

EL DERECHO DE PUESTA A DISPOSICIÓN DEL PÚBLICO: ANTECEDENTES NORMATIVOS Y PRIMERA JURISPRUDENCIA

por María Rita BRAGA DE SIQUEIRA
Doctoranda en Derecho
Universidad Carlos III de Madrid

RESUMEN:

A lo largo de la historia de la humanidad se han vivido innumerables revoluciones tecnológicas que implicaron grandes transformaciones sociales, económicas y, por supuesto, jurídicas. Y uno de los sectores del ordenamiento jurídico en los que se observa de forma patente una correlación con el desarrollo tecnológico es, justamente, el de la propiedad intelectual. La consagración de Internet, la más reciente revolución tecnológica vivida ha acelerado de forma extraordinaria la difusión de las obras y prestaciones protegidas. Sin embargo, esa amplia difusión del contenido cultural, al mismo tiempo, debilita el equilibrio de intereses que se ha construido poco a poco a lo largo del último siglo, ya que dificulta el control de la explotación de los bienes integrantes de la propiedad intelectual por parte de sus titulares. En ese contexto, el derecho de puesta a disposición del público adquiere una clara relevancia jurídica una vez que disciplina la explotación de dichos bienes protegidos en el entorno digital. El presente trabajo tiene como una de sus finalidades reflexionar sobre la amenaza que esta nueva revolución representa sobre los ya consagrados principios de la propiedad intelectual. Y también sobre los nuevos horizontes que se abren en virtud de esta misma revolución.

PALABRAS CLAVE:

Propiedad intelectual, Internet, sociedad de información, Tratados OMPI de 1996, derecho de puesta a disposición del público.

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN. II. EL DERECHO DEL AUTOR EN LA SOCIEDAD DE INFORMACIÓN: 'UN TOUR D'HORIZON'. 1. LA ERA TECNOLÓGICA DE LA INFORMACIÓN: LOS CAMBIOS EN EL MARCO MEDIÁTICO. 2. LA ADECUACIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD INTELECTUAL A LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS: LOS CAMBIOS EN EL MARCO NORMATIVO. III. LOS TRATADOS OMPI Y EL DERECHO DE PUESTA A DISPOSICIÓN. 1. EL DERECHO DE PUESTA A DISPOSICIÓN DEL PÚBLICO

Y SU REFERENCIA EN LAS «PROPUESTAS BÁSICAS» DE LOS TRATADOS. 2. LA CONFERENCIA DIPLOMÁTICA: LA REITERACIÓN DEL CONTENIDO DE LAS «PROPUESTAS BÁSICAS». 3. EL DERECHO DE PUESTA A DISPOSICIÓN Y LA «UMBRELLA SOLUTION»: ANÁLISIS CRÍTICO. 4. LA 'UMBRELLA SOLUTION' EN EL CONTEXTO JURÍDICO ESPAÑOL. IV. LA PUESTA A DISPOSICIÓN Y LOS CONFLICTOS JURÍDICOS QUE GENERA: ANÁLISIS DE SENTENCIAS JUDICIALES. 1. RESEÑAS JUDICIALES. 2. PUNTUALIZACIÓN DE LOS PROBLEMAS: BREVE COMENTARIO A LAS SENTENCIAS RESEÑADAS. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA.

TITLE: The right of making available to the public: legal background and first jurisprudence.

ABSTRACT: Throughout the history, the humanity have lived many technological revolutions that involved major social, economic and, of course, legal transformation. One of law sectors clearly showing the interrelation with the technological development is precisely the copyright. The consecration of the Internet, the most vivid recent technological revolution has dramatically accelerated the dissemination of works and protected performances. However, that wide dissemination of cultural content at the same time it undermines the balance of interests slowly built over the last century, since it impedes the control of the copyright holders. In this context, the right of making available to the public takes a clear legal significance, since it disciplines the exploitation of copyrights in the digital environment. One of the aims of this work is to reflect on the threat that this new revolution represents to the principles of copyright already established. And also on the new horizons that open under this same revolution.

KEYWORDS: Copyright, Internet, information society, the 1996 WIPO Treaties, right of making available to the public.

CONTENTS: I. INTRODUCTION. II. THE COPYRIGHT IN THE INFORMATION SOCIETY: 'UN TOUR D'HORIZON'. 1. THE INFORMATION TECHNOLOGY AGE: CHANGES IN THE MEDIA FRAMEWORK. 2. THE ADEQUACY OF THE COPYRIGHT TO THE NEW TECHNOLOGIES: CHANGES IN THE LEGAL FRAMEWORK. III. THE WIPO TREATIES AND THE RIGHT OF MAKING AVAILABLE TO THE PUBLIC. 1. THE RIGHT OF MAKING AVAILABLE TO THE PUBLIC AND ITS REFERENCE IN THE «BASIC PROPOSALS» OF THE TREATIES. 2. THE DIPLOMATIC CONFERENCE: THE REITERATION OF THE CONTENT OF THE «BASIC PROPOSALS». 3. THE RIGHT OF MAKING AVAILABLE TO THE PUBLIC AND THE «UMBRELLA SOLUTION»: CRITICAL ANALYSIS. 4. THE «UMBRELLA SOLUTION» IN THE SPANISH LEGAL

FRAMEWORK. IV. THE RIGHT OF MAKING AVAILABLE TO THE PUBLIC AND ITS LEGAL CONFLICTS: CASE LAW. 1. JUDICIAL REVIEW. 2. IDENTIFICATION OF THE PROBLEMS: BRIEF COMMENT OF THE JURISPRUDENCE REVIEWED. V. CONCLUSION. VI. BIBLIOGRAPHY.

I. INTRODUCCIÓN

*Lasciate ogne speranza, voi che'intrate*¹ —el famoso verso vislumbrado por Dante sobre la puerta del Infierno ha sido citado por HENRI DE PAGE en su «*Traité élémentaire de droit civil belge*»² como una advertencia inevitable de que se recordaría todo estudioso que penetrase en los dominios de la responsabilidad civil³. Este mismo verso y, quizás por las mismas razones, puede sin duda ser recordado también a los estudiosos de la propiedad intelectual⁴, a la vista de la anárquica variedad de entendimientos e interpretaciones que forman el universo del instituto. En lugar de reglas seguras y criterios de interpretación objetivos, que serían necesarias por la importancia cada vez más creciente de esa compleja propiedad, lo que hay es un terreno movedizo, caracterizado por la incertidumbre y por la mutabilidad.

Dentro de ese universo inestable, un problema que se plantea es el del impacto de las nuevas tecnologías y de la comunicación en la explotación económica de las obras o prestaciones protegidas.

A lo largo de la historia de la humanidad se han vivido innumerables revoluciones tecnológicas que implicaron grandes transformaciones sociales, económicas y, por supuesto, jurídicas. Y uno de los sectores del ordenamiento jurídico en los que se observa de forma patente una correlación con el desarrollo tecnológico es, justamente, el de la propiedad intelectual.

La primera gran revolución que ha propiciado el surgimiento de esa nueva disciplina jurídica fue la invención de la imprenta en el siglo XV, que permitió la reproducción de los libros y partituras musicales, facilitando la difusión de la obra mediante un sistema de comunicación en masa y consagrando la propiedad intelectual como un monopolio jurídico del autor sobre su propia creación.

¹ «Dejad toda esperanza, vosotros que entráis» (Dante ALIGHIERI, *A divina comédia*, São Paulo: Editora 34, 1998, p. 37).

² Henri DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 1.^a parte, Bruxelles: Émile Bruylant, 1948, p. 807.

³ SCHREIBER, Anderson, *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*, Editora Atlas, São Paulo, 2007.

⁴ En el presente trabajo se usará la expresión propiedad intelectual en el sentido aplicado por el Derecho español, limitándose al estudio del derecho de autor y derecho afines al del autor, no englobando, por tanto, el derecho de propiedad industrial como en la clasificación internacional.

A partir de ese momento, se sucedieron otras revoluciones técnicas como el invento del cine, en 1895, con la primera proyección de pago de los hermanos Lumière. Y el descubrimiento de las oscilaciones electromagnéticas a finales del siglo XIX, posibilitando en un futuro próximo la siguiente revolución tecnológica, en concreto, el doble invento de la radio y la televisión.

«Con estos dos nuevos medios que, a diferencia de la prensa y de los libros, pueden llegar hasta las poblaciones más iletradas, la información y la cultura saltan por encima del espacio y del tiempo, por su propia capacidad de ser ubicuos, y penetran en todos los hogares, constituyendo una ventana al mundo exterior y la democratización de los conocimientos que no tiene paragón en la historia de la humanidad pre Internet.»⁵

Esa sucesiva aparición de los nuevos «*media*» o instrumentos de comunicación llevaron a profundos cambios en la estructura jurídica de la propiedad intelectual, al igual que, en la actualidad, la más reciente revolución tecnológica, la de la sociedad de información, ha hecho inevitable una revisión de los derechos que dicha legislación garantiza a los autores y titulares de derechos conexos⁶.

La consagración de Internet, la más reciente revolución tecnológica vivida, representa también una revolución cultural no sólo porque modifica intensamente las relaciones sociales, sino incluso porque anula las tradicionales nociones de espacio y tiempo.

La revolución digital y el invento de Internet han acelerado de forma extraordinaria la difusión de las obras y prestaciones protegidas: en unos minutos es posible copiar y enviar a miles de personas un número increíble de películas y canciones, por ejemplo. Así, Internet ha fortalecido el proceso de democratización cultural iniciado, como se ha dicho, en el siglo XV por la invención de la imprenta, pues permite el acceso ilimitado a los bienes culturales.

Sin embargo, esa amplia difusión del contenido cultural, al mismo tiempo, debilita el equilibrio de intereses que se ha construido poco a poco a lo largo del último siglo, ya que dificulta el control de la explotación de los bienes integrantes de la propiedad intelectual por parte de sus titulares.

El presente trabajo tiene como una de sus finalidades reflexionar sobre la amenaza que esta nueva revolución representa sobre los ya consagrados principios de la propiedad intelectual. Y también sobre los nuevos horizontes que se abren en virtud de esta misma revolución.

⁵ OLIVENNES, Denis, *La gratuidad es el robo*, Fnac, 2008, p. 41.

⁶ BONDÍA, Fernando, *Propiedad Intelectual. Su significado en la sociedad de información*, Trivium, 1988, p. 112.

Para ello, se ha partido de un análisis crítico de la nueva forma de explotación de la propiedad intelectual en la era digital, concretamente, el derecho de puesta a disposición del público que en la Ley de Propiedad Intelectual española, en adelante LPI, fue incorporado como una nueva modalidad del derecho de comunicación al público, en el art. 20.2 i.⁷

Aunque exista un gran número de trabajos realizados en la doctrina respecto a la influencia de la sociedad de información en el derecho del autor, pocos son los autores que han analizado a fondo el origen y los fundamentos del derecho patrimonial fruto de la reciente revolución tecnológica provocada por Internet, es decir, el derecho de puesta a disposición del público. Además, en España, todavía es muy tímida la experiencia jurisprudencial en temas relacionados con la explotación de obras y prestaciones protegidas en Internet.

De esa manera, el punto de partida teórico de la presente investigación se encuentra en un análisis de la evolución mediática ocurrida en los últimos treinta años, que ha llevado a un cambio en el comportamiento del público. Tradicionalmente receptor pasivo de la información, el público ejerce, actualmente, un doble papel, siendo receptor y emisor a la vez del amplio contenido informativo que transita por la red.

Así, la revolución digital refuerza y acelera la individualización de los comportamientos: los usuarios no solo pueden elegir lo que quieren consumir, sino que se convierten al tiempo en productores y consumidores culturales, al colgar en la web textos, películas, fotos y músicas, con una libertad que supera las limitaciones del espacio y del tiempo.

Tal hecho provoca un cambio sustancial en la estructura de explotación de la propiedad intelectual, exigiendo rápidas adaptaciones de los distintos sectores implicados, además de respuestas legislativas que cubran las lagunas del sistema jurídico y garanticen el equilibrio de los intereses y una cierta seguridad jurídica en las relaciones.

En fin, la actual era digital anuncia una nueva etapa, una etapa verdaderamente inédita en la difusión de la cultura. Lo que se debe hacer, y lo que se propone con el presente trabajo, es, partiendo de lo que fue hecho en el pasado, reflexionar sobre el sentido de los nuevos cambios en curso y las necesarias adaptaciones futuras.

⁷ Por cuestiones de objetividad científica, en la investigación, no serán analizados los efectos de las recientes transformaciones tecnológicas en los demás derechos de explotación o patrimoniales. Tampoco se analizará las transformaciones ocurridas desde el punto de vista moral del autor.

II. EL DERECHO DEL AUTOR EN LA SOCIEDAD DE INFORMACIÓN: 'UN TOUR D'HORIZON'

1. LA ERA TECNOLÓGICA DE LA INFORMACIÓN: LOS CAMBIOS EN EL MARCO MEDIÁTICO

La entrada en el nuevo milenio viene caracterizada por la generalización del uso de la informática y el acceso a Internet⁸. Por un lado los ordenadores son cada vez más potentes y asequibles, y por otro, cada vez más empresas y organizaciones públicas o privadas se conectan a Internet para usarla como fuente de información, medio de comunicación y, también, como fuente de negocio.

El incremento de la potencia de los equipos, así como el aumento de la oferta de conectividad y ancho de banda (cantidad de información que se puede enviar y recibir por segundo usando una determinada conexión) propician que aparezcan multitud de nuevos servicios que antes no eran operativos.

Por otro lado, no sólo se trata del ordenador, las redes de área local se generalizaron, llegando incluso a los hogares (sobre todo con el desarrollo de tecnologías inalámbricas de bajo coste), y cada vez hay más dispositivos que manejan información en formato digital que se pueden conectar con el PC (*'personal computer'*) de una manera u otra.

En los últimos años casi todos estos dispositivos también son capaces de reproducir contenidos grabados en el mismo soporte pero en formatos comprimidos con el ordenador y que pueden ser transferidos fácilmente a través de Internet (como los ficheros MP3 de audio). Dichos formatos digitales comprimidos son capaces de reproducir una mayor cantidad de información de manera que la pérdida de la calidad es mínima e indetectable por los seres humanos.

La confluencia de esa diversidad de tecnologías, resultado de avances experimentados por el mundo de las telecomunicaciones y el de la informática, genera formas de interacciones en un universo que no posee carácter físico y que se denomina «ciberespacio». Igual que en el mundo físico, también en el «ciberespacio» existe una multiplicidad de comunidades poseedoras de los más

⁸ De acuerdo con BERCOVITZ Internet surgió en los años sesenta en los Estados Unidos, bajo el nombre Arpanet, con fines militares y defensivos, consistía en que un mismo bloque de información se descomponía en el ordenador de origen en paquetes numerados, cada uno de los cuales seguía un itinerario distinto, a través de la red, para recomponerse en su orden en el ordenador de destino. Hoy por hoy, la red es de usos civiles y comprende todo el mundo, con una infinidad de ordenadores integrados en ella. En: BERCOVITZ, Alberto, Riesgos de las nuevas tecnologías en la protección de los derechos intelectuales. La quiebra de los conceptos tradicionales del derecho de propiedad intelectual. Soluciones jurídicas. En *El Derecho de Propiedad Intelectual y las nuevas tecnologías*, Ministerio de Cultura, 1996.

diversos intereses y objetivos a través de las cuales una pluralidad de personas se unen y se interrelacionan. Todo ese proceso, que se ha establecido en las últimas décadas y que se fortalece a cada día, es lo que se denominó sociedad de información.

La sociedad de información y todo el soporte tecnológico en el cual está basada determinan en buena medida la aparición de un nuevo marco mediático, formado por medios de comunicación y un público claramente diferenciados del tradicional.

En Internet, el acceso del público a las fuentes de información se da sin intermediarios, al contrario de lo que pasa en los medios de comunicación tradicionales, como la televisión, por ejemplo, donde la información, antes de ser recibida por el público, pasa por un filtro selectivo representado por las entidades de radiodifusión. En este contexto, el público sería apenas un receptor pasivo de las informaciones transmitidas.

En el nuevo marco mediático, la audiencia se halla ahora en un entorno en el que su interrelación con el medio de comunicación tiende a una horizontalidad mucho mayor, puesto que dispone de (i) una oferta mediática mucho más abundante; (ii) la posibilidad de constituirse también en emisor desarrollando su propio medio de comunicación (mediante páginas personales, comunidad virtuales o weblogs, etc.); (iii) el desarrollo de espacios de intercambio mediante el uso de varias herramientas interactivas, tales como canales de chat, uso del correo electrónico, el intercambio de archivos a través de las redes P2P (*peer-to-peer*).

Así, la aparición y el rápido desarrollo de dichas tecnologías digitales ha supuesto el comienzo de un incipiente cambio de paradigma que afecta tanto al sistema mediático como a la propia configuración de la esfera pública. La multiplicación de las fuentes de información —lo que ha facilitado el acceso, así como el desarrollo de medios de comunicación que no implican ya una gran inversión económica y tampoco tienen que configurarse siguiendo criterios empresariales propios de los medios tradicionales— permite vislumbrar un escenario singularmente diferenciado del anterior. Un escenario donde es el público el que experimenta una evolución más significativa, pues ya no depende del limitado abanico de grandes medios de comunicación (tradicionales) para formar su visión de la realidad y sobre todo puede adoptar una postura activa.

Se ha pasado de un sistema de comunicación vertical, jerarquizado y normalmente unidireccional, a un modelo horizontal, donde la comunicación se da en muy diversos sentidos y es, por tanto, multidireccional⁹.

⁹ Se podría hacer referencia a la comparación establecida por LORENZO VILCHES entre los nuevos medios digitales y el principal medio de difusión tradicional, en concreto, la televi-

RODOTÁ subraya la conveniencia de dicha evolución

«de una comunicación vertical a una horizontal. La primera, sean cuales fueran las intenciones de quien la emplea, posee un ineliminable rasgo autoritario, que proviene del obligado silencio de los telespectadores, de su escuchar pasivo. La otra, brinda la posibilidad de ser interlocutores activos, y esto, si bien no basta para atribuirle una patente democrática indiscutible, modifica por cierto la calidad de la comunicación».¹⁰

De esa manera, aunque el flujo jerarquizado de la información propio de las sociedades de masas se mantenga presente, ya no se puede ignorar la llamada sociedad de información, integrada por los nuevos medios de comunicación digital y, sobre todo, por el nuevo público, a una sola vez emisor y receptor de todo tipo de información. Así, en ese contexto, el foco de la comunicación pública ya no se limita al momento de la emisión de la información, sino que el mismo se ha pulverizado en una pluralidad de transmisiones al mismo tiempo recibidas y emitidas por un mismo sujeto, integrante de esa compleja red de comunicación.

sión. El matiz diferencial estaría, sobre todo, en la capacidad transformadora del usuario de Internet ante la audiencia pasiva «consumidora de productos acabados» propia de la televisión: *«Cuando se trata de establecer una diferencia constitutiva entre la televisión como medio de difusión y las tecnologías como instrumentos de comunicación nos encontramos con que la diferencia esencial se halla en el campo de una teoría de la acción en el contexto de la sociedad de la información (...) La acción social es más importante que el actor social. La acción engloba no sólo las prácticas y la interacción sino también las condiciones y significados de la acción. La teoría interpretativa de la televisión tenía puestas sus complacencias en el espectador. En cambio el análisis de las motivaciones y significaciones se halla desplazada en el caso de las tecnologías hacia la actividad que desarrollan los agentes. El poder de los agentes de la comunicación no se halla en su capacidad de resistencia o de interpretación conforme una determinada identidad cultural, sino a su capacidad transformadora. Y esta capacidad no puede ejercitarse en el medio televisivo porque el poder de la acción supone la competencia para intervenir en el curso de la comunicación. Esa competencia es un poder que no puede ejercitarse sin los instrumentos o herramientas ni dejar de intervenir en las causas del proceso (y no sólo en sus efectos). Dado que un sujeto de la comunicación interactiva puede efectivamente intervenir en el curso de los eventos, esta acción supone un cambio respecto a la situación inicial. El actor de una comunicación interactiva es por ello un sujeto consciente que viene reconocido su habilidad para producir un evento (...) El espectador ante el medio televisivo debe elegir entre significados posibles que puede incluir el mensaje. El usuario, en cambio, elige entre acciones a realizar. La decisión que debe tomar un usuario de la comunicación interactiva consiste no en qué tipo de mensaje elegir sino qué hacer con un mensaje. La interacción no es sólo el uso de habilidades técnicas sino la aplicación de la inteligencia a los interfaces. Pero se trata de una operación semántica que es inseparable de una aplicación pragmática, es decir, de una acción. Aquello que era simplemente una metáfora de la comunicación en la teoría de los usos y gratificaciones es aquí una acción real»* (VILCHES, Lorenzo, *La migración digital*, Gedisa Editorial, Barcelona, 2001).

¹⁰ RODOTÁ, Stefano, *Tecnopolítica. La democracia y las nuevas tecnologías de la comunicación*, Losada, Buenos Aires, 2000.

2. LA ADECUACIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD INTELECTUAL A LAS NUEVAS
TECNOLOGÍAS: LOS CAMBIOS EN EL MARCO NORMATIVO

Todos los cambios mediáticos comentados en el último apartado han provocado grandes transformaciones en la estructura de explotación de la propiedad intelectual. Lo cual ha generado una preocupación en los legisladores comunitarios que buscaban comprender y encontrar soluciones jurídicas adecuadas a la materia.

Eso explica la intensa labor legislativa que empezó en finales del siglo XX cuando se han creado varios instrumentos normativos que van desde el Libro Verde sobre los «*Derechos de autor y los derechos afines en la Sociedad de Información*» de 27 de julio de 1995, la aprobación de distintas Directivas Comunitarias como la de la protección de los programas de ordenador o la Directiva sobre la protección jurídica de las bases de datos¹¹, hasta llegar a la elaboración de la Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo, relativa, precisamente, a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de información (en lo sucesivo, DDASI).

En lo esencial, la DDASI tiene por finalidad fomentar el desarrollo de la sociedad de la información y armonizar el mercado interior para los nuevos productos y servicios. Asimismo, la referida Directiva tiene por objeto adaptar la legislación interna de los Estados miembros al contenido de los Tratados de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre los derechos de autor (WTC) y sobre interpretación o ejecución y fonogramas (WPPT) de diciembre de 1996¹².

Con relación a su contenido, la DDASI puede ser sistematizada en tres conjuntos de artículos. Un primer grupo que se dedica a la regulación del contenido de los derechos patrimoniales de los autores y de los derechos afines y las excepciones y limitaciones de dichos derechos. El segundo conjunto de artículos tiene por objeto la tutela de las medidas tecnológicas dedicadas a proteger las obras y prestaciones intelectuales. Y, por último, respecto al tercer grupo, su finalidad es establecer obligaciones relativas a la información para la gestión de los derechos de propiedad intelectual.

No es objeto del presente trabajo el estudio de todo el contenido de la DDASI, sino el análisis de la nueva forma de explotación patrimonial de la obra y prestaciones intelectuales, en concreto, la puesta a disposición del público de contenidos protegidos que está prevista en los apartados 1 y 2 del artículo 3 de la Directiva. De acuerdo con la DDASI, la puesta a disposición sería el derecho

¹¹ En concreto, se trata de la Directiva 91/250/CEE sobre la protección de los programas de ordenador y de la Directiva 96/9/CE sobre la protección jurídica de las bases de datos.

¹² Así lo recoge, por ejemplo, el Considerando (15) de la DDASI.

que tiene el autor o los titulares de derechos afines de poner su obra o prestación, respectivamente, en el entorno digital, mejor dicho, en Internet de manera que, a través de las transmisiones interactivas a la carta que forman la Red, cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar (ubicuidad) y en el momento (atemporalidad) que elija.

La creación de dicho derecho es fruto de la necesidad de una armonización normativa entre los Estados miembros respecto a las nuevas formas de explotación de la propiedad intelectual en el contexto de la sociedad de información que, entre otros rasgos, se caracterizan por su condición transfronteriza.

En España, que incorporó la DDASI a través de la Ley 23/2006, de 7 de julio, el derecho de puesta a disposición del público ha sido incluido en el artículo 20.2.i de la Ley de Propiedad Intelectual de 1996 (LPI) como una nueva modalidad del derecho de comunicación pública. Esta incorporación ha contado con el apoyo de la gran mayoría de la doctrina ya que se ha entendido que el carácter general del art. 20.1 de la LPI que define la comunicación pública permitía el encuadramiento de la puesta a disposición en la lista abierta del art. 20.2 de la LPI, que enumera las distintas modalidades de explotación del derecho de comunicación pública.

Sin embargo, sentencias dictadas en España y también sentencias extranjeras¹³ demuestran una disparidad en la aplicación del derecho de puesta a disposición, así como cierta inseguridad por parte de los intérpretes en cuanto al alcance de este nuevo derecho. Además de sentencias que dejan evidente la complejidad de los efectos de Internet en el derecho de propiedad intelectual.

De esa manera, teniendo en cuenta lo hasta aquí expuesto, cabe plantearse si todo el proceso de adaptación del derecho de propiedad intelectual a los cambios tecnológicos y mediáticos vividos en la sociedad de información ha sido el más adecuado para dar respuestas eficientes a los nuevos desafíos y garantizar la protección efectiva de la pluralidad de intereses en cuestión.

Para analizar el problema propuesto, se hace imprescindible un breve estudio del proceso de elaboración de los Tratados OMPI de 1996, en los aspectos que afectan al derecho de puesta a disposición, es decir, a la explotación digital de los contenidos protegidos por la propiedad intelectual, dado que dichos Tratados representan la iniciativa jurídica clave, en el contexto internacional, para la protección de la propiedad intelectual en el entorno digital, de manera que Internet sea una vía segura para el comercio electrónico de obras y prestaciones protegidas.

¹³ Dichas sentencias serán objeto de análisis en un capítulo propio.

III. LOS TRATADOS OMPI Y EL DERECHO DE PUESTA A DISPOSICIÓN¹⁴

Como organización intergubernamental responsable del desarrollo y protección de los derechos de propiedad intelectual, incluyendo el derecho de autor y los derechos conexos, la OMPI ha jugado y sigue jugando un papel clave en la adaptación de estos derechos a las realidades impuestas por el desarrollo de las tecnologías de la comunicación e información. Por más de dos décadas, distintos aspectos de la aplicación del derecho de autor y derechos afines en la era digital han venido discutiéndose en su seno, y fruto de ello son el Tratado OMPI sobre derecho de autor (en adelante, WCT/TODA) y el Tratado OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas (en adelante, WPPT/TOIEF), adoptados durante la Conferencia Diplomática de 1996, y cuya entrada en vigor tuvo lugar el 6 de marzo y el 20 de mayo de 2002, respectivamente.

Todo el contenido de los dos Tratados, sus principios fundamentales, fueron tema de extensas e intensas discusiones ocurridas desde finales de 1991 hasta diciembre de 1996, cuando se realizó la Conferencia Diplomática para la concertación de los mismos.

Los temas debatidos a lo largo de las reuniones de los Comités de Expertos, con la participación de Delegaciones de 56 Estados además de organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, tenían como objetivo la adaptación del contenido de los Convenios de Berna y Roma a la nueva realidad tecnológica.¹⁵ Y, claro es que la idea de puesta a disposición ha tenido su origen en los innumerables debates desarrollados por dichos Comités.

En las primeras reuniones realizadas sólo había un Comité de Expertos denominado «Comité de Expertos sobre un eventual Protocolo relativo al Convenio de Berna, en adelante «CEPCB». Dicho Comité se limitaba al análisis de temas referentes al derecho de autor en sentido estricto, no encuadrándose en las discusiones temas sobre los derechos afines o conexos al del autor.

¹⁴ El presente apartado ha sido elaborado con base en un análisis de las actas e informes de reuniones de las sesiones realizadas por los dos Comités de Expertos, creados por la OMPI, desde su origen (1989) hasta la celebración de la Conferencia Diplomática para la elaboración de los dos Tratados OMPI respecto a la protección del derecho de autor y de los derechos de artistas intérpretes o ejecutantes y productores de fonogramas, respectivamente (diciembre de 1996). El contenido de los debates de cada sesión fue publicado primeramente en la revista *Derecho de Autor, Revista bimestral de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual* que, posteriormente se refundió con la revista de OMPI sobre la propiedad industrial, formando una sola publicación mensual bajo el título *Propiedad Industrial y Derecho de Autor*.

¹⁵ Por esa razón los dos Tratados fueron denominados por la prensa internacional «Tratados Internet».

Tal limitación temática causó la insatisfacción de artistas y productores fonográficos que reivindicaron su inclusión en los trabajos desarrollados una vez que también se sentían afectados por los cambios tecnológicos.

A partir de ahí hubo una bipartición del trabajo del Comité de manera que éste se desdobló en dos Comités distintos, en concreto, el «Comité de expertos para un posible Protocolo al Convenio de Berna» (en adelante, «CEPCB») y el «Comité de Expertos sobre un eventual instrumento para la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas» (en adelante, «CEIAIEF»).

Cada uno de los Comités poseía mandatos con objeto de discusión muy distintos. Mientras el «CEPCB» quedó encargado de examinar diez temas específicos, concretamente, (1) programas de ordenador; (2) bases de datos; (3) derechos de alquiler; (4) licencias no voluntarias para grabaciones sonoras de obras musicales; (5) licencias no voluntarias para radiodifusiones primarias y comunicación por satélite; (6) derechos de distribución, incluyendo el derecho de importación; (7) duración de la protección de las obras fotográficas; (8) comunicación al público por radiodifusión por satélite; (9) ejercicio de los derechos y (10) trato nacional; el «CEIAIEF» se encargó de examinar todas las cuestiones relativas a la protección internacional eficaz de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas incluyendo la transmisión digital del contenido protegido.¹⁶

De esa manera, es posible notar que el objeto de discusión del «CEIAIEF» era más amplio que el objeto discutido por el «CEPCB», que tendría que limitarse a analizar cuestiones referentes a los diez puntos seleccionados.

Esa desarmonía entre las materias discutidas por los dos Comités de Expertos generó, en su momento, alguna insatisfacción entre los miembros del «CEPCB», que temían que el hecho de ser mucho más amplio el mandato del Comité para el eventual instrumento de protección de los artistas intérpretes o ejecutantes y de los productores de fonogramas podría implicar un riesgo de mayor protección a dichos derechos conexos en detrimento al propio derecho de autor.

Así, para que fuera posible la efectiva protección del derecho de autor y de los derechos conexos, era imprescindible el mantenimiento de un equilibrio entre los trabajos de los dos Comités de Expertos, en razón de la estrecha relación que existía entre ellos. Tal necesidad llevó a un proceso de aproximación de los temas de los dos Comités de manera que las sesiones pasaron a realizarse en conjunto.

¹⁶ Aunque dicha transmisión fuera en aquel momento incipiente, ya generaba cierta preocupación a los autores y otros titulares de derecho de propiedad intelectual.

Esa aproximación hizo que temas que no habían sido tratados por el «CEPCB», como las influencias de las nuevas tecnologías de información en la explotación del derecho de autor, fuesen incluidos en las discusiones del Comité responsable por la elaboración del Protocolo al Convenio de Berna, extendiendo la discusión también al ámbito del derecho de autor.¹⁷

1. EL DERECHO DE PUESTA A DISPOSICIÓN DEL PÚBLICO Y SU REFERENCIA
EN LAS «PROPUESTAS BÁSICAS» DE LOS TRATADOS

El derecho de puesta a disposición, objeto de análisis de la presente investigación, tuvo previsión en las dos Propuestas Básicas para consideración por la Conferencia Diplomática de los dos Tratados, en concreto, el Tratado sobre ciertas cuestiones relativas a la protección de las obras literarias y artísticas y el Tratado sobre la protección de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas.

En la primera Propuesta Básica, la del Tratado sobre ciertas cuestiones relativas a la protección de las obras literarias y artísticas (en adelante, «PBTOLA» o «Propuesta Básica»), el derecho de puesta a disposición fue disciplinado en su art. 10 incluido en el derecho de comunicación al público. Dicho artículo disponía:

«Art. 10: Sin perjuicio de los derechos previstos en los artículos 11.1) ii), 11bis.1)i), 11ter.1) ii, 14.1) i) y 14 bis.1) del Convenio de Berna, los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo a autorizar toda la comunicación al público de sus obras, comprendida la puesta a disposición del público de sus obras por medios alámbricos o inalámbricos, 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.»¹⁸

La referida disposición estaba compuesta por dos partes. La primera parte ampliaba el derecho exclusivo de comunicación al público a todas las categorías de obras, incluida toda comunicación por medios alámbricos o inalámbricos. De esa manera, la norma complementaba y unificaba la reglamentación del derecho de comunicación al público que se encontraba fragmentada en el Convenio de Berna (art. 11.1.ii; art. 11bis.1.i; art. 11ter.1.ii; art. 14.1.i; art.

¹⁷ Por otra parte, creo que dicha expansión temática conllevó, al mismo tiempo, una reducción de los amplios debates realizados por el «CEIAIEF» en lo referente a los efectos de las nuevas tecnologías. Esa reducción de competencias se hizo necesaria para evitar que, al final de la Conferencia Diplomática, el WPPT/TOIEF tuviera un alcance de protección mayor que el WCT/TODA.

¹⁸ LIEDES, Jukka, *Propuesta básica de las disposiciones sustantivas del Tratado sobre ciertas cuestiones relativas a la protección de las obras literarias y artísticas para consideración por la Conferencia Diplomática*, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 1996, p. 45.

14bis.1, del Convenio¹⁹). Y lo hizo a través de la utilización del término no restrictivo «toda» delante de la palabra «comunicación» que puso de relieve la amplitud del acto de comunicación.

La expresión «comunicación al público» de una obra, de acuerdo con los comentarios de la «Propuesta Básica», significaba hacer que la obra estuviera a la disposición del público por cualquier medio o procedimiento distinto de la distribución de copias.

La segunda parte del art. 10 de la «PBTOLA» declara explícitamente que la comunicación al público comprende la puesta a disposición del público de obras por medios alámbricos o inalámbricos, de tal forma que los miembros del público puedan acceder a esas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija. Dicho concepto, tal cual ha sido adoptado por la «Propuesta Básica», tiene su origen en la propuesta sobre el derecho de comunicación pública hecha por la Delegación de la Comunidad Europea y sus Estados miembros en una de las sesiones realizadas a lo largo de los trabajos de los Comités de Expertos.^{20 21}

En los comentarios al art. 10 de la «PBTOLA», se afirmó que el acto relevante es la puesta a disposición de la obra ofreciendo acceso a la misma. De manera que lo más importante sería el acto inicial de puesta a disposición de la obra, y no simplemente el suministro de espacio en un servidor de conexiones de comunicación o de instalaciones para el transporte y el encaminamiento de las señales²².

Por otra parte, en la Propuesta Básica del Tratado sobre la protección de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogra-

¹⁹ En el Convenio de Berna existen tres categorías específicas de comunicación al público, concretamente, derecho de representación y ejecución pública, el derecho de radiodifusión y el derecho de comunicación pública por hilo (transmisión) que posee un ámbito de actuación restricto: (i) transmisión pública de representaciones o ejecuciones de obras dramáticas o dramático-musicales —art.11.1; (ii) transmisión pública de la recitación pública de obras— art. 11 ter.1; (iii) transmisión de las adaptaciones y reproducciones cinematográficas de obras— art. 14.1. Dicha previsión restricta del Convenio de Berna respecto al derecho de comunicación al público será mejor analizada en el siguiente apartado.

²⁰ *La Propriété industrielle et le Droit d'auteur. Revue mensuelle de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle*, Juillet/Août/1996, II année, n.º 7/8, Genève : Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle.

²¹ La Delegación de la Comunidad Europea explicó que no tenía el propósito de crear un nuevo derecho exclusivo, sino de adaptar los actos de puesta a disposición al público de obras y prestaciones protegidas al sistema de derechos ya existente, en el caso, al derecho de comunicación al público. La reacción de la Delegación de los Estados Unidos de América a dicha declaración sería particularmente relevante, ya que, para ese país, el derecho de distribución sería el más adecuado en el caso de transmisiones digitales interactivas. No obstante, la Delegación estadounidense no hizo ninguno comentario sustantivo.

²² LIEDES, Jukka, *Propuesta básica de las disposiciones sustantivas del Tratado sobre ciertas cuestiones relativas a la protección de las obras literarias y artísticas para consideración por la Conferencia Diplomática*, op.cit., p. 44.

mas (en lo sucesivo, «PBTAEF» o «Propuesta»), el derecho de puesta a disposición tuvo un tratamiento distinto del que se dio a los autores, ya que, aquí, dicho derecho fue disciplinado como un derecho exclusivo independiente y no como mera modalidad del derecho de comunicación al público.

El art. 11 de la «Propuesta», por ejemplo, introdujo un nuevo derecho para los artistas intérpretes o ejecutantes que sería el «*derecho exclusivo a autorizar la puesta a disposición del público de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas*». El referido artículo se basó en la propuesta presentada en mayo de 1996 por la Comunidad Europea y sus Estados miembros²³ y fue incorporado en la «PB-TAEF» con la siguiente redacción:

«Art. 11: Los artistas intérpretes o ejecutantes gozarán el derecho exclusivo a autorizar la puesta a disposición de sus

Variante A: interpretaciones o ejecuciones musicales fijadas en fonogramas,

Variante B: interpretaciones o ejecuciones fijadas en cualquier soporte, ya sea por hilo o por medios inalámbricos de tal manera que los miembros del público puedan tener acceso a ellas desde el lugar y en momento que cada uno de ellos elija.»²⁴

De acuerdo con los comentarios al artículo hechos en la «PBTAEF»²⁵, como el nuevo derecho abarcaba la puesta a disposición de las interpretaciones o ejecuciones fijadas, por hilo o por medio inalámbricos, se hizo una distinción entre la distribución de las copias de interpretaciones o ejecuciones fijadas de forma física o tangible, que quedaría cubierta por el derecho de distribución, y la puesta a disposición de las interpretaciones o ejecuciones fijadas mediante transmisión.

Asimismo, se afirmó que era fundamental entender el derecho propuesto en dicho artículo como un derecho exclusivo, cuya marca distintiva de los demás derechos sería la interactividad, de manera que el público pueda tener acceso a las prestaciones protegidas «*desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija*».

En la redacción del art. 11 de la «Propuesta» existían dos variantes que se sometieron a debate en la Conferencia Diplomática para la eventual elección de

²³ *La Propriété industrielle et le Droit d'auteur. Revue mensuelle de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle*, Juillet/Août/1996, II année, n.º 7/8, Genève : Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle.

²⁴ LIEDES, Jukka, *Propuesta básica de las disposiciones sustantivas del Tratado sobre la protección de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas para consideración por la Conferencia Diplomática*, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 1996, p. 55.

²⁵ LIEDES, Jukka, *Idem*, p. 54.

una de ellas. Según la «Variante A», el derecho de poner a disposición únicamente debería aplicarse a las interpretaciones o ejecuciones musicales fijadas en fonogramas, mientras que la «Variante B» abarcaría todas las interpretaciones o ejecuciones fijadas en cualquier soporte.

Con relación a los productores de fonogramas también se creó un derecho exclusivo de puesta a disposición del público que, al igual que en el caso de los artistas intérpretes o ejecutantes, tenía como característica fundamental la interactividad, es decir, la posibilidad de que los miembros del público accedieran a las interpretaciones o ejecuciones fijadas en el fonograma desde el lugar y en el momento que cada uno eligiera.

Dicho derecho del productor del fonograma estaba previsto en el art. 18 de la «PBTAEF» y tenía la siguiente redacción:

«Art. 18: Los productores de fonogramas gozarán el derecho exclusivo a autorizar la puesta a disposición de sus fonogramas ya sea por hilo o por medios inalámbricos, de tal manera que los miembros del público puedan tener acceso a ellos desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija.»²⁶

En la «Propuesta», tanto los artistas intérpretes o ejecutantes como los productores de fonogramas no poseían un derecho exclusivo de comunicación al público como los autores. El documento preveía apenas un derecho a la remuneración por radiodifusión y comunicación al público. Ese derecho, en el caso de los artistas o ejecutantes, estaba previsto en el art. 12 de la «Propuesta» y, con relación a los productores de fonograma, en el art. 19.

2. LA CONFERENCIA DIPLOMÁTICA: LA REITERACIÓN DEL CONTENIDO DE LAS «PROPUESTAS BÁSICAS»

Entre los días 2 y 20 de diciembre de 1996 se celebró en Ginebra la Conferencia Diplomática para adopción de los dos Tratados de la OMPI, el primero sobre Derecho de Autor y el segundo sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas cuyos acrónimos en inglés son, respectivamente, WCT (WIPO Copyright Treaty) y WPPT (WIPO Performances and Phonograms Treaty), razón por la cual se utilizará en forma indistinta las siglas en ambos idiomas: TODA/WCT y TOIEF/WPPT.²⁷

²⁶ LIEDES, Jukka, *Propuesta básica de las disposiciones sustantivas del Tratado sobre la protección de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas para consideración por la Conferencia Diplomática*, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 1996, p. 79.

²⁷ Los referidos Tratados se suelen denominar «Tratados Internet» ya que son los únicos instrumentos internacionales de vocación mundial que se refieren a la utilización en el entorno digital de obras protegidas por el derecho de autor; de interpretaciones o ejecuciones y de fonogramas.

A lo largo de las reuniones se produjeron difíciles debates, debido a la complejidad y a los distintos intereses (muchas veces antagónicos) involucrados.

En relación al derecho de puesta a disposición del público, objeto del presente trabajo, en general hubo un acuerdo entre los participantes de la Conferencia y, por esa razón, pocos cambios fueron hechos en el contenido del art. 10 de la Propuesta Básica, ya analizado.

Sin embargo, es muy importante comentar la declaración hecha por la Delegación de los Estados Unidos de América respecto al contenido de dicha proposición y que ha sido citada por FICSOR, donde la Delegación:

«expresa su apoyo al artículo 10 de la Propuesta Básica del Tratado sobre ciertas cuestiones relativas a la protección de las obras literarias y artísticas y a los artículos 11 y 18 de la Propuesta Básica del Tratado sobre la protección de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas referentes a los derechos de comunicación al público y de puesta a disposición del público, que son la clave para garantizar la protección de los titulares de derechos en el contexto digital. Se subraya el entendimiento —que nunca ha sido cuestionado durante los trabajos preparatorios y ciertamente no sería cuestionado por ninguna Delegación participante en la Conferencia Diplomática— de que esos derechos deben ser implementados por las legislaciones nacionales mediante la aplicación de un derecho exclusivo específico, también otros además del derecho de comunicación al público o el derecho de puesta a disposición al público, o de una combinación de derechos exclusivos, en la medida en que los actos descritos en los referidos artículos se adaptaren a dichos derechos.»^{28 29}

Ninguna otra Delegación participante de la Conferencia Diplomática hizo ningún comentario respecto al entendimiento plasmado en la citada declaración.

De esa manera, después de las consultas informales, el Comité se reunió nuevamente en sesión formal, adoptando el texto del actual art. 8 del WCT/TODA, prácticamente con el mismo contenido del art. 10 de la Propuesta Básica, sin

²⁸ En original: «expressed support for Article 10 of the draft WCT and Articles 11 and 18 of the draft WPPT concerning the rights of communication to the public and making available to the public, which were key to the ability of owners of rights to protect themselves in the digital environment. He stressed the understanding —which had never been questioned during the preparatory work and would certainly not be questioned by any Delegation participating in the Diplomatic Conference— that those rights might be implemented in national legislation through application of any particular exclusive right, also other than the right of communication to the public or the right of making available to the public, or combination of exclusive rights, as long as the acts described in those Articles were covered by such rights.»

²⁹ FICSOR, Mihály, *The Law of Copyright and Internet. The 1996 WIPO Treaties, their interpretation and implementation*. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 249.

ningún nuevo debate. El texto oficial del art. 8 del WCT/TODA quedó redactado en los siguientes términos:

«Art. 8. *Derecho de Comunicación al público*: Sin perjuicio de lo previsto en los Artículos 11.1 ii), 11 bis.1 i) y ii), 11 ter.1.ii, 14.1.ii) y 14 bis.1 del Convenio de Berna, los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar cualquier comunicación al público de sus obras por medios alámbricos o inalámbricos, *comprendida la puesta a disposición del público de sus obras, de tal forma que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y el momento que cada uno de ellos elija.*» En relación con los derechos conexos de los artistas intérpretes o ejecutantes, en la Conferencia Diplomática se adoptó el actual art. 10 del WPPT/TOIEF, con casi la misma redacción del art. 11 de la Propuesta básica, de lo cual se eligió la ya referida «Variante A» que restringe el derecho de puesta a disposición a las *«interpretaciones o ejecuciones musicales fijadas en fonogramas»* y no a las fijadas en cualquier soporte, como se preveía en la «Variante B» del art. 11 de la Propuesta.³⁰

Así, el actual art. 10 del WPPT/TOIEF posee la siguiente redacción:

«Art.10. *Derecho de poner a disposición interpretaciones o ejecuciones fijadas*: Los artistas intérpretes o ejecutantes gozarán del derecho exclusivo de autorizar la puesta a disposición del público de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, ya sea por hilo o por medios inalámbricos de tal manera que los miembros del público puedan tener acceso a ellas desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija.»

De la lectura del referido artículo es posible concluir que, con relación a los artistas intérpretes o ejecutantes, a diferencia del derecho de autor, en la Conferencia Diplomática se estableció expresamente un derecho exclusivo a autorizar la puesta a disposición al público de las interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas.

Asimismo, en lo que se refiere al derecho de puesta a disposición de los productores de fonogramas, en la Conferencia Diplomática se adoptó literalmente el texto del art. 18 de la Propuesta Básica, también ya referido en este trabajo. De esa forma, el actual art. 14 del WPPT/TOIEF establece:

«Art. 14. *Derecho de poner a disposición los fonogramas*: Los productores de fonogramas gozarán del derecho exclusivo a autorizar la puesta a disposición del público de sus fonogramas ya sea por hilo o por medios inalámbricos, de tal manera que los miembros del público puedan tener acceso a ellos desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija.»

³⁰ Dicha elección representa un beneficio indirecto significativo para los productores de fonogramas ya que, en la práctica del mercado, en la mayoría de los casos, los artistas intérpretes o ejecutantes ceden su derecho de puesta a disposición a los productores.

Aquí también se establece de forma directa un derecho exclusivo de autorizar los actos de puesta a disposición del público en beneficio del productor de fonograma.

3. EL DERECHO DE PUESTA A DISPOSICIÓN Y LA «UMBRELLA SOLUTION»:
ANÁLISIS CRÍTICO

Como se ha descrito en los apartados precedentes, fue a lo largo de las sesiones celebradas por los dos Comités de Expertos, en la fase preparatoria a la Conferencia Diplomática de 1996, cuando la idea de reconocimiento de un derecho subjetivo del autor de «puesta a disposición» surgió como una solución al difícil problema de encuadramiento legal de la transmisión digital interactiva en el contexto de las nuevas tecnologías.

Durante los debates de los Comités, el problema del encuadramiento jurídico de las transmisiones interactivas de obras o prestaciones protegidas fue discutido a la luz de dos entendimientos jurídicos contrapuestos: el entendimiento de los Estados Unidos de América y el de la Comisión Europea.

Para la doctrina estadounidense³¹, la «*Copyright Act*» debería ser modificada en el sentido de establecer que las copias de obras o prestaciones protegidas pudieran ser distribuidas al público por la transmisión digital y ésta se encuadraría dentro del derecho exclusivo de distribución.

Dicha doctrina entiende que el acto de transmisión digital implica actos de reproducción con el fin de distribución y, eventualmente, esa transmisión podrá ser también una comunicación al público. Sin embargo, en la gran mayoría de las transmisiones digitales, la finalidad principal es la distribución de copias y no la mera comunicación.

Ese entendimiento ha sido duramente criticado a lo largo de los trabajos preparatorios a la Conferencia Diplomática de 1996, principalmente por la Delegación de la Comisión Europea, pues la aplicación del derecho de distribución implicaba la no aplicación de la denominada teoría del agotamiento del derecho de distribución tras la primera venta.³²

No obstante, la doctrina estadounidense afirma que la referida teoría no es aplicable a las transmisiones digitales una vez que en esos actos el transmitente,

³¹ La referida doctrina tiene su formación en los dos documentos elaborados por el gobierno de los Estados Unidos respecto a las influencias y efectos de las nuevas tecnologías digitales en el ámbito del derecho del autor; concretamente, «The US Green Paper» y, posteriormente, «The US White Paper».

³² La teoría del agotamiento del derecho de distribución está prevista en la actual Ley de Propiedad Intelectual española en su art. 19.2.

al igual que el receptor, retiene una copia de la obra o prestación protegida al ser transmitida a sus respectivos ordenadores. Esa reproducción que necesariamente está implícita en el acto de transmisión impide la aplicación de la teoría del agotamiento, que sólo representa una excepción al derecho de distribución pero no al de reproducción.³³

Ya en relación a la doctrina europea³⁴, en el inicio de los estudios respecto al impacto de los avances tecnológicos en el contexto del derecho de propiedad intelectual se han defendido dos posibilidades de encuadramiento de las transmisiones digitales entre los derechos de explotación ya existentes. Dichas transmisiones podrían estar recogidas en el derecho de alquiler³⁵ o en el derecho de comunicación al público.

Al final, la mayoría de los Estados Miembros entendió que la mejor opción sería la inclusión de las transmisiones digitales interactivas dentro del derecho de comunicación al público. Para eso, sería necesario un proceso de adaptación del contenido de dicho derecho a las nuevas formas de transmisión digital, pero sin apartarse del concepto tradicional existente.

De esa manera, se pretendía una armonización a nivel comunitario de un derecho general de comunicación al público, incluyendo la «puesta a disposición» como una forma de acceso individual de miembros del público a las obras y prestaciones protegidas. Dicho derecho debería ser un derecho exclusivo tanto del autor como de los titulares de derechos afines o conexos, además de ser tecnológicamente neutral y general, de forma que las transmisiones digitales fueran realizadas por cualquier medio.

Por el análisis de los debates realizados a lo largo de los trabajos previos a la Conferencia Diplomática de 1996, es posible concluir que la mayoría de los Estados Miembros estaban de acuerdo en que no era apropiado proponer la creación de un derecho totalmente nuevo para aplicarse a la transmisión digital de obras y prestaciones protegidas. Se creía que la adaptación de un dere-

³³ Creo que esa postura de los Estados Unidos permite evidenciar la naturaleza compleja del acto de transmisión digital, compuesto por actos de distribución, reproducción y también de comunicación pública. Esa complejidad estructural llevó a la dificultad de calificación de ese nuevo acto de explotación del derecho de autor y de los derechos afines dentro de los ya existentes.

³⁴ La postura europea se basó en el contenido del ya referido Libro Verde sobre «*Derechos de autor y desafío tecnológico: problemas de derecho de autor que requieren una iniciativa inmediata*» y en su «*Comunicación sobre el seguimiento del Libro Verde sobre derechos de autor y derechos afines en la sociedad de información*».

³⁵ La Comisión entendió que la definición de alquiler en la Directiva sobre derechos de alquiler y préstamo (Antigua Directiva 92/100/CEE y actual Directiva 2006/115/CE, de 12 de diciembre de 2006) era la base para dicha posición, ya que el art. 1.2 de la Directiva definía 'alquiler' como una «puesta a disposición, para su uso, por tiempo limitado y con un beneficio económico o comercial directo o indirecto».

cho tradicional ya existente como el de la comunicación pública garantizaría una mayor seguridad jurídica en el proceso.

Sin embargo, un proceso de adaptación del derecho de comunicación al público tan superficial como el propuesto por la Comisión no parece ser lo más adecuado para resolver los problemas surgidos en aquel momento por la evolución tecnológica y los que podrían surgir en el futuro.

En realidad, el tradicional concepto de comunicación al público no ofrece bases apropiadas para una plena adaptación del derecho de autor al contexto de una sociedad de información cada día más desarrollada.

Es así porque, en la transmisión interactiva, las obras y prestaciones protegidas son utilizadas en una estructura de transmisión punto a punto y no en una estructura de transmisión punto a multipunto como se da en la comunicación tradicional. Ese contexto interactivo permite unir la esfera privada del autor o de su cesionario directamente a la esfera privada del usuario de la obra o prestación. De esa manera, la esfera pública tan invocada por el derecho de comunicación al público es prácticamente eliminada.

Además, otro cambio muy significativo provocado por el surgimiento de la transmisión interactiva, y que tiene relación con la naturaleza multidireccional de esa comunicación, es lo del comportamiento activo del receptor o usuario.

Como ya se ha dicho en el segundo capítulo del presente trabajo, en Internet el acceso del público a las fuentes de información se da sin intermediarios, al contrario de lo que pasa en los medios de comunicación tradicionales, como la televisión, por ejemplo, donde la información, antes de ser recibida por el público, pasa por un filtro selectivo representado por las entidades de radiodifusión. En este último contexto, el público sería apenas un receptor pasivo de las informaciones transmitidas.

Así, la transmisión digital, además de causar una reducción en el alcance del concepto de esfera pública, ha hecho surgir un nuevo público, que al mismo tiempo actúa como emisor y receptor de todo tipo de información. En ese contexto, el foco de la comunicación pública ya no se limita al momento de la emisión de la información, porque el mismo se ha pulverizado en una pluralidad de transmisiones al mismo tiempo recibidas y emitidas por un mismo sujeto, integrante de esa compleja red de comunicación.

En virtud de todo lo anterior, se puede afirmar que ni la propuesta estadounidense, ni la europea eran totalmente adecuadas para afrontar el reto de las nuevas tecnologías y las nuevas posibilidades de explotación de la obra o prestaciones protegidas que surgían. Y esa dificultad mucho tiene que ver con la ya referida arquitectura compleja de las transmisiones digitales que hace que las

líneas divisorias entre el derecho de reproducción, el derecho de distribución y el derecho de comunicación pública se atenúen.

En realidad, el acto de transmisión digital interactivo consiste en una interrelación «simbiótica» entre actos de reproducción, distribución y comunicación al público, de manera que para que el acto de transmisión se perfeccione es necesario que estos tres actos también se concreten. Así, la transmisión digital de la obra o prestación protegida se da a partir de una primera reproducción en el ordenador del autor o del responsable por la transmisión que la pone a disposición del público que, por su parte, podrá tener acceso a la misma a cualquier momento o en cualquier lugar siendo posible, incluso, reproducirla en su ordenador.

En virtud de esa particularidad del acto de transmisión digital, se planteó la creación de un nuevo derecho exclusivo del autor y titulares de derechos afines que diera cobijo a dichos actos. No obstante, el reconocimiento de un nuevo derecho exclusivo de autorizar no sería algo fácil ya que no había un consenso a nivel internacional y difícilmente se llegaría a tal acuerdo teniéndose en cuenta la naturaleza compleja y plural del acto de transmisión digital interactiva formado, como ya se ha dicho, por la integración de distintos actos de explotación, que no siempre tenían el mismo tratamiento en los distintos ordenamientos jurídicos nacionales.

Así, ante a las divergencias surgidas durante el trabajo de los dos Comités respecto a cuál derecho o derechos deberían ser aplicados a las transmisiones digitales, si el derecho de distribución o el derecho de comunicación al público, se ha propuesto una tercera vía la cual se ha llamado '*umbrella solution*' o, en castellano, «solución paraguas».

«La esencia de la idea es identificar dichos actos (de transmisión digital), hacer las aclaraciones necesarias, integrar las lagunas del Convenio de Berna³⁶, pero después dejar la máxima libertad necesaria (y razonable) para que los Derechos nacionales elijan la caracterización legal específica para esos actos (es decir, la selección y combinación del derecho exclusivo a ser aplicado).»^{37 38}

³⁶ La lagunas referidas serían respecto a la manera como eran previstos los derechos de distribución y de comunicación al público en el Convenio de Berna con anterioridad a la elaboración de los Tratados OMPI de 1996. Con relación al derecho de distribución, el Convenio no disponía de un concepto jurídico general de distribución, tal derecho tenía su aplicación limitada a las obras audiovisuales. Ya con respecto al derecho de comunicación al público, como ya se ha comentado en la presente investigación, en el Convenio dicho derecho era aplicado a ciertas categorías de obras bien específicas. Además, se hacía necesario extender la aplicación del concepto de comunicación al público no sólo a los actos efectuados por los emisores tradicionales sino también a los actos de puesta a disposición practicados por los propios usuarios.

³⁷ En original: «The essence of this idea is to identify the said acts, make the necessary clarifications, do away with Bern Convention gaps, but then leave as much freedom as necessary (and reasonable) to national laws concerning the specific legal characterization of the acts (that is, the selection and combination of the specific exclusive rights to be applied).»

³⁸ FICSOR, Mihály, *Idem*, p. 208.

La intención buscada por referida solución era ofrecer una ‘*umbrella*’ que garantizaría una efectiva y eficiente protección en el contexto digital, y facilitaría una interoperabilidad entre los distintos sistemas jurídicos. Sin embargo, para que se promoviera dicha protección ciertos elementos deberían ser identificados y observados de forma homogénea por todos los ordenamientos. Éstos serían³⁹:

- el acto relevante debería ser descrito como una puesta a disposición (de obras o prestaciones protegidas) al público;
- dicho acto debería extenderse a la puesta a disposición por procedimientos alámbricos o inalámbricos o por la combinación de los dos medios;
- el acto debería aplicarse a todos los casos de puesta a disposición independientemente del propósito del mismo;
- la obra o prestación protegida serán puestas a disposición independientemente del hecho de ser accedidas en el mismo sitio y en el mismo tiempo, y dicho acceso sería controlado por los usuarios que no tendrían una postura pasiva como en la tradicional comunicación al público (carácter interactivo de la transmisión);
- los derechos emanados del acto de puesta a disposición deberían ser considerados derechos exclusivos.

De esa manera, ante las divergencias respecto de la aplicabilidad del derecho de distribución o el derecho de comunicación al público, ya que las transmisiones digitales estaban a caballo entre estos dos derechos, la ‘*umbrella solution*’ sería un recurso adecuado para afrontar dicha diversidad de opiniones. Ello porque dicha doctrina se basa en un concepto neutral de «puesta a disposición» que permite una libertad relativa a las partes contratantes para caracterizar legalmente dichas transmisiones de acuerdo con su legislación vigente, es decir, se adopta una definición normativa de puesta a disposición sin caracterizar el derecho que debe darle cobijo.⁴⁰

En este sentido, dicha definición ha sido incorporada en los dos Tratados, en concreto WCT/TODA Y WPPT/TOIEF, con la siguiente redacción: «(...) *la puesta a disposición del público de sus 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.*»

³⁹ *Ibidem.*

⁴⁰ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio, *El derecho de autor en Internet. Los Tratados de la OMPI de 1996 y la incorporación al Derecho Español de la Directiva 2001/29/CE*, 2 ed., Editorial Comares, Granada, 2003, p. 182.

Dado que en la fase final de los trabajos preparatorios, así como en la propia Conferencia Diplomática, la mayoría de las Delegaciones entendían que las transmisiones interactivas se encuadraban mejor en el concepto de comunicación pública, la citada definición neutral quedó incluida en el art. 8 del WCT/TODA que dispone sobre el derecho de comunicación pública (en contraste con el dispuesto en el WPPT/TOIEF donde la puesta a disposición es tratada como un derecho distinto del de comunicación pública).

Tal hecho ha sido llamado entre las Delegaciones *'the half-opened umbrella'* («paraguas medio abierto»). No obstante, dicho «paraguas» ha sido completamente «abierto» por la ya referida declaración hecha, durante la Conferencia Diplomática, por la Delegación de los Estados Unidos de América.⁴¹ En su declaración la Delegación afirma que, aunque admita la aplicación de la puesta a disposición, tanto en el WCT/TODA como en el WPPT/TOIEF, dicha definición debería ser implementada por cada legislación nacional por la aplicación de cualquier derecho exclusivo y no necesariamente el derecho de comunicación al público.

Y, de acuerdo con FICSOR:

«La declaración hecha por la Delegación de los Estados Unidos parece ser válida no sólo porque no ha sido cuestionada por ninguna Delegación, pero también porque está en armonía con una antigua práctica seguida por los países de la Unión de Berna en la aplicación de los varios derechos garantizados por el Convenio por la cual la caracterización legal del derecho — la elección del derecho aplicable —no es generalmente la misma bajo el derecho nacional que bajo el derecho del Convenio.»^{42 43}

Se entiende que la aceptación de esa relativa libertad en la caracterización legal de los actos de transmisión digital interactiva depende del cumplimiento por parte de los países contratantes de la obligación de garantía de un nivel mínimo de protección de acuerdo con lo previsto en el Convenio de Berna.

Así, en el art. 8 del WCT/TODA, el elemento básico de la *'umbrella solution'* es la caracterización legal neutral de transmisión interactiva (neutral en el sentido de que dichas transmisiones puedan ser caracterizadas por el derecho de distribución, por el derecho de comunicación al público o por otro derecho)

⁴¹ La declaración a sido mencionada en el apartado anterior, *vide* p. 15.

⁴² FICSOR, Mihály, *Idem*, p. 497.

⁴³ En original: «The statement made by the US delegation seems to be valid not only because it was not opposed by any delegation, but also because it is in harmony with an age-old practice followed by countries of the Berne Convention, namely that the legal characterization of a right — the choice of the applicable right— is frequently not the same under national laws as under the Convention.»

que, aunque esté incluida en un derecho de comunicación pública general, no necesariamente debe ser entendida como tal. Es así porque se ha aceptado la aclaración⁴⁴ de que la obligación de establecer un derecho exclusivo que regule dichas transmisiones puede ser cumplida mediante la aplicación de otro derecho que no sea el de comunicación al público.

En cambio, con relación a los derechos conexos, en concreto, de los artistas intérpretes o ejecutantes y de los productores de fonogramas (de acuerdo con los artículos 10 y 14 del WPPT/TOIEF, respectivamente), la definición neutral de transmisión digital fue utilizada directamente, creándose un derecho exclusivo de autorizar la puesta a disposición del público de las prestaciones protegidas fijadas en fonogramas o de los fonogramas, respectivamente.

En este particular, no se ha hecho referencia al derecho de comunicación al público, porque los artistas o ejecutantes y los productores de fonogramas no son titulares de un derecho exclusivo de autorizar dicha comunicación, sino titulares de un derecho de mera remuneración de acuerdo con el art. 15 del WPPT/TOIEF. Y como se ha dicho, uno de los elementos caracterizadores de la *'umbrella solution'* adoptada por la Conferencia Diplomática es la necesidad de creación de un derecho exclusivo de autorizar que discipline las transmisiones digitales interactivas, garantizando un pleno control por los titulares de derecho de esta nueva forma de explotación.

4. LA 'UMBRELLA SOLUTION' EN EL CONTEXTO JURÍDICO ESPAÑOL

La *'umbrella solution'* fue incluida en el ordenamiento jurídico español por medio de la Ley 23/2006, de 7 de julio, que incorporó 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 Información (en adelante, DDASI).

En lo relacionado al derecho de puesta a disposición, la Directiva simplemente reitera lo dispuesto en los dos Tratados analizados, WCT/TODA y WPPT/TOIEF, y la única diferencia es que el derecho exclusivo de puesta a disposición de los titulares de derechos afines fue extendido a los productores de las primeras fijaciones de películas (art. 3.2.c, de la DDASI) y a los organismos de radiodifusión (art. 3.2.d, de la DDASI).

En la DDASI, y también en la Ley española, teniéndose en cuenta la libertad relativa de elección permitida por la *'umbrella solution'*, se optó por tipificar la transmisión digital interactiva como comunicación pública.

⁴⁴ Elaborada por la Delegación de los Estados Unidos de América como ya se ha hecho referencia.

En la Ley española, la inclusión de la puesta a disposición entre las modalidades de comunicación pública (art. 20.2.i, de la LPI) refleja no sólo la transposición de la citada Directiva, sino también la postura prácticamente unánime de la doctrina que entendía que la transmisión digital interactiva cabía ya en la amplia noción de comunicación pública del art. 20.1 de la LPI.⁴⁵

De acuerdo con autorizada doctrina⁴⁶, la interactividad que caracteriza el acto de puesta a disposición del público (art. 20.2 i, LPI) se reparte en dos momentos distintos: la interactividad pasiva y la interactividad activa.

«La interactividad que alude la norma comentada es la llamada pasiva o de primer grado: hay comunicación pública con la mera puesta a disposición y accesibilidad de las obras protegidas; luego es el usuario quien decide si y cuándo y desde dónde accede a través de los canales de intercomunicación (porque hay muchos potenciales usuarios, que no accederán). Cuando tiene lugar el acceso efectivo a los contenidos de información —«descargando», por ejemplo, una canción de Internet en un ordenador personal— ha lugar a la interactividad de segundo grado o *activa*.»⁴⁷

De esa manera, para la citada doctrina, el acto relevante que caracteriza la puesta a disposición del público como una comunicación pública es el de ofrecer a los eventuales usuarios la posibilidad de acceder *on line* a obras o prestaciones protegidas y no la transmisión misma o la consulta por los miembros del público que puede dar lugar a otros actos, como por ejemplo, múltiples reproducciones. El primer momento es considerado una puesta a disposición estática, ya que sólo hace posible el acceso de la obra o prestación; en cambio, el segundo momento sería el aspecto dinámico de la puesta a disposición, cuando el usuario efectivamente accede a la obra o prestación ofrecidas, con la posible obtención de copias (reproducción).

⁴⁵ Esa amplitud conceptual fue la que ha permitido que, ya en 1987, el legislador español previera de manera pionera, antes mismo de la elaboración de los Tratados OMPI, una forma de comunicación pública por puesta a disposición. Y lo hizo en el artículo 20.2 h de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, actual artículo 20.2.j de la LPI, al prever como modalidad de comunicación pública el acceso público por medio de telecomunicación a base de datos de ordenador que incorporen obras protegidas. De acuerdo con RIVERO HERNÁNDEZ, «*aun suprimida* [por la actual redacción de la LPI] la expresión «por medio de telecomunicación», se trata de una puesta a disposición y efectiva facilitación de acceso a distancia, o sea, de forma y por medios telemáticos, ya que sólo es posible en el terreno informático con las llamadas terminales remotas, unidas a la base de datos por medios idóneos de comunicación (hilo telefónico, fibra óptica, inalámbrico).» En RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, «Comentarios al artículo 20 de la LPI», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, 2007, p. 362.

⁴⁶ RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *Idem*, p. 329-378 y RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel, *La Ley de Propiedad Intelectual*, Thomson-Aranzadi, 2006, pp. 26-27.

⁴⁷ RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *Idem*, pp. 360-361.

Ese acto de puesta a disposición tiene lugar desde el momento en que se asigne a las obras o prestaciones protegidas una URL (*uniform resource locator*)⁴⁸, cuando pasa a ser posible el acceso a las mismas en el momento y lugar que elija el usuario. Este acceso a las obras y prestaciones protegidas se realiza mediante la actuación de los proveedores de contenidos. Son éstos los sujetos que practican el acto de explotación relevante, es decir, la puesta a disposición del público en su sentido estático. Y, por tanto, los que deben pagar a los titulares las licencias correspondientes relativas a las obras o prestaciones cuyo acceso proporcionan.

Sin embargo, la explotación de la propiedad intelectual en el contexto de la sociedad de información es una realidad cambiante y que gana nuevos contornos a cada momento.

Por ello, actualmente existen situaciones en las cuales no es posible distinguir la puesta a disposición en su sentido estático y en su aspecto dinámico, pues, en esos casos, la interactividad *pasiva* y *activa* se han fundido en una realidad compleja, de manera que el hecho generador de la protección por el art. 20.2.i, de la LPI no se restringe a la mera posibilidad de acceso (puesta a disposición estática), sino también al acto de acceder efectivamente al contenido protegido mediante la producción de copias (vertiente dinámica de la puesta a disposición).

Un ejemplo del referido fenómeno es lo que ocurre en las redes de intercambio de archivos, conocidas internacionalmente como redes P2P, o *peer-to-peer*. Dichas redes permiten el intercambio interactivo de materiales protegidos por la propiedad intelectual sin la necesidad de existencia de un sistema de control central, de manera que el intercambio se realiza entre los propios usuarios.⁴⁹

Así, el intercambio interactivo de archivos conteniendo obras o prestaciones protegidas se da mediante múltiples y continuos actos de puesta a disposición que son realizados por esa red de usuarios. De ahí la importancia del acceso efectivo del usuario (puesta a disposición en su sentido dinámico) al contenido protegido, ya que es a partir de dicho acceso que le es posible poner nuevamente la obra o prestación a disposición.

⁴⁸ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio, *El derecho de autor...*, cit., pp. 84 y ss.

⁴⁹ Para una mejor comprensión del tema se sugiere la lectura de obras como la de SÁNCHEZ ARISTI, Rafael, *El intercambio de obras protegidas a través de las plataformas peer-to-peer*, editada por el Instituto del Derecho de Autor (Madrid, 2007), donde, bajo una óptica predominantemente jurídica, el autor analiza los efectos de la utilización de las redes P2P, además de realizar un estudio de diversas resoluciones judiciales que han recaído sobre el tema, con especial atención a las dictadas en procesos contra operadores de programas que propician el funcionamiento de esas redes (casos Napster, Aimster, Grokster o Kazaa). Asimismo el artículo de GONZÁLEZ DE ALAIZA, J. J., La lucha de los titulares de derechos de autor contra las redes «peer-to-peer» (P2P). *pe.i (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 18, 2004, pp. 25-68.

En ese contexto, la extensión del ámbito de protección de la LPI a los actos de acceso efectivo practicados por los usuarios causa un cambio subjetivo en la dinámica del consumo del contenido protegido por la propiedad intelectual. El usuario (consumidor), tradicionalmente receptor pasivo de contenidos, pasa a tener una postura activa y se transforma en un nuevo emisor de obras o prestaciones protegidas. Y así, como los proveedores de contenido, deben también obtener la debida autorización por parte de los titulares de derechos. Lo que, en la mayoría de las veces, por el anonimato que existe entre los usuarios del sistema, no ocurre.

Los cambios surgidos con las redes P2P, y que vienen provocando grandes pérdidas económicas a los titulares de derechos, son solamente un ejemplo de la complejidad del sistema de explotación de la propiedad intelectual en el marco de la sociedad de información. La acelerada evolución tecnológica, día tras día, crea nuevos desafíos a los protagonistas de la llamada industria cultural. Retos que no fueron (y no podían ser) imaginados cuando tuvo lugar la implementación de la «agenda digital» y la elaboración de los dos Tratados OMPI de 1996.

De esa manera, la *'umbrella solution'*, que fue creada en un contexto histórico específico para afrontar problemas jurídicos determinados, con todo el desarrollo tecnológico vivido, debe ser, ahora, mejor implementada por cada ordenamiento jurídico, de cara a garantizar la efectiva protección de la propiedad intelectual y el equilibrio de los intereses involucrados.

IV. LA PUESTA A DISPOSICIÓN Y LOS CONFLICTOS JURÍDICOS QUE GENERA: ANÁLISIS DE SENTENCIAS JUDICIALES

Como se ha evidenciado en el apartado precedente, el derecho de puesta a disposición, es decir, la explotación interactiva de obras y prestaciones protegidas, es un nuevo paradigma en el mercado de la cultura que crea un abanico de posibilidades de explotación de la propiedad intelectual por sus titulares, además de ampliar infinitamente el acceso del público a los bienes culturales.

Así, autores, productores, proveedores de servicio en línea, bien actuando como intermediarios, bien como proveedores de contenido y usuarios coexisten y se interaccionan en la actual sociedad de la información teniendo como eje central de sus intereses los diversos productos culturales.

Sin embargo, la complejidad de esa nueva plataforma de explotación plantea relevantes conflictos de interés entre los distintos actores implicados en la misma.

Dichos conflictos, que casi siempre llevan a una violación del derecho de puesta a disposición del público, podrán ser mejor comprendidos mediante el aná-

lisis de algunas de las recientes decisiones judiciales, tanto españolas como internacionales, respecto a la materia.

Cada una de las decisiones analizadas refleja diferentes supuestos en que hay una explotación de la obra o prestación protegida mediante la puesta a disposición interactiva. Como se verá, en los casos examinados, la discusión se centra en la posible vulneración del derecho de puesta a disposición y lo que se plantea es la imputación de responsabilidad al eventual infractor.

No obstante, en algunos casos, dicha imputación no es tan fácil pues a los jueces les falta un marco normativo claro que les oriente en la solución de los nuevos conflictos frutos de la acelerada evolución tecnológica.

1. RESEÑAS JUDICIALES⁵⁰

1) *SAP Barcelona (sección 15.ª), 27 de junio de 2002 y SAP Madrid (sección 10.ª), 13 de noviembre de 2003*⁵¹:

Ambas sentencias tienen como entidad demandada a 'Weblisten S.A.' que se dedicaba a la puesta a disposición del público de fonogramas en formato digital, concretamente Mp3, a cambio de una contraprestación. Para las Audiencias, la demandada llevaba a cabo una doble actividad, de un lado el traslado de formato de CDDA⁵² a formato MP3, con su consiguiente almacenamiento en un servidor —lo que se conoce comúnmente como «*ripping*»—; y, por otra parte, la puesta a disposición del público de fonogramas que forman parte de un catálogo de titularidad de Ediciones Musicales Horus S.A. (SAP Barcelona) y AVISPA S.L. (SAP Madrid).

En las dos sentencias se entendió que el primer acto referido, es decir, el cambio de formato y posterior almacenamiento en servidor, consistiría en un acto de reproducción del fonograma. De acuerdo con la SAP Barcelona, que también ha sido citada en la SAP Madrid, «*no cabe dar a la palabra reproducción, como modalidad del derecho de explotación patrimonial de la obra, un sentido*

⁵⁰ De un análisis de diversas sentencias españolas se ha podido constatar que, lamentablemente, en el entorno español no existe rica experiencia judicial sobre los temas más actuales que involucren la puesta a disposición como es, por ejemplo, los casos de intercambio de contenido protegido a través de las redes P2P. Por tanto, se han analizado algunas sentencias españolas, tanto de naturaleza civil como penal, así como importantes decisiones tomadas en el ámbito internacional sobre la materia.

⁵¹ Referencias AC 2002/1551 y JUR 2004/88888, respectivamente. Ambas disponibles en Internet en la dirección <<http://www.westlaw.aranzadi.es>>.

⁵² CDDA es el formato usado en los CDs de músicas y significa 'Compact Disc Digital Audio'. Comenzó a ser comercializado en 1982 por las empresas Philips y Sony. Se trata del primer sistema de grabación óptica digital y fue creado con la intención de superar las limitaciones de los formatos convencionales. Más informaciones en: http://es.wikipedia.org/wiki/CD_audio.

vulgar, pues técnicamente no se refiere sólo a la multiplicación de la misma o a la obtención de un número de copias o ejemplares visibles de ella. (...) En la sociedad de información las modalidades tradicionales de reproducción coexisten con un gran número de medios que son el resultado de los avances tecnológicos. Para comprenderlos, a fin de no dejar indefensos a los titulares de derechos protegidos, el art. 9.1 del Convenio de Berna, de 9 Sep. de 1886, se refiere a la reproducción por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma. Entre tales procedimientos modernos de reproducción se encuentra el que interesa al litigio y que consiste en la carga o almacenamiento de material digitalizado en la memoria muerta de un ordenador u otro sistema o aparato electrónico que lo retenga de modo estable. Cuando se digitaliza la obra y se fija en un medio que permita su comunicación y la obtención de copias, se ejecuta un acto de reproducción. La digitalización y almacenamiento de soportes estables de memoria conectados a la red («up-loading»), desde los que las obras son accesibles al público, a cuyo alcance está la comunicación y la obtención de copias («down-loading»), viene comprendida en el ámbito de la reproducción, tal como se define en el art. 18 LPI.»

De esa manera, en ambas decisiones se reconoció que los actos practicados por la demandada consistían en actos de reproducción con invasión de la esfera de exclusiva que el art. 115 LPI reconoce a la demandante.

Asimismo, las sentencias afirmaron que la transmisión en línea de fonogramas a través de Internet debería considerarse como una modalidad de comunicación al público. En la SAP Madrid se afirma que «aquellos que pretendían cualificar la actividad de puesta a disposición de fonogramas a través de Internet como distribución, pretendían asentar su tesis sobre la base de que la comunicación pública se basaba en dos principios: a) que hubiese unidad de tiempo entre la transmisión y la recepción; b) que la transmisión fuese punto a multipunto. (...) En ningún momento el Legislador había llegado a exigir ninguna de las dos notas a que hacía referencia esa parte de la doctrina, que por otra parte eran dos notas extraídas directamente del *modus operandi* tradicional de las emisoras de radio. No hay ningún obstáculo legal a que la transmisión y la recepción tengan lugar en momentos diferentes en el tiempo. (...) Y, por otro lado y en lo que respecta a la transmisión punto a multipunto, tampoco habría en principio ningún obstáculo a que se estableciera punto a punto. De hecho éste es el sistema establecido por hilo musical, o por las televisiones de pago en la modalidad de «pay per view» (...).»

La SAP Madrid refuerza su argumentación citando la Directiva 29/2001/CE (DDASI), que dispone que la puesta a disposición en línea es una modalidad de comunicación pública.

Al final, tanto la SAP Barcelona como la SAP Madrid fallaron en el mismo sentido, afirmando que los actos practicados por «Weblisten S.A.» consistían en infracciones al derecho de propiedad intelectual, pues los actos de reproduc-

ción y comunicación al público practicados no contaban con la debida autorización de los respectivos titulares del derecho.⁵³

2) *SAP Cantabria (Sección 1), de 18 de febrero de 2008 —jurisdicción penal—*⁵⁴:

Se trata de una apelación presentada por AFYVE (Asociación Fonográfica y Videográfica Española),⁵⁵Columbia Tristar Home Entertainment y CIA S.R.C, Walt Disney Company Iberia S.L. y ADESE (Asociación Española de Distribuidores y Editores de Software de Entertainment) contra la decisión absolutoria de Primera Instancia de un infractor de los derechos de propiedad intelectual.

De acuerdo con datos, debidamente comprobados en los informes periciales que constaban en la causa, el acusado copió en CD 6.780 álbumes musicales, 652 CD's en formato MP3. Y entre las copias había 5.455 álbumes producidos por entidades asociadas a AFYVE. Además, entre el material había 31 CD's con contenido no musical como programas informáticos, juegos y películas, producidos por Columbia Tristar Home Entertainment, Walt Disney Company Iberia y asociados de ADESE.

La actividad practicada por el acusado era la de almacenamiento, oferta e intercambio de dicho contenido en la Red, para la cual el mismo carecía de la debida autorización por parte de los respectivos titulares del derecho.

La sentencia de Primera Instancia absolvió el acusado, pues consideró que no existía ánimo de lucro, ya que el acto de ofrecer e intercambiar con otros usuarios de la Red copias de álbumes musicales y otros contenidos protegidos se realizaba sin mediar precio. Además, la conducta consistía en el ejercicio del derecho a la copia privada. Así, *«la juzgadora de instancia entendió atípicos los hechos por considerar que no eran sino manifestación de un derecho a la copia privada consagrado en el art. 31 de la Ley de Propiedad Intelectual) y que no concurrió en la conducta del acusado el ánimo de lucro exigido por el art. 270 del CP entendiendo que no lo constituía la intención del acusado de conseguir copias de obras musicales para su disfrute personal.»*⁵⁶

⁵³ En ese mismo sentido, la sentencia, también de la Audiencia Provincial de Barcelona n.º 345/2005 (Sala 15), de 7 de julio de 2005, del caso Cromosoma S.A. contra Weblisten. Referencia JUR 2006/46026, disponible en: <<http://www.westlaw.aranzadi.es>>.

⁵⁴ Referencia ARP 2008/262, disponible en: <<http://www.westlaw.aranzadi.es>>.

⁵⁵ Que desde 2005, tras decisión en la Asamblea General de asociados (Diciembre 2004), se denomina PROMUSICAE (Productores de Música de España).

⁵⁶ La sentencia de Primera Instancia (sentencia n.º 309/06, de 14 de julio de 2006) del Juzgado de lo Penal n.º 3 de Santander fue comentada por Sara MARTÍN SALAMANCA en un artículo donde la autora parece criticar la decisión del Juzgado cuando la misma permite interpretar que la ausencia de ánimo de lucro y consecuente inexistencia de sanción penal se extiende al ámbito del Derecho Civil. La autora finaliza su artículo comentando la gran repercusión e impacto social cau-

Sin embargo, la Audiencia Provincial entendió que la conducta examinada no se incluía en el ámbito de la copia privada. De acuerdo con dicho Tribunal, *«al tiempo de ocurrir los hechos la copia privada estaba regulada en el art. 31, 2 de la LPI en los siguientes términos: «Las obras ya divulgadas podrán reproducirse sin autorización del autor en los siguientes casos: 2. Para uso privado del copista, sin perjuicio de lo dispuesto en los arts. 25 y 99 a) de esta Ley y siempre que la copia no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa».*

Como se ve, la norma no contenía la limitación actual, introducida por la Ley 23/2006 de 7 de julio), de que la copia lo sea de obras «a las que se haya accedido legalmente», pero ya se contemplaba como límite a la copia privada su utilización colectiva, cuyo destino hacía ilícita la copia misma; y el art. 10, 1 del Real Decreto 1434/1992 de 27 de noviembre, de desarrollo de los arts. 24, 25 y 140 de la LPI, expresamente reiteraba que no tienen la consideración de reproducciones para uso privado las que sean objeto de utilización colectiva o de distribución mediante precio, supuestos en los que para efectuar las reproducciones se exigía la previa autorización de los titulares de los derechos.

Pues bien, resulta claro que la expresión «utilización colectiva», aun interpretada restrictivamente, abarca todos aquellos casos en que la obra se comparte con usuarios ajenos al círculo familiar o íntimo del copista, con personas indeterminadas mediante una oferta general de acceso o intercambio, como ocurre en el sistema «Peer to Peer» («P2P») o en el caso presente, en que el acusado ofertaba libremente en la red el listado de sus discos, películas y juegos facilitando luego copias de sus archivos a quien se lo solicitaba a cambio de otras obras de su interés. Las copias que con esta finalidad eran poseídas por el acusado no podían por tanto considerarse copias para uso privado estrictamente, ni podían considerarse entonces -ni ahora conforme a la legislación vigente—, amparadas por la excepción legal a la prohibición de reproducción sin autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual.»

Aunque la Audiencia haya excluido la aplicación del límite de la copia privada con base en los fundamentos citados en el párrafo precedente, dicha exclusión no fue suficiente para afirmar la tipicidad de la conducta, ya que el art. 270 del Código Penal (en adelante, CP) exige que el sujeto agente actúe con ánimo de lucro. Respecto a esa cuestión, la AP de Cantabria afirmó:

«Pues bien, como alegan las acusaciones y se reconoce en la recurrida, el Código Penal emplea la expresión «ánimo de lucro» en otros preceptos, especialmente los

sados por la decisión y señalando que dicho fallo todavía tendría una «segunda parte». De hecho, la presente sentencia de la SAP Cantabria constituye la segunda parte del caso que, como se verá, rompe con la regla, recordada por la autora, de que segundas partes nunca son buenas. Para mayor análisis de la decisión de Primera Instancia *vide*: MARTÍN SALAMANCA, Sara, «Correo electrónico, copia privada y atipicidad penal. Una perspectiva civil de la sentencia de 14 de julio de 2006, del Juzgado se lo Penal n.º3 de Santander». En: RCE - Revista de la Contratación Electrónica, n.º 76, 2006, pp. 69-82.

relativos a delitos contra la propiedad como el robo, el hurto, la estafa o la apropiación indebida, y sobre el significado en estos tipos de ese concepto hay una sólida doctrina legal que sostiene que «ánimo de lucro» equivale a intención de obtener cualquier ventaja, aprovechamiento o utilidad (STS 411/2004 de 25 de marzo [RJ 2004, 3743], 1.100/2002 de 13 de junio [RJ 2002, 8051]).

Sin embargo, no hay propiamente una doctrina legal del Tribunal Supremo que interprete ese requisito del ánimo de lucro en los delitos contra la propiedad intelectual (...). Pues bien, son las posibilidades técnicas que brindan actualmente las nuevas tecnologías y los usos de consumidores y usuarios, los que obligan a plantearse si ese concepto tradicional de «ánimo de lucro» elaborado alrededor de los delitos contra la propiedad común sirve para acotar hoy en día convenientemente el ámbito de protección que el derecho penal debe dispensar a esta propiedad especial que es la intelectual, de perfiles propios y cuya configuración siempre ha tenido por ello normas específicas que atienden no solo a los derechos de los creadores y demás titulares sino también al interés social que late en esos derechos y los trasciende.

Así, resulta evidente que un concepto de «ánimo de lucro» como el expuesto y tan extenso como el usado habitualmente en otros delitos contra la propiedad, unido a la amplitud de las conductas típicas descritas en el art. 270 del CP y al estrecho ámbito de la copia privada tal como está actualmente configurada, conduciría a una extensión inusitada de la represión penal en este ámbito, al caer dentro del campo de aplicación de la norma, por ejemplo, la mera realización de una copia para uso propio a partir de otra copia o de un original difundido sin autorización del autor; esto es, el «bajar» una canción o una película de la Red sería punible, pues en tal conducta ilícita civilmente estaría también ínsito el ánimo de lucro derivado del ahorro del coste de adquisición legal de la copia; esta conclusión, que inmediatamente se revela poco coherente con el carácter fragmentario que debe tener el derecho penal y el principio de intervención mínima que debe inspirar la acción legislativa y aún la labor del interprete en un segundo grado, puede ser obviada ciertamente, como hacen algunos autores, acudiendo a un criterio de insignificancia, pero lo importante es que pone de relieve la inconveniencia de aplicar categorías tradicionales a una nueva realidad y la necesidad de buscar otras que permitan un tratamiento jurídico del problema acorde con la realidad social.

En esta línea se encuentra la aportación de la Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado, invocada en este caso por el Ministerio Fiscal al impugnar los recursos, en la que se propugna precisamente que el «ánimo de lucro» propio de estos delitos y exigible conforme al art. 270 CP puede entenderse no con el contenido tradicional ya expuesto, sino como expresivo de una intención de lucro «comercial» o «a escala comercial», lo que en todo caso excluye el mero beneficio de ahorro obtenido por el sujeto y aquellos supuestos en los que la copia ilícita es realizada o intercambiada sin intención de obtener un beneficio monetario, el propio de un ejercicio comercial de la actividad.»

En razón de lo afirmado, el Tribunal confirmó la sentencia apelada en cuanto a su pronunciamiento absolutorio, ya que en el caso concreto el acusado no actuaba con intención de obtener un beneficio comercial ni se enriquecía económicamente más allá de lo que suponía el ahorro personal gracias al intercambio de los discos, películas y juegos.

No obstante, la Audiencia Provincial afirma que su pronunciamiento absolutorio no perjudica la eventual responsabilidad que se pueda exigir del acusado desde el punto de vista del Derecho civil.

3) *Tribunal Federal de Australia, de 5 de septiembre de 2005: Universal Music Australia Pty Ltd v. Sharman License Holdings Ltd (El caso Kazaa)*⁵⁷:

Sharman License Holdings Ltd, proveedora y titular de los derechos de propiedad intelectual sobre el *software* Kazaa (uno de los programas de intercambio de archivos del tipo P2P más descargado en la Red), Altnet Inc. y otras empresas asociadas, fueron demandadas por Universal Music Australia y otros productores fonográficos por infracción de *copyright*.

En la decisión el Tribunal Federal de Australia afirma que en todo momento los demandados eran conscientes de que el principal uso del sistema Kazaa era la transmisión de material protegido. En los informes periciales realizados por la consultora Syzygy⁵⁸ se comprobó que Kazaa es visto por los usuarios como un buscador de descargas gratuitas de músicas.

Además, en el proceso se apuntó la incitación que realizaba el sitio Web de Kazaa para que los usuarios incrementaran su intercambio a través de la campaña publicitaria «Únete a la revolución Kazaa». ⁵⁹ Dichas campañas para el incremento del intercambio de archivos, además de servir como medio de prueba del conocimiento por los demandados del uso que se hacía del programa, aseguraron los ingresos publicitarios que sostenían el sistema Kazaa. Pues, cuanto más archivos compartidos estuvieran disponibles a través de Kazaa, mayor sería la atracción de su sitio Web.

En la decisión también se discutió respecto a la capacidad técnica de control de Sharman en relación a la conducta de los usuarios, si la entidad disponía

⁵⁷ Sentencia disponibles en: <http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/federal_ct/2005/1242.html>.

⁵⁸ Los estudios fueron hechos por encargo de Sharman Networks y han sido un elemento probatorio esencial para determinar la intención de los proveedores de Kazaa.

⁵⁹ La referida campaña publicitaria puede ser ilustrada por el siguiente fragmento: «*Treinta años comprando la música que ellos piensan que debes escuchar. Treinta años viendo las películas que ellos quieren que veas. Treinta años pagando el precio que ellos demandan...Se acabó. Con un solo clic. Peer to peer, compartimos archivos. Uno por uno, estamos cambiando el mundo. Kazaa es la tecnología. Tú eres el guerrero. Sesenta millones fuertes. Y creciendo. Únete a la revolución. KAZAA comparte la revolución.*»

de medidas tecnológicas que podrían haber prevenido las infracciones del *copyright* por parte de los usuarios.

De acuerdo con la sentencia, en el Derecho australiano, la infracción de los derechos de propiedad intelectual puede producirse de dos formas: de manera directa o por medio de una infracción indirecta, cuya acción es descrita con el verbo «autorizar». Así, el art. 101 de la *Copyright Act* de Australia (1968), que se refiere a la infracción directa al *copyright*, dispone en su apartado 1 (uno):

«De acuerdo con la presente Ley, *copyright* es infringido por una persona que, sin ser titular del *copyright* y sin contar con la preceptiva licencia del mismo, realiza en Australia, o autoriza que se haga en Australia, cualquier acto que esté comprendido dentro del *copyright*.»⁶⁰

Para el Tribunal, en el ámbito digital, si los demandados simplemente han proporcionado la tecnología que funciona como mera conductora de una comunicación por la que se realiza el acto ilícito, no habría infracción indirecta. No obstante, si además han tenido conocimiento de la infracción y no han hecho nada para evitarla (teniendo condiciones para hacerlo) e incluso la han fomentado (mediante campaña publicitaria), entonces se estaría ante un acto de «autorización»⁶¹.

De esa manera, el Tribunal ordenó que Sharman cesara la actividad contraria a lo dispuesto en el art. 101.1 de la *Copyright Act*, debiendo impedir a los usuarios australianos de Kazaa realizar actos infractores del *copyright* de los demandantes, en concreto, actos de reproducción y de puesta a disposición del público. Asimismo, consideró el Tribunal que el sistema Kazaa podría seguir siendo distribuido por Sharman siempre que la misma realizara modificaciones que impidieran la infracción de los derechos de propiedad intelectual, mediante la implementación de medidas, que deberían provenir de un acuerdo entre las partes y aprobado por el Tribunal⁶².

⁶⁰ En original: «*Subject to this Act, a copyright subsisting by virtue of this Part is infringed by a person who, not being the owner of the copyright, and without the licence of the owner of the copyright, does in Australia, or authorizes the doing in Australia of, any act comprised in the copyright.*»

⁶¹ En la sentencia se consideró que la infracción se realizó por omisión del proveedor del programa Kazaa, al no haber establecido ningún tipo de medida tecnológica que impidiera la puesta a disposición y descarga de material protegido. La defensa de los demandados alegó que en el contrato firmado con el usuario de Kazaa se establecían cláusulas que prohibían la utilización del programa para el intercambio de material protegido. No obstante, en el juicio se demostró que ese tipo de cláusulas eran ineficaces a la hora de evitar la infracción directa del *copyright* por los usuarios. Además, quedó probado en el procedimiento, que Kazaa contaba con los mecanismos técnicos para instalar un filtro que impidiera la descarga de ficheros musicales protegidos. Dichos filtros ya eran utilizados por los proveedores de Kazaa para evitar el intercambio de pornografía infantil.

⁶² Como, por ejemplo, la inclusión de filtros que excluyan la posibilidad de que fonogramas protegidos sean compartidos entre los usuarios, de acuerdo con sugerencias del propio Tribunal.

4) Corte del Distrito de Columbia, de 24 de abril de 2003 y Corte de Apelación del Circuito del Distrito de Columbia, de 19 de diciembre de 2003 (Estados Unidos de América): *'Recording Industry Association of America, (RIAA) v. Verizon Internet Service's*⁶³:

En el § 512 (h) de la *Digital Millenium Copyright Act de 1998*, en adelante DMCA, (incorporado en el *Copyright Act* en el 17 U.S.C)⁶⁴ se prevé la posibilidad de que los titulares de derecho de autor soliciten judicialmente a los prestadores de servicios intermediarios la identificación de sus clientes.

Los productores de fonogramas norteamericanos, amparándose en dicha norma, solicitaron al proveedor de acceso *Verizon Internet Services, Inc.* el nombre de uno de sus usuarios, que se había descargado en un sólo día más de 600 fonogramas del repertorio de los peticionarios mediante el uso del programa de intercambio de archivos del tipo P2P. Ante la negativa de *Verizon*, la RIAA accionó ante los Tribunales estadounidenses.

En primera instancia, la Corte de Distrito de Columbia declaró que todos los prestadores de servicios intermediarios de Internet tenían la obligación de comunicar dichos datos a los que demostraran un interés legítimo. Por su parte, *Verizon* alegó que existían problemas de constitucionalidad respecto de la obligación de información impuesta por la DMCA. No obstante, la Corte declara su constitucionalidad al entender que no está dirigida a limitar la libertad de expresión, sino a defender los derechos exclusivos de los titulares que son gravemente vulnerados por el uso de los programas P2P.

Sin embargo, dicha resolución fue revocada por la sentencia de la Corte de Apelación del Distrito de Columbia que entiende que el §512 (h) de la DMCA no se aplica a los proveedores de acceso a la red, como *Verizon*, puesto que la norma se refiere a supuestos en los que el material supuestamente infractor se encuentre almacenado en el servidor del prestador de servicio en línea como, por ejemplo, en una página web alojada en uno de sus servidores. Tal hecho no ocurre en el caso del intercambio de archivos a través de programa P2P, donde dichos ficheros no se almacenan en el servidor, sino que pasan a través de la red del ordenador de un usuario directamente al de otro, donde se graban.⁶⁵

⁶³ Sentencia disponible en: <<http://www.eff.org/cases/riaa-v-verizon-case-archive>> o <http://pacer.cadc.uscourts.gov/docs/common/opinions/200312/03-7015a.pdf>.

⁶⁴ § 512 (h): Subpoena to Identify Infringer: «*A copyright owner or a person authorized to act on the owner's behalf may request the clerk of any United States district court to issue a subpoena to a service provider for identification of an alleged infringer in accordance with this subsection.*»

⁶⁵ Existen dos modalidades de intercambio de archivos vía P2P. La primera es mediante páginas web que centralizan dicho intercambio identificando los archivos de los usuarios conectados disponibles para descarga (sistemas tipo el conocido Napster). La segunda es mediante programas P2P, que permiten a los usuarios buscar directamente en los ordenadores de otros usuarios, sin que ninguna página web esté involucrada. Es justamente en esta segunda modalidad que se centra el caso en cuestión.

2. PUNTUALIZACIÓN DE LOS PROBLEMAS: BREVE COMENTARIO A LAS SENTENCIAS RESEÑADAS

Las sentencias reseñadas son algunos ejemplos de los conflictos que se pueden generar a partir de la aplicación del derecho de puesta a disposición del público.

En las dos primeras sentencias analizadas, el caso *Weblisten*, la vulneración del derecho de puesta a disposición es patente ya que la entidad 'Weblisten S.A.' explotaba económicamente, por tanto con ánimo de lucro, fonogramas en formato digital mediante la puesta a disposición de los mismos. Sin embargo, no contaba con la autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual.

Dichas sentencias han sido pioneras en el Derecho español al reconocen la puesta a disposición como una modalidad del derecho de comunicación al público. Y ello, antes mismo que el propio ordenamiento jurídico español lo hiciera, pues las fechas de las dos decisiones son anteriores a la reforma de la Ley de Propiedad Intelectual (LPI) promovida por la Ley 23/2006, de 7 de julio, que, como ya se ha dicho, incorporó la Directiva 29/2001, relativa a la armonización de determinados aspectos del derecho de autor y de los derechos afines en la sociedad de información (DDASI).

Fue en la DDASI que se creó la nueva modalidad del derecho de comunicación pública, concretamente la puesta a disposición (art. 3.º, apartados 1 y 2).

De esa manera, lo que vinieron a destacar las dos sentencias fue que el concepto amplio y abierto de comunicación al público construido por el legislador español se adaptaba perfectamente a los cambios surgidos con la evolución tecnológica, garantizando la neutralidad jurídica necesaria para afrontar esa nueva realidad.

Sin embargo, la evolución de las nuevas tecnologías y sus reflejos en el derecho de autor constituyen una realidad dinámica que se transforma a cada día, lo que hace muy difícil un proceso de adaptación jurídica armonizado y, consecuentemente, eficaz. Esa situación queda más evidente en el contexto de la explotación digital interactiva, principalmente con los nuevos medios de acceso al contenido cultural protegido por la propiedad intelectual, como las denominadas redes P2P (*peer to peer*) de intercambio de archivos.

Ya se ha dicho que la práctica de compartir archivos que contienen obras o prestaciones protegidas mediante programa P2P en Internet supone, en la casi totalidad de los casos, una violación de los derechos patrimoniales de distintos titulares de derechos de autor y derechos afines que implica una responsabilidad civil de acuerdo con la LPI.

No obstante, hay que diferenciar la función de los distintos actores implicados en el proceso, distinguiendo la conducta de los usuarios, de los creadores de los sistemas P2P y de los terceros que almacenan en sus servidores el programa o facilitan el acceso de los usuarios al mismo. Cada uno de estos sujetos tiene un grado de participación bien distinto (pero complementario) en el ilícito civil que es practicado por medio de la utilización de las redes P2P.

Las tres últimas sentencias examinadas tratan del tema en las distintas perspectivas, en concreto, la de los usuarios, la de los proveedores del software que permite el intercambio entre pares (el P2P) y, por último, la perspectiva de los llamados prestadores de servicio de intermediación (en adelante, PSI).

En la SAP Cantabria, aunque el procedimiento sea de naturaleza penal y en éste ámbito la casi totalidad de la doctrina está de acuerdo que no hay un delito cuando la conducta carece de ánimo de lucro,⁶⁶ los fundamentos respecto a la no aplicación del límite de la copia privada para supuestos donde hay el uso del programa de intercambio de archivos, P2P, o situaciones semejantes,⁶⁷ representa una vía de defensa al interés de los titulares del derecho de propiedad intelectual en el ámbito civil.

De acuerdo con la Audiencia, el límite de la copia privada no podría ser aplicado al caso, y tampoco en los casos de intercambios tipo P2P, porque la obra o prestación protegida era compartida con usuarios ajenos al círculo familiar o íntimo del acusado, «*con personas indeterminadas mediante una oferta general de acceso o intercambio, como ocurre en el sistema «Peer to Peer» («P2P»)».*

Así, el «uso colectivo» de la obra o prestación sería un límite a la copia privada ya que en este caso se están realizando reproducciones que no son «para uso privado» del acusado, puesto que se almacenan en un sector del ordenador (carpeta compartida) «abierto al público» para que pueda continuar la cadena de transmisión, lo que implica un uso colectivo.

Es importante considerar que, en este caso, será el usuario el responsable por la violación de los derechos de propiedad intelectual, pues la decisión de compartir o no los archivos corresponde únicamente a él, que es libre para decidir qué destino van a tener las copias descargadas.

⁶⁶ En razón de la ausencia de ánimo de lucro, exigida por el art. 270 del CP y también por aplicación del principio de la intervención mínima. En el presente caso, como se ha explicado en la sentencia, el mero beneficio de ahorro obtenido por el sujeto en aquellos supuestos en los que la copia ilícita es realizada o intercambiada no corresponde a la intención de obtener un beneficio monetario.

⁶⁷ Como es el caso *sub iudice* dónde el acusado, un usuario de la red, ofertaba libremente y sin la debida autorización el listado de sus discos, películas y juegos facilitando luego copias de sus archivos a quien se lo solicitaba a cambio de otras obras de su interés.

Asimismo, en la sentencia se trabaja con la idea de acceso legal a la obra, que fue introducida al art. 31.2 de la LPI por la Ley 23/2006, de 7 de julio. Dicha expresión parece apuntar para las reproducciones realizadas en Internet, a través de páginas web o por el intercambio de archivos, como el P2P. En este último caso, el acceso por el usuario sería ilegal, una vez que el mismo sólo ha sido posible por un acto precedente (o reiterados actos) de puesta a disposición que no contó con la autorización del titular del derecho.⁶⁸ De esa manera, por no haber accedido de forma legal a la obra, no se aplicaría el límite de la copia privada a los usuarios de redes de intercambio de archivos.⁶⁹

Por último, se entiende que el límite de la copia privada también podría ser excluido por la aplicación del art. 40 bis de la LPI, una vez que el intercambio de archivos en redes P2P afecta a la explotación normal de la obra.⁷⁰

Ya la sentencia del Tribunal Federal de Australia trata de la posible imputación de responsabilidad por los daños causados por las redes P2P a partir de la perspectiva del proveedor de dicho programa. Así, en el procedimiento, la cuestión

⁶⁸ Ese argumento jurídico ha sido recientemente rechazado por una sentencia del Juzgado Mercantil n.º 7 de Barcelona, Sentencia n.º 67/10, de 9 de marzo de 2010, conocida en los medios de comunicación como el caso «elrincondejesus». En dicha decisión, el Magistrado afirma, en el fundamento tercero, que el requisito del acceso legal del art. 31.2 de la LPI pone «*acento en la nota de licitud o legalidad del acceso y no en la licitud o legalidad de la fuente*», y que, «*en el marco de las redes P2P, resulta dudoso y complejo el examen en cada caso de la legalidad de la fuente. Pero esto no es la exigencia de la Ley de Propiedad Intelectual, que habla de legalidad del acceso y no de la fuente, de tal manera que la mayoría de los usuarios de estas redes acceden legalmente a la obra, por cuanto han celebrado un contrato lícito y válido a cambio de un precio con un prestador de servicios de la red.*» Sin embargo, en el ámbito de las redes P2P, el análisis de la legalidad de la fuente no es fundamental para determinar su ilicitud. Y eso, porque, como se ha defendido en el capítulo precedente, en tal contexto, el acto relevante que caracteriza la puesta a disposición no se limita a la oferta a los eventuales usuarios de la posibilidad de acceder en línea a las obras o prestaciones protegidas (puesta a disposición estática), sino que engloba el acto de acceso efectivo a dicho contenido (puesta a disposición dinámica). Sólo a partir de tal acceso sería posible el intercambio de archivos a través de reiterados actos de puesta a disposición u ofertas de acceso no autorizadas. De esa manera, con independencia de que, en su origen, la primera oferta de acceso o puesta a disposición sea lícita (legalidad de la fuente), generando un primero acceso lícito, los sucesivos accesos de los usuarios de la red P2P no lo serán, puesto que son frutos de actos de puesta a disposición no autorizados. Sentencia con referencia LA LEY 3256/2010, disponible en <<http://laleydigital.laley.es>>.

⁶⁹ Aunque en la SAP Cantabria se haya citado este último argumento jurídico, el mismo no fue aplicado ya que el caso concreto ocurrió en fecha anterior a la reforma de la LPI por la Ley 23/2006, que incluyó el requisito del acceso legal.

⁷⁰ Esa afectación es evidente por la actual crisis vivida por el mercado discográfico y audiovisual que vienen sufriendo grandes y significativas pérdidas económicas en razón de la práctica de intercambio de archivos, mediante el programa P2P. Como un ejemplo de lo afirmado, de acuerdo con datos contenidos en el Libro Blanco de la Música en España (2005), elaborado para Promusicae por *PrincewaterhouseCoopers*: «*España es según la IFPI (International Federation of the Phonographic Industry) uno de los 10 mercados más afectados por la piratería. En nuestro país, el 25% de unidades vendidas corresponde a unidades ilegales. Esto supone que la música ilegal mueve en nuestro país alrededor de 47,3 millones de euros, según datos de la IFPI.*» (Libro Blanco de la Música, Promusicae, 2005, p.75. Disponible en: [http://www.promusicae.org/EditorRamon/imagenes/file/libro_blanco\(1\).pdf](http://www.promusicae.org/EditorRamon/imagenes/file/libro_blanco(1).pdf)).

a dilucidar era si existía o no algún tipo de responsabilidad civil extracontractual por parte del proveedor del *software* P2P con el que se cometían actos infractores del derecho de propiedad intelectual. Para eso, el Tribunal australiano se preguntó si Sharman Networks y los otros demandados habían «*autorizado*» la infracción.

Para determinar si la actividad de Kazaa estaba incluida dentro de algún supuesto de exención de responsabilidad, la parte demandada alegó que las operaciones de Sharman Networks se encuadraban en el supuesto del art. 112 E de la *Copyright Act*⁷¹, que establece que una persona no «*autoriza*» la infracción por mero hecho de proveer los medios usados por terceros para llevarla a cabo.⁷²

Aunque el hecho de permitir el intercambio no sea de por sí un motivo para considerar responsable a los proveedores del programa P2P, en la sentencia se destacan otros hechos que hacen de Sharman Networks responsable.

Primero, el hecho de la demandada hubiera realizado una actividad de fomento de la infracción directa (ésta practicada por los usuarios) a través de comunicaciones en su página web y su, ya referida, campaña publicitaria. Segundo, se consideró técnicamente viable la instalación de filtros para evitar el intercambio de material protegido, lo que, sin embargo, no se hizo. Por último, el hecho de que mediante la infracción de los derechos de propiedad intelectual (*copyright*), la empresa demandada consiguiera grandes ventajas económicas a través de los ingresos provenientes de la publicidad.

La sentencia del tribunal de Australia representó (y todavía representa) una alternativa a la defensa de los titulares de derechos de propiedad intelectual. Pues de alguna manera, aunque sus efectos hayan tenido que respetar el principio de la territorialidad, el alcance técnico de la incorporación de filtros y la incitación a los usuarios para que actualizaran el programa Kazaa con objeto de obtener una versión que impidiera la infracción, seguramente ha repercutido más allá de las fronteras australianas, impulsando un proceso de concienciación social de los usuarios y de las propias empresas proveedoras de los programas *peer to peer*.

Por otro lado, en las sentencias estadounidenses de la Corte del Distrito de Columbia, de 24 de abril de 2003 y de la Corte de Apelación del Circuito del Distrito de Columbia, de 19 de diciembre de 2003 lo que se planteó fue la po-

⁷¹ En original, el Art. 112 E: «*A person (including a carrier or carriage service provider) who provides facilities for making, or facilitating the making of, a communication is not taken to have authorised any infringement of copyright in an audio-visual item merely because another person uses the facilities so provided to do something the right to do which is included in the copyright.*»

⁷² Este supuesto de exención de responsabilidad se asemeja al que se establece respecto a los operadores de redes de telecomunicaciones y proveedores de acceso recogido en el artículo 14 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSICE) y que proviene del art. 12 de la Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico.

sible acción contra el último participante de la estructura de las redes P2P, en concreto, los prestadores de servicio de intermediación, en adelante PSI.⁷³

En el caso, no se plantea una posible responsabilidad extracontractual del PSI, *Verizon Internet Services*, como en las sentencias anteriormente analizadas, sino el deber de comunicar los datos de los usuarios infractores de la propiedad intelectual.

Y aunque en primera instancia la Corte del Distrito de Columbia haya admitido la acción de RIAA y exigido a *Verizon* que facilitara los datos de los usuarios, la Corte de Apelación, mediante una interpretación restrictiva del §512 (h) de la DMCA, entendió que dicho deber de comunicación sólo se aplica a los prestadores de servicios de almacenamiento y no a los prestadores de servicios de acceso, como era el caso de *Verizon*.

Este caso plantea importantes cuestiones respecto al grado de participación de los PSI en las infracciones a los derechos de propiedad intelectual practicadas en el contexto de las redes P2P. Ya se ha afirmado y reconocido por la mayoría de la doctrina que a los PSI no se puede imputar una responsabilidad extracontractual por los actos practicados por terceros que se valen de los servicios del intermediario para vulnerar obras o prestaciones protegidas por el derecho de propiedad intelectual⁷⁴.

De acuerdo con lo previsto en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de información y de comercio electrónico, en adelante LSSI, los supuestos de responsabilidad civil de los PSI sólo se dan por hechos propios y en situaciones bien específicas y restrictivas⁷⁵, establecidas en los arts. 13 a 17 de la LSSI.

⁷³ De acuerdo con la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de información y de comercio electrónico, en la letra b) de su Anexo, son considerados servicios de intermediación el «servicio de la sociedad de información por el que se facilita la prestación o utilización de otros servicios de la sociedad de información o el acceso a la información. Son servicios de intermediación la provisión de servicios de acceso a Internet, la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, la realización de copia temporal de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios, el alojamiento en los propios servidores de datos, aplicaciones o servicios suministrados por otros y la provisión de instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos o de enlaces a otros sitios de Internet.»

⁷⁴ MASSAGUER, José, «La responsabilidad de los prestadores de servicio en línea por las infracciones al derecho de autor y los derechos conexos en el ámbito digital. El Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) y el Tratado de La OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT)», *pe.i (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 13, 2003 y GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio, «Suspensión o cesación de los servicios a usuarios infractores de propiedad intelectual», *pe.i (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 27, 2007.

⁷⁵ Los PSI no son responsables de los contenidos que transmiten o alojan o a los que facilitan acceso. Sólo serán responsabilizados si participan en su elaboración o si conocen su ilicitud y no actúan rápidamente para retirarlos o imposibilitar el acceso a ellos. La LSSI trabaja con el concepto de conocimiento efectivo de los PSI que se daría cuando un órgano competente (Jurisdiccional o Administrativo, según la letra «j» del Anexo de la LSSI) haya declarado dicha ilicitud y ordenado la retirada del contenido o el corte de acceso.

Sin embargo, es incuestionable la existencia de una vinculación, aunque indirecta y, a veces, involuntaria, de los PSI en la infracción a la propiedad intelectual practicada por los usuarios del sistema P2P. Ya que, en muchos casos, estos intermediarios son los que están en mejor situación de poner fin a dichas actividades ilícitas, una vez que poseen el control de los medios tecnológicos que permiten el acceso de los usuarios a las obras o prestaciones protegidas.

En este sentido, la Ley 23/2006, de 7 de julio, que incorporó la DDASI, modificó la LPI, ampliando la legitimación pasiva de las medidas cautelares (art. 141.6, LPI) y de las acciones de cesación (art. 139.1 h, LPI) a ciertos *intermediarios* cuyos servicios son utilizados por terceros para violar derechos exclusivos de propiedad intelectual.

A partir de estas reformas legales se ha planteado la cuestión concreta de si es posible ejercitar frente a los prestadores de servicios de intermediación de Internet una medida cautelar o una acción consistente en la suspensión del servicio a sus usuarios cuando los mismos cometen actos ilícitos de explotación de derechos de propiedad intelectual.⁷⁶

La cuestión se plantea porque los artículos 139.1 h y 141.6 de la LPI se refieren a «intermediarios» sin especificarlos. Además, hacen una salvedad a la LSSI al disponer que la suspensión, cautelar o definitiva, de los servicios prestados al usuario infractor se dará «*sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de información y de comercio electrónico*».

Tal hecho podría llevar a la interpretación de que los prestadores de servicios de intermediación de Internet serían los únicos «intermediarios» excluidos de las reglas de la LPI, debiendo aplicarse las reglas de la LSSI, en especial, los arts. 8 y 11. Lo que crearía un problema, ya que los referidos artículos no contienen una regulación específica para solicitar la suspensión del servicio en el caso de meras infracciones civiles.

No obstante, según autorizada doctrina⁷⁷, la remisión de la LPI a la LSSI no excluye la posibilidad de formularse peticiones de suspensión del servicio a los usuarios frente a los prestadores de servicios de intermediación. Al contrario,

⁷⁶ La cuestión resulta importante respecto de dos especies de PSI, en concreto, los prestadores de acceso y los prestadores de alojamiento. Los primeros son los que posibilitan al usuario el servicio de conexión a Internet. La función de estos prestadores de acceso es decisiva cuando los usuarios de sus servicios intercambian archivos que contienen obras y prestaciones protegidas a través de los programas de intercambio P2P. Los prestadores de servicios de alojamiento tienen un papel fundamental en la medida que pueden alojar páginas o sitios web desde los que se ponen ilícitamente a disposición del público archivos conteniendo bienes protegidos.

⁷⁷ ARMENGOT VILAPLANA, Alicia, «La tutela cautelar de la propiedad intelectual tras las últimas reformas legislativas», *pe.i (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 25, 2007, p. 45-80, y GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio, «Suspensión o cesación de los servicios...», *cit.*, pp.17 y ss.

los preceptos buscan aclarar que estos prestadores que actúan en el ámbito de Internet siguen beneficiándose de las reglas de la LSSI que limitan su responsabilidad a supuestos específicos. Por tanto, la remisión se refiere a las reglas de los arts. 13 a 17 (respecto de la acción indemnizatoria) y no a la acción de cesación (arts. 8 y 11, LSSI) que se basa en la suspensión del servicio a los usuarios infractores.

Ésta sería la interpretación más conforme con los objetivos buscados por el Derecho Comunitario. Y ello teniendo en cuenta lo establecido en el Considerando 59 de la DDASI y en el Considerando 45 de la Directiva sobre el comercio electrónico (Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio de 2000)⁷⁸, que imponen a los Estados Miembros el deber de regular las medidas cautelares y acciones de cesación como vías de defensa del derecho de los titulares de bienes protegidos por la propiedad intelectual contra los prestadores de servicio de intermediación.

El contenido concreto de la cesación, consistiría en una condena de hacer, que ordene la suspensión del servicio del acceso a Internet a los usuarios infractores o en solicitar a un prestador de alojamiento la retirada de la página web desde la que los usuarios estén llevando a cabo la puesta a disposición del público no autorizada de obras o prestaciones protegidas.

Es importante resaltar que la suspensión del servicio de acceso o de alojamiento será independiente de la posible responsabilidad en que pueden incurrir dichos prestadores si incumplen las restricciones que, de forma excepcional, están previstas en los arts. 13 a 17 de la LSSI.

De esa manera, la aplicación de los arts. 139.1 h y 141.6 de la LPI, principalmente contra el prestador de acceso, implicarían una posible forma de protección de los derechos de propiedad intelectual contra la vulneración causada por el intercambio de archivos en redes P2P, ya que conllevaría a la suspensión del servicio de acceso a Internet de los usuarios infractores.

⁷⁸ El Considerando 59 dispone: «Sobre todo en el entorno digital, es posible que terceras partes utilicen cada vez con mayor frecuencia los servicios de intermediarios para llevar a cabo actividades ilícitas. En muchos casos, estos intermediarios son quienes están en mejor situación de poner fin a dichas actividades ilícitas. Así pues, y sin perjuicio de otras sanciones o recursos contemplados, los titulares de los derechos deben tener la posibilidad de solicitar medidas cautelares contra el intermediario que transmita por la red la infracción contra la obra o la prestación protegidas cometida por un tercero. Esta posibilidad debe estar abierta aun cuando los actos realizados por el intermediario estén exentos en virtud del artículo 5. Debe corresponder a la legislación nacional de los Estados miembros regular las condiciones y modalidades de dichas medidas cautelares.» Ya el Considerando 45 establece: «Las limitaciones de la responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios establecida en la presente Directiva no afecta a la posibilidad de entablar acciones de cesación de distintos tipos. Dichas acciones de cesación pueden consistir, en particular, en órdenes de los tribunales o de las autoridades administrativas por los que se exija poner fin a cualquier infracción o impedir que se cometa, incluso retirando la información ilícita o haciendo imposible el acceso a ella.»

Sin embargo, y como ha sido planteado en el Caso *Verizon*, la orden judicial de suspensión de los servicios de acceso conlleva la revelación de los datos personales de los usuarios por los prestadores del servicio. Y aunque la sentencia estadounidense haya declarado la constitucionalidad del acto de revelación de los datos personales, no ocurre lo mismo en el contexto del Derecho Comunitario.

De hecho, el tratamiento de los datos personales, en mayor o menor medida, es necesario para la identificación de los infractores y ulterior suspensión del servicio de acceso⁷⁹. No obstante, en ese momento, se establece un delicado conflicto entre la propiedad intelectual y el derecho a la protección de datos personales.

La supuesta supremacía del derecho a la protección de datos personales en relación al derecho de propiedad intelectual viene sirviendo como un argumento en defensa de los usuarios infractores, así como de los propios PSI, lo que muchas veces se traduce en un pronunciamiento judicial negativo a los intereses de los titulares de la propiedad intelectual.

Sin embargo, actualmente, el conflicto entre el derecho propiedad intelectual y el derecho a la protección de datos apunta hacia a una solución basada en la ponderación de esos dos derechos. Esa búsqueda de un equilibrio entre los intereses implicados ha sido señalada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (a continuación, TJCE) en su sentencia de 29 de enero de 2008 (asunto *Promusicae v. Telefónica*).⁸⁰

Dicha sentencia ha demostrado que el derecho a la protección de datos no es un derecho absoluto y que es necesario ponerlo en relación con otros derechos

⁷⁹ La identificación de los usuarios también es importante para los casos en que hay el interés por parte de los titulares de derecho en el ejercicio contra los usuarios de las acciones legales oportunas.

⁸⁰ La sentencia del TJCE, de 29 de enero de 2008, asunto C-275/06, resolvió una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Madrid en el marco de un procedimiento de diligencias preliminares seguido por *Promusicae* (asociación para la defensa de los derechos de los productores fonográficos) contra *Telefónica*, en la que preguntaba si los ordenamientos jurídicos nacionales pueden restringir al marco de una investigación criminal o para la salvaguardia de la seguridad pública y de la defensa nacional, con exclusión, por lo tanto, de los procesos civiles, el deber de retención y puesta a disposición de datos de conexión y tráfico generados por la comunicaciones establecidas durante la prestación de un servicio de la sociedad de información, que recae sobre los operadores de redes y servicio de comunicación electrónicas, proveedores de acceso a redes de telecomunicaciones y prestadores de servicios de alojamiento de datos. El contenido de la sentencia no será analizado en el presente trabajo ya que su tema central es meramente tangencial al derecho de puesta a disposición del público, analizado por esta investigación. Para un mayor comentario y análisis de la sentencia, *vid.* GONZÁLEZ GOZALO, Alfonso, «*El conflicto entre la propiedad intelectual y el derecho a la protección de datos de carácter personal en las redes peer to peer*», en *pe.i* (Revista de Propiedad Intelectual), núm. 28, 2008, pp. 13-68.

constitucionales, como los derechos al honor, a la intimidad, a la tutela judicial efectiva y, también, a la propiedad intelectual. Y a partir de ahí, el intérprete, sea el legislador o el juez, deberá, mediante un mecanismo de ponderación, intentar alcanzar un adecuado equilibrio entre los derechos en conflicto.⁸¹

V. CONCLUSIONES

La revolución digital, vivida desde finales del siglo XX, ha propiciado un fortalecimiento del proceso de democratización cultural, pues amplió infinitamente el acceso de los usuarios a los contenidos protegidos por la propiedad intelectual.

En ese contexto, el derecho de puesta a disposición del público adquiere una clara relevancia jurídica una vez que disciplina la explotación de dichos bienes protegidos en el entorno digital, permitiendo que el público tenga acceso a las obras o prestaciones protegidas *«desde el lugar y en el momento que elija»*.

Así, se hace imprescindible el estudio de fondo del contexto histórico de elaboración del referido derecho patrimonial del autor ya que sólo se entenderá su papel y alcance en la medida en que se comprenda las razones sociales, económicas y jurídicas de su creación.

El análisis de la documentación y actas de las reuniones de los dos Comités de Expertos para la elaboración de los Tratados OMPI ha sido de enorme valía para la realización del presente trabajo, pues permitió entender las razones que fundamentaron los varios intereses involucrados en ese proceso.

Y aunque dichos intereses fueron, muchas veces, distintos y hasta antagónicos entre sí, tenían en común el esfuerzo por buscar una solución jurídica que garantizara la protección de los derechos de propiedad intelectual frente a las incertidumbres generadas por el nuevo paradigma digital.

⁸¹ Además de los problemas analizados desde el punto de vista jurídico, la identificación del supuesto infractor de los derechos de propiedad también plantea problemas desde el punto de vista técnico. Eso es así porque, en la actualidad, la mayoría de las direcciones de IP que se asignan a los usuarios de Internet son direcciones dinámicas. Eso significa que dichas direcciones son asignadas automáticamente por los servidores a los usuarios de forma provisional, únicamente para el tiempo que dure la sesión de conexión a Internet. De esa manera, una misma dirección de IP puede asignarse sucesivamente a varios usuarios lo que dificulta y, a veces, hace imposible la identificación del usuario por parte de los proveedores de servicio de acceso. Para un mayor análisis del tema, *vid.* GONZÁLEZ GOZALO, Alfonso, *«La obligación de los prestadores de servicios en línea de revelar la identidad de los usuarios que infringen derechos de propiedad intelectual a través de las redes P2P»*, en *pe.i* (Revista de Propiedad Intelectual), núm. 20, 2005, pp. 77-134. Por esa dificultad técnica, sería posible cuestionar la propia naturaleza de datos personales de las direcciones de IP, una vez que, en muchos casos, su carácter dinámico no permitirá la identificación del usuario de Internet.

En su momento, los Tratados OMPI o Tratados Internet dieron una respuesta satisfactoria a los titulares de derecho de autor al fijar directrices jurídicas básicas que deberían ser posteriormente desarrolladas por los países contratantes, entre ellas la comentada «*umbrella solution*» o la puesta a disposición del público que establece una definición legal para los actos de transmisión digital interactiva.

Sin embargo, los constantes avances tecnológicos hacen que los cambios en el entorno digital vayan siempre por delante de los jurídicos. Tal hecho, acaba por crear una atmósfera de inseguridad entre los distintos titulares de derecho, sean autores, productores o artistas, que se ven desprotegidos ante los retos que surgen de esa compleja realidad.

El desarrollo de Internet, que permite la libre circulación y utilización de contenidos, lleva a la vulneración de derechos de propiedad intelectual tanto a partir de una conducta aislada y determinada de puesta a disposición en línea sin la debida autorización, como mediante el uso colectivo no autorizado y anónimo de los bienes culturales.

En relación con la primera forma de vulneración, sería suficiente la aplicación de los propios instrumentos de defensa previstos en la LPI, tales como las medidas cautelares, la acción de indemnización o de cesación contra el infractor, que en ese supuesto es fácilmente identificable. Sería, por ejemplo, el caso de la explotación en línea de una obra (como la venta de músicas o películas) por una página Web cuyo titular no ha sido debidamente autorizado.⁸²

En cambio, la imputación de responsabilidad no es tan sencilla en los casos cuyas violaciones se basan en la utilización colectiva y no autorizada de la obra, consistente en reiterados actos de puesta a disposición practicados por una pluralidad de usuarios «protegidos» por el anonimato que impera en la red.

Se trata del problema de la proliferación de sistemas y programas de intercambio masivo, automático y gratuito de archivos de todo tipo (música, vídeo, fotos, textos, que, en gran parte, son protegidos por el derecho de propiedad intelectual) entre millones de personas (usuarios) que, en la gran mayoría de los casos, se desconocen, pero que están interconectadas por medio de un mismo programa de ordenador interactivo que les permite compartir de igual a igual («*peer to peer*») la información almacenada en sus respectivos discos duros.

⁸² Ese primer supuesto fue tratado cuando del análisis de las dos primeras sentencias, caso *Weblisten*, en el capítulo antecedente.

Esa pulverización, en el espacio y en el tiempo, de los actos de puesta a disposición (y también de reproducción⁸³) hace con que, en la práctica, la identificación y demanda judicial de todos los usuarios sea inviable económicamente.

Ante dicha dificultad, los titulares de derechos y entidades de gestión empezaron a demandar a las empresas titulares de los programas P2P. Sin embargo, a excepción de algunos casos puntuales como el de la sentencia australiana anteriormente comentada, la mayoría de las demandas judiciales no ha encontrado por el momento una respuesta positiva, pues se ha considerado que los responsables de tales programas no realizan por sí mismos violaciones a los derechos de propiedad intelectual, además de constituir avances tecnológicos que permiten el intercambio de información en sentido amplio.

Lamentablemente, la moderna jurisprudencia no lleva en cuenta los altos ingresos económicos obtenidos por dichos proveedores frutos de la publicidad en la página desde la que se pone a disposición el programa para su descarga, tampoco analizan la viabilidad técnica de exigir de los mismos la instalación de filtros que eviten el intercambio de material protegido.

Asimismo, al contrario de lo que se afirma, la ampliación del intercambio de información posibilitada por el programa P2P, si no se realiza bajo un cierto control, provocará (y, por cierto ya está provocando) una crisis sin precedentes del mercado cultural, destruyendo los propios mecanismos que permiten la diversidad y riqueza de información.

En definitiva, el fenómeno del P2P constituye el paradigma de la aparente incompatibilidad entre la «plena» libertad y anonimato que caracterizan Internet y el derecho de la propiedad intelectual protector de la actividad creativa de autores y de la inversión de la industria cultural. Y para que esa «incompatibilidad» sea solucionada es imprescindible superar las lagunas legales o la falta de claridad de algunas disposiciones a través de una formulación normativa adecuada al nuevo contexto digital.

De esa manera, podría plantearse de *lege ferenda* para solucionar los problemas de la falta de control de los titulares del derecho sobre su producto creativo una iniciativa de ley que modificara la LPI en el sentido de aclarar el término «intermediarios» previsto en sus ya comentados arts. 139.1 h y 141.6, a fin de especificar cuáles son los prestadores de servicios intermediarios que tendrían legitimidad pasiva para las medidas cautelares de suspensión del servicio (art. 141.6, LPI) o para las acciones de cesación de los mismos (art.139.1 h, LPI).

⁸³ Como se ha visto en el análisis de la SAP Cantabria, el uso colectivo que caracteriza las plataformas P2P así como el acceso ilícito por los usuarios imposibilita la aplicación del límite de la copia privada, siendo, por tanto, necesaria la autorización del titular del derecho para las múltiples reproducciones realizadas.

Por supuesto, que en ese listado no exhaustivo deberían ser incluidos los prestadores de servicios de intermediación de la sociedad de información (PSI)⁸⁴, tales como los proveedores de acceso, los proveedores de alojamiento, los proveedores de búsqueda, etc. Así se garantizaría una vía eficaz de protección de los derechos de los autores y demás titulares de la propiedad intelectual que, hasta el momento, no ha sido utilizada por los mismos.

Un posible argumento contrario a dicha propuesta sería la imposibilidad de cumplimiento de la obligación de suspensión del servicio basada en el impedimento de revelarse los datos personales de los usuarios supuestamente infractores, ya que dicha protección tiene un fundamento constitucional.

Para solucionar ese problema, se propone otra iniciativa de ley que establezca, en el ámbito procesal, la obligación de los prestadores de servicios de intermediación de facilitar a la autoridad judicial la identidad de los infractores, haciendo posible, de esa forma, la suspensión del servicio de acceso para los usuarios infractores o el bloqueo de sitios webs que violen el derecho de puesta a disposición del público.⁸⁵

Esa propuesta legal se basa en un proceso de ponderación entre los dos derechos en conflicto (derecho a la protección de los datos personales y el derecho de propiedad intelectual)⁸⁶, mediante el cuál se concluya que la restricción (que, en verdad, es mínima) al tratamiento de los datos personales constituye una medida necesaria y adecuada, teniéndose en cuenta la gravedad y extensión del daño provocado por los usuarios del programa P2P a los titulares del derecho de propiedad intelectual.

Otra posible reforma legislativa sería la admisión, por la LPI y en el supuesto concreto de la explotación digital, de una responsabilidad indirecta por la violación del derecho de autor, de manera que quien colabore para la práctica de

⁸⁴ De acuerdo con las definiciones contenidas en el anexo de la Ley 34/2002, de 11 de julio.

⁸⁵ Una iniciativa de ley parecida ha sido elaborada por Francia y recientemente validada por el Consejo Constitucional francés. Se trata de la llamada Ley Hadopi 2 que otorga a los magistrados la potestad de suspender el acceso a Internet de aquellos que descarguen repetidamente contenidos ilegales desde la red. En esa misma línea parece haber anunciado el gobierno del Reino Unido. En: «Reino Unido también se desconectará a los internautas que sumen descargas ilegales», texto publicado en el periódico El País el 28/10/2009, <http://www.elpais.com/articulo/tecnologia/Reino/Unido/desconectara/internautas/sumen/descargas/ilegales/elpeputec/20091028elpeputec_8/Tes>. También la Unión Europea se ha manifestado actualmente sobre la materia a través de un acuerdo alcanzado entre el Parlamento Europeo y el Consejo de Ministros que establece que el acceso a la Internet podrá ser restringido por los Estados Miembros sin necesidad de una orden judicial previa siempre que dicha medida sea adecuada, proporcional y necesaria, respetando a los principios de la tutela judicial efectiva, de la presunción de inocencia y de la privacidad de cada usuario. En: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/09/491&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>.

⁸⁶ Como ha sido sugerido por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la citada sentencia del caso Promusicae vs. Telefónica.

la infracción sea proporcionalmente responsabilizado⁸⁷. Con esa medida, sería posible atribuir responsabilidad a los proveedores de contenido por ofrecer medios técnicos que permiten la vulneración de los derechos de propiedad intelectual por los usuarios de los programas que aquéllos ponen a disposición.

A día de hoy, el Gobierno Español busca dar respuestas legales a la crisis de la industria cultural causada por la explotación ilegal de la propiedad intelectual en Internet. Esa parece ser su intención con la elaboración de la 'Disposición Final Primera' del Anteproyecto de la Ley de Economía Sostenible, recientemente aprobado por el Consejo de Ministros. En dicha disposición se regula un procedimiento mixto entre la Administración y la Justicia que podrá llevar al cierre de *webs* que faciliten sin permiso contenidos protegidos por derechos de autor.⁸⁸ Para la implementación de dicho procedimiento serán necesarios cambios en la LPI, en la LSSI y en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.⁸⁹

Sin embargo, de nada valdrían los citados cambios legislativos, si conjuntamente con los mismos no tuviera lugar un cambio en el contexto económico y social de la explotación cultural. Se hace imprescindible una transformación del modelo de negocio utilizado actualmente por la industria cultural que debe crear nuevos productos y servicios que atiendan a las exigencias de un nuevo público, interactivo, informado y diverso.⁹⁰

De cara al futuro, es posible afirmar que la gratuidad de la red seguirá prosperando. No obstante, lo que se espera es que, con los cambios en la estructura del mercado cultural, dicha gratuidad prospere bajo la forma de modelos de financiación publicitaria que se convertirá en una gran fuente de ingresos de los productores y consecuente estímulo para los autores. En definitiva, el consumo de obras genera tráfico que, por su parte, produce la publicidad que financiará los medios, tal y como ya ocurre en la televisión y en la radio.

⁸⁷ Al igual que en la ley australiana citada por la Sentencia del Tribunal Federal de Australia, de 5 de septiembre de 2005, del caso Kazaa.

⁸⁸ Mediante dicha iniciativa, el Gobierno Español parece adoptar un vía de protección de los derechos de propiedad intelectual distinta de las aplicadas por las legislaciones de Francia y Reino Unido, una vez que no busca responsabilizar los usuarios del servicio y sino los PSI, en concreto, los prestadores de servicios que faciliten enlaces y los prestadores de servicios de alojamiento y almacenamiento de datos.

⁸⁹ Para un análisis del contenido de la nueva propuesta de regulación en <<http://www.meh.es/Documentacion/Publico/PortalVarios/Gestión%20del%20Portal/Anteproyecto%20de%20ley%20de%20economía%20sostenible,%208%20enero,%20rev1.pdf>>.

⁹⁰ Un ejemplo de un nuevo modelo de negocio más adecuado a la era digital es la iniciativa de Universal y Sony que han creado una página web llamada Vevo.com. El servicio que ha empezado en diciembre permite el acceso gratuito a las producciones en video de dichas productoras. Las ganancias de dicho proyecto se basarán en los ingresos de publicidad. Se estima que las inversiones en publicidad en videos *online* en los Estados Unidos crezcan de 734 millones de dólares en 2008 a 2 mil millones de dólares en 2011. Datos publicados por la *Revista Exame*, ed. 959, n. 25, año 43, enero de 2010.

En fin, en los distintos periodos de la historia, el derecho de propiedad intelectual ha tenido que adaptarse a los diversos paradigmas tecnológicos. Con Internet, ese proceso no será distinto. Y aunque sea muy tenue la línea que separa la Internet infractora de la Web que permite una nueva alternativa de explotación legítima de los bienes culturales, se debe buscar la efectiva protección del derecho de propiedad intelectual, a fin de garantizar la libertad de creación y el espíritu crítico de los seres humanos.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ARMENGOT VILAPLANA, Alicia, «La tutela cautelar de la propiedad intelectual tras las últimas reformas legislativas», *pe.i (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 25, 2007, pp. 45-80.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto, «Riesgos de las nuevas tecnologías en la protección de los derechos intelectuales. La quiebra de conceptos tradicionales del derecho de propiedad intelectual» En: *El derecho de propiedad intelectual y las nuevas tecnologías*, Madrid: Ministerio de Cultura, 1996, pp. 99-111.
- BONDÍA ROMÁN, Fernando, *Propiedad Intelectual: su significado en la Sociedad de Información (La nueva Ley de 11 de noviembre de 1987)*. Madrid: Trivium, 1988.
- DE PAGE, Henri, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 1.^a parte, Bruselas : Émile Bruylant, 1948.
- FICSOR, Mihály, *The Law of Copyright and the Internet. The 1996 WIPO Treaties, their Interpretation and Implementation*. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio, *El derecho de autor en internet: los Tratados de la OMPI de 1996 y la incorporación en el Derecho Español de la Directiva 2001/29/CE*. Granada: Comares, 2003.
- , «Acciones civiles contra los prestadores de servicios de intermediación en la relación con la actividad de las plataformas P2P. Su relación en la Ley 34/2002 y en la Ley de Propiedad Intelectual», *pe.i (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 16, 2004, pp. 55-104.
- , «La suspensión cautelar o cesación definitiva de los usuarios infractores de derechos de propiedad intelectual», *pe.i (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 27, 2007, pp. 13-55.
- GONZALEZ DE ALAIZA, José Javier, «La lucha de los titulares de derechos de autor contra las redes «peer-to-peer» (P2P)», *pe.i (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 18, 2004, pp. 25-68.
- GONZÁLEZ GONZALO, Alfonso, «La obligación de los prestadores de servicios en línea de revelar la identidad de los usuarios que infringen derechos de propiedad intelectual a través de redes P2P», *pe.i (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 20, 2005, pp. 77-134.
- , «El conflicto entre la propiedad intelectual y el derecho a la protección de datos de carácter personal en las redes peer to peer», *pe.i (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 28, 2008, pp.13-68.
- LIEDES, Jukka, *Propuesta básica de las disposiciones sustantivas del Tratado sobre ciertas cuestiones relativas a la protección de las obras literarias y artísticas para consideración por la Conferencia Diplomática*, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 1996.

- . *Propuesta básica de las disposiciones sustantivas del Tratado sobre la protección de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas para consideración por la Conferencia Diplomática*, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 1996.
- MARTÍN SALAMANCA, Sara, «Correo electrónico, copia privada y atipicidad penal. Una perspectiva civil de la sentencia de 14 de julio de 2006, del Juzgado se lo Penal n.º 3 de Santander», *RCE - Revista de la Contratación Electrónica*, n.º 76, 2006, pp. 69-82.
- MASSAGUER, Jose, «La responsabilidad de los prestadores de servicios en línea por las infracciones al Derecho de Autor y los Derechos Conexos en el ámbito digital. El Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor (WCT) y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT)», *pe.i (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 13, 2003, pp. 11-48.
- OLIVENNES, Denis, *La gratuidad es el robo. Ensayo*. Barcelona: Fnac, 2008.
- ORGANISATION MONDIALE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE (OMPI). *La Propriété industrielle et le Droit d'auteur. Revue mensuelle de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle*. Gèneve : II année, n.º 7/8, 1996.
- RIVERO HERNANDÉZ, Francisco, «Comentarios al art. 20 de la LPI». En: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.). *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Madrid: Tecnos, 2007, pp. 328-378.
- RODOTÁ, Stefano, *Tecnopolítica. La democracia y las nuevas tecnologías de la comunicación*, Losada, Buenos Aires, 2000.
- RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel, *La Ley de Propiedad Intelectual. Tras la reformas efectuadas por la Ley 19/2006, de 5 de junio y 23/2006, de 7 de julio*. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2006.
- SÁNCHEZ ARISTI, Rafael, *El intercambio de obras protegidas a través de las plataformas peer-to-peer*. Madrid: Instituto de Derecho de Autor, 2007.
- SCHREIBER, Anderson, *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil. Da erosão dos filtros da reparacão à diluição dos danos*. São Paulo: Editora Atlas, 2007
- VILCHES, Lorenzo, *La migración digital*, Gedisa Editorial, Barcelona, 2001.