

COMERCIO ELECTRÓNICO Y DERECHOS FUNDAMENTALES: EL ACCESO A OBRAS Y PRESTACIONES PROTEGIDAS EN LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

por Ignacio GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ
Profesor Ayudante de Derecho Civil
Doctor en Derecho
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LOS «CONTENIDOS» DEL COMERCIO ELECTRÓNICO. II. PREMISAS ACERCA DE LA EXPLOTACIÓN DE OBRAS Y PRESTACIONES PROTEGIDAS EN INTERNET. III. EL IMPACTO DE INTERNET EN LAS «INDUSTRIAS CULTURALES». INCONVENIENTES Y VENTAJAS. IV. EL ACCESO MEDIANTE CONTRATOS ELECTRÓNICOS A OBRAS Y PRESTACIONES PROTEGIDAS. 1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA. 2. LA CREACIÓN DE UN DERECHO DE ACCESO EN LA DDASI. EL ARTÍCULO 6. 3. LA SOLUCIÓN EN LA DDASI. LA TEORÍA DE LOS «DOS AMBIENTES». 3.1. *Contratos o licencias que no incluyen condiciones generales.* 3.2. *Contratos o licencias que incluyen condiciones generales.* V. CONSIDERACIONES CRÍTICAS. LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO DE ACCESO A OBRAS Y PRESTACIONES LICENCIADAS EN LÍNEA Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. 1. EL ACCESO DE OBRAS Y PRESTACIONES EN INTERNET Y EL DERECHO DE ACCESO A LA CULTURA. 2. DERECHO A LA INTIMIDAD. 3. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO A LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN.

I. INTRODUCCIÓN: LOS CONTENIDOS DEL COMERCIO ELECTRÓNICO

El comercio electrónico permite intercambiar bienes y servicios a distancia con rapidez y comodidad, economizando costes y ampliando la oferta disponible en el mercado. Por sus propias características, uno de los objetos que mejor se adaptan a la transacción electrónica son las obras y prestaciones protegidas por la propiedad intelectual, que se han venido intercambiando *de facto* en Internet de forma masiva, legal o ilegalmente, como parte de los «contenidos» de la Red. El consumo de «bienes culturales», como películas, discos, programas de ordenador y videojuegos se ha disparado, siendo en la actualidad una de las industrias más boyantes de la Unión Europea. La aparición de los nuevos canales de distribución, como la televisión por cable y satélite e Internet ha supuesto además una revolución en el mundo tradicionalmente pausado de la propiedad intelectual, que no está ya condicionado por los medios físicos que daban soporte a las obras del espíritu¹.

Las leyes sobre derechos de autor, habituadas a regular la edición de libros en papel, tienen que acomodarse a las exigencias de la nueva economía, en un in-

¹ Vid. GÓMEZ SEGADÉ, J.A., «El comercio electrónico en la sociedad de la información», en *Comercio Electrónico en Internet*, Gómez Segadé, J.A., (Dir.), Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 28.

tento de adaptar la regulación legal a la nueva realidad tecnológica. En concreto, lo que se busca es convertir la propiedad intelectual y los derechos de explotación sobre las obras del espíritu en un activo más de la sociedad de la información, que sea accesible a los usuarios no sólo en las tiendas tradicionales sino a través de bases de datos en Internet². La comunidad internacional, movida por los intereses de las grandes compañías del sector (casas discográficas, productores de cine, empresas de *software*) han mostrado desde muy pronto un interés especial por Internet, en la creencia (por otra parte bastante acertada) de que para ellos supone sin duda una oportunidad importante para vender sus productos directamente al consumidor, pero también un riesgo evidente de que aumente de modo exponencial la piratería incontrolada.

Fruto de esta preocupación son dos tratados internacionales adoptados en el seno de la OMPI (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual) el 20 de diciembre de 1996³, el Tratado sobre Derecho de Autor (abreviadamente, TDA), y el Tratado sobre Interpretación o Ejecución de Fonogramas (abreviadamente, TIEF), que recientemente han entrado en vigor, aunque no han sido aún ratificados por España⁴. Dichos Tratados adaptan, en lo fundamental, el derecho de autor a los nuevos fenómenos tecnológicos, pero han sido considerados insuficientes por las instituciones de la UE, que, preocupadas por la creación de un marco jurídico seguro para hacer posible la llamada «sociedad de la información» (que se caracteriza por intercambiar bienes y servicios de forma generalizada en Internet) han lanzado una serie de Directivas especialmente diseñadas para Internet. Las que resultan más relevantes para nuestro trabajo son la Directiva sobre Comercio Electrónico (en adelante, DCE)⁵ y la Directiva

² Es lo que el profesor GOLDSTEIN ha llamado, en mi libre traducción «Gramola Universal», que hace referencia a una base de datos mundial en la que se contienen todas las obras musicales que se encuentran en el mercado. Como en el caso de la gramola tradicional, los usuarios deben «echar la moneda» vía Internet y seleccionar la canción que desean disfrutar en un momento determinado. Vid. GOLDSTEIN, P., *Copyright's Highway: the Law and Lore of Copyright from Gutenberg to the Celestial Jukebox*, Hill & Wang, Nueva York, 1994.

³ Aunque el objetivo fundamental de los tratados es adaptar el derecho de autor a la nueva realidad de las redes informáticas digitales se aprovechó la ocasión para incluir otros aspectos que no tienen relación con Internet. Así, en el TDA se incluyen normas sobre programas de ordenador (art. 4 TDA), la protección de las compilaciones o bases de datos (art. 5 TDA), las relativas al alquiler de programas de ordenador, obras cinematográficas y obras incorporadas en fonogramas (art. 7 TDA) y la extensión del plazo de protección de las obras fotográficas (art. 9 TDA). La situación es parecida en el TIEF, en este caso respecto de los derechos de los intérpretes y ejecutantes de fonogramas. Para más información sobre los Tratados pueden verse, entre otros, FICSOR, M., «Copyright for the Digital Era: The WIPO «Internet» Treaties», *Columbia-VLA Journal of Law & Arts*, vol. 21, 1997, pp. 205 y ss; GOUTAL, J-L., «Traité OMPI du 20 décembre 1996 et conception française du droit d'auteur», *R.I.D.A.*, núm. 187, enero 2001, pp. 67 y ss; VATTIER FUENZALIDA, C., «Incidencia de los Tratados de la OMPI de 1996 en la Ley de Propiedad Intelectual», *pe.i. (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 4, 2000, pp. 9 y ss. y VINJE, T., «The New WIPO Copyright Treaty: A Happy Result in Geneva», *E.I.P.R.*, 1995, pp. 231 y ss.

⁴ Los Tratados entraron en vigor el 6 de marzo de 2002 en el caso del TDA y el 20 de mayo en el caso del TIEF, al ser ratificados por al menos 30 de los Estados firmantes, entre ellos todos los de la UE.

⁵ Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, D.O.C.E. L 178, de 17 de julio. Los estados disponen de 18 meses para trasponer la Directiva a su derecho interno.

sobre Derechos de Autor y Derechos Afines en la Sociedad de la Información⁶ (en adelante, DDASI). La primera de las mencionas Directivas ha sido transpuesta a nuestro Derecho interno por la polémica Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (en adelante, LSSICE)⁷.

Las cuestiones que se pueden suscitar en este campo son muy variadas, por lo que es necesario fijar claramente los objetivos de nuestro trabajo. Se pretende aclarar, en la medida de lo posible, cuál es el régimen jurídico que resulta de aplicar la LSSICE y la DDASI al acceso mediante contratos en línea a las obras y prestaciones protegidas en Internet. Al tratarse de un tema sumamente complejo, simplemente pretendemos dar unas pautas generales y algunos apuntes críticos acerca de una regulación que va a suponer una alteración fundamental en la concepción que se tiene actualmente sobre los derechos de autor en Internet.

Para comprender mejor el problema al que nos enfrentamos, conviene en primer lugar sentar una serie de premisas básicas acerca de los derechos de autor y derechos afines en Internet, para tener una base firme sobre la que trabajar. A continuación, vamos a echar una ojeada a nuestro alrededor para ver cómo ha venido siendo hasta el momento la explotación de obras en Internet. A ello dedicaremos la segunda parte de este artículo. En tercer lugar, se va a analizar el futuro de la puesta en línea de obras y prestaciones protegidas mediante contratos en Internet, con el objeto de señalar los problemas fundamentales que dicho modo de explotación plantea. En concreto, va a verse cómo las nuevas Directivas suponen un impacto fundamental sobre las excepciones tradicionales a los derechos patrimoniales, como la copia privada. En cuarto lugar se argumenta que la DDASI, por medio de la interacción de las licencias en línea y la protección de las medidas tecnológicas⁸ de control de las obras ha

⁶ Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de Mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, D.O.C.E L 167, de 22 de junio. Los estados, como en el caso de la Directiva sobre comercio electrónico, disponen de un plazo de 18 meses para incorporarla a su Derecho interno. La Directiva ha tenido un agitado trámite legislativo, fruto de las múltiples presiones provenientes de los sectores en conflicto. La adopción de la DDASI es un requisito previo para que la UE pueda ratificar los Tratados de la OMPI de 1996. Para más detalles acerca del proceso legislativo de la DDASI puede verse REINBOTHE, J., «Recent Intellectual Property Legislative Developments in the European Union: Copyright and Related Rights», *9 th Annual Conference on International Intellectual Property Law and Policy, Fordham University*, 19 Abril 2001, disponible en Internet en formato PDF: <http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/intprop/intprop/news/fordh2001.pdf>.

⁷ BOE núm. 166, de 12 de julio, pp. 25388 y ss. La Ley (Disposición Final novena) entrará en vigor con carácter general el 12 de octubre de 2002, con la excepción de las Disposiciones Adicionales sexta y Finales primera, segunda, tercera y cuarta, que entraron en vigor el 13 de julio de 2002.

⁸ Las llamadas «medidas tecnológicas» son sistemas informáticos que permiten controlar el uso que se hace de una obra o prestación en Internet de forma muy exacta, mediante procesos informáticos de encriptación, limitación de la copia e información a los derechohabientes. Para un breve resumen del funcionamiento de dichos sistemas puede verse CUNARD, J., «Technological Protection of Copyrighted Works and Copyright Management Systems: A Brief Survey of the Landscape» disponible en versión *web* en la dirección <http://www.law.columbia.edu/conferences/2001/1_program_en.htm>.

creado, *de facto*, un verdadero derecho de acceso a obras y prestaciones protegidas en Internet. En último lugar se critica dicha postura, y se hace una referencia a algunas cuestiones que dicho «derecho de acceso»⁹ plantea en el campo del derecho de autor y de los derechos y libertades fundamentales reconocidos en la Constitución.

II. PREMISAS ACERCA DE LA EXPLOTACIÓN DE OBRAS Y PRESTACIONES PROTEGIDAS EN INTERNET

Algunas consideraciones que deben tenerse en cuenta a la hora de afrontar el tema de la explotación de obras digitales mediante contratos en línea son las siguientes: en primer lugar, y para aquellos lectores menos familiarizados con el mundo de la propiedad intelectual conviene decir que las creaciones originales (obras y prestaciones) están protegidas por medio de una serie de derechos patrimoniales y morales que corresponden a los autores de las obras y a otros sujetos que participan en la creación de las mismas, como pueden ser los intérpretes de una canción o los productores de los fonogramas. Dichos derechos están recogidos en el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, que junto con los tradicionales derechos patrimoniales de explotación (reproducción, distribución, comunicación pública, etc.) contempla una serie de excepciones o límites a los mismos en los artículos 31 a 40 *bis*. Con este sistema de derechos y excepciones el Derecho de propiedad intelectual había logrado que los autores pudieran explotar sus obras y obtener un rendimiento económico por ello, a la vez que se garantizaban los intereses generales a la información y a la difusión de la cultura (por ejemplo, el derecho de cita del artículo 32 TRLPI permite reproducir parcialmente una obra con fines de revisión o crítica, y dicha cita no debe ser licenciada por el autor). Este equilibrio, que ha funcionado razonablemente bien durante el siglo pasado, se ha visto a finales de los noventa alterado por el impacto brutal de Internet, que ha posibilitado que los usuarios hagan de forma masiva e indiscriminada reproducciones digitales de máxima calidad de las obras y prestaciones protegidas, amparándose precisamente en una de las excepciones tradicionales en el derecho de propiedad intelectual, como es la posibilidad de realizar copias para uso privado del copista (art. 31 2º). De este modo, millares de usuarios descargan a diario «copias privadas» sin infringir la ley.

⁹ La existencia o no del derecho de acceso a obras y prestaciones protegidas en una cuestión debatida actualmente en el derecho de propiedad intelectual. Dicho derecho de acceso ha sido «trasplantado» desde el acceso a los servicios codificados a un objeto completamente distinto, como son las obras y prestaciones protegidas, que forman parte de los llamados tradicionalmente por la doctrina «bienes inmateriales», utilizando la clásica terminología de KHOLER. Sobre las razones para la creación de dicho derecho, vid. BING, J., «The New or Evolving «Acces Right»», disponible en versión *web* en la página de la ALAI en <http://www.law.columbia.edu/conferences/2001/1_program_en.htm>. Como ha puesto de manifiesto el profesor BING, el «derecho de acceso» no sólo se crea cuando se protege la obra mediante medidas tecnológicas, también cuando se considera que una copia en memoria RAM es una reproducción en sentido legal, pues mediante dicha reproducción es posible controlar el acceso en línea a la obra.

La segunda premisa básica que debemos tener en cuenta es que los titulares de derechos de explotación tienen la capacidad de autorizar o prohibir la puesta en Internet de sus creaciones. Introducir una obra en un servidor *web* requiere realizar dos actos que necesitan de licencia de los derechohabientes, como son la reproducción de la obra y la comunicación pública de la misma. Por tanto, si un tercero quiere explotar una obra en Internet, necesita la correspondiente autorización. Pero, una vez puesta en línea, y como acabamos de ver, los usuarios de todo el mundo pueden «bajarse» reproducciones de las obras sin infringir la ley, salvo en los casos de los programas de ordenador y las bases de datos en formato electrónico, pues para este tipo de obras no está contemplada la llamada «copia privada» (arts. 99. 1 a) y 34.2 a) TRLPI).

En tercer lugar, debemos tener en cuenta que en muchas ocasiones es difícil para los titulares de derechos localizar quién es el responsable de una determinada infracción de los derechos patrimoniales. Por ello los derechohabientes han puesto su objetivo en las empresas que prestan servicios de acceso a Internet y de alojamiento de páginas *web* (los llamados Prestadores de Servicios en Línea o PSL). Dichas empresas, ante el temor a verse sumidas en un marasmo de litigios, reclamaron a las instituciones comunitarias un marco jurídico seguro en el que poder llevar a cabo su prestación de servicios¹⁰. Fruto de estos desvelos son los artículos 12 a 15 de la DCE, que establecen una serie de condiciones o «puertos seguros» (como se dice en la jerga de derecho de autor) para que los PSL se eximan de responsabilidades civiles y penales debidas a las conductas ilícitas que lleven a cabo los usuarios a los cuales prestan sus servicios¹¹, normas que han sido incorporadas a nuestro Derecho mediante los artículos 13 a 17 de la LSSICE¹².

¹⁰ Las fuentes de responsabilidad para los PSL no se limitan a las infracciones de los derechos de propiedad intelectual, sino que se extienden a otros campos como el derecho al honor o incluso el campo penal. Sobre estos aspectos, en relación con algunos casos famosos en Internet puede verse OWEN, M., «International Ramifications of Doig Business Online: Europe», *Fourth Annual Internet Law Institute*, Junio 2000, p. 727.

¹¹ Sobre dichas normas puede verse LEHMAN, M., «Electronic Commerce and Consumer Protection in Europe», *Santa Clara Computer and High Technology Law Journal*, Diciembre 2000, pp.110 y ss.

¹² Los requisitos para que los PSL entren dentro del tenor de las excepciones son, muy brevemente, que no conozcan el carácter ilícito de las actividades del usuario, que no colaboren con él y que no tengan la posibilidad de controlar de algún modo las actividades ilegales. Además, se sienta el llamado «principio de reacción diligente» que obliga a los PSL a retirar los materiales de la Red cuando se les notifica su posible carácter ilícito. Sin embargo, ni en la DCE ni en la ley española, y al contrario de lo que sucede en los Estados Unidos con la DMCA, se establecen normas para regular estos llamados «procedimientos de detección y retirada», que se dejan a un incierto acuerdo entre las partes. De este modo, se pone en manos privadas una cuestión que tradicionalmente ha estado en los ordenamientos constitucionales europeos en manos de los jueces, como es retirar del mercado información y obras y prestaciones protegidas que son presuntamente ilegales. Ello puede plantear problemas importantes en dos campos fundamentales. El primero, obviamente, el de la libertad de expresión e información del artículo 21 CE. El segundo tiene una naturaleza más práctica, por cuanto, como hemos dicho, las normas de la DCE y de la DMCA son diferentes, lo que va a plantear el problema de qué ley debe aplicarse en una situación dada. Por ello se han levantado voces en la doctrina que reclaman un conjunto uniforme de normas en esta materia a nivel internacional. Vid. SOMA, J., y NORMAN, N., «International Take-Down Policy: A Proposal for the WTO and WIPO to Establish International Copyright Procedural Guidelines for Internet», *Hastings Communications and Entertainment Law Journal*, Spring-Summer 2000, pp. 395 y ss. Sobre estas

Este artículo pretende únicamente analizar un aspecto muy concreto del derecho de propiedad intelectual en Internet, como es en qué medida pueden los contratos en línea limitar a los usuarios el acceso a las obras que se encuentran disponibles en la Red. Sin embargo, incluso dentro de nuestro modesto objetivo, nos vemos obligados a dejar fuera de nuestro estudio, por razones de extensión, la cuestión de la ley aplicable a los contratos electrónicos sobre obras y prestaciones protegidas¹³. Otra de las cuestiones íntimamente asociadas a la contratación electrónica, como es la creación de ficheros informáticos que recogen los datos de los contratantes tampoco va a ser analizada¹⁴. Dicho esto, veamos más a fondo la cuestión que nos ocupa.

III. EL IMPACTO DE INTERNET EN LAS «INDUSTRIAS CULTURALES». INCONVENIENTES Y VENTAJAS

La llegada de Internet ha alterado el modo de hacer negocios de las empresas dedicadas a explotar obras y prestaciones protegidas. Vamos a utilizar una serie de casos famosos para analizar cómo ha sido el *modus operandi* de las empresas que explotan propiedad intelectual en la Red.

Es obligado comenzar por el caso de los ficheros musicales MP3, que permiten la transmisión de obras a través de Internet¹⁵ a gran velocidad y con una calidad de sonido digital¹⁶. En un primer momento hubo una serie de empresas (señaladamente *mp3.com* en los Estados Unidos y *Weblisten* en España) que

cuestiones puede verse GARROTE, I., «La responsabilidad civil extracontractual de los prestadores de servicios en línea por infracciones de los derechos de autor y conexos», *pe.i (revista de propiedad intelectual)*, núm. 6, 2000, pp. 9 y ss.

¹³ En torno a este tema puede verse el art. 26 LSSICE, y en la doctrina MIRZAIAN, A., «Y2K who Cares? We Have Bigger Problems: Choice of Law in Electronic Contracts», *Richmond Journal of Law and Technology*, Winter 1999-2000, pp. 1 y ss. En materia específica de propiedad intelectual sobresale DESSEMONTET, F., «Le droit applicable á la propriete intellectuelle dans le Cyber-Espace», en *Commerce Électronique et Propriétés Intellectuelles*, Litec, Paris, 2001, pp. 97 y ss, así como el estudio de A. GONZÁLEZ GOZALO en este mismo número de pe. i. Conexo con el tema de la ley aplicable está el de la jurisdicción competente. Algunos apuntes sobre esta cuestión pueden verse en MEADOWS, J., «International Electronic Commerce with the European Union», *20th Annual Institute on Computer Law*, 2000, pp. 346 y ss.

¹⁴ Sobre esta cuestión existe abundante bibliografía que no tiene sentido ni siquiera mencionar. Baste señalar que en todos los países de nuestro entorno existe legislación al respecto, y que la cuestión de la protección de datos personales de clientes europeos por empresas norteamericanas ha sido una de las más «calientes» en las relaciones mercantiles entre la U.E. y los Estados Unidos. Sobre la protección de datos en la U.E. puede verse, a modo introductorio, DAVARA RODRÍGUEZ, M.A., *La protección de datos en Europa*, Grupo Asnef Equifaz, Madrid, 1998.

¹⁵ A los efectos que nos ocupan acepto la definición de lo que es en sentido estricto «comercio electrónico» proporcionada por VÁZQUEZ GARCÍA, R., «Tecnología digital y Formalización contractual», *Informática y Derecho*, núm. 33, 2000, p. 99, en donde se dice que «el Comercio electrónico es el que abarque cualquier negocio jurídico, dirigido a un intercambio económico que se realice a través de un sistema electrónico, informático o a telemático».

¹⁶ Una de las estrellas de la Red son los ficheros digitales en formato Mp3, que consigue reducir el tamaño de los ficheros musicales de forma significativa (el fichero se «comprime» hasta la décima parte de su tamaño original). De esta forma, una red tan saturada como Internet permite, sin embargo, que la música sea descargada por el usuario en un tiempo razonable, siempre con calidad digital.

comenzaron a suministrar a los usuarios obras musicales comprimidas en formato Mp3 a cambio de un precio, sin solicitar todas las licencias requeridas. Ante la previsible reacción de los titulares de derechos patrimoniales (abandonados por las más importantes casas discográficas), que iniciaron toda una andanada de medidas legales¹⁷, apareció un nuevo canal de suministro de obras, el famoso *Napster*. Como es sabido, en el sitio *web* de *Napster* eran los propios usuarios los que ponían sus propias canciones a disposición de otros usuarios, de modo que, mediante un sistema de búsqueda, se podía tener acceso virtualmente a cualquier obra que nos interesara¹⁸. Aunque la ofensiva legal de las compañías discográficas norteamericanas ha puesto la actividad de *Napster* dentro del control de los derechohabientes¹⁹ han surgido otros sitios *web* similares, como *Gnutella*²⁰, *AudioGalaxy* o *Kazaa*, que han tomado el relevo.

Desde un punto de vista económico, por tanto, es indudable que Internet ha afectado de un modo brutal a la distribución tradicional de fonogramas (denominación jurídica de las grabaciones musicales contenidas en distintos soportes físicos, como *cassettes* o CDs). Sin embargo, podríamos hacernos otra

¹⁷ *UMG Recordings, Inc., y otros v. MP3.com, Inc.*, auto de 4 de mayo de 2000 (U. S. District Court, S. D. New York), disponible en <<http://www.gigalaw.com/library/umg-mp3-2000-05-04-p1.html>>, en donde se declaraba de forma preliminar que la puesta en Internet de ficheros Mp3 es ilegal de acuerdo con el derecho de los Estados Unidos. Posteriormente el caso se resolvió por medio de un acuerdo extrajudicial.

¹⁸ Para una explicación de los problemas jurídicos que el caso *Napster* plantea puede verse GONZÁLEZ DE ALAIZA, J.J., «Napster: «Copias robadas», responsabilidad de intermediarios y otros interrogantes para el Derecho de Autor en Internet», *Pe.I. (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 6, pp.65-84.

¹⁹ La historia judicial del caso empieza con la decisión *A&M Records, Inc. y otros v. Napster, Inc.*, auto de 12 de mayo de 2000, (U.S. District Court, N. D. California), disponible en <<http://www.riaa.com/PDF/Court512aRuling.pdf>>. Posteriormente, el caso *Napster* se planteó en términos estrictos de violación de la *Copyright Act*, lo que dio lugar al auto de 26 de julio de 2000, *A&M Records, Inc. y otros v. Napster, Inc.*, (U.S. District Court, N. D. California), en el que la juez PATEL declaró que *Napster* infringía con su conducta los derechos de autor (el auto está disponible en <<http://www.riaa.com/pdf/opin.pdf>>). Dicho pronunciamiento fue confirmado por la Corte de Apelación del Noveno Circuito en su auto de 12 de febrero de 2001, en lo que podía suponer el cierre definitivo de *Napster*. El auto está disponible en <<http://www.riaa.com/pdf/napsterdecision.pdf>>. La Sentencia de la Corte de Apelación de 25 de Marzo de 2002 está disponible en <<http://www.ca9.uscourts.gov/ca9/newopinions.nsf/>>. Acerca de la comunicación de música vía Internet puede verse HEARN, E., «Music and the Internet», en *Representing the New Media Company 2001*, enero 2001, pp. 1287 y ss.

²⁰ En realidad, *Gnutella* es mucho más peligroso para los titulares de derechos que *Napster*, pues lo que hace es descentralizar el servidor. De este modo, mediante el programa de ordenador que elabora *Gnutella*, el usuario se pone en contacto con otros diez usuarios de *Gnutella*, con lo cuales puede intercambiar ficheros Mp3. A su vez, esos diez usuarios están conectados con otros diez, y cada uno de ellos, sucesivamente, con diez más. El programa rastrea todos los discos duros de los ordenadores conectados y nos informa de dónde está la canción que estamos buscando. Si nuestro «interlocutor» del otro lado del hilo accede, nos descargamos el fichero en nuestro disco duro. En realidad, es imposible ubicar un punto donde reside el servidor, la única posibilidad es conocer a los autores del programa y sus lugares de residencia. De ahí la importancia de la responsabilidad de los Prestadores de Servicios en Línea. Para una descripción del funcionamiento de *Gnutella* y *Napster* y sus implicaciones en el Derecho alemán, vid. KREUTZER, T., «Napster, Gnutella & Co.: Rechtsfragen zu Filesharing-Netzen aus der Sicht des deutschen Urheberrechts de lege data un de lege ferenda-Teil 1», *G.R.U.R.*, 2001, núm. 3, pp. 193-204.

pregunta, como es ¿a quién perjudica realmente la llegada de Internet? Si pensamos detenidamente, Internet supone un grave peligro para los productores de fonogramas (casas discográficas), pues a la pérdida de ingresos se le unen otras cuestiones que no son a menudo tenidas en cuenta por los análisis al uso. Por un lado Internet provoca una apertura del control de los canales de distribución sobre los intérpretes y ejecutantes, que, gracias al nuevo medio, no dependen de las grandes casas discográficas para lanzar sus productos a un mercado competitivo. Por tanto los artistas, o al menos una parte de ellos, no sufren únicamente pérdidas con Internet. Es cierto que la piratería también afecta a sus ingresos, pero también lo es que gracias a ella tienen el poder de controlar sus creaciones hasta el consumidor final, gestionando sus obras individualmente. Además, Internet permite que artistas poco conocidos vean cómo sus trabajos salen a la luz sin pasar por el filtro de las discográficas, lo que permite una mayor variedad y grado de experimentalidad en el mercado, al reducirse drásticamente los costos de distribución y *marketing*. Por último, es evidente que los usuarios de la Red son los grandes beneficiados de Internet, y no sólo en el ahorro de costes, sino porque disfrutan de otras ventajas adicionales²¹. En resumen, parece razonable entender que si ha de establecerse un sistema que acabe con la piratería en Internet, permitiendo a los derechohabientes extraer el legítimo rendimiento a sus obras y prestaciones, dicho sistema debería ser respetuoso y compatible con las ventajas antes señaladas. Como veremos, esto es exactamente lo contrario a lo que el «derecho de acceso» presente en la DDASI propone.

IV. EL ACCESO MEDIANTE CONTRATOS ELECTRÓNICOS A OBRAS Y PRESTACIONES PROTEGIDAS

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Los titulares de derechos de autor y derechos afines han sido conscientes desde el primer momento que Internet supone no sólo un riesgo para su negocio, sino también una oportunidad sin precedentes de reducir costes y acceder de manera directa a un mercado mundial. Para ello, era necesario que confluyeran cuatro elementos, que conforman el *dramatis personae* de nuestra pequeña obra. El protagonista, claro está, es la obra o prestación protegida, sobre la cual recaen los derechos patrimoniales. En segundo lugar, es necesario que existan una serie de medidas tecnológicas de protección (cuya versión más rudimentaria es la encriptación de la obra o prestación) que permitan el control de la misma, de modo que únicamente puedan disfrutar de

²¹ En primer lugar, es posible acceder a las obras desde cualquier lugar del mundo, sin la necesidad de costear los aparatos reproductores (basta un PC y/o reproductor portátil de Mp3). En segundo lugar, permite individualizar la obra que deseamos, de forma que no sea necesario, por ejemplo, adquirir todo un CD cuando el tema que nos interesa no está editando en formato *single*. Además, en tercer lugar, Internet permite disponer de primera mano de todos los catálogos actualizados, localizando obras raras o escasas con facilidad, sin necesidad de ir «peregrinando» de tienda en tienda.

ella las personas que han obtenido la correspondiente licencia. En tercer lugar, es necesario que haya una forma eficaz y segura de completar la transacción (que haya un medio de pago sencillo²²) y que dicha transacción tenga una cobertura jurídica en términos de seguridad y eficacia. Es en este último punto cuando entran en juego las medidas para garantizar la confidencialidad y certeza de la transacción (como la firma electrónica) y los contratos o «licencias²³» en línea (las llamadas licencias *click-on*) que lo que hacen es establecer condiciones contractuales de acceso a las obras²⁴, permitiendo que los derechohabientes controlen desde el punto de vista jurídico cada transacción de un modo individual.

Para que todo el sistema funcione, además, son necesarias algunas garantías adicionales desde el punto de vista estricto del derecho de propiedad intelectual. En primer lugar, deben existir en la legislación nacional unos derechos patrimoniales adaptados a las características de Internet, en especial un derecho que cubra la puesta en línea de obras y prestaciones protegidas. En segundo lugar, es necesario que se sancione con dureza, tanto desde el punto de vista civil como penal, a todo aquel que desactive o eluda las medidas que se han colocado para proteger las obras, pues de otro modo se podría romper dicha protección y enviar de vuelta a la Red la obra ya libre de su cobertura tecnológica. En tercer lugar, es imprescindible acabar con la excepción de copia para uso privado, pues de otro modo basta con que una primera persona acceda legítimamente a la obra para que luego la vuelva a transmitir, vía correo electrónico, a un número indeterminado de personas, sin que sea posible controlar sistemáticamente dichas transmisiones sin atentar de forma clara contra las garantías constitucionales de intimidad²⁵ y secreto en las comunica-

²² En la actualidad dicho medio de pago parece que va a ser la tarjeta de crédito, una vez que se solucionen los problemas de seguridad que han venido lastrando el comercio electrónico en todo el mundo.

²³ En rigor, como señalan André y Henri-Jaques LUCAS, no puede hablarse en este caso en sentido estricto de «licencias», pues no se está cediendo la explotación de ningún derecho patrimonial, sino que se está permitiendo la utilización y el disfrute de una obra del espíritu. Vid. *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, París, 2.ª edición, 2001, p. 524. Sin embargo, por motivos de comodidad, se va a utilizar la expresión licencia en línea para aludir a lo que en realidad es un contrato para permitir la utilización o el libre disfrute de una creación intelectual.

²⁴ De este modo, la explotación patrimonial seguiría un curso parecido al siguiente. En primer lugar, el usuario pensaría en adquirir (o simplemente disfrutar mediante el visionado o audición) una obra o prestación protegida, como puede ser una obra musical, literaria o cinematográfica. Con este objeto, introduciría los criterios de búsqueda pertinentes en una base de datos, que le señalaría dónde está disponible la obra. A continuación, el cliente solicitará que se le envíe la obra, que será remitida encriptada y acompañada de una licencia en línea que señale en qué condiciones puede disfrutarse la obra. Si el cliente acepta, aporta su número de tarjeta de crédito, a la cual se cargará la transacción, y el titular remite al usuario una clave que le permita acceder a la obra, bien para copiarla en su disco duro, bien únicamente para oírla y/o verla.

²⁵ A este respecto, algunos de los sistemas de control de las obras han sido rechazados de forma mayoritaria por los juristas por su ataque a la intimidad. Es paradigmático el caso del Número de Serie de Procesador de Intel, que permite identificar a cada ordenador de la Red por medio de una base de datos central. Sobre el funcionamiento de éste y otros métodos de control de la gestión de obras y prestaciones en línea puede verse WEINBERG, J., «Hardware-Based ID, Rights Management, and Trusted Systems», *Stanford Law Review*, Mayo 2000, pp. 1251-1281.

ciones²⁶. Por último, es necesario «domesticar» y controlar el resto de excepciones, de modo que no sea posible acceder y copiar libremente la obra con la excusa, por ejemplo, de que únicamente se pretendía citarla o parodiarla. A todo esto se ha dedicado con entusiasmo la comentada DDASI, creando un régimen jurídico que trata de resolver la espinosa cuestión de cómo es posible «nadar y guardar la ropa» o, en otras palabras, permitir una explotación eficaz de las obras y prestaciones en Internet sin acabar con las excepciones tradicionales en el Derecho de propiedad intelectual. En la medida en que no hay en nuestro TRLPI una norma similar, vamos a centrar nuestra atención en la legislación comunitaria, que deberá ser incorporada a nuestro Derecho interno antes del 22 de diciembre de 2002²⁷.

2. LA CREACIÓN DE UN DERECHO DE ACCESO EN LA DDASI. EL ARTÍCULO 6

Hemos visto que para crear un verdadero derecho de acceso respecto de las obras y prestaciones protegidas era necesaria la combinación de unos ingredientes, que son exactamente los que propone la DDASI para satisfacción de los titulares de derechos de propiedad intelectual y frustración de los usuarios. Los derechos patrimoniales se han adaptado a Internet mediante los derechos de comunicación al público y puesta a disposición de los artículos 2 y 3 DDASI. Las excepciones han sido convenientemente limitadas mediante una lista cerrada, contenida en el artículo 5 DDASI²⁸. Por último, las medidas tecnológicas han creado en la práctica el derecho de acceso, por medio del tenor de los arts 6.1, 6.2 y 6.3 de la DDASI²⁹. Vayamos por partes:

²⁶ Aunque, como ya he señalado en otra parte, la transmisión vía correo electrónico no pueda ser indiscriminada, puesto que si el número de usuarios es suficientemente relevante, estaríamos en rigor ante un caso de comunicación pública.

²⁷ Vid. artículo 13.1 de la DDASI.

²⁸ En el artículo 5 se establece una lista armonizada de excepciones a los derechos de autor. Existe una excepción obligatoria para todos los estados miembros (art. 5.1 DDASI), que pretende hacer frente a los fenómenos del *catching* y la navegación por Internet. El resto de las excepciones (artículos 5.2, 5.3 y 5.4) se refieren a los derechos de reproducción, comunicación pública y distribución. En el 5.5. se reitera para el ámbito comunitario la llamada «regla de los tres pasos», que impide que las excepciones a los derechos de autor y a los derechos afines se apliquen fuera de casos concretos o cuando entran en conflicto con la explotación normal de la obra o perjudican injustificadamente los intereses legítimos de los titulares de Derechos.

²⁹ El artículo 6.1 señala que los estados deberán sancionar, mediante normas de derecho interno, a aquellos usuarios que eludan las medidas tecnológicas de protección de las obras, siempre que la elusión sea dolosa y persiga el objetivo de desactivar la medida. Además, también se sanciona (art. 6.2) a los fabricantes, importadores y distribuidores de equipos, aparatos o dispositivos que tengan como propósito principal facilitar la elusión de las medidas tecnológicas. A este respecto, el artículo 6.3 define la medida tecnológica como: «toda técnica, dispositivo o componente que, en su funcionamiento normal, esté destinado a impedir o restringir actos referidos a obras o prestaciones protegidas que no cuenten con la autorización del titular de los derechos de autor o de los derechos afines a los derechos de autor establecidos por ley o el derecho sui generis previsto en el Capítulo III de la Directiva 96/9/CE. Las medidas tecnológicas se considerarán «eficaces» cuando el uso de la obra o prestación protegidas esté controlado por los titulares de los derechos mediante la aplicación de un control de acceso o un procedimiento de protección, por ejemplo, codificación, aleatorización u otra transformación de la obra o prestación o un mecanismo de control del copiado, que logre este objetivo de protección».

En primer lugar, el artículo 2 ha definido el derecho de reproducción en unos términos amplísimos, de modo que ninguna reproducción de las que se hacen en Internet escapase de su ámbito de aplicación. Para solucionar problemas como los que plantean el *caching*³⁰, las reproducciones efímeras y las copias en memoria RAM que se hacen cuando se navega por Internet se han adoptado, con desigual fortuna, distintas excepciones y exenciones de responsabilidad en los artículos 5.1 DDASI y 12.2 y 13 DCE (disposiciones estas últimas que han sido incorporadas a nuestro Derecho interno mediante el artículo 15 LSSICE). En segundo lugar, el artículo 3 ha añadido al ordenamiento comunitario un derecho de puesta a disposición, tanto para los autores (art. 3.1) como para los titulares de derechos afines (art. 3.2), lo que permite de un modo eficaz que los derechohabientes tengan la exclusiva para controlar la explotación de sus obras en Internet. Tercero, la DDASI ha adoptado una lista de excepciones con carácter cerrado o *numerus clausus*, con el objeto de acotar la libertad de los estados miembros. Aunque existe una excepción que autoriza las reproducciones privadas (art. 5.2 b)³¹, el peligro de que las excepciones pudiesen ser una «vía de agua» en el sistema de protección de las obras y prestaciones en Internet es conjurado mediante la creación en el artículo 6 de un verdadero (aunque encubierto) derecho patrimonial de controlar el acceso y el uso de obras y prestaciones protegidas mediante medidas tecnológicas³².

Es evidente que la DDASI está creando un derecho de acceso, a vista de los tres primeros apartados del artículo 6. En el artículo 6.1 se obliga a los estados a sancionar a aquellos usuarios que eludan las medidas tecnológicas sin autorización *de los derechohabientes* (y no de la ley, apoyándose en los límites o excepciones a los derechos de autor³³). El artículo 6.2, además, obliga a sancionar a las perso-

³⁰ Mediante el proceso denominado de *system caching* (caché del sistema) lo que ocurre es que los ordenadores que actúan como servidores intermedios de la Red almacenan una copia entera de una página o sitio *web* determinado en una localización concreta, de modo que el usuario pueda descargarla más rápido en su ordenador local, al «bajarse» la página desde una localización más cercana que la que tenía la original. Como el *caching* implica sin duda una reproducción, el artículo 5.1 ha tenido que incluir una excepción que trata de cubrir esta práctica. Los PSL ven cubiertas sus espaldas mediante el artículo 12.3 DCE. El caché del sistema no debe confundirse con las copias caché locales, que son las que el programa que actúa como navegador almacena en la memoria RAM del PC del usuario (copias caché no permanentes) o en el disco duro (copias caché permanentes).

³¹ En donde se dice que: «Los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones al derecho de reproducción contemplado en el artículo 2 (...) b) en relación con reproducciones en cualquier soporte efectuadas por una persona física para uso privado y sin fines directa o indirectamente comerciales, siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa, teniendo en cuenta si se aplican o no a la obra o prestación de que se trate las medidas tecnológicas contempladas en el artículo 6».

³² Medidas que el artículo 5.2 b) dice que hay que respetar incluso cuando estemos en materia de copia privada, aunque el críptico tenor del último inciso del artículo 5.2 b) se preste a múltiples interpretaciones.

³³ Y ello porque en la definición de medida tecnológica eficaz del artículo 6.3 se dice que esta es: «toda técnica, dispositivo o componente que, en su funcionamiento normal, esté destinado a impedir o restringir actos referidos a obras o prestaciones protegidas que no cuenten con la autorización del titular de los derechos de autor o de los derechos afines a los derechos de autor establecidos por ley o el derecho *sui generis* previsto en el Capítulo III de la Directiva 96/9/CE».

nas que pongan en el mercado los objetos o servicios que faciliten dicha elusión, siempre que medie dolo en dicha comercialización. Por último, el artículo 6.3 contiene una definición de medida tecnológica eficaz que aclara que el objeto de protección *es todo dispositivo que permite que el uso de la obra o prestación protegidas esté controlado por los titulares de los derechos mediante la aplicación de un control de acceso o un procedimiento de protección, por ejemplo, codificación, aleatorización u otra transformación de la obra o prestación o un mecanismo de control del copiado, que logre este objetivo de protección*. En conclusión, no es posible, según el artículo 6, acceder a la obra sin el permiso de los derechohabientes (bajo la amenaza de sanciones civiles y penales³⁴) lo que implica, lógicamente, que habrá que pagar una compensación³⁵. No es posible, además, que se alegue para justificar la elusión de la medida que se trataba de llevar a cabo un acto permitido por la ley (como por ejemplo, citar una obra literaria con fines de crítica o comentario). De este modo, en la práctica, las excepciones quedan sin sentido, puesto que para ejercitarlas hay que acceder a la obra, y, por tanto, tener el consentimiento de los derechohabientes. Aunque el motivo fundamental para mantener dicha postura es el temor que existía entre los titulares de derechos a la copia privada en Internet, lo cierto es que la solución es claramente insatisfactoria, pues no tiene sentido elaborar una lista muy detallada de excepciones en el artículo 5 si dichas excepciones no pueden jugar para las obras y prestaciones en formato digital protegidas mediante medidas tecnológicas.

La existencia o no de este «derecho de acceso» en la DDASI³⁶ ha sido muy debatida en la doctrina, encontrando oposición en autores de la talla de

³⁴ No está claro si el legislador español va a optar por las sanciones civiles o las penales, o una combinación de ambas respecto de los usuarios que eludan las medidas tecnológicas de protección. En mi opinión sería recomendable acudir a sanciones penales y civiles, tal como se hizo en el caso de los programas de ordenador. En todo caso, para que pueda haber sanción civil debe mediar dolo o culpa, de acuerdo con el texto del artículo 6.1 DDASI. Uno de los problemas que se pueden plantear en este ámbito en la práctica es que la prueba del daño sufrido por los derechohabientes puede ser en ocasiones difícil de lograr, sobre todo cuando no ha habido una distribución posterior de la obra o prestación «hackeada» o cuando ésta se ha puesto en la Red a disposición del público sin que sea posible controlar cuántas personas se la han descargado efectivamente. Otras ramas del Derecho, como la competencia desleal, han servido a los Tribunales alemanes para sancionar casos de tráfico de productos e instrumentos electrónicos ideados para desactivar las medidas tecnológicas. Vid. DUSSOLIER, S., «Situating Legal Protection for Copyright-related Technological Measures in the Broader Legal Landscape: Anti Circumvention Protection Outside Copyright», Informe General presentado para la Primera Sesión del Congreso Internacional de la ALAI, Nueva York, 13-17 de Junio de 2001, disponible en <http://www.law.columbia.edu/conferences/2001/1_program_en.htm>.

³⁵ Es claro que este derecho de acceso no se configura de igual modo que los derechos patrimoniales tradicionales, que permiten a un cesionario explotar la obra en una modalidad determinada. Su naturaleza es discutible, y seguramente se acerca más a la de los derechos de remuneración, pero con la diferencia, respecto de estos últimos, de que se faculta a los titulares de derechos para autorizar o prohibir el disfrute de una obra o prestación concreta a un usuario determinado.

³⁶ Otros países de nuestro entorno también han introducido el derecho de acceso en sus legislaciones nacionales. Los Estados Unidos, por medio de la *Digital Millenium Copyright Act* de octubre de 1998, Japón, por medio de sendas leyes de reforma de la Ley de Derechos de Autor y la Ley de Competencia Desleal de 1 de octubre de 1999 y Australia mediante la *Copyright Amendment (Digital Agenda) Act 2000*, n° 110 2000, que entró en vigor el 4 de marzo de 2001. Para un estudio de estas normas puede verse DE WERRA, J., «What is a «technological protection measure» under

HOEREN³⁷ y BING³⁸. Sin embargo, otros, como GINSBURG³⁹, no ven inconveniente en considerar el derecho de acceso como un derecho patrimonial más dentro del derecho de propiedad intelectual que debe, por tanto, estar sujeto a las excepciones tradicionales. También en ese sentido se ha manifestado OMAN⁴⁰ y, en Europa, HUGENHOLTZ⁴¹, SIRINELLI⁴², DE WERRA⁴³ y HEIDE⁴⁴. En mi opinión, como ya he adelantado, es difícil negar que en la práctica los derechohabientes van a tener el derecho a autorizar o prohibir mediante licencias en línea el acceso a sus obras y prestaciones en Internet, por más que luego los usuarios legítimos (que «se saltan» los términos de la licencia) o ilegítimos (que la «crakean») puedan posteriormente poner las obras y prestaciones en Internet, de modo que los terceros puedan acceder libre-

the WIPO Treaties, the DMCA, the European Union Directives and other National Legislations (Japan, Australia)?», disponible en el sitio *web* de la ALAI en <http://www.law.columbia.edu/conferences/2001/1_program_en.htm>.

³⁷ Vid. HOEREN, T., «Access Right as a Postmodern Symbol of Copyright Deconstruction? Some Fragmentary Considerations for the ALAI Congress in New York», disponible en <http://www.law.columbia.edu/conferences/2001/1_program_en.htm>. HOEREN basa su argumento en el precedente de los Tratados de la OMPI y en que la mención al «acceso» en el artículo 6.3 DDASI es a título de ejemplo. Sin embargo, la DDASI se ha separado y ha ido más allá de los Tratados de la OMPI en muchos aspectos, y la mención a título de ejemplo no es más que un modo de aclarar lo que en realidad es la regla general en la DDASI, por mucho que la norma también mencione los «actos» no autorizados por los derechohabientes. Dichos «actos» son los tradicionales en la explotación de las obras, pero incluyen también el acceso y el uso de la obra en línea.

³⁸ Vid. BING, J., «The New or Evolving «Access Right»», cit, p. 9. BING expone un argumento poderoso, como es que el acceso a la obra va a impedirse mediante un contrato que solo vincula a las partes, de modo que si un usuario legítimo, por ejemplo, rompe las condiciones de la licencia y realiza distintas reproducciones de la obra que luego manda a terceros, estos terceros no pueden ser demandados por infracción de los derechos de autor. Sin embargo, esto no impide que se controle el primer acceso a la obra, y tampoco excluye que en determinados ordenamientos los jueces sancionen también a los terceros que han accedido a estas obras «desnudas» que circularán sin duda por Internet.

³⁹ Vid. GINSBURG, J., «>From Having Copies to Experiencing Works: The Development of an Access Right in U.S. Copyright Law», en *US. Intellectual Property: Law and Policy*, Hugh Hansen (ed.) Sweet and Maxwell, 2000, versión *web* disponible en <http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=222493>, p. 3. GINSBURG parte de la legislación de la DMCA, pero sus argumentos de fondo son igualmente aplicables a la DDASI.

⁴⁰ Vid. OMAN, R., «The New Organum: Copyright in the Digital Age», en *Federal Circuit Bar Journal*, 2000, p. 581.

⁴¹ Vid. HUGENHOLTZ, P.B., «Copyright, Contract and code: What Will Remain of the Public Domain?», *Brooklyn Journal of International Law*, 2000, p.86.

⁴² Vid. SIRINELLI, P., «The Scope of the Prohibition on Circumvention of Technological Measures: Exceptions», Informe General presentado en el Congreso de la ALAI de 2001, Nueva York, 13-17 de junio de 2001, sesión I.D.2, disponible en <http://www.law.columbia.edu/conferences/2001/3_reports_en.htm>, p. 4.

⁴³ Vid. DE WERRA, J., «Le regime juridique des mesures techniques de protection des oeuvres selon les Traités de L'OMPI, le Digital Millennium Copyright Act, les Directives européennes et d'autres législations (Japon, Australie)», *R.I.D.A.*, num. 189, 2001, p. 104.

⁴⁴ Vid. HEIDE, T., «Access Control and Innovation under the Emerging EU Electronic Commerce Framework», *Berkeley Technology Law Journal*, Fall 2000, pp. 1025-1025. HEIDE hace referencia a la Directiva de Acceso Condicional, poniendo el acento en que, aun de un modo indirecto, se está impidiendo el libre acceso a obras y prestaciones protegidas emitidas por los prestadores de servicios de la sociedad de la información, como, por otra parte, es tradicional en los derechos afines referidos a los organismos de radiodifusión tradicionales.

mente a estas obras que han quedado «desnudas» de su protección tecnológica⁴⁵.

3. LA SOLUCIÓN EN LA DDASI. LA TEORÍA DE LOS «DOS AMBIENTES»

Las instituciones comunitarias han tratado de dar soluciones al problema comentado por medio de la interacción entre los artículos 5 y 6 DDASI, que está prevista en el artículo 6.4 de la mencionada norma. La DDASI propone como punto de partida una división entre las obras y prestaciones protegidas que se ponen en Internet utilizando como medio jurídico un contrato o licencia en línea y las obras que se explotan mediante otros sistemas, tanto en Internet (por ejemplo, se ponen en la Red pero se accede a ellas sin contrato) como fuera de Internet. Al primero de los supuestos comentados ha dedicado el artículo 6.4 su párrafo cuarto, mientras que al segundo se dedican los tres primeros párrafos del artículo 6.4. Como ya se ha dicho, el ámbito del presente trabajo se va a ceñir únicamente a las obras licenciadas en línea, que pueden encuadrarse dentro del comercio electrónico. Veamos con más detenimiento la cuestión.

En primer lugar, respecto del ámbito de aplicación de la Directiva, son necesarias dos matizaciones. Primero, que las normas sobre protección de medidas tecnológicas se aplican a toda clase de obras y prestaciones (en el caso de las bases de datos, por remisión expresa del párrafo quinto del artículo 6.4 de la DDASI⁴⁶). Segundo, que el artículo 6.2 b) de la Directiva entra claramente en conflicto con el artículo 7.1 c) de la Directiva 91/250/CEE sobre protección jurídica de los programas de ordenador⁴⁷, que ha sido incorporado al TRLPI mediante el artículo 102. Aunque teóricamente la DDASI convive en el ordenamiento comunitario con la Directiva 91/259/CEE, lo cierto es que cuando haya un conflicto entre ambas debe solucionarse cuál de las normas es aplicable, de acuerdo con los criterios generales en caso de conflicto de leyes. Así, creo que deberá estudiarse, en primer lugar, si el dispositivo está especialmente diseñado para proteger un programa de ordenador (lo que implicaría la aplicación del artículo 7.1 c) de la Directiva sobre programas de ordenador como norma especial en la materia). De no estar ante este primer supuesto, creo que la norma del artículo 6.2 b) de la DDASI ha derogado tácitamente (como *lex posterior*) en este punto la Directiva 91/250/CEE, pese a la salvedad del artículo 1.2 a) DDASI y del Considerando 50 de esta misma norma.

Con estas consideraciones en mente, pasemos a analizar la regulación sustantiva de la DDASI. El artículo 6.4, párrafo cuarto, dispone que: *Lo dispuesto en*

⁴⁵ Para evitar dichas prácticas, posiblemente la mejor solución sea elaborar una escala de precios flexible, que ponga a disposición del público las obras y prestaciones a un precio asequible, que haga que no compense acceder a la copia pirata.

⁴⁶ Que dispone que: «Cuando el presente artículo se aplique en el contexto de las Directivas 92/100/CEE y 96/9/CE, el presente apartado se aplicará mutatis mutandis».

⁴⁷ Artículo que sigue vigente por la salvedad expresa que hace el artículo 1.2 a) de la propia DDASI.

los párrafos primero y segundo no será de aplicación a obras o prestaciones que se hayan puesto a disposición del público con arreglo a lo convenido por contrato, de tal forma que personas concretas del público puedan acceder a ellas desde un lugar y en un momento que ella misma haya elegido.

Lo que hacen los dos primeros párrafos del artículo 6.4 es establecer⁴⁸ (o mejor, pedir a los estados miembros que en sus legislaciones nacionales establezcan) un sistema para permitir la efectividad práctica de la lista de excepciones a los derechos patrimoniales contenida en el artículo 5, que, de otro modo, estaría supeditada sin remisión a la voluntad de los derechohabientes⁴⁹, como ya hemos explicado. Dicho sistema de garantía de las excepciones tiene muchas y graves imperfecciones⁵⁰ pero, para las obras licenciadas en línea, ni siquiera tan magra salvaguarda existe. La pretensión de la DDASI, por tanto, es que para las obras que se licencian en línea (no cabe entender de otro modo la expresión «*que se hayan puesto a disposición del público con arreglo a lo convenido por contrato, de tal forma que personas concretas del público puedan acceder a ellas desde un lugar y en un momento que ella misma haya elegido*») las excepciones queden al albur de los titulares de derechos si estos han decidido proteger sus obras y prestaciones mediante medidas tecnológicas. De este modo el derecho de acceso se impone incluso frente a la lista de excepciones contenida en la DDASI.

⁴⁸ El artículo 6.4.I dispone que: «No obstante la protección jurídica prevista en el apartado 1, en caso de que los titulares de los derechos no adopten medidas voluntarias, incluidos los acuerdos con otros interesados, los Estados miembros tomarán las medidas pertinentes para que los titulares de los derechos faciliten al beneficiario de una excepción o limitación establecida por el Derecho nacional de conformidad con las letras a), c), d), y e) del apartado 2 del artículo 5 o con las letras a), b) y e) del apartado 3 del mismo artículo, los medios adecuados para disfrutar de dicha excepción o limitación, en la medida necesaria para ese disfrute, siempre y cuando dicho beneficiario tenga legalmente acceso a la obra o prestación protegidas».

Por su parte, el artículo 6.4.II dice: «Un Estado miembro podrá adoptar asimismo tales medidas respecto del beneficiario de una excepción o limitación establecida en virtud de la letra b) del apartado 2 del artículo 5, a menos que los titulares de los derechos hayan hecho ya posible la reproducción para uso privado en la medida necesaria para el disfrute de la excepción o limitación contemplada y de conformidad con lo dispuesto en la letra b) del apartado 2 del artículo 5 y en el apartado 5 del mismo artículo, sin impedir a los titulares de los derechos la adopción de medidas adecuadas respecto del número de reproducciones de conformidad con tales disposiciones».

⁴⁹ Ha señalado DE WERRA que dejar la cuestión de las excepciones a acuerdos voluntarios de las partes es adecuado cuando ambas tienen igual capacidad negociadora, pero éste no es el caso que nos ocupa. Por otra parte, la cláusula del párrafo 4 del artículo 6.4 supone un golpe decisivo al sistema de excepciones tradicional. Vid. DE WERRA, J., «What is a «technological protection measure» under the WIPO Treaties, the DMCA, the European Union Directives an other National Legislations (Japan, Australia)?», cit., p. 30.

⁵⁰ No se aclara si las partes implicadas tienen una obligación jurídica de llegar a acuerdos, ni tampoco en qué consisten exactamente estas medidas que los estados deben tomar para garantizar la excepción y, además, sólo se garantizan las posibilidades de actuación de aquellos usuarios que hayan accedido legalmente a las obras, y la única opción de acceder legalmente a las obras es con el permiso previo del derechohabiente, que es el que convierte al usuario en *usuario legítimo* de la obra o prestación. Las dificultades en este ámbito no son desdeñables y ya señalaba A. LUCAS que combinar el derecho de acceso con la vitalidad de las excepciones en el entorno digital es «la cuadratura del círculo». Vid. LUCAS, A., *Droit d'auteur et numérique*, Litec, Paris, 1998, pp. 272 y 273.

Debe mencionarse también la Directiva 98/84/CE de 20 de noviembre de 1998, sobre la protección jurídica de los servicios de acceso condicional o basados en dicho acceso (en adelante, DAC⁵¹). Dicha Directiva también es de aplicación a los servicios de entrega de obras y prestaciones protegidas vía Internet —artículo 2 a) de la DAC, en relación con el artículo 1.2 de la Directiva 98/34 de 22 de junio— lo que produce un solapamiento parcial⁵² de ambas normas⁵³. La DAC prohíbe los dispositivos o productos (no las conductas individuales de los usuarios) que puedan servir para eludir las medidas de encriptación de las obras, definiendo éstos —artículo 2 e)— como «cualquier equipo o programa informático diseñado o adaptado para hacer posible el acceso a un servicio protegido en forma inteligible sin la autorización de proveedor del servicio». Además define las «medidas de protección del acceso condicional» —artículo 2 b) DAC— como «cualquier medida o mecanismo técnico en virtud del cual se condicione el acceso al servicio protegido en forma inteligible a una autorización individual previa»⁵⁴. En la medida en que los contenidos de dichos servicios son en muchas ocasiones objetos de protección por parte de la propiedad intelectual (como vídeos musicales o películas) el acceso al servicio condiciona también el acceso a la obra o prestación, produciendo una yuxtaposición y acumulación de la protección legal.

¿Es este el mejor régimen posible? La crítica en el Derecho Comparado ha señalado que el derecho de propiedad intelectual ha sido el medio tradicional de equilibrar la explotación patrimonial de la obra o prestación con el interés general en que exista una producción artística y científica nutrida en cantidad y calidad. En este sentido, el juego combinado de las licencias en línea y las medidas tecnológicas, si no se limita adecuadamente, supone alterar de modo radical las reglas del juego, poniendo en manos de los derechohabientes un arma de enorme calibre⁵⁵. Como han señalado REICHMAN y FRANKLIN, cualquier empresa con un mínimo poder de mercado que licencie obras y prestaciones en línea va a confeccionar unos contratos de adhesión que alteren o ignoren las

⁵¹ Dicha norma no se encuentra a la fecha de redactar estas líneas, y hasta donde sabe el autor, incorporada a nuestro derecho interno.

⁵² Como ha señalado DUSSOLIER, la diferencia entre el acceso a una obra o prestación dentro de un servicio de la sociedad de la información y el acceso a dicho servicio es mínima. Vid. DUSSOLIER, S., «Les systèmes de gestion électronique du droit d'auteur et des droits voisins», cit., p. 12.

⁵³ Sobre este aspecto puede consultarse GARROTE, I., *El derecho de autor en Internet*, Comares, Granada, 2001, pp. 536 y ss.

⁵⁴ Para complicar aún más las cosas, la DAC no contiene excepción alguna a los derechos de autor y afines, puesto que su objetivo declarado no versa sobre la propiedad intelectual, lo que no obsta, como señala HEIDE, para que sea una norma que afecta de modo vital al derecho de propiedad intelectual, sobre todo en el campo de los derechos afines. HEIDE recomienda que en las distintas normas nacionales de transposición se incluya de modo expreso una cláusula que garantice el respeto a las excepciones a los derechos de autor y afines. Vid. HEIDE, T., «Access Control and Innovation under the Emerging EU Electronic Commerce Framework», cit., p. 1043-1044.

⁵⁵ Para autores como COHEN dicha tendencia (que podemos denominar neoclásica) no satisface de forma adecuada los intereses de todas las partes implicadas, por lo que es necesario acudir a derechos patrimoniales limitados que pongan freno al simple juego de la propiedad privada y la autonomía de la voluntad. La autora pone el ejemplo de las bibliotecas. Si éstas no pueden poner libremente a disposición del público las obras digitales sin la autorización de los derechohabientes va a haber

normas imperativas que limitan los derechos patrimoniales⁵⁶. Iguales argumentos encontramos en autores como HUGENHOLTZ⁵⁷. Otros, como GINSBURG⁵⁸, señalan que las nuevas normas suponen un aumento importante de las posibilidades de los derechohabientes, pero que, de hecho, los jueces en los Estados Unidos (que ya cuentan con más de tres años de experiencia en la vigencia de la DMCA) están siendo prudentes en la aplicación de la norma.

Teniendo estas consideraciones en mente, veamos cuál va a ser el efecto práctico de las normas antes mencionadas. En primer lugar, y respecto de aquellos que no acceden a la obra lícitamente, creo que es claro que si un usuario elude la protección tecnológica de una obra o prestación puesta en Internet por medio de una licencia en línea su conducta debe ser sancionada por el Derecho nacional, con independencia de que se alegue que se pretendía ejercer una excepción (por ejemplo, parodiar la obra). Aunque éste no sea el *modus operandi* típico de los derechos de explotación tradicionales, la conclusión final es que los derechohabientes pueden controlar el uso de sus obras y prestaciones en la Red, autorizando el acceso o denegándolo⁵⁹.

Esto vale para el usuario *no legítimo*, pero es que existe, además, otro problema respecto del usuario *legítimo*, puesto que es más que posible que los derechohabientes deseen limitar su capacidad de usar las obras y prestaciones al amparo de las excepciones, en especial con relación a la copia para uso privado prevista en el artículo 5.2 b) DDASI (art. 31 2.º TRLPI). Para ello, van a acudir a cláusulas contractuales en la cuales, o bien se impide dicha copia, o bien se exige abonar una nueva compensación económica, creando la llamada «privatización» del derecho de propiedad intelectual⁶⁰. Debemos plantearnos cuál es, de *lege data*, el *estatus* jurídico de dichas cláusulas. Para responder a dicha pregunta, debemos distinguir entre las licencias en línea que incorporan condiciones generales de este tenor (de acuerdo con la definición que hacen las mismas los artículos 1.1 y 1.2 de la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de la Contratación⁶¹ y el artículo 2 respecto del ámbito subjetivo de aplicación de di-

autores que nunca lleguen a acceder a dichas obras, frustrando otras creaciones potenciales que podrían obtener su inspiración de las preexistentes. Vid. Cohen, J., «Lochner in Cyberspace: The New Economic Orthodoxy of «Rights Management»», *Michigan Law Review*, vol. 97, 1998, p. 557.

⁵⁶ Vid. REICHMAN, J., y FRANKLIN, J., «Privated Legislated Intellectual Property Rights: Reconciling Freedom of Contract with Public Good Uses of Information», *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 147, 1999, p. 878. Para limitar las licencias en línea ambos autores ponen el acento en la cuestión del consentimiento, estimando que una aceptación en línea es un mero asentimiento, pero no una plena aceptación de las condiciones de la licencia.

⁵⁷ Vid. HUGENHOLTZ, P.B., «Copyright, Contract and code: What Will Remain of the Public Domain?», cit., p. 86.

⁵⁸ Vid. GINSBURG, J., «Copyright Use and Excuse on the Internet», *Columbia-VLA Journal of Law & the Arts*, vol. 24, 2000, p. 1.

⁵⁹ Igual, PLAZA PENADÉS, J., *Propiedad Intelectual y Sociedad de la Información*, Aranzadi, Pamplona, 2002, p. 215.

⁶⁰ Vid. McMANIS, C., «The Privatization (or «Shrink-Wrapping») of American Copyright Law», *California Law Review*, vol. 87, 1999, p. 176.

⁶¹ Respecto de los requisitos del artículo 1 de la Ley de Condiciones Generales puede consultarse, por todos, BERCOVITZ-RODRÍGUEZ CANO, R., «Comentario al artículo 1», en *Comentarios a la Ley de*

cha Ley), de aquellas licencias que no pueden calificarse, por cualquier motivo, como contratos de adhesión. Veamos ambos supuestos.

3.1. *Contratos o licencias que no incluyen condiciones generales*

A los efectos que nos ocupan, debemos tener en cuenta que el artículo 6.3 del Código Civil sanciona con la nulidad radical o absoluta aquellas cláusulas que sean contrarias a normas imperativas. La cuestión, por tanto, es dilucidar si los límites del TRLPI deben ser considerados como normas imperativas, que no pueden ser desplazadas mediante acuerdo de voluntad entre las partes. No se plantean dudas cuando es la propia ley la que expresamente declara el carácter imperativo o dispositivo de determinados supuestos (se señalan como imperativos los artículos 34.1 y 100.2, mientras que el artículo 100.1 TRLPI se declara expresamente dispositivo). El problema, pues, se plantea únicamente respecto de aquellos límites acerca de los cuales la ley no predica carácter alguno, ni dispositivo ni imperativo.

Podría pensarse que las normas que establecen excepciones o límites a los derechos de autor están creando verdaderos derechos subjetivos para los usuarios, de modo que éstos pueden renunciar a los mismos libremente. No es esto, sin embargo, lo que en nuestra opinión ocurre en el TRLPI. Las normas de los artículos 31 y ss. no crean *derechos* de los usuarios⁶², sino que limitan los derechos patrimoniales de explotación para alcanzar un delicado equilibrio⁶³ entre el interés de los derechohabientes en explotar sus obras⁶⁴ y prestaciones y el interés general en disfrutar de las obras para la promoción y difusión de la cultura, el saber y la ciencia⁶⁵. Esta misma idea es la que late en el enunciado del artículo 2 de nuestro TRLPI, en donde se menciona que el derecho exclusivo de explotación del autor debe ceder ante las limitaciones que la ley seña-

Condiciones Generales de Contratación, coordinada por él mismo, Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 23 a 36.

⁶² En ese sentido, vid. LUCAS, A. y LUCAS, H.-J., *Traité de la propriété littéraire et artistique*, cit., p. 253

⁶³ El equilibrio se alcanza, precisamente, excluyendo ciertos usos del monopolio del autor; por motivos de interés general. Con el objeto de que dicha exclusión no se extienda indebidamente, la lista de excepciones del TRLPI es una lista cerrada, y además, las excepciones individualmente consideradas no pueden ser objeto de interpretación extensiva, por mor de los artículos 40 bis y 100.7 TRLPI, que en este punto recogen la llamada «regla de los tres pasos», que también está presente en algunos Convenios Internacionales de los cuales España es parte, como el artículo 9.2 del Convenio de Berna, el artículo 13 de los ADPIC y los recientes artículos 10 TDA y 16 TIEF.

⁶⁴ La doctrina, tanto en Europa como en los países anglosajones, insiste en esta idea de equilibrio y composición de intereses. Vid. DUSSOLIER, S., «Les systèmes de gestion électronique du droit d'auteur et des droits voisins», disponible en <<http://www.droit.fundp.ac.be/Textes/Dusollier%202.pdf>>.

⁶⁵ Ésta es la misma idea que late en la regulación de otros países de nuestro entorno, como los Estados Unidos, en donde la doctrina reiteradamente ha señalado que la propiedad intelectual tiene unas características especiales que imponen restricciones a los derechohabientes, especialmente cuando éstos utilizan licencias de adhesión en línea. Para una crítica al proyecto de artículo 2B del UCC que permitía a los titulares de derechos restringir conductas anteriormente lícitas de los usuarios puede verse SAMUELSON, P., «Intellectual Property and Contract Law for the Information Age: Foreword to a Symposium», *California Law Review*, vol. 87, 1999, p. 4.

la. Por tanto, debemos concluir, como por otra parte defiende la generalidad de nuestra doctrina⁶⁶, que si la ley no dice nada expresamente y la excepción, por su objeto, es aplicable al entorno en línea, (casos de los artículos 31.1.º, 31.3.º, 32, 33, 34, 36.1, 36.2, 37, 38 y 39 TRLPI), las normas que limitan los derechos patrimoniales exclusivos son normas imperativas⁶⁷. A este respecto, y estableciendo la conexión con la DDASI, cabe recordar que la lista de excepciones nacionales va a ser alterada por la que contiene la DDASI, (cuestión ésta que supera el ámbito estricto de nuestro estudio) pero, en términos generales, las normas que queden vigentes en el TRLPI tras su adaptación a la DDASI deben ser consideradas imperativas, y por tanto las cláusulas que las contravenzan en el sentido de limitar las posibilidades de actuación de los usuarios legítimos deben ser consideradas cláusulas nulas *ex* artículo 6.3 CC⁶⁸.

Pese a lo dicho, debe tratarse en punto y aparte el problema de la copia privada para uso exclusivo del copista. El artículo 31.2.º del TRLPI está estableciendo una norma que simplemente se limita a reconocer lo que por entonces (la regla proviene de la ley de 1987) era un hecho: que no es posible, por motivos prácticos y jurídicos, controlar las reproducciones para uso privado que se hacen en los hogares (pensemos en la grabación de una obra audiovisual emitida por TV en un vídeo doméstico). De ahí que el derecho de reproducción con respecto a este tipo de copias sea «rebajado» en el artículo 25 desde el derecho de exclusiva (a autorizar o prohibir) a lo que la doctrina llama «derecho de mera remuneración». La situación, sin embargo, cambia sustancialmente con la llegada de las licencias en línea y las medidas tecnológicas. Mediante

⁶⁶ En general, se parte de la idea de que existe un interés general, que es el que motiva la creación de dichas excepciones. Así, vid. PÉREZ DE ONTIVEROS, C., en los distintos comentarios al articulado del TRLPI: «Comentario al artículo 31» en *Comentarios a la ley de Propiedad Intelectual*, coordinados por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Tecnos, 2.ª edición, 1997, pp. 598 y 606; «Comentario al artículo 32», p. 609, etc. En un sentido similar se manifiestan otros comentaristas del TRLPI, como DÍAZ ALABART, S., «Comentario al artículo 31» en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO, M y DÍAZ ALABART, S., Tomo V, Vol. 4-A, EDESA, 1994, p. 528 (comentando, respecto del artículo 31.1.º que «se trata de proteger un interés público» y respecto del artículo 31.3.º que hay «un interés social prevalente de que la cultura llegue a las personas discapacitadas»). En los comentarios a otros límites del TRLPI encontramos expresiones similares. En el caso del artículo 36, DÍAZ ALABART dice expresamente que es «un precepto imperativo». Para el artículo 38 no se puede dejar de reconocer que su justificación «no es fácil». En un sentido similar se manifiesta BONDÍA ROMÁN, F., «Comentario Capítulo II», en RODRÍGUEZ TAPIA, J. M., y BONDÍA ROMÁN, F., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 1997, p. 164. Los autores en otros países de nuestro entorno, sin embargo, discrepan en este punto. A favor de considerar las excepciones a los derechos de autor como normas dispositivas, desplazables por la voluntad de las partes, LUCAS, A. y LUCAS, H-J., *Traité de la propriété littéraire et artistique*, cit., p. 254.

⁶⁷ En otro lugar he expresado con mayor amplitud este punto. Aunque la cita a uno mismo valga de poco, quizá sea útil para explicar mis razones. Vid. GARROTE, I., *El derecho de autor en Internet*, Comares, cit., pp. 591-592.

⁶⁸ En el mismo sentido se ha pronunciado de un modo general HUGENHOLTZ. Vid. HUGENHOLTZ, P.B., «Copyright, Contract and code: What Will Remain of the Public Domain?», cit., p. 82-83. Aunque las ideas tradicionales de autonomía de la voluntad y la naturaleza expansiva del derecho de propiedad parecen favorecer la idea de que mediante contrato es posible limitar las excepciones a los derechos de propiedad intelectual, lo cierto es que también es claro que la propiedad está limitada por la ley de acuerdo a su función social (art. 33.2 CE).

una combinación adecuada de ambos elementos es posible en la práctica el control de la reproducción privada. Por otra parte, no hay en la excepción de copia privada razones de interés general que justifiquen un hipotético carácter imperativo, y sí un muy evidente peligro para los titulares de derechos⁶⁹, que puede llegar a afectar a la explotación de la obra en línea, en clara contradicción con el tenor literal y el espíritu de los artículos 2, 17.1 y 40 *bis* TRLPI. En conclusión, si una cláusula limita al usuario legítimo la posibilidad de hacer una reproducción digital para uso privado de una obra o prestación, creo que dicha cláusula es válida en términos del artículo 6.3 CC⁷⁰.

3.2. *Contratos o licencias que incluyen condiciones generales*

En cuanto a las licencias que incorporan condiciones generales de la contratación son varias las cuestiones que se plantean. En primer lugar, debemos tener en cuenta que en Internet es posible «refinar» de manera muy exacta los destinatarios de una licencia o contrato determinado, de modo que es posible individualizar de entre el conjunto de usuarios de la Red un grupo concreto (por ejemplo, profesionales del Derecho a partir de un nivel X de renta). En estas condiciones ¿podemos hablar todavía de la existencia de una «condición general»? La respuesta debe ser afirmativa, pues, de acuerdo con el artículo 1.1 LCGC lo relevante no es tanto el número de usuarios o consumidores a los que se dirige la cláusula, sino que ésta «sea redactada con la finalidad de ser incorporada a una pluralidad de contratos» por un único profesional predisponente⁷¹.

En segundo lugar, podemos plantearnos si los contratos concluidos entre los derechohabientes⁷² y los usuarios están dentro del ámbito de aplicación de la LCGC. Los contratos relativos a la propiedad intelectual (cesión exclusiva y no exclusiva, cesión del uso de una obra o prestación⁷³) no están excluidos de la ley (art. 4), por lo que en principio también las condiciones generales que con-

⁶⁹ Recordemos que la copia digital, al contrario que la analógica, tiene una calidad idéntica al original, calidad que no se pierde en sucesivas reproducciones y que, además, puede hacerse invirtiendo una cantidad muy pequeña en términos de dinero y tiempo.

⁷⁰ Y ello con independencia de lo que se opine sobre la eficacia práctica de esta solución, puesto, que, como se ha visto en el caso de los programas de ordenador, prohibir al usuario legítimo la confección de copias para uso privado no suele detener a éste. Muestra más dudas PLAZA PENADÉS, J., «Propiedad intelectual y sociedad de la información. La Directiva comunitaria», RAJ, núm. 45/2001, versión *web* con código BIB 2002/60, disponible en <www.westlaw.es/descargas/BIB_2002_60_001.html>.

⁷¹ Tampoco parecer haber lugar a la duda respecto de que dichas condiciones generales (también cuando se refieren a cuestiones relativas a aspectos del uso y disfrute de obras y prestaciones protegidas) son verdaderas cláusulas contractuales, y por tanto deben aplicarse las normas de interpretación, control y sanción correspondientes.

⁷² Partiendo de la hipótesis de que, en la inmensa mayoría de los casos, los titulares de los derechos son profesionales de las llamadas «industrias culturales».

⁷³ No es éste el lugar más apropiado para terciar en la polémica acerca de si la cesión de derechos de propiedad intelectual tiene efectos reales o meramente obligacionales (sobre este tema, puede verse GETE-ALONSO, M.C., «Comentario al artículo 43» en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (COORD), Tecnos, 1997, p. 746 y ss). aunque debe recordarse,

tengan las licencias respecto de las obras y prestaciones protegidas están sujetas a las limitaciones de la ley. Cuando dichos contratos son en forma electrónica también entran dentro del ámbito de la LCGC, aunque, por estar dentro del ámbito del artículo 5.3, deben adoptarse unos requisitos especiales en cuanto a la forma de la incorporación, requisitos previstos en el Real Decreto 1906/1999⁷⁴, de 17 de diciembre⁷⁵.

En tercer lugar, y por analogía con lo que expusimos anteriormente respecto de las cláusulas que no puedan ser consideradas condiciones generales, debemos aplicar el artículo 8 LCGC (que en esto no hace más que reiterar el artículo 6.3 CC), y por tanto considerar que son nulas las cláusulas generales que impidan a un usuario legítimo ejercer las excepciones previstas en el TRLPI, con la excepción, ya señalada, del artículo 31.2º en el caso de las reproducciones para uso privado del copista.

V. CONSIDERACIONES CRÍTICAS. LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO DE ACCESO A OBRAS Y PRESTACIONES LICENCIADAS EN LÍNEA Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. EL ACCESO DE OBRAS Y PRESTACIONES EN INTERNET Y EL DERECHO DE ACCESO A LA CULTURA

Como se ha señalado anteriormente, parecería lógico que en un ambiente nuevo como es Internet se respetaran los principios tradicionales del derecho de autor, uno de los cuales señala que los derechos patrimoniales no son ilimitados, ni en su duración ni en su extensión, o, en otras palabras, que cuando prevalece un interés superior (el interés público) el derecho patrimonial debe ceder, al menos parcialmente, ante dicho interés. Además, parecería también lógico que se tratara de proteger aquellas ventajas que antes señalábamos tenía la puesta en línea frente a la distribución tradicional. Por ello, debemos preguntarnos si el modelo de pago por uso (o por acceso) que pretende la DD-DASI es el mejor panorama de los posibles⁷⁶.

(vid. *supra* nota 20), que la licencia en línea no cede ningún derecho exclusivo, simplemente hace posible el uso o disfrute de una creación intelectual.

⁷⁴ Que en la lista de contratos excluidos en su artículo 1.3 no menciona los relativos a la propiedad intelectual. Sobre una crítica de la legalidad de dicha norma puede verse GARCÍA RUBIO, M. P., «La absoluta invalidez del RD 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica y electrónica con condiciones generales», en *Comercio Electrónico en Internet*, Gómez Segade, J.A., (Dir.), Marcial Pons, Madrid, 2001, pp. 325 y ss.

⁷⁵ BOE de 31 de diciembre.

⁷⁶ En los países de nuestro entorno la doctrina ha criticado ferozmente las normas que pretendían, de modo injustificado, restringir los derechos de los usuarios por medio de las licencias en línea, alterando de este modo el equilibrio que se había logrado a lo largo de la Historia en las distintas legislaciones sobre propiedad intelectual. Vid. NIMMER, D., BROWN, E., y FRISCHLING, G., «The Metamorphosis of Contract into Expand», *California Law Review*, vol. 87, 1999, p.22.

A mi juicio, el modelo del pago por uso tiene grandes desventajas para el interés general, aunque obviamente resulta muy beneficioso para los titulares de derechos de explotación, como ya hemos visto anteriormente. De manera fundamental, permite a las grandes compañías discográficas y cinematográficas consolidar su oligopolio, que ya están de hecho trasladando al entorno en línea una vez que han acabado con iniciativas como las de *Napster* y *Mp3.com*. El resultado parece ser una Red dividida en dos grandes sectores, uno de pago, donde se encontrarán las obras de autores conocidos (no necesariamente de mejor calidad) y otro *underground*, que reunirá a creadores y consumidores alternativos y noveles. Dicha opción sería legítima sin duda alguna si el objeto de protección del derecho de autor (libros, obras musicales, obras audiovisuales) fuesen simplemente objetos susceptibles de apropiación, sobre los cuales su dueño tiene la capacidad de explotarlos sin más limitación que la prevista por la ley, a tenor del artículo 33.2 de la Constitución y de las previsiones del Código Civil. Como es obvio, no es éste el caso que nos ocupa, pues la propiedad intelectual, o mejor, los derechos patrimoniales de explotación sobre las obras del espíritu, están limitados en muchas ocasiones por razones de interés general y de promoción y acceso a la cultura⁷⁷, razones por las cuales han quedado fuera del Código Civil y son calificados como «propiedad especial».

Esta cuestión también se la han planteado en países de nuestro entorno, en donde algunas posturas doctrinales, que podemos calificar de «minimalistas» o «libertarias», entienden que mediante el derecho de acceso se está impidiendo el ejercicio de un supuesto «derecho a leer⁷⁸», mientras que otros autores opinan que del mismo modo que no hay un derecho a usar programas de ordenador o a ver películas gratis, tampoco tiene por qué existir este «derecho a leer⁷⁹».

En nuestro país, ya existía antes de la llegada de Internet un gran debate en la doctrina acerca de si el Derecho de propiedad intelectual tiene su entronque

⁷⁷ Sólo estas razones explican que el plazo de protección de los derechos patrimoniales sea limitado (arts 26 a 30 TRLPI) y que se incluya en el Capítulo II del Título II normas muy detalladas que se autodenominan «Límites» a los derechos patrimoniales.

⁷⁸ Vid. LITMAN, J., «Reforming Information Law in Copyright's image», *Dayton Law Review*, vol. 22, 1997, pp. 591 y 598; y también en «The Exclusive Right to Read», *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, vol. 13, 1994, p. 32. y COHEN, J., «A Right to Read Anonymously: A closer Look at «Copyright Management» in Cyberspace», *Connecticut Law Review*, vol. 28, 1998, p. 992. También otros autores como SAMUELSON, P., «The U.S. Digital Agenda at WIPO», *Virginia Journal of International Law*, vol 37, 1997, p. 382 y CHON, M., «New Wine Bursting From Old Bottles. Collaborative Internet Art, Joint Works, and Entrepreneurship», *Oregon Law Review*, vol. 75, 1996, p. 262.

⁷⁹ Vid. NIMMER, D., «Brains and Other Paraphernalia of the Digital Age», en *Entertainment, Arts and Sports Law*, American Law Institute-American Bar Association Continuint Legal Education Study Materials, vol. 47, 1998, pp. 43 y 44. En el mismo sentido, vid. STUCKEY, K., *Internet and online Law*, Law Journal Seminars-Press ed., Nueva York, 1998, p. 6-58 y TROTTER HARDY, I., «Computer RAM Copies: a Hit or a Myth? Historical Perspectives on Caching as a Microcosm of Current Copyrights Concerns», *Dayton Law Review*, vol. 32, 1997, p. 428.

constitucional en el artículo 20. 1 b) de la Constitución o en el artículo 33⁸⁰. Con independencia de lo que opinemos sobre dicha cuestión, Internet plantea la posible entrada en escena de otros preceptos constitucionales en relación con la propiedad intelectual, y a dicha cuestión nos vamos a dedicar brevemente. En primer lugar, la posibilidad de controlar el uso de una obra y la regulación del artículo 6.4 DDAASI son motivos suficientes para preguntarnos si no estamos ante una posible restricción o violación del artículo 44.1 CE (que menciona en su tenor de forma expresa el «acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho»⁸¹), precepto que debe tenerse en cuenta⁸² y ser respetado por los poderes públicos al ser un principio rector contenido en el Capítulo III del Título Primero de nuestra Carta Magna⁸³.

Si se pone en manos de los derechohabientes la posibilidad de controlar de un modo absoluto sus obras sin tener en cuenta los límites o excepciones legales, podríamos argumentar, por hipótesis, que se está impidiendo a una buena parte de los ciudadanos acceder a la cultura, que quedaría en manos únicamente de los que puedan costearse el acceso⁸⁴. En mi opinión, sin embargo, el sistema de la DDASI es claramente respetuoso con el artículo 44.1 CE, porque el hecho de que nuestra Constitución reconozca el derecho de acceso a la cultura no quiere decir que dicho acceso deba ser gratuito, como el propio artículo 40 *bis* TRLPI claramente dice. El derecho de acceso a la cultura debe conjugarse y equilibrarse con el derecho de propiedad del artículo 33.1 CE (incluida su función social, artículo 33.2) y con los derechos patrimoniales previstos

⁸⁰ No es posible detenernos en este aspecto. Acerca de dicha discusión, y a favor de ver el entronque constitucional de la propiedad intelectual en el artículo 33 CE vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R., «Comentario al artículo 1» en *Comentarios a la ley de Propiedad Intelectual*, coordinados por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Tecnos, 2.ª edición, 1997, pp. 20 y ss. Más extensamente, PLAZA PENADÉS, J., *El derecho de autor y su protección en el artículo 20.1,b) de la Constitución*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.

⁸¹ Mientras que en el artículo 44.2 CE se habla respecto de la promoción de la ciencia y de la investigación del «interés general» del que tan poco se ha preocupado la DDASI para las obras y prestaciones licenciadas en línea.

⁸² Debe tenerse también en cuenta que en los artículos 15.1 c) y 15.2 del Pacto Internacional de Nueva York de 19 de diciembre de 1966 relativo a los derechos económicos, sociales y culturales se reconoce, junto con el derecho a la explotación de las obras y prestaciones protegidas —artículo 15.1 c)— el derecho de difusión y disfrute de la cultura (art. 15.1). El orden de dichos artículos expresaría, según A. LUCAS, la intención del legislador de jerarquizar los preceptos, opinión, que, sin embargo, no comparto. Vid. LUCAS, A. y LUCAS, H.-J., *Traité de la propriété littéraire et artistique*, cit., p. 255.

⁸³ Como es sabido, los principios contenidos en este Capítulo III no gozan, a tenor de la doctrina dominante, del carácter de derecho subjetivo (vid. el artículo 53.3 CE) pero sí vinculan a los poderes públicos como elementos informadores del ordenamiento. Los poderes públicos deben desarrollarlos por normas de rango inferior a la Constitución, que crearán (ahora sí) verdaderos derechos subjetivos que pueden ser invocados por los tribunales. En cualquier caso, el TRLPI no es (porque no lo era la LPI de 1987), *stricto sensu*, un desarrollo del artículo 44.1 de la CE.

⁸⁴ Es evidente que en muchas ocasiones se presenta esta tensión entre propiedad privada, conservación del bien y acceso a la cultura, y ya la Ley de Patrimonio Histórico Español señalaba en su Preámbulo que el objetivo último de la Ley es «el acceso a los bienes que constituyen nuestro Patrimonio Histórico».

en las leyes⁸⁵. Lo que el artículo 44.1 significa es que los poderes públicos deben garantizar que todos los ciudadanos españoles tengan a su disposición los medios públicos para poder acceder a las obras y prestaciones protegidas a precios reducidos o gratuitamente⁸⁶, objetivo que se pretende lograr por dos vías fundamentales:

En primer lugar, desde un punto de vista de política legislativa, los límites a los derechos de propiedad intelectual (incluso a los derechos morales, como ocurre con el derecho de divulgación en el artículo 40 TRLPI, que expresamente se refiere a la tutela del derecho de acceso a la cultura) son el canal adecuado para alcanzar dicho objetivo pero, como hemos argumentado, dichos límites únicamente entran en juego cuando se ha accedido a la obra legítimamente. En segundo lugar, y desde un punto de vista más práctico, la «tutela» y «promoción» del acceso a la cultura del artículo 44.1 CE ha sido llevada a cabo en nuestro país por un complejo entramado de bibliotecas, museos, centros de investigación, entidades de radiodifusión públicas⁸⁷ y otros entes. En ese sentido, sólo cabe lamentar que en la DDASI la excepción que se establece a favor de bibliotecas, centros de enseñanza, museos y archivos —artículo 5.2 c)— sea muy insuficiente⁸⁸, sin que esto, sin embargo, suponga una vulneración del artículo 44.1 CE en el caso de que el legislador español decida incorporar el tenor del artículo 5.2 c) DDASI a nuestro TRLPI.

2. DERECHO A LA INTIMIDAD

Una de las características fundamentales de Internet es que permite conocer, utilizando programas informáticos adecuados⁸⁹, cuál es la utilización que ha-

⁸⁵ Debe tenerse en cuenta que solicitar una compensación para acceder a los «productos culturales» es algo perfectamente normal en todos los derechos desarrollados. De este modo, se carga una cantidad por acceder al teatro o por comprar un libro. La novedad de Internet estriba en que el control sobre el acceso es absoluto. Sin embargo, dicha situación ya se puede apreciar respecto de las obras audiovisuales que se emiten de forma codificada en los llamados «canales de pago». Solo aquellos que están abonados pueden disfrutar de la obra. Aunque desde un punto de vista histórico sin duda las obras literarias y las musicales tienen más «pedigrí» para ser consideradas «cultura» que las obras audiovisuales, me parece claro que en el mundo de la imagen en el que nos movemos tan cultural es un programa de divulgación de la naturaleza en un canal de pago como una guía sobre las aves en Europa, y nadie se ha planteado que dichos canales supongan un atentado al artículo 44.1 CE.

⁸⁶ No hay que confundir, por tanto, explotación del uso de la obra con acceso (de pago o gratuito) a la cultura.

⁸⁷ Y es en este sentido en el que la doctrina constitucionalista ha interpretado de forma mayoritaria el artículo 44.1 CE. Vid. GALVEZ, F.J., «Comentario al artículo 44 de la Constitución», GARRIDO FALLA, F., y otros (Coord.) Civitas, Madrid, 1980, pp. 513 y ss y PRIETO DE PEDRO, J., «Comentario al artículo 44.1 Derecho a la cultura» en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, ALZAGA VILLAAMIL, O., (Direct) t. IV, Edersa, Madrid, 1996, pp. 210 y ss, adjudicándole la denominación tradicional de «derecho de prestación».

⁸⁸ Sobre este particular, GARROTE, I., *El derecho de autor en Internet*, cit., p. 439 y ss y SIRINELLI, P., «La directive «société de l'information»: apport réel ou fictif au droit d'auteur», en *Commerce Électronique et Propriétés Intellectuelles*, Litec, Paris, 2001, p. 96.

⁸⁹ Dichos programas suelen llamarse en la jerga informática «cookies», y funcionan almacenando en el disco duro del usuario datos acerca de sus conductas en línea que luego son «enviados a

cen los usuarios de la Red de las distintas obras y prestaciones que han sido licenciadas en línea. A estos efectos, existen lo que se han llamado sistemas de *monitoring*, que permiten a los derechohabientes conocer cual ha sido el uso de una determinada obra o prestación en Internet⁹⁰. Dichos mecanismos no entran dentro de la definición del artículo 7.2 DDASI, que se refiere únicamente a la información para la gestión de derechos, pero, en mi opinión, sí se encuentran protegidos *ex* artículo 6.3 DDASI, pues permiten «controlar» el uso de la obra o prestación⁹¹.

Dicho esto, es obvio que dichos sistemas deben respetar el derecho a la intimidad personal de los usuarios⁹² reconocido en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y en el artículo 16.4 CE (con especial referencia al campo de la informática⁹³), por lo que a mi juicio es claro que tales mecanismos podrían eludirse sin incurrir en responsabilidad civil alguna⁹⁴ (pese al tenor del artículo 6.1 DDASI) si recogen o utilizan los datos de carácter personal de los usuarios de una manera contraria a la Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal, de 13 de diciembre de 1999⁹⁵.

casa» del titular del «cookie». Utilizando opciones que existen en los navegadores más comunes es posible, sin embargo, rechazar dichas «cookies». Vid. EUGENIO DÍAZ, F., «La protección de la intimidad y el uso de Internet», en *Informática y Derecho*, núm. 31, p. 164.

⁹⁰ A partir de una correcta identificación de cada obra y prestación es posible desde un punto de vista técnico conocer, por ejemplo, el número de veces que se ha escuchado una determinada canción, y si ésta ha sido grabada en el disco duro o enviada por correo electrónico a un amigo.

⁹¹ En ese sentido, parece claro que conocer los datos de cómo se ha usado la obra en Internet es un requisito que facilita «la protección del acceso y el uso de la obra de una manera operativa y fiable», como dice la definición de «medida tecnológica efectiva» de la Directiva.

⁹² La Unión Europea ha sido especialmente celosa con el derecho a la intimidad de sus ciudadanos, lo que la ha llevado incluso al borde de una guerra comercial con los Estados Unidos, cuyo nivel de exigencia en este aspecto es mucho más bajo. Sobre este aspecto y los acuerdos entre ambos entes puede verse CLEAR, M., «Falling into the Gap: The European Union's Data Protection Act and Its Impact on U.S. Law and Commerce», *John Marshall Journal of Computer and Information Law*, Summer 2000, pp. 981-1018 y GLADSTONE, J., «The U.S. Privacy Balance and the European Privacy Directive: Reflections on the United States Privacy Policy», *Willamette Journal of International Law and Dispute Resolution*, 2000, pp. 10-32.

⁹³ La DDASI hace mención al respeto al derecho a la intimidad únicamente en su Considerando 57, pidiendo que los sistemas de *monitoring* sean diseñados de tal modo que respeten el derecho a la intimidad y al tratamiento adecuado de los datos personales. En dicho Considerando, sin embargo, se mencionan los sistemas de gestión de los derechos de propiedad intelectual en relación con el artículo 7 DDASI, cuando, en realidad, en dicho precepto no tienen cabida.

⁹⁴ Han señalado algunos autores que la DDASI parte de una presunción *iuris tantum* de que los sistemas de seguimiento de las obras en línea son permisibles (y por tanto, su elusión es un acto prohibido), pero que dicha presunción cesa si el usuario logra demostrar que viola su derecho a la intimidad. Como es obvio, la carga que se pone en los hombros del usuario es muy pesada, pues, por falta de conocimientos informáticos y jurídicos difícilmente va a poder juzgar si cierto sistema viola su derecho a la intimidad. Vid. BYGRAVE, L y KOELMAN, K., *Privacy, Data Protection and Copyright: Their Interaction in the Context of Electronic Copyright Management Systems*, *Institute for Information Law*, disponible en <http://www.imprimatur.alcs.co.uk/IMP_FTP/privreportdef.pdf>, p. 46. Lo que debe exigirse, a mi juicio, es que las instituciones públicas tutelen dichos mecanismos informáticos, de modo que la Agencia de Protección de Datos sancione a los que usan de forma indebida la información que se ha recogido por esta vía.

⁹⁵ Téngase en cuenta el RD 994/1999, de 11 de junio, sobre medidas de seguridad de los ficheros automatizados que contengan datos de carácter personal, que sigue en vigor tras la aprobación de la Ley Orgánica en cuanto no se oponga a lo que ésta dispone.

Un segundo aspecto importante de los sistemas de *monitoring* es el hecho de que en muchas ocasiones recogen datos acerca del usuario sin informarle que dicha actividad se está llevando a cabo. Por eso es de lamentar que la Ley 15/1999 no recoja la obligación para las empresas de informar a los usuarios de Internet de que se están registrando sus datos mientras están disfrutando de obras y prestaciones protegidas en Internet. Lo único que exige el artículo 5.4 es que para la recogida de datos será necesario que los usuarios sean informados *a posteriori* de modo «expreso, preciso e inequívoco» en el plazo de tres meses.

3. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO A LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN

Resulta sintomático que nuestra Constitución recoja en un mismo artículo (20 CE) el derecho a la libertad de expresión, el derecho a la producción y creación artística, literaria, científica y técnica y el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz. Que estos tres derechos se encuentran en ocasiones relacionados y que el derecho a la libertad de expresión y el derecho a comunicar y recibir libremente información han servido de justificación tradicional a algunos de los límites contenidos en el TRLPI (casos de los artículos 32, 33 y 35.1 e incluso 39) son dos premisas claras a mi juicio. Dicho esto, podría plantearse que la sujeción de las obras que se licencian en línea al mencionado derecho de acceso supone un menoscabo para el derecho a la libertad de expresión del artículo 20.1 a) CE, por cuanto, *de facto*, va a impedir a los usuarios acceder a un gran número de obras y prestaciones para criticarlas, discutir las o simplemente comentarlas, lo que en última instancia puede afectar a la formación de una opinión pública culta e informada.

A este respecto, debe recordarse, en primer lugar, que tal y como hemos interpretado el artículo 6.4 de la DDASI y el TRLPI, las normas sobre límites de este último texto son imperativas, por lo que el usuario legítimo de las obras y prestaciones puede ejercer las excepciones relacionadas con la libertad de expresión con arreglo a la más estricta legalidad sin que sus capacidades puedan ser restringidas mediante cláusula contractual alguna.

Ahora bien, ¿puede un usuario ilegítimo, amparándose en el derecho a la libertad de expresión, saltarse una medida tecnológica de una obra licenciada en línea, para, por ejemplo, parodiar una obra determinada? La DDASI trata de cubrir dicha posibilidad para las obras y prestaciones que no se licencian en línea mediante los dos primeros párrafos del artículo 6.4, pero nada se dice respecto de las obras que se licencian en línea. En mi opinión (desde el atrevimiento del profano en materia constitucional) no sería posible vulnerar la prohibición de elusión alegando el derecho a la libertad de expresión en sentido estricto (incluso si se dice que se quiere parodiar o informar respecto de acontecimientos de la actualidad) puesto que el artículo 20.1 a) de la Constitución protege el derecho a que se expresen «pensamientos, ideas y opiniones» libremente por medios de comunicación hablados o escritos, pero no dice nada acerca del acceso del público a dichas opiniones. Además, como ya

se dijo respecto del artículo 44.1 CE, difícilmente podría el artículo 20.1 a) prevalecer de un modo tan absoluto sobre los derechos patrimoniales de propiedad intelectual (al igual que ocurre con el derecho de propiedad sobre objetos materiales del Código Civil) los cuales, en mi opinión, es claro que tienen cabida en el artículo 33 CE⁹⁶. Es necesario, por tanto alcanzar un equilibrio, objetivo que el artículo 33.2 CE encomienda de forma expresa a la ley (en el caso de la propiedad intelectual dicha ley es el TRLPI). En conclusión, no puede alegarse el artículo 20.1 a) CE para eludir una medida tecnológica si no se es usuario legítimo de la misma⁹⁷.

El acceso del público a la información se regula en el artículo 20.1 c) CE. Sin embargo, tampoco este artículo puede invocarse (incluso si, como en los casos anteriores, entendemos que tiene una eficacia inmediata en las relaciones entre privados⁹⁸) para eludir una medida tecnológica por parte de un usuario al que no se le ha autorizado el acceso, puesto que no puede considerarse que una obra del espíritu sea la «información» a la que hace referencia el precepto constitucional. En muchas ocasiones, especialmente en los países de tradición anglosajona⁹⁹ ambos términos (obra e información) se confunden¹⁰⁰, olvi-

⁹⁶ Es famoso el ejemplo de los lápices de POSNER, en el que se recuerda que por mucho que un escritor tenga derecho a expresarse libremente, ello no le faculta para entrar en una papelería y coger los lápices que quiera sin pagarlos. Vid. POSNER, R., «When is Parody Fair Use?», *Journal of Legal Studies*, núm. 21, 1992, p. 73.

⁹⁷ Por ejemplo, si se quiere parodiar la obra habrá de accederse a ella lícitamente. Por este motivo nuestro artículo 39 TRLPI exige que la obra esté divulgada, pues sin divulgación voluntaria por el autor no es posible acceder lícitamente a la obra.

⁹⁸ En contra de dicha eficacia directa en el caso concreto del artículo 21.1 b) vid. PERDICES HUETO, A., «La muerte juega al gin rummy (la parodia en el derecho de autor y de marcas)», *pe. i. (revista de propiedad intelectual)*, núm. 3, p. 26.

⁹⁹ Debido a dicha confusión en los Estados Unidos se ha regulado de forma conjunta los intercambios en línea de información y de programas de ordenador, y por ello ha sido necesario incluir en la *Uniform Computer Information Transactions Act* de 1999 una norma —§ 105 (b)— que garantiza que si una cláusula determinada viola una norma fundamental de orden público (como, por ejemplo, el *fair use*) dicha cláusula debe ser considerada nula en la medida necesaria para garantizar el *fair use*. La UCITA únicamente se aplica a las transmisiones de información y a los programas de ordenador, pero se define información —§102 (37)— de un modo muy amplio, incluyéndose datos, texto, imágenes sonidos y colecciones o compilaciones de algunos de los elementos anteriores. Debe recordarse que la UCITA simplemente es una ley modelo federal, y no está claro en qué medida los Estados la van a incorporar a su derecho interno. También se incluyen provisiones sobre las llamadas «licencias en masa» o «mass-market licences», a las que se dota de plena validez, tanto dentro como fuera del entorno de Internet. Sobre el particular puede verse WINN, J., y WRIGHT, B., *Law of Electronic Commerce*, Aspen Law & Business, 4.ª ed., 2001, p. 13-9 y ss; KIDD, D., y DAUGHTREY, W., «Adapting Contract Law to Accommodate Electronic Contracts: Overview and Suggestions», *Rutgers Computer and Technology Law Journal*, 2000, pp. 215 y ss; TOWLE, H., «The New Uniform Computer Information Transactions Act», en *Understanding the Intellectual Property License 1999*, 576 PLI/Pat, pp. 869 y ss y DAVIDSON, S., y ANDRESEN, K., «UCITA and Other U.S. Laws in an International Perspective», en *The UCITA Revolution: The New E-Commerce Model for Software and Database Licensing*, 2000, pp 555-569.

¹⁰⁰ Vid., por ejemplo, LYMAN, P., «The Article 2B Debate and the Sociology of the Information Age», *Berkeley Technology Law Journal*, p. 1063, en donde se hace hincapié en que los flujos de información son elementos fundamentales en la «nueva economía», olvidando la diferencia esencial entre información y obra o prestación protegida por los derechos de propiedad intelectual.

dando el carácter creativo de la obra y el especial vínculo que ésta tiene con su autor¹⁰¹. La confusión entre «información» y «obra protegida¹⁰²» ha sido señalada por A. LUCAS como un medio para conseguir dos objetivos ajenos al derecho de propiedad intelectual, como son, por un lado, la protección de meros datos o hechos fácticos o, por otro, la creación de un derecho de acceso gratuito a las creaciones del espíritu que es del todo inaceptable desde el punto de vista de los derechos continentales¹⁰³.

Que las obras del espíritu son algo más que «información» lo demuestra, en primer lugar, el hecho de que su regulación constitucional se encuentre en una letra diferente —artículo 20.1 b) CE— a la que regula el derecho a acceder a información veraz, y, en segundo lugar, que para su definición el TRLPI (artículo 10.1) acude al término «creaciones originales», lo que sin duda añade un *plus* de aportación creativa del que carece la mera información¹⁰⁴. Además, y como hemos dicho ya en los casos anteriores, el hecho de que para acceder a la información sea necesario abonar una compensación pecuniaria no contraviene el texto constitucional, como no lo hace que para disfrutar del contenido del periódico debamos pagar su precio¹⁰⁵. En conclusión, las excepciones previstas por el legislador en relación con este derecho (señaladamente los artículos 33.1 y 35.1 TRLPI) no pueden servir como excusa al usuario ilegítimo para eludir la medida tecnológica.

¹⁰¹ Vínculo que sirve, entre otras cosas, para justificar la existencia del derecho moral.

¹⁰² La confusión es fácil en inglés, pues *free access to information* significa tanto «acceso libre a la información» como «acceso gratuito a la información».

¹⁰³ Vid. LUCAS, A., *Droit d'auteur et numérique*, cit., p. 184. Otros autores, como HOEREN, no ven problemas en ver el derecho de autor como integrante de un más amplio derecho de la información. Vid. HOEREN, T., «Access Right as a Postmodern Symbol of Copyright Deconstruction? Some Fragmentary Considerations for the ALAI Congress in New York» disponible en versión *web* en la dirección <http://www.law.columbia.edu/conferences/2001/1_program_en.htm>.

¹⁰⁴ En el límite, puede que en ocasiones el contenido informativo y el expresivo se solapen, haciendo muy difícil su distinción, y por ello textos de alto contenido informativo (por ejemplo, un artículo de periódico) pueden ser considerado como una obra del espíritu.

¹⁰⁵ No debe confundirse, por tanto, el hecho de que en ciertas ocasiones obtener el acceso a la obra requiera pagar una compensación (como ocurre para entrar en un teatro o para comprar un libro) con la compensación que exige el titular de los derechos de autor para ceder los derechos de explotación sobre la obra.