas de ordenador, ya que en la práctica han supuesto la consolidación a nivel mundial del sistema de propiedad intelectual a favor de los intereses de las industrias de los países desarrollados. Y una semejante declaración formal de búsqueda de equilibrio entre los intereses de los titulares de la propiedad intelectual y el interés público puede encontrarse en los Tratados de la OMPI, en los cuales se alude a «la necesidad de equilibrio entre los derechos de los autores y los intereses del público en general, en particular en la educación, la investigación y el acceso a la información».

En el campo concreto del *copyright*, tanto los ADPIC como los Tratados de la OMPI aplican lo previsto en el artículo 9.2 del Convenio de Berna con relación a la copia privada a todas las excepciones posibles a los derechos de propiedad intelectual, de modo que se señala que los Estados podrán establecer limitaciones o excepciones en «determinados casos especiales, que no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos». Se intenta, por lo tanto, ofrecer desde el derecho internacional unos parámetros que determinen la licitud o no de las excepciones que eventualmente puedan introducir los Estados.

La aproximación de la DDASI al problema de las excepciones es más completa, en la medida en que se intenta realizar una armonización de éstas de forma horizontal y global, es decir para las categorías abstractas de los derechos de reproducción y de comunicación pública, con independencia de que los titulares de derechos sean autores y otros de derechos afines, al margen del tipo de obra protegida y de que la explotación se realice en línea o fuera de ella. Hasta el momento, solo se encontraban armonizadas las excepciones respecto de los programas de ordenador y en el caso de los derechos afines en el artículo 10 de la Directiva 92/100/CEE.

Se parte, al igual que en los textos internacionales, de la necesidad de establecer un justo equilibrio entre los derechos e intereses de los derechohabientes y los usuarios (considerando núm. 31). Se establece la excepción obligatoria ya analizada acerca de las copias técnicas efímeras en el artículo 5.1 y, a continuación, se incluyen dos listas de excepciones facultativas que los Estados son libres de introducir o de mantener. En el artículo 5.2 se contemplan así las excepciones facultativas en relación al derecho de reproducción<sup>29</sup> y en el artículo 5.3 las excepciones facultativas comunes a los derechos de reproducción, de comunicación pública y de puesta a disposición del público.<sup>iii</sup> En estas listas se recoge un amplio elenco de excepciones que reúne las establecidas en las normas internacionales y las introducidas por los diversos Estados miembros.

Además, no parece que el sistema de excepciones tenga un carácter *ce-*  
*rrado*, al menos en el entorno analógico, puesto que el último apartado del

artículo 5.3 reconoce la posibilidad de los Estados miembros de establecer excepciones «cuando el uso se realice en otros casos de importancia menor en que ya se prevean excepciones o limitaciones en el derecho nacional, siempre que se refieran únicamente a usos analógicos y no afecten a la libre circulación de bienes y servicios». No obstante, el margen de apreciación de los Estados queda muy limitado, en la medida en que no se les permite introducir limitaciones distintas de las recogidas en la Directiva para los usos digitales, siendo éste el futuro y el verdadero campo de batalla, y dado que ancla el tema de las excepciones en el pasado, al condicionar la validez de las mismas a su previa existencia en la legislación nacional. De alguna manera, lo que se impide a los Estados es el reconocimiento de nuevos intereses públicos que puedan limitar los intereses de los derechohabientes, congelándose la evolución en esta materia.<sup>31</sup>

### La copia privada

Dentro del tema de las excepciones, el caballo de batalla ha sido el de la copia privada. En los debates previos a la adopción de la Directiva una cuestión esencial era si debía establecerse un régimen distinto para la copia analógica y la digital, puesto que algunos sectores defendían la necesidad de suministrar simplemente la excepción de la copia privada digital, alegando que su calidad en copias idénticas al original, y la facilidad de copiar y distribuir en la red, determinan un panorama muy diferente al del mundo analógico, afectando a la propiedad intelectual en su raíz; se concluía así que no se cumplían ya las condiciones que los textos internacionales, desde el Convenio de Berna, establecen para que los Estados puedan disponer excepciones a la propiedad intelectual, puesto que la excepción de la copia privada digital afecta ya a la explotación normal de la obra y causa un perjuicio desproporcionado a los intereses de los titulares de la propiedad intelectual. Pero, como se ha indicado, «una solución de este tipo se enfrentaría con una convicción cultural bastante extendida según la cual hacer copias para uso privado es un derecho inalienable de los individuos, vinculado a la propia formación y al desarrollo de la cultura, que son derechos que tienen una indiscutible relevancia constitucional» (Muñoz Machado, 2000).

En la redacción final de la Directiva se recoge esta idea en el considerando número 38 donde se indica que «la copia privada digital puede propagarse mucho más y tener mayor impacto económico. Por consiguiente, deben tenerse debidamente en cuenta las diferencias entre la copia privada digital y la analógica, y debe establecerse entre ellas una distinción en determinados aspectos», pero no se traduce finalmente en un régimen diferenciado, sino que se regulan conjuntamente las reproducciones en soportes analógicos y digitales; remitiendo la cuestión de apreciar las diferencias entre copia analógica y digital a las legislaciones de los Estados miembros.

La excepción de la copia privada se contempla en el artículo 5.1.b), donde se prevé la posibilidad de que los Estados establezcan excepciones o

limitaciones «en relación con reproducciones en cualquier soporte efectuadas por una persona física para su uso privado y sin fines comerciales siempre que los titulares reciban una compensación equitativa, teniendo en cuenta si se aplican o no a la obra o prestación de que se trate medidas tecnológicas contempladas en el artículo 6» (artículo 5.1.b). Por su parte, el artículo 5.1.b) recoge los requisitos que tradicionalmente se vienen exigiendo para que una reproducción pueda ser considerada una copia privada: a) La copia debe ser para el «uso privado» del copista, una expresión que ha sido polémica, puesto que de la interpretación que se adopte del concepto de ámbito privado depende la amplitud de los usos legales de la copia privada; Si se entiende que uso privado significa uso personal, queda excluida la posibilidad de que el copista por ejemplo distribuya la copia por medio de correo electrónico, mediante grupos de noticias o a través de los sistemas de intercambio gratuito de ficheros;<sup>32</sup> b) la copia debe ser para finalidad no comercial; c) la excepción de copia privada debe acompañarse de sistemas de remuneración compensatoria, lo que supone la extensión del sistema ideado en el entorno analógico para las copias privadas digitales.

La prolongación de la licencia legal de copia privada en el ámbito digital implica por lo tanto la necesidad de definir los soportes 3^ aparatos obligados al pago de la remuneración y en este contexto se ha planteado incluso el «establecimiento de un sistema de recaudación indirecto, cobrando, por ejemplo, un canon a los usuarios a través de las operadoras de telecomunicaciones, en función del uso que hicieran de la red, el cual podrían administrar las entidades de gestión» (Ecija & Asociados, 2000). Como es lógico, esta prolongación de la remuneración compensatoria al ámbito digital cuenta con la oposición de los sujetos obligados al pago: «la posición de la industria europea en el sector de las tecnologías de la información y de la comunicación es clara: el sistema de tasas por copia privada, analógica o digital, no es el medio adecuado para que los autores reciban una compensación equitativa por las pérdidas que les ocasionan estas copias. La tecnología digital no sólo facilita el proceso de copia, sino que introduce nuevos mecanismos de protección y gestión que permiten a los autores recibir una compensación equitativa sin necesidad de la intermediación de una sociedad colectiva» (GRETEL, 1999). La Comisión europea también considera que la remuneración compensatoria es una solución meramente provisional, hasta que puedan implementarse en la práctica medidas tecnológicas que protejan las obras frente a copias no autorizadas por los titulares de la propiedad intelectual.<sup>33</sup>

Entramos así de heno en la problemática principal: el valor de las excepciones en Internet ante las medidas tecnológicas que pueden adoptar los titulares de derechos de propiedad intelectual para proteger obras y prestaciones.

## Las medidas tecnológicas

A través del reconocimiento en el ámbito del derecho de la propiedad intelectual de las medidas tecnológicas de protección de obras y prestaciones, se crea un derecho de control sobre el acceso y el uso de las obras que, tradicionalmente, se ha situado al margen de esta rama del derecho intelectual tanto por motivos prácticos como de protección de los derechos fundamentales de los usuarios. Este derecho de acceso y uso tiene algunos precedentes en las Directivas sobre programas de ordenador y sobre bases de datos, que ya prohibían el acceso no autorizado a esas obras y su copia privada más allá de lo necesario para que el usuario legítimo pudiera utilizar normalmente el producto en los términos establecidos en la licencia. No obstante, el derecho de acceso y uso de estas obras ha tenido una efectividad muy limitada, dada la imposibilidad de detectar y perseguir su infracción, que conllevaría prácticas como los registros domiciliarios en masa, impensables en los regímenes constitucionales europeos.<sup>34</sup>

En el nuevo entorno digital la situación se modifica, dado que es posible adoptar medidas tecnológicas que controlen efectivamente el acceso y uso de las obras.<sup>36</sup> Y estas medidas tecnológicas reciben protección jurídica a partir de los Tratados OMPI de 1996 en los que se establece que «Las Partes Contratantes proporcionarán protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos contra la acción de eludir las medidas tecnológicas efectivas que sean utilizadas por los autores en relación con el ejercicio de sus derechos en virtud del presente Tratado y que, respecto de sus obras, restrinjan actos que no estén autorizados por los autores concernidos o per-

mitidos por la Ley» (artículo 11 TDA y 18 TIEF).

En la misma línea, la Directiva establece una primera obligación de los Estados miembros de adoptar medidas jurídicas contra «la elusión de cualquier medida tecnológica efectiva, cometida por una persona a sabiendas, o teniendo motivos razonables para saber que persigue ese objetivo». Puesto que la Directiva define las medidas tecnológicas como aquéllas que protegen &en 1&S obras y prestaciones frente al acceso y a los usos no autorizados,<sup>36</sup> la regulación comunitaria ha ido más lejos que la DCMA norteamericana, que únicamente sanciona los actos de los usuarios cuando consistan en la elusión de medidas que protejan el acceso a las obras pero no cuando consistan en la elusión de otras medidas que delimiten los usos posibles de las obras (Garrote, 2001).

En segundo término, la Directiva obliga también a los Estados a establecer una protección jurídica frente a la fabricación, importación, distribución, venta, publicidad para la venta o alquiler, o posesión con fines comerciales de cualquier dispositivo, componente o producto que, podemos decir simplificando el complejo enunciado de la Directiva, pueda servir para eludir las medidas tecnológicas y tenga un uso comercial limitado al margen de esa finalidad. Pero la aplicación de esta disposición no dejará de suscitar problemas en la práctica, sobretudo a la hora de determinar cuándo un aparato o aplicación tienen un uso limitado al margen de su utiliza-

ción para eliminar las medidas tecnológicas de protección de las obras, de modo que no se produzca una limitación del desarrollo tecnológico en aras de los derechos de propiedad intelectual.

## Medidas tecnológicas y excepciones

La cuestión esencial de determinar si estas medidas tecnológicas pueden dejar sin efecto las excepciones previstas tradicionalmente se salda en la Directiva de forma muy favorable a la expansión de los derechos de propiedad intelectual, aún citando la formulación de esta solución no es sencilla en el enrevesado sistema adoptado por la Directiva. En primer lugar, hay que efectuar una distinción según que las obras o prestaciones se encuentren licenciadas en línea o no. En el primer caso, la interpretación de la Directiva es sencilla: los titulares de propiedad intelectual tienen un derecho absoluto para condicionar el acceso y los posibles usos de las obras y prestaciones «que se hayan puesto a disposición del público con arreglo a lo convenido por contrato», sin que operen ninguna de las excepciones que pueden introducir o mantener los Estados en base a la Directiva. Por el contrario, cuando las obras no se encuentran licenciadas en línea, aunque sí protegidas por algún tipo de medida tecnológica, la Directiva intenta, aunque con éxito incierto, obtener algún tipo de equilibrio entre los intereses de los titulares de derechos de propiedad intelectual y el interés público cubierto por determinadas excepciones de las recogidas en la Directiva que se privilegian frente a otras.

Se prevé así que «en caso de que los titulares de los derechos no adopten medidas voluntarias, incluidos los acuerdos con otros interesados, los Estados miembros tomarán las medidas pertinentes para que los titulares de los derechos faciliten al beneficiario de una excepción o limitación establecida por el Derecho nacional de conformidad con las letras a), c), d) y e) del apartado 2 del artículo 5 o con las letras a), b) y e) del apartado 3 del mismo artículo, los medios adecuados para disfrutar de dicha excepción o limitación, en la medida necesaria para ese disfrute, siempre y cuando dicho beneficiario tenga legalmente acceso a la obra o prestación protegida».

Es decir, que para que puedan operar las excepciones en este caso de obras o prestaciones no licenciadas en línea, el requisito básico es que el beneficiario de las mismas sea un usuario legítimo, que haya accedido a la obra o prestación cumpliendo con los requisitos exigidos por el titular de la propiedad intelectual. A partir de ahí se limita la posibilidad de los titulares de propiedad intelectual de controlar los posibles usos de la obra o prestación mediante medidas tecnológicas, pues los Estados deben tomar medidas —jurídicas se entiende— para garantizar al usuario legítimo el beneficio de ciertas excepciones,<sup>37</sup> entre las cuales no se incluyen las justificadas por la libertad de expresión y de información, ni la copia privada.

En relación a la copia privada, dentro de las obras no licenciadas en línea, se llega al máximo grado de complejidad en el intento de no excluirla

totalmente: los Estados miembros podrán adoptar medidas para permitir que el usuario legítimo pueda efectuar alguna copia privada de la obra o prestación protegida por medidas tecnológicas, siempre que se cumplan determinadas condiciones: a) que se asegure a los titulares de derechos de propiedad intelectual una compensación equitativa; b) que se cumpla lo establecido en el artículo 5.5 (que las medidas adoptadas por los Estados no entren en conflicto con la explotación normal de la obra o prestación y no perjudiquen los intereses legítimos del titular del derecho y finalmente); y c) que no se impida a los titulares de los derechos de propiedad intelectual la adopción de medidas adecuadas respecto del número de reproducciones.

En definitiva, mientras que los titulares de derechos de propiedad intelectual no podrán efectuar un control absoluto sobre las posibles utilidades que realice el usuario legítimo sobre una obra o prestación protegida por medidas tecnológicas pero que no encuentran licenciadas en línea, en el caso de las obras licenciadas en línea, puesto que el control del titular de derechos de propiedad intelectual puede ser completo, se excluye definitivamente el interés público representado por las excepciones. El negocio en línea es el negocio sin paliativos.

En suma, el esfuerzo realizado por la Directiva para conciliar los intereses públicos cubiertos por las excepciones a la propiedad intelectual y las demandas de los titulares de esos derechos de limitar al máximo dichas excepciones en el entorno digital, ha dado como resultado una regulación extraordinariamente compleja y de difícil aplicación práctica. Como se ha señalado, «que la cuestión de las excepciones sea políticamente delicada, es un hecho, pero esto no implica una solución tan demagógica e impracticable» (Dussolier, 2001). Se corre por lo tanto el riesgo de que los Estados, a la hora de acomodar sus leyes internas a la Directiva, interpreten de forma dispar las oscuras disposiciones de la Directiva, reabriéndose un debate que no se puede considerar resuelto.

## Obligaciones relativas a la información para la gestión de derechos

En los Tratados de la OMPI se incluyó por vez primera en el Derecho Internacional la regulación de la denominada «información sobre la gestión de derechos» que consiste, según esos mismos Tratados, en la información «que identifica a la obra, al autor o al titular de cualquier derecho sobre la obra, la información sobre los términos y condiciones de utilización de las obras, y todo número o código que represente tal información».

Se ha entendido que esta información es necesaria en un ambiente de explotación muy intensa de obras para facilitar la negociación de las cesiones de derechos de propiedad intelectual. Pero además es un paso previo para introducir los denominados sistemas para la gestión de derechos de autor, que permitirán gestionar la remuneración económica por cada acce-

so o uso de las obras y prestaciones protegidas.<sup>38</sup> Estos sistemas no son reconocidos en los Tratados OMPI que, al igual que la DDASI, se limitaron a proteger jurídicamente el concepto más limitado de información para la gestión, base sobre la cual podrán adoptarse los sistemas de gestión.

Así el artículo 12 del TDA ( y en términos similares el artículo 19 del TIEF) establece la obligación de los Estados de asegurar jurídicamente la información para la gestión, estableciendo sanciones penales o civiles, frente a dos tipos de comportamientos: a) la supresión o alteración sin autorización de cualquier información o frente a la distribución; b) la importación para su distribución, emisión o comunicación al público sin autorización de obras sabiendo que su información ha sido suprimida o alterada.

Se requiere para que estos actos sean considerados ilícitos que se sepa o se tengan motivos razonables para saber que se está induciendo, permitiendo, facilitando u ocultando una infracción de los derechos de propiedad intelectual contemplados en el Convenio de Berna o en los propios Tratados de la OMPI. Este requisito del conocimiento descarta la posibilidad de que incurran en responsabilidad los intermediarios en la transmisión digital por el mero hecho, por ejemplo, de comunicar obras con información errónea y también se requiere una intención específica consistente en defraudar los derechos de propiedad intelectual. La Directiva establece una protección de la información para la gestión de derechos muy similar a la que se recoge en los Tratados OMPI, sólo que incluye también una referencia a la protección del derecho *sui generis* sobre bases de datos a través de este tipo de información.

Con la protección jurídica de la información para la gestión, el Derecho Internacional está poniendo en definitiva las bases para que puedan implementarse los sistemas electrónicos de gestión de derechos, que plantean algunos interrogantes acerca de la funcionalidad de las entidades de gestión colectiva, cuyo papel puede verse reducido en el futuro. Pero, sobre todo, los sistemas de gestión plantean la necesidad de limitar su uso de forma que respeten el derecho a la intimidad de los ciudadanos. En este sentido, el considerando número 57 de la Directiva señala que los sistemas que permitan «procesar los datos personales sobre hábitos de consumo de las prestaciones protegidas por parte de personas individuales y el seguimiento de los comportamientos en línea» deben incluir garantías de respeto de la intimidad. Se ha interpretado así, que «los sistemas de *monitorig* pueden eludirse —por los usuarios— sin incurrir en responsabilidad alguna si dichos sistemas recogen o utilizan los datos de carácter personal de los usuarios de una manera contraria a la legislación nacional sobre protección de datos... El problema es que en la práctica la mayoría de los usuarios no van a tener ni las herramientas ni los conocimientos técnicos para eludir dichas medidas, lo que de facto está creando un derecho de recogida de datos acerca del usuario medio de Internet» (Garrote, 2001).

Estos avances del derecho de la propiedad intelectual en búsqueda de una protección para las obras intelectuales y los modelos de explotación en línea de dichas obras han generado un amplio movimiento de oposición,

en el que se reclama ya el simple 3' analógico «derecho a leer», habiéndose indicado que «el derecho nos conduce hacia un momento en que leer, ver y oír puede estar sometido al control del copyright», transformándose cada día más el derecho de propiedad intelectual en una policía del *copyright* que intenta reprimir los actos de los usuarios particulares (Latinan, 2001). Sin embargo, no hay que olvidar que los avances del derecho de propiedad intelectual vinculados a la protección tecnológica se encuentran afectados en su raíz por la relativa facilidad con que es posible dejar sin efecto esas medidas de protección en el clima actual. Aunque el Derecho establezca las acciones legales para que los titulares de la propiedad intelectual puedan perseguir el acceso o las copias no autorizadas, o los equipos y el *software* que facilitan la eliminación de medidas de protección, incluso si el derecho legitima para perseguir los enlaces de Internet hacia sitios que contienen esos elementos, hay que dudar muy seriamente de la eficacia de esta concepción policial y represiva que se enfrenta a millones de actos particulares de desobediencia.

## 5. Los temas excluidos de la regulación internacional

En definitiva, la adaptación de la propiedad intelectual al entorno digital por parte del Derecho internacional se encuentra todavía en una fase inicial y de aproximación general, y hay muchas cuestiones que no han sido abordadas, entre ellas hay dos fundamentales: la ausencia de previsiones acerca de los denominados derechos morales o personales de propiedad intelectual, y la falta de acuerdo sobre la ley aplicable en los casos en que se lesiona la propiedad intelectual a través de un medio de explotación de las obras de carácter global como es Internet.

### Los derechos morales

El Derecho internacional se la centrado hasta el momento en ofrecer respuesta a los problemas de explotación económica de las obras en el entorno digital, sin debatir siquiera las cuestiones que pueden plantearse en relación a los derechos morales o personales de los creadores. Tales derechos ocupan un lugar residual en el Derecho Internacional. El Convenio de Berna no los contempló hasta su revisión de 1928, con un nuevo artículo 6 bis que señala que «independientemente de los derechos patrimoniales del autor e incluso después de la cesión de estos derechos, el autor conservará el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación».

La inclusión de los derechos morales en el Convenio de Berna junto con algunas otras cuestiones (como la ausencia de formalidades adminis-

trativas para la adquisición de los derechos de autor en el Convenio) determinó la negativa de EEUU a ratificarlo. En la misma línea, los Acuerdos sobre propiedad intelectual alcanzados en 1994 en el marco de la Organización Mundial del Comercio, remiten en materia de *copyright* al Convenio de Berna, pero se excluye expresamente la aplicación del artículo 6bis) de esa Convenio. La actitud reacia de EEUU a admitir estos derechos, que introducen elementos no controlables por las industrias, al plantearse como derechos inalienables e irrenunciables para los creadores, que podrían (por ejemplo con el reconocimiento de un derecho a la integridad de la obra) interferir en los derechos exclusivos a la explotación de las obras cedidos a productores y distribuidores (Litman, 2001), puede explicar el hecho de que no se haya debatido tampoco el tema de los derechos morales en la Conferencia Diplomática que preparó el TDA, a pesar de las reiteradas advertencias sobre las negativas consecuencias que pueden derivar de la explotación en línea para los derechos morales de autor.

Por otro lado, el tema de los derechos morales podría cobrar una enorme importancia de desarrollarse sistemas de *copyleft* para cubrir obras intelectuales de todo tipo. En este tipo de sistemas, donde se autorizaría expresamente la distribución libre de las obras e incluso la modificación de las mismas, lo que más puede importar a sus autores es precisamente ver reconocida su aportación intelectual y preservar su original aportación frente a versiones modificadas de la misma.

#### .La legislación nacional aplicable en el ámbito del Derecho internacional

Otro problema no resuelto a nivel general en las transmisiones digitales a través de Internet consiste en determinar la ley aplicable cuando se comete una infracción, sea del tipo que sea, en los mensajes distribuidos a través de la red. Esta problemática de carácter general tiene una incidencia especial en materia de propiedad intelectual, puesto que se prevé que serán frecuentes los casos de lesión de estos derechos en un entorno que permite una explotación a escala planetaria de las obras, pero no ha sido abordada hasta el momento, rigiendo en esta materia los principios que con carácter general establece el Convenio de Berna. No obstante, estos principios generales del Convenio distan de estar claros, habiendo planteado j'a problemas abundantes de interpretación en la explotación analógica, que se agravan ante las transmisiones digitales.

En efecto, la regla básica del Convenio de Berna determina que «la extensión de la protección, así como los medios procesales acordados al autor para la defensa de sus derechos, se regirán exclusivamente por la legislación del país en que se reclama la protección» (artículo 5.2). Y el otro principio básico consiste en el tratamiento nacional, o asimilación del extranjero al nacional. Una interpretación simplista de estos principios, tampoco

enteramente correcta, llevaría a la conclusión de que sería aplicable la ley del país en que se produce el acto de lesión de la propiedad intelectual.

Pero en el caso de Internet no resulta fácil determinar dónde se ha producido el ilícito y la ley aplicable en consecuencia, pudiéndose entender que es el país donde se realiza la puesta en línea de la obra, o desde donde se realiza la descarga (*downloading*). Ambas propuestas presentan inconvenientes: la primera, porque a menudo puede ser difícil determinar la ubicación física del servidor web origen de la transmisión y porque se puede provocar una deslocalización de las transmisiones, fomentando paraísos piratas, con servidores instalados en países de leyes con menor nivel de protección a la propiedad intelectual. La segunda opción, porque obligaría a los demandantes a ir solicitando fragmentariamente la protección de sus derechos en cada país y a tener en cuenta todas las leyes existentes en el globo, que pueden diferir en cuestiones esenciales. Estos inconvenientes han determinado que se propongan otros criterios a tomar en cuenta para determinar la ley aplicable, sin que se haya adoptado ninguna solución al problema ni a nivel internacional ni comunitario.

En todo caso, las soluciones basadas en la técnica del conflicto de leyes, es decir, en el intento de determinar a través de criterios estables la ley nacional de aplicación, solo pueden funcionar como un paso intermedio hasta que se realice una armonización real del derecho de propiedad intelectual a escala internacional. Los intereses de los titulares de propiedad intelectual pugnarán sin duda en este sentido.

## ¶ Conclusiones: por un nuevo equilibrio con el interés público

La adaptación del derecho de autor a las nuevas condiciones de producción y difusión de las obras intelectuales ha conllevado un aumento paulatino y constante de los derechos de propiedad intelectual, acogiendo nuevas modalidades de obras, reconociendo derechos a colectivos distintos de los autores, ampliando los derechos patrimoniales para acomodarlos a las nuevas ventanas de explotación comercial de las obras, extendiendo el plazo de protección de los derechos y limitando, por el contrario, el alcance de las excepciones de interés general. Esta tendencia, iniciada en el mundo analógico, se prolonga y refuerza en la regulación internacional en el entorno digital.

Así, en las primeras obras digitales que cuentan con una regulación propia, programas de ordenador y bases de datos, se rebaja el requisito de la originalidad que está en la base del derecho de autor para poner el acento en la necesaria protección de la inversión económica para el desarrollo de estos productos y se crea un derecho de mero uso no conocido antes en el Derecho de autor, prohibiendo al tiempo la copia privada. Ante las trans-

misiones en línea de obras y prestaciones protegidas por el Derecho de la propiedad intelectual se implementa un nuevo derecho económico: de puesta a disposición del público y se consolida un derecho de los titulares de la propiedad intelectual de autorizar el acceso y uso privado de las obras intelectuales, al reconocerse la protección jurídica que los Estados deben establecer sobre las medidas tecnológicas que delimiten el acceso y los usos de las obras.

A través de la protección jurídica de las medidas tecnológicas y de los sistemas de gestión electrónica de los derechos de propiedad intelectual es teóricamente posible que los titulares de la propiedad intelectual recuperen el control total sobre los usos de las obras y prestaciones protegidas cuando éstas se encuentren licenciadas en línea, es decir, cuando sean de acceso condicional. Los instrumentos internacionales elaborados para adaptar los derechos de propiedad intelectual al entorno digital han tenido, pues, como objetivo principal el de establecer las bases para que sean posibles los negocios de acceso condicional en línea, lo que muestra el interés de las industrias de la información y del entretenimiento por ocupar el espacio público en la red.

Sin embargo, esta evolución, que confía la preservación de los derechos de propiedad intelectual a la tecnología, reduce el Derecho de la propiedad intelectual a un simple guardián frente a los actos de elusión de las medidas tecnológicas de protección, sitúa en primer plano la autonomía de la voluntad de los titulares de los derechos de propiedad intelectual y cierra el proceso de expansión del derecho de la propiedad intelectual que se asimila así al general y más amplio derecho de propiedad a secas, frente al cual no operará ninguna de las excepciones que tradicionalmente se vienen estableciendo a los derechos de propiedad intelectual en aras de preservar intereses de carácter público.

Así, el interés público representado por las excepciones a los derechos de propiedad intelectual ocupa un espacio cada vez más residual. El delicado equilibrio entre derechos de propiedad intelectual e intereses públicos (derecho de acceso a la cultura, libertad de información y derecho a la intimidad), que aún intenta preservar la DDASI, únicamente operará pues, en relación a las obras y prestaciones en línea que no se encuentren integradas en modelos de negocio de acceso condicional. En éste espacio más reducido, de comercialización *offline* de obras digitales o de explotación en línea de obras y prestaciones bajo modelos que no están basados en el control de acceso, los titulares de la propiedad intelectual podrán adoptar medidas tecnológicas de protección, pero los Estados miembros aún podrán conservar ciertas excepciones o utilidades lícitas de las obras, aunque menos numerosas ya que en el entorno analógico. Los Estados de la Unión Europea habrán de aprovechar, pues, los escasos espacios que deja la Directiva para introducir límites a los derechos de propiedad intelectual en la transposición de la norma comunitaria a sus ordenamientos nacionales.

Con especial cuidado deberá contemplarse en el futuro a nivel internacional y comunitario la regulación de los sistemas para la gestión de dere-

chos de autor, que suponen una amenaza potencial para el derecho a la intimidad de los ciudadanos.

A pesar del reconocimiento de estos derechos casi absolutos de los titulares de la propiedad intelectual, el éxito de este derecho frente a los actos de acceso de utilización no autorizados de obras y prestaciones protegidas es muy incierto. No basta la formulación de derechos sobre el papel, ni la amenaza potencial de un sistema de sanciones jurídicas dirigido a todos los que intervengan en las transmisiones en línea y tengan conocimiento de que los contenidos de dichas transmisiones vulneran los derechos de propiedad intelectual. En los sistemas de distribución descentralizada de contenidos que proliferan en Internet, la policía del *copyright* y los sistemas judiciales de los Estados miembros difícilmente podrán enfrentarse contra millones de actos de desobediencia cometidos por los usuarios. Es necesario, por el contrario, convencer acerca de la necesidad del cumplimiento del derecho.

Sin embargo, el movimiento de contestación y de cuestionamiento del sistema de propiedad intelectual crece constantemente. Por un lado, animado por lo que se considera una injusta apropiación por parte de los conglomerados industriales de la cultura y el entretenimiento, que acaparan el mayor número de los derechos de propiedad intelectual, favorecidos por un Derecho que siempre ha facilitado ese trasvase a favor de las organizaciones empresariales, en detrimento de los derechos de los creadores y del acceso de los usuarios. Por otro lado, alentado también por la conciencia de que en la red el peso de los distribuidores de contenidos culturales e informativos puede ser mucho menor que en el entorno analógico, puesto que la distribución de contenidos se genera de forma espontánea. El mantenimiento de la propiedad intelectual se vincula así a la prolongación en la red de los esquemas de producción centralizada y de distribución selectiva que se dan en el entorno analógico. Por último, la vinculación que se establece en los textos internacionales entre derechos de propiedad intelectual en el entorno analógico y modelos de negocio de acceso condicional hace recelar de la apropiación del espacio público y gratuito de la red por las industrias.

Entre estos dos polos opuestos, los creadores -autores y artistas intérpretes o ejecutantes- son los convidados de piedra en el debate internacional acerca de la propiedad intelectual en el entorno digital. Sus intereses no pueden identificarse enteramente con los de los grandes grupos, de los cuales pueden incluso liberarse en un entorno de descentralización de la distribución de los contenidos como es Internet; pero tampoco podrán ser garantizados por el discurso de oposición a la propiedad intelectual, que no ha sido capaz hasta el momento de formular los mecanismos para que los creadores obtengan una remuneración adecuada a su trabajo intelectual si se prescinde de los sistemas de propiedad intelectual. Es necesario, pues, volver a situar a la creación y a sus protagonistas en el centro del debate sobre la propiedad intelectual.

Las soluciones más realistas acerca de cómo proteger los intereses de los creadores en el entorno digital pasan seguramente por extender a ese

nuevo mundo algunos de los mecanismos existentes actualmente en el entorno analógico:

- Por un lado, la remuneración compensatoria por copia privada, que no debería ser entendida como una solución transitoria a la espera del desarrollo de las medidas tecnológicas de protección de las obras, sino como una respuesta estable para conciliar la remuneración a los autores con el derecho de los ciudadanos de acceso a la cultura y la información.
- Por otro lado, sería conveniente extender a las transmisiones en línea el sistema de remuneración de gestión colectiva que existe en el marco del derecho de comunicación pública en el entorno analógico, sustentado sobre el esquema de licencias legales con el paralelo derecho a obtener remuneraciones por las utilidades masivas de las obras.
- \* Los Estados deberían promover que las tarifas establecidas por las sociedades de gestión, como contrapartida por la utilización en línea de obras intelectuales, tuvieran en cuenta el carácter comercial o no comercial de los servicios desarrollados.

Se trata de avanzar en la máxima distribución de los contenidos culturales y estos mecanismos son precisamente los que pueden favorecer la utilización masiva de las obras sin perjuicio de la remuneración a los creadores. Entre ellos deberían contemplarse también a los artistas intérpretes de los medios audiovisuales que hasta el momento no han visto reconocidos sus derechos de propiedad intelectual en el Derecho Internacional.

La prolongación de estos elementos de la propiedad intelectual al entorno digital puede verse acompañada del ensayo de nuevas fórmulas de distribución de contenidos bajo licencias de tipo GNU que han sido implementadas con éxito hasta el momento en el ámbito del *software*. Los Estados deberían promover la utilización de los productos cubiertos actualmente por este tipo de licencias en Administraciones e instituciones públicas y fomentar el desarrollo de servicios culturales y de información bajo los mismos esquemas de *copyleft* con el objetivo de incrementar el espacio público en la Red, un contrapunto necesario a los modelos de negocio que con el apoyo de los últimos desarrollos del derecho de propiedad intelectual quieren consolidarse en el espacio virtual. Pero, al mismo tiempo, habrá de reforzarse la protección de los derechos morales o personales de los creadores, puesto que el reconocimiento de la autoría de la obra o prestación artística en cada una de las versiones tendrá una importancia decisiva para que los creadores se decidan a participar en estos espacios de distribución libre de contenidos.

1 1

p

i

ü

1

„;

i i

1. En 1988 la Comisión de la Comunidad Europea publica el Libro Verde sobre los derechos de autor y el reto de la tecnología. COM (88)172 final. El documento de la Comisión titulado Acciones derivadas del Libro Verde. COM (90)584 final contiene las propuestas de acción comunitaria en la materia que se han traducido en diversas Directivas.

2. Estos Acuerdos manejan el concepto amplio de propiedad intelectual que se utiliza en EEUU y otros países, englobando bajo esa denominación no sólo los derechos de autor y conexos (derechos de los artistas intérpretes y ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión) sino también las marcas, patentes, secretos comerciales y todos aquellos otros mecanismos de protección de la propiedad inmaterial de carácter comercial o intelectual. Por el contrario, cuando en este trabajo nos referimos a la propiedad intelectual utilizamos el término en el sentido en que lo hace la legislación española, que establece una nítida separación entre propiedad intelectual y propiedad industrial, integrando en este último concepto, entre otras cuestiones, marcas y patentes.

3. Así, en 1948 se integra plenamente la cinematografía en el ámbito de aplicación del Convenio de Berna, introduciéndose también una referencia a la fotografía. Los programas de ordenador reciben su primera protección a través de la Directiva 91/250/CE, sobre protección jurídica de los programas de ordenador, que parte del principio de que serán protegidos como obras literarias en el sentido del Convenio de Berna, opción que es refrendada en los ADPIC de 1994. En estos Acuerdos se protegen además por vez primera las bases de datos.

4. Este proceso culmina con la aprobación de la Convención de Roma de 1961, sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión. Los ADPIC vuelve a reiterar la protección internacional de estos colectivos. El Tratado de la OMPI adoptado el 20 de diciembre de 1996 ofrece una protección complementaria a los artistas ejecutantes y productores de fonogramas ante el entorno digital. Hay que destacar que en las normas mencionadas no se hace alusión alguna a los productores de grabaciones audiovisuales, probablemente por influjo de legislación norteamericana, donde el productor de estas obras es considerado autor, sin necesidad por lo tanto de reforzar la protección de sus intereses con ningún otro derecho (Bercovitz-Rodríguez Cano, en Comentarios, p. 1665). Por el contrario, la Directiva 92/100/CEE, de 19 de noviembre, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual, introduce ya la protección de los productores de «las primeras fijaciones de películas», un concepto todavía más restringido del de productor de grabaciones audiovisuales que maneja la Ley española de Propiedad Intelectual de 1996 (LPI). También hay que subrayar que los artistas, intérpretes y ejecutantes del medio audiovisual no disfrutan de derechos conexos sobre las obras audiovisuales en los instrumentos internacionales mencionados, pero sí en el sistema de propiedad intelectual implementado por las Directivas de la Unión Europea.

5. Lo que se traduce en la Ley de Propiedad Intelectual española en la calificación de la obra audiovisual como obra en colaboración y no como obra colectiva.

6. Así se argumenta que la propiedad intelectual tal y como se desarrolla en la actualidad favorece prioritariamente a los productores que pueden por esta vía disminuir al máximo los costes fijos de producción, compartiendo con el autor los ries-

gos de la misma, cuestionando si la remuneración bajo forma de salarios o de honorarios fijos y el empleo de otros medios públicos de intervención como el derecho social, la subvención o la fiscalidad, no tendrían una mayor eficacia para promover la creación (Merges, 1995). En esta línea se propugna una revisión o incluso una abolición de la propiedad intelectual: «Si se deroga el *copyright law*, la creatividad no se detendrá. Al contrario, podríamos ver una radical descentralización de la creatividad» (Halbert, 1999).

7. Así inicialmente el Convenio de Berna contemplaba los derechos de los autores de autorizar la reproducción, la transformación, representación y ejecución pública de las obras.

8. No obstante, esta categorización de los derechos económicos, que refleja bien la legislación española y la regulación comunitaria, no tiene una validez universal, puesto que la denominación de los diferentes derechos varía de un país a otro.

9. En la Convención de Berna se incluye una referencia a la copia privada (artículo 9.2) que procede de la revisión del Convenio efectuada en 1967. El artículo 9.1 otorga a los autores de obras literarias y artísticas el derecho exclusivo de autorizar la reproducción de sus obras por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma. En el apartado 2 sin embargo se señala que «se reserva a las legislaciones de los países miembros de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal de que esa reproducción no afecte a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor».

10. Así en el ordenamiento jurídico español se ha reducido su alcance en el campo de las obras impresas mediante un Reglamento de 1992, que no considera copia privada la que se realiza en establecimientos públicos dedicados a la actividad de fotocopiado o en aquellos otros que disponga de máquinas reproductoras para utilización pública. Todos ellos deben obtener una licencia de CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) que les autoriza a realizar copias en determinadas condiciones.

11. En esta norma ofrece una doble protección de las bases de datos: por una parte, mediante el derecho de autor para la estructura de las bases que por reunir el criterio de la originalidad en «la selección o disposición de su contenido constituyan una creación intelectual de su autor». Por otra parte, se crea un nuevo derecho *sui generis* para proteger el contenido de las bases de datos que no cumplan tal requisito de originalidad, que consiste en la posibilidad que tiene el fabricante de «prohibir la extracción y/o reutilización de la totalidad o de una parte sustancial del contenido de ésta, evaluada cualitativa o cuantitativamente, cuando la obtención, la verificación o la presentación de dicho contenido representen una inversión sustancial desde el punto de vista cuantitativo o cualitativo».

12. La licencia de tipo *copyleft* (*GNU General Public License*), que autoriza para la utilización de estos programas, utiliza los parámetros propios del derecho de la propia intelectual, invirtiendo su finalidad última. De esta manera, la licencia de código abierto permite la libre modificación de los programas y su distribución posterior, obligando precisamente a mantener la libertad de utilización y de modificación de las versiones modificadas e impidiendo que caigan en esquemas de software propietario.

13. COM (2002) 92 final, de 20-2-2002

14. Como muestra del debate generado, vid. <http://www.petition.eurolinux.org/consultation>

15. En España la mayor parte de la doctrina destaca sus similitudes con la obra audiovisual pero también las dificultades que se plantean en la aplicación a la misma de las disposiciones pensadas para la obra audiovisual (Pérez de Castro, 1999).

16. Directiva 98/48/CE de 20 de julio 1998, del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas y de las reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información.

17. Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior.

18. Esta Directiva indica que «los servicios de la sociedad de la información no se limitan únicamente a los servicios que dan lugar a la contratación en línea, sino también, en la medida en que representan una actividad económica, son extensivos a servicios no remunerados por sus destinatarios, como aquellos que consisten en ofrecer información en línea o comunicaciones comerciales, o los que ofrecen instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos. Los servicios de la sociedad de la información cubren también servicios consistentes en transmitir información a través de una red de comunicación, o albergar información facilitada por el destinatario del servicio» (Considerando núm. 18).

19. La explotación de obras protegidas por el derecho de propiedad intelectual a través de servicios no interactivos de televisión codificada se considera cubierta por el derecho de comunicación. Así se desprende de la Directiva 93/83/CEE del Consejo, de 27 de septiembre de 1993, sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión por satélite y de la distribución por cable, en la cual se señala que «cuando las señales portadoras de programas se emitan de manera codificada existirá comunicación al público siempre que se proporcionen al público por la entidad radiodifusora, o con su consentimiento, medios de descodificación». Como puede observarse la Directiva se refiere sólo al caso de la televisión por satélite, pero igual solución puede aplicarse a la televisión codificada transmitida por otros sistemas técnicos, tal y como hace nuestra Ley de Propiedad Intelectual en su artículo 20. El video a la carta recibiría pues el mismo tratamiento jurídico que la televisión codificada o de acceso condicional no interactiva.

20. Así en el Tratado de la OMPI se señala que «el almacenamiento de una obra protegida sobre un soporte electrónico constituye una reproducción en el sentido del artículo 9 del Convenio de Berna». La Directiva europea, por su parte, adopta una noción muy amplia del derecho, de reproducción, que hasta esta norma no se encontraba armonizado a nivel comunitario, otorgando a los autores y titulares de derechos afines (artistas, productores de fonogramas, productores de las primeras fijaciones de películas y organismos de radiodifusión), «el derecho exclusivo a autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma» de las obras o prestaciones protegidas. Este concepto incluye pues cualquier tipo de reproducción de la obra, también por lo tanto las que se realizan cuando el usuario de Internet descarga una obra en su ordenador personal.

21. Mientras que la Unión Europea proponía la aplicación cumulativa de los derechos de reproducción y de comunicación pública a las transmisiones digitales; EE.UU. defendía la aplicación del derecho de distribución en una versión adaptada al entorno Internet, la distribución por transmisión, solución que previamente se

irtrbía adoptado en su ordenamiento interno a través de la Digital Performance Right in Sound Recording Act de 1995, primera norma que abordó la problemática de los derechos de propiedad intelectual en el ámbito del creciente mercado de la música en línea y en la cual se otorgaba a los productores de fonogramas un derecho de autorizar la distribución digital de los fonogramas. Esta opción sin embargo no encajaba en los conceptos manejados por la Unión Europea, donde el derecho de distribución siempre se ha aplicado a las modalidades de explotación en las que se manejan ejemplares materiales de obras. El ejercicio del derecho de distribución se recoge finalmente en los Tratados OMPI pero limitado a los casos de ejemplares materiales. La aplicación del derecho de comunicación pública defendida por la Unión Europea, además de la oposición de EEUU, tenía el inconveniente de que en el Derecho internacional no se había formulado en aquellos momentos un concepto amplio de comunicación pública, tal y como se recoge por ejemplo en la ley española, que pudiera englobar también los servicios a demanda de obras bajo petición individualizada (Garrote, 2001).

22. Como se ha indicado una cuestión del máximo interés es determinar «la posibilidad de que el *up-loading* pueda estar amparado por alguno de los límites al derecho de autor que dispone la normativa en vigor» (Massaguer, 1997). En efecto, ésta fue una de las cuestiones claves en el caso Napster, pues se trataba de determinar si la actividad de los usuarios del sistema, al cargar ficheros musicales para su intercambio con otros usuarios, estaba o no permitida por alguna excepción legal a los derechos de propiedad intelectual integradas en el concepto del *fair use*. En concreto, el Tribunal Federal de Apelaciones rechazó que el comportamiento de los usuarios estuviera cubierto por la excepción del *sampling*, por el que se autorizan reproducciones temporales realizadas antes de una posible compra con carácter promocional o por la excepción de *space-shifting*, según la cual es posible realizar una copia privada de una obra musical previamente adquirida. Además el Tribunal consideró que en el caso no se daban las condiciones que en el derecho norteamericano se requieren para que pueda alegarse el *fair use* puesto que los usuarios perseguían una finalidad comercial (eludir los costes de adquisición legal de las obras), las obras afectadas eran obras de ficción que tienen un mayor nivel de protección que las *fact-based works*, se descargaba en la red la totalidad de la obra y no fragmentos de la misma 3', lo más definitivo, a través de este uso de obras musicales, se afectaba, en opinión del Tribunal, al mercado potencial de las obras musicales reduciendo las ventas de discos compactos y creando barreras de entrada para los demandantes, las compañías discográficas, en el mercado de la venta de música *on Une*.

23. Se ha señalado que «ni siquiera los más encendidos defensores de un concepto amplio de reproducción afirman seriamente que estas reproducciones deban catar sometidas a la autorización del titular del derecho de reproducción» (Garrote, 2001), por lo que mediante la pretensión a todas luces desorbitada de que las copias temporales quedaran incluidas en el derecho de reproducción «los titulares de derechos buscan sobre todo poder localizar 3' bloquear una explotación ilícita por vía de los intermediarios, más fáciles de localizar que los propios causantes de la lesión» (Dussollier, 2001).

24. Los tribunales han declarado ya en varias ocasiones la responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento por contenidos procedentes de terceros que vulneraban los derechos de propiedad intelectual. Así por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Superior de Munich de 5 de marzo de 2001, condenó a AOL Alemania por el mantenimiento de un foro de intercambio de música en el que algunos usua-

rios colocaron archivos musicales que no contaban con la autorización de los titulares de los derechos (disponible en <http://www.cr-international.com>). También un prestador de servicios belga fue declarado responsable por haber alojado sitios que ofrecían enlaces hacia otros sitios que incluían música no autorizada (Tribunal de comercio de Bruselas, 2 de noviembre de 1999, disponible en <http://www.dirut-tech-nologie.com>).

25. Se suele interpretar que las copias caché no reúnen los requisitos que establece el artículo 5.1 de la DAIS para quedar excluidas de derecho exclusivo de reproducción, dado que no son esenciales para la transmisión en Internet sino que únicamente facilitan dicha transmisión y que además pueden tener una significación económica independiente. En consecuencia, el régimen de responsabilidad de los prestadores de estos servicios por infracciones a la propiedad intelectual debe buscarse exclusivamente en la Directiva sobre comercio electrónico, según la cual el prestador de un servicio en línea no será responsable ante infracciones legales de cualquier tipo cuando cumpla determinadas condiciones: a) que la copia se haya realizado con la única finalidad de hacer más eficaz la transmisión ulterior de la información; b) que no haya modificado la información y respete las condiciones de acceso a la información establecida por los titulares de derechos y cumpla las normas de actualización de las páginas web, c) que bloquee el acceso a la obra o efectúe su retirada de Internet cuando tenga conocimiento efectivo de que la obra ha sido retirada de su ubicación original o de que se ha imposibilitado el acceso a la obra o de que un juez o una autoridad administrativa han ordenado retirar la obra de Internet o bloquear el acceso a la misma.

26. La creación de enlaces plantea otra serie de problemas desde la perspectiva de la propiedad intelectual, en particular si a través de los enlaces puede vulnerarse los derechos de propiedad intelectual sobre las páginas enlazadas. En este sentido, podría interpretarse que el enlace a un sitio constituye una reproducción de las páginas enlazadas y por lo tanto que la creación del enlace debe contar con la autorización de los titulares de derechos de las páginas enlazadas. No obstante, una interpretación de este tipo desconoce el funcionamiento normal de Internet y las prácticas existentes en la red, puesto que se presupone que quien decide difundir en un sitio web obras o información está admitiendo implícitamente el establecimiento de enlaces normales a su espacio (Cámara, 2002), actividad que podría considerarse cubierta por la excepción del derecho de cita. Mayores problemas jurídicos suscitan sin embargo los enlaces profundos, que remiten a una página secundaria o trasera de un sitio web, y los marcos, que permiten visualizar la página ajena dentro de la página de origen, manteniendo ésta su publicidad y logotipo. Diversas sentencias han declarado la ilicitud de prácticas de este tipo, bien por constituir actos de competencia desleal o por vulnerar la propiedad intelectual de los titulares de la página enlazada. En este último sentido, la doctrina apunta la lesión no sólo del derecho de reproducción sino incluso del derecho moral de autor, puesto que mediante los enlaces profundos y los marcos puede crearse una confusión sobre la autoría de las páginas y una modificación o alteración de la obra no consentida.

27. En primer lugar porque es dudoso que el servicio prestado por Napster encaje dentro de los denominados servicios de la sociedad de la información, que se caracterizan, según hemos visto, por ser remunerados por los usuarios o al menos por entrañar una actividad económica y en segundo término porque sería difícil encajar la actividad de Napster dentro de las categorías de prestadores de servicios contempladas por la Directiva sobre comercio electrónico.

28. Se ha indicado que «En el momento en que la explosión tecnológica hace esperar un aumento de las posibilidades para la elaboración y la difusión de las informaciones, y de los conocimientos es cuando se moviliza una coalición de lobbies determinados a reducir aún más el dominio público (de la información) y a reforzar su apropiación por lo privado, y a romper el equilibrio entre los detentadores de los derechos de propiedad intelectual y los usuarios» (Queau, 2000).

29. Las excepciones que pueden contemplar los Estados son: a) en relación con reproducciones sobre papel u otro soporte similar siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa; b) en relación con reproducciones en cualquier soporte efectuadas por una persona física para su uso privado y sin fines directa o indirectamente comerciales, siempre que los titulares reciban una compensación equitativa, teniendo en cuenta si se aplican o no a la obra o prestación de que se trate las medidas tecnológicas contempladas en el artículo 6; c) en relación con actos específicos de reproducción efectuados por bibliotecas, centros de enseñanza o museos accesibles al público o por archivos que no tengan intención de obtener un beneficio económico o comercial directo o indirecto; d) cuando se trate de grabaciones efímeras de obras, realizadas por organismos de radiodifusión por sus propios medios y para sus propias emisiones; e) en relación con reproducciones de radiodifusiones efectuadas por instituciones sociales que no persigan fines comerciales, como hospitales o prisiones, a condición de que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa.

30. Resumidamente, las excepciones comunes a ambos derechos que pueden regular los Estados son: a) cuando el uso tenga únicamente por objeto la ilustración con fines educativos o de investigación científica; b) cuando el uso se realice en beneficio de personas con minusvalías; c) cuando la prensa reproduzca o se quiera comunicar o poner a disposición del público artículos publicados sobre temas de actualidad o emisiones de obras o prestaciones del mismo carácter, o bien cuando el uso de obras o prestaciones guarde conexión con la información sobre acontecimientos de actualidad; d) cuando se trate de citas con fines de crítica o reseña; e) cuando el uso se realice con fines de seguridad pública o para garantizar el correcto desarrollo de procedimientos administrativos, parlamentarios o judiciales o para asegurar una cobertura adecuada de dichos procedimientos; f) cuando se trate de discursos políticos y de extractos de conferencias públicas en la medida en que lo justifique la finalidad informativa; g) cuando el uso se realice durante celebraciones religiosas o celebraciones oficiales; h) cuando se usen obras realizadas para estar situadas de forma permanente en lugares públicos; i) cuando se trate de una inclusión incidental de una obra o prestación en otro material; j) cuando el uso tenga la finalidad de anunciar la exposición pública o la venta de obras de arte; k) cuando el uso se realice a efectos de caricatura, parodia o pastiche; l) cuando se use en relación con la demostración o reparación de equipos; ni) cuando se use una obra de arte en forma de edificio, o dibujo o plano de un edificio con la intención de reconstruirlo; n) cuando el uso consista en la comunicación a personas concretas del público o la puesta a su disposición, a efectos de investigación o de estudio personal, a través de terminales especializados instalados en los locales de bibliotecas, centros de enseñanza, museos o archivos que no tengan finalidad comercial; o) cuando el uso se realice en otros casos de importancia menor en que ya se prevean excepciones o limitaciones en el Derecho nacional, siempre que se refieran únicamente a usos analógicos y no afecten a la libre circulación de bienes y servicios en el interior de la Comunidad.

31. En sentido contrario se ha afirmado que la Directiva «concede una amplia potestad a los Estados para establecer las excepciones y limitaciones al derecho de

autor, algo que puede provocar el fin contrario al deseado, es decir la desarmonización» (González Ballesteros, 2001). En el mismo sentido Verbist, 2001.

32. En el proceso de elaboración de la DAIS el Parlamento Europeo indicó que por uso privado se entiende el «entorno familiar y amigos», lo cual provocó las protestas de los titulares de derechos de propiedad intelectual.

33. Se ha señalado en este sentido que «se puede admitir que los sistemas de copia privada basados en exacciones sobre los soportes y aparatos, como contrapartida de la legalización de la copia privada, sigan siendo una respuesta válida para los casos en que la técnica no permite impedir la copia. En cambio si se crean medios técnicos que limiten o impidan la copia privada, la justificación de la licencia legal que constituye un sistema de remuneración deja de existir» (Tbrres, 2001).

34. Y ello aún cuando, como ocurre en el Derecho español, se haya configurado como delito «la fabricación, puesta en circulación y tenencia de cualquier medio de cualquier medio específicamente destinada a facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador»

35. Estas medidas pueden ser muy variadas, desde las ya clásicas medidas de codificación^ de contraseñas, de sobres digitales que encriptan las obras, los dispositivos anticopia, los que introducen una funcionalidad limitada en la obra, etcétera, hasta los más recientes lenguajes de derechos digitales que permiten controlar las distintas actividades que pueden llevarse a cabo con una obra, individualizando los diversos usos (si puede acceder una sola persona o varias, si puede visualizarse la obra y copiarse o solo lo primero, el número de copias, y otras características de las utilizaciones).

36. La DASSI define las medidas tecnológicas como «toda técnica, dispositivo o componente que, en su funcionamiento normal, esté destinado a impedir o restringir actos referidos a obras o prestaciones protegidas que no cuenten con la autorización del titular de los derechos de autor o de los derechos afines a los derechos de autor establecidos por ley o el derecho sui generis previsto en el capítulo III de la Directiva 96/9/CE». Las medidas tecnológicas se consideraran «eficaces» cuando «el uso de la obra o prestación protegidas este controlado por los titulares de los derechos mediante la aplicación de un control de acceso o un procedimiento de protección, por ejemplo, codificación, aleatorización, u otra transformación de la obra o prestación o un mecanismo de control del copiado, que logre este objetivo de protección».

37. Las excepciones privilegiadas en este sentido son las siguientes: la reproducción sobre papel o soporte similar siempre que los titulares reciban una remuneración adecuada, los actos de reproducción realizados por bibliotecas u otras instituciones similares sin finalidad comercial, la grabación efímera de obras realizada por organismos de radiodifusión para sus propias emisiones, la reproducción de las radiodifusiones efectuadas por instituciones sociales, la comunicación pública y puesta a disposición del público cuando el uso tenga por objeto la ilustración con fines educativos o de investigación científica o cuando el uso se realice con fines de seguridad pública o para el correcto desarrollo de procedimiento o cuando el uso se realice en beneficio de personas con minusvalías. Los criterios que han llevado al legislador comunitario a privilegiar estos usos frente a otros protegidos por la liberación y de información no sabemos cuáles son.

38. Existen diversos sistemas de gestión entre los cuales se incluyen los certificados digitales, los filtros o cajas negras colocadas en los puntos intermedios de

¡18  
|||1  
|!Í  
  
¡¡¡¡¡  
|p  
Bj  
te!!  
p||  
III  
la  
II  
ES  
  
¡H  
  
!|]  
•  
pl  
H  
;||i  
lf|  
!|É  
i |j|  
Ha  
j|w  
H  
ITM  
|[B  
#«  
)|m  
•B  
f|p|  
BB  
IK;|  
Ifff  
Éí|  
fii  
|p|ff  
  
•B  
  
¡|H  
lilí  
IHB,  
lilí  
H  
IBH  
!|é;  
Épfl