

INCIDENCIA DE LOS TRATADOS DE LA OMPI DE 1996 EN LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Por Carlos VATTIER FUENZALIDA
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Burgos

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. 1. EL DERECHO «POST-ESTATAL» Y EL ACUERDO ADPIC. 2. LOS TRATADOS DE LA OMPI Y EL IMPULSO NORTEAMERICANO. 3. INTERINIDAD NORMATIVA Y PLAN DE TRABAJO. II. EL TRATADO SOBRE LOS DERECHOS DE AUTOR. 1. EL CONVENIO DE BERNA Y LOS DERECHOS MORALES DEL AUTOR. 2. OBRAS PROTEGIDAS; PROGRAMAS DE ORDENADOR Y BASES DE DATOS. 3. DERECHOS DE REPRODUCCIÓN, DISTRIBUCIÓN Y COMUNICACIÓN PÚBLICA. 4. LIMITACIONES, PROTECCIÓN Y GESTIÓN ELECTRÓNICA. III. EL TRATADO SOBRE ALGUNOS DERECHOS CONEXOS. 1. OBJETO Y PROTECCIÓN. 2. ESTRUCTURA Y DEFINICIONES. 3. FACULTADES PROPIAS DE LOS ARTISTAS. 4. DERECHOS DE EXPLOTACIÓN DE ARTISTAS Y PRODUCTORES DE FONOGRAMAS. 5. DURACIÓN Y CONSECUENCIAS FINALES.

I. INTRODUCCIÓN

1. EL DERECHO «POST-ESTATAL» Y EL ACUERDO ADPIC

Como es sabido, la actual globalización de la economía mundial ha dado lugar a un fenómeno normativo casi inédito que, a falta de mejor denominación, podemos llamar Derecho «post-estatal». Se trata del conjunto de normas uniformes elaborado por determinados organismos supranacionales, a menudo asediados por grandes grupos de presión, que los Estados incorporan luego a los ordenamientos nacionales, bien por la vía directa de la adhesión o bien por mediación de la Unión Europea, o por ambas vías a la vez como ha de ocurrir con seguridad en el caso que nos ocupa.

En efecto, a un fenómeno de esta índole asistimos en el campo de la propiedad intelectual, como no podía ser de otro modo, dada la importancia económica de primer orden que le corresponde lo mismo en el comercio internacional que en el cada vez más intenso tráfico transfronterizo intracomunitario, lo que se ha hecho aun más evidente a partir del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial de Comercio (OMC, o sea el antiguo GATT), suscrito en Marrakech el 15 de abril de 1994, ratificado por España el 30 de diciembre del mismo año (BOE, de 24 de enero de 1995), en vigor desde el 1 de enero de 1996, aunque debe ser revisado periódicamente en el futuro.

En el Acta Final de este texto se integra, en concreto, el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (Acuerdo ADPIC), junto con otros acuerdos multilaterales alcanzados en la Ronda de Uruguay (Anexo 1C), el cual, no sólo ha incidido decisiva-

mente en la renovación de los Convenios sobre propiedad intelectual administrados por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), sino también en el Derecho comunitario, que incidirá asimismo en el nuestro.

Esto es sumamente significativo, al menos, desde dos puntos de vista diferentes, uno conceptual y otro de política legislativa. En cuanto al primero, señalemos que el Acuerdo ADPIC se refiere a la propiedad intelectual en el sentido amplio acogido por el Convenio de 14 de julio de 1947, en cuya virtud se instituye la OMPI, que abarca los derechos de los autores, los derechos conexos de los intérpretes artistas o ejecutantes y los relativos a los fonogramas y a la radiodifusión, además de las diversas modalidades de la propiedad industrial y la competencia desleal (art. 2.viii), con la única salvedad de los modelos de utilidad, que no se incluyen en el Acuerdo ADPIC, aunque sí otros como las indicaciones geográficas, los circuitos integrados y los secretos industriales (art. 1.2).

Lo que viene a corroborar que la propiedad intelectual, tanto en este sentido amplio como en el sentido estricto de los derechos de autor y los derechos conexos, es una propiedad especial sobre un bien inmaterial, que confiere a su titular o a los causahabientes del mismo unas facultades exclusivas para la explotación económica de dicho bien por un plazo determinado, el cual nada tiene en común con los derechos de la personalidad, ni menos con los derechos fundamentales, e incluso confirma que los mal llamados derechos morales son de naturaleza netamente patrimonial, aunque personalísimos, como hemos tratado de demostrar en otro lugar (Anuario de Derecho Civil, 1993, p. 1041 y ss), con escaso éxito, por cierto, a juzgar por la ingente cantidad de páginas que siguen apareciendo sobre tan manido como intrascendente tema. Esta concepción patrimonialista es, por lo demás, coherente con el Derecho comunitario, en el que la figura constituye una notable excepción a la libre circulación de bienes y servicios en el mercado único (actual art. 30 TCE), alejada por igual tanto del esquema clásico del derecho de dominio como de la protección de la persona.

Por lo que se refiere a la política legislativa, es de notar que el Acuerdo ADPIC, aunque es cierto que no contradice nuestro Derecho, como sostiene C. ROGEL VIDE, porque éste arbitra una protección más rigurosa que aquél (Nuevos estudios sobre propiedad intelectual, 1998, p. 36), no lo es menos que obligará al Estado español a ulteriores reformas legislativas, al menos, para incorporar los principales aspectos nuevos que, por impulso del Acuerdo, se han consagrado tanto en el Derecho comunitario como en los dos nuevos Tratados de la OMPI.

2. LOS TRATADOS DE LA OMPI Y EL IMPULSO NORTEAMERICANO

En efecto, estos nuevos textos internacionales tienen por finalidad actualizar el Convenio de Berna de 1886, revisado por última vez en 1971 y ratificado el 2 de julio de 1973 (BOE, de 4 de abril de 1974) y el Convenio de Roma de 1961, ratificado por España tardíamente el 2 de agosto de 1991 (BOE, de 14 de no-

viembre de 1991), para acomodarlos a las circunstancias económicas, tecnológicas y culturales que han imperado en el último decenio, sobre todo en el campo de las nuevas tecnologías de las telecomunicaciones y la informática y, más exactamente, a las características interactivas de la red Internet.

Según la información publicada por la propia OMPI, la gestación de tales Tratados se inicia en 1991, pero es llamativo que, por influencia de los Estados Unidos, los trabajos se hayan precipitado a partir de 1994, tras la aprobación del Acuerdo ADPIC el mismo año; y ello hasta el extremo de que la fecha de suscripción de este último Acuerdo se considere relevante, en particular, para la sustitución del derecho de alquiler por una licencia obligatoria, que los Tratados permiten en los términos que veremos. Sólo una vez concretada la incidencia de dicho Acuerdo sobre los mencionados Convenios por la Oficina Internacional de la OMPI en mayo de 1996 (Propiedad Industrial y Derecho de Autor, 1996, p. 99 y ss), ha sido posible que la Conferencia Diplomática, celebrada en diciembre del mismo año, diera su aprobación a los dos Tratados, uno sobre los derechos de autor y otro sobre la interpretación o la ejecución y los fonogramas, que se han editado en castellano con las Declaraciones concertadas por la Conferencia Diplomática sobre distintos preceptos de ambos Tratados al año siguiente (Ginebra, 1997). Buena prueba de ello es que los Tratados se han incorporado al Derecho norteamericano con llamativa rapidez, al mes siguiente de su aprobación internacional, mediante la Digital Millenium Copyright Act de 1998.

3. INTERINIDAD NORMATIVA Y PLAN DE TRABAJO

Lo que contrasta con la situación lamentable de interinidad normativa que persiste tanto en la Unión Europea como en los Estados miembros. En efecto, aunque los dos Tratados se han suscrito por España el 20 de diciembre de 1996, están todavía pendientes de ratificación, a la espera de que se apruebe la Decisión propuesta por la Comisión Europea el pasado 27 de abril de 1998 (DOCE C 165, de 30 de mayo de 1998), con el fin de permitir que la Comunidad se adhiera a los Tratados antes que los Estados miembros; mientras esta Decisión no se apruebe, la ratificación por España queda de momento en suspenso.

Por otra parte, la Comisión pretende que la ratificación sea relativamente homogénea en los distintos Estados miembros, y por eso ha propuesto a finales de 1997 una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información (DOCE C 108, de 7 de enero de 1998), que ha debido ser modificada por la Comisión en 1999 para acoger buena parte de las numerosas enmiendas planteadas por el Parlamento (DOCE C, de 25 de junio de 1999), pero está también pendiente de aprobación, si bien prevé su entrada en vigor el 30 de junio de 2000 (art. 11.1). Dada la finalidad de esta Directiva, reitera la vigencia de las normas comunitarias sobre programas de ordenador, bases de datos, radiodifusión, con leves retoques en materia de al-

quiler y préstamo y de duración (arts. 1.2 y 10), al tiempo que refunde los dos Tratados de la OMPI en un texto normativo único, que comprende, a diferencia de éstos, los derechos de los productores de las primeras fijaciones de las películas (art. 2.d).

Ante esta situación de provisionalidad, nuestro estudio se limita a examinar la incidencia de los Tratados de la OMPI en la vigente Ley de Propiedad Intelectual (LPI), cuyo texto refundido se ha aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 2 de abril, y modificado por Ley 5/1998, de 6 de marzo, si bien tendremos en cuenta el pertinente precepto de la mencionada Propuesta modificada de Directiva. Pese al criterio unitario de esta última y a que ambos Tratados contienen numerosos principios y normas comunes, la claridad de la exposición aconseja un estudio separado de los mismos.

II. EL TRATADO SOBRE LOS DERECHOS DE AUTOR

1. EL CONVENIO DE BERNA Y LOS DERECHOS MORALES DEL AUTOR

El Tratado sobre los derechos de autor, cuya denominación oficial se expresa en singular (derecho de autor), conforme con la terminología anglosajona adoptada por el Acuerdo ADPIC (título de la Sección 1ª, Parte II), se configura como una especie de Arreglo particular previsto por el art. 20 del Convenio de Berna que amplía el ámbito de protección cubierto por el mismo, cuya vigencia se reitera en lo que concierne tanto a su cuerpo principal como al Anexo relativo a los países en desarrollo (art. 1.1 y 4), en lo que el Tratado concuerda también con el Acuerdo ADPIC (art. 9.1, 1ª parte).

En particular, el nuevo texto declara de forma expresa en su art. 3º la aplicación de los artículos 2 a 6 del Convenio de Berna, que se refieren al elenco de obras literarias y artísticas protegidas (art. 2), escritos oficiales y actos públicos excluidos (art. 2 bis), autores amparados por el Convenio (arts. 3 y 4), el llamado trato nacional, la falta de formalidades y la territorialidad (art. 5), así como a las restricciones respecto de países no unionistas que confieran una protección insuficiente (art. 6).

Lo más llamativo aquí es la omisión del art. 6 bis del Convenio de Berna que, como es sabido, fue introducido en 1928 para establecer los discutidos derechos morales que se concretan, en rigor, en las facultades para reivindicar la paternidad y para exigir la integridad de la obra por el autor, incluso después de su muerte, por lo menos, hasta la extinción de las facultades de explotación y por los medios procesales que determine la lex fori. Esta anomalía, que contrasta con el otro Tratado de la OMPI, como veremos, se debe a que el Acuerdo ADPIC excluye de manera literal este precepto y también los derechos que se deriven del mismo (art. 9.1, 2ª parte). En el cuadro del Convenio de Berna, estos últimos consisten en la facultad de hacer constar el nombre del autor en las citas de obras ajenas y en la utilización de las mismas con fines de enseñanza (art. 10.3), así como en la comunicación pública de aqué-

llas (art. 11 bis.2), que ahora podrían efectuarse sin dejar constancia de la autoría.

Con todo, dado que ni el Acuerdo ADPIC (art. 2.2), ni el Tratado que examinamos (art. 2.2), comportan modificaciones reductoras del Convenio de Berna, los países miembros de este último no están obligados a suprimir los derechos en cuestión, como es el caso de España y de los casi ciento veinte países unionistas, entre los que ahora figura Estados Unidos desde la Bern Convention Implementation Act de 1988.

Esto quiere decir que todas las facultades personalísimas del art. 14 LPI, y en particular las de los números 3º y 4º, no resultan afectadas por el hecho de que España haya ratificado el Acuerdo ADPIC o ratifique el Tratado que estudiamos. Tampoco resultan comprometidos otros pretendidos derechos morales previstos por la LPI, tales como los de colección (art. 22), de participación (art. 24.3), o de remuneración en las obras audiovisuales (art. 90.2) o la remuneración prevista a favor de los artistas intérpretes o ejecutantes y de los productores de fonogramas (art. 108.2), puesto que, a pesar de su especial vinculación a la persona del beneficiario, no se trata, en realidad, de derechos de esta índole, como lo demuestra la sola enumeración de los principales supuestos previstos por la LPI.

2. OBRAS PROTEGIDAS; PROGRAMAS DE ORDENADOR Y BASES DE DATOS

Por otra parte, el Tratado contiene varias normas que conciernen a las obras protegidas, una de carácter general y otras de naturaleza específica. Es de carácter general la que delimita el ámbito de la protección al objeto de excluir de la misma a las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos (art. 2), norma que proviene literalmente del Acuerdo ADPIC (art. 9.2). Se consagra así la regla general según la cual lo protegido por el derecho de autor es la forma, pero no el contenido, que se desprende, asimismo, del art. 10.1 LPI, aunque éste exija, a diferencia del Convenio de Berna, el polémico requisito de la originalidad.

No está de más recordar, sin embargo, que la regla aludida presenta una fisonomía peculiar en las obras científicas ya que las ideas o la información que constituyen el contenido de las mismas rara vez es original y la forma de expresión, que es la creación intelectual protegida, suele ser también de originalidad muy limitada, aunque se entienda en un sentido subjetivo; y ello presenta una relevancia especial en el campo de las nuevas obras del espíritu que resultan de las tecnologías electrónicas, en especial, los programas de ordenador y las bases de datos, que se contemplan, precisamente, por las normas específicas del Tratado.

En efecto, el Tratado determina que los programas de ordenador se protegen «como obras literarias» según el artículo 2 del Convenio de Berna, cualquiera que sea su modo o forma de expresión (art. 4), lo que concuerda asimismo con

el Acuerdo ADPIC (art. 10.1). A primera vista, la norma es innecesaria puesto que los programas de ordenador están implícitos en el precepto convencional citado por ser creaciones intelectuales, pero la mención expresa puede ser útil por, al menos, estas dos razones, a saber: por un lado, resuelve la anterior polémica acerca de la naturaleza de la protección idónea para los programas de ordenador en el sentido de otorgarles los derechos de autor, y no los derivados de la patente, cual si se tratara de una obra literaria común, y así lo da a entender la Declaración concertada al respecto; y por otro lado, obliga a los Estados a conferirles dicha protección, sobre todo en los que todavía no se ha reconocido.

No es este el caso, como se sabe, de nuestra LPI, que no sólo considera los programas de ordenador como una obra protegida de forma expresa (art. 10.1.j), sino que les confiere una compleja y peculiar disciplina (arts. 95 y ss), que se basa en la Directiva 91/250/CEE, pero no se puede negar que la nueva norma internacional le hace perder buena parte de su escasa justificación. Además, aun sin entrar en este extremo, es claro que el Tratado no impone el deber de modificar esta disciplina, pero produce ciertos desajustes de no fácil solución; así, por ejemplo, no es seguro que los programas sucesivos y los derivados, que están amparados por la LPI (art. 96.3), se comprendan dentro de todas las modalidades de expresión del programa primitivo, ya que se trata, en rigor, de programas diferentes.

Otro tanto ocurre con las bases de datos que se configuran por el Tratado como una especie de compilación y se protegen «como tales», siempre que sean creaciones de carácter intelectual y sin perjuicio de los derechos sobre los datos o materiales contenidos en la compilación (art. 5), en consonancia con lo dispuesto en el Acuerdo ADPIC (art. 10.2) y en nuestra LPI (art. 12.1 y 2). Aunque la dicción del Tratado difiere aquí del caso anterior, la diferencia no es relevante ya que esta protección, en relación con el Convenio de Berna, no puede ser otra que la relativa a las obras literarias, como explica un tanto inútilmente la correspondiente Declaración concertada. Sin embargo, a semejanza de los programas de ordenador, nada más dice el Tratado, de lo que se deduce que el discutible derecho sui generis conferido a los fabricantes de bases de datos por la última reforma de la LPI (arts. 133-137), en aplicación de la Directiva 96/9/CEE, no encuentra apoyo en la norma internacional que comentamos.

Finalmente, el Tratado propicia la supresión de la no fácil distinción entre la fotografía artística y la mera fotografía al disponer que no será de aplicación el art. 7.4 del Convenio de Berna, el cual permite otorgar a esta última una protección reducida de veinticinco años contados desde la realización de la misma. En aplicación de este criterio, una reducción semejante consagra nuestra LPI (art. 128), que habrá de ser consiguientemente modificada para conceder a los autores de las meras fotografías el plazo de su vida y setenta años post mortem, de conformidad con lo que dispone el artículo 26 de la LPI, que se ajusta a la Directiva 93/98/CEE. Lo que nos parece razonable no sólo porque elimina una distinción de difícil aplicación práctica, y que acaso las técnicas

modernas permiten superar, sino porque habilita al legislador para dejar de lado una discriminación tan injustificada como injusta.

3. DERECHOS DE REPRODUCCIÓN, DISTRIBUCIÓN Y COMUNICACIÓN PÚBLICA

El Tratado, a diferencia del Acuerdo ADPIC, se ocupa a continuación de los derechos de explotación y se refiere a los de distribución, alquiler y comunicación pública, si bien alude también al derecho de reproducción. En efecto, aunque el texto articulado no menciona este último derecho, la Declaración concertada añadida al artículo 1 del Tratado determina que el derecho de reproducción previsto por el art. 9 del Convenio de Berna es aplicable en su totalidad al entorno digital y, en particular, tanto a la utilización de las obras en forma digital como al almacenamiento de una obra en forma digital en un soporte electrónico. Acaso esta precisión no era necesaria dada la amplitud del citado precepto convencional, pero constituye una atinada llamada de atención acerca de que la reproducción de las obras protegidas por medios digitales está reservada y debe ser autorizada por el autor; y asimismo, una precisión de esta índole puede ser oportuna de cara a la LPI, pues, aun cuando es claro que tales medios constituyen una fijación apta para la comunicación y la obtención de copias (art. 18), convendría explicitarlo, atendido, sobre todo, el nuevo contexto de las obras multimedia y las tecnologías de la información.

Esto es lo que hace, en efecto, la Propuesta modificada de Directiva que comprende en este derecho «la reproducción directa o indirecta, temporal o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de la totalidad o parte» de las obras (art. 2, pár. 1º), derecho omnicomprendivo que los Estados pueden limitar, sin embargo, en relación con la copia fotográfica y la copia para uso privado en soporte analógico y en soporte digital, previo pago de una compensación equitativa (art. 5.2.a, b y b bis), en términos comparables a los del art. 31.2, en relación con el art. 25, LPI. No obstante, la mencionada Propuesta difiere de nuestro Derecho en dos aspectos que conviene resaltar; mientras el beneficio de los invidentes se amplía a todos los minusválidos (art. 5.3.b), el uso de obras protegidas con fines educativos y científicos, en cambio, confiere el derecho a una compensación equitativa (art. 5.3.a), extremos que no se corresponden exactamente con los previstos por los arts. 31.3 y 32 LPI. En fin, limitaciones semejantes pueden imponerse también al derecho de comunicación pública (art. 5.3) y al de distribución (art. 5.3 bis).

Por lo que respecta al derecho de distribución, el Tratado establece dos reglas; de acuerdo con la primera, tal derecho consiste en la puesta a disposición del público mediante venta u otra transferencia de propiedad tanto del original como de copias o ejemplares del mismo (art. 6.1) y, conforme con la segunda, se reserva a los Derechos internos de cada Estado la regulación del agotamiento de este derecho tras la primera venta o transmisión debidamente autorizada por el autor (art. 6.2). La respectiva Declaración concertada indica que la materia de este derecho, lo mismo que la del derecho de alquiler, es la copia de la obra fijada en un objeto tangible, con lo que se da a entender que

el agotamiento no se presenta en la distribución por vía digital, como afirma, por lo demás, la Propuesta modificada de Directiva en uno de sus Considerandos (Cdo. 19).

En cuanto a la primera de estas reglas, cabe advertir que el Tratado consagra una noción a la vez amplia y estrecha del derecho de distribución. Es amplia en la medida en que se refiere a la enajenación del original o los ejemplares, a cualquier título, lo mismo la venta que cualquier otro título transmisivo, como puede ser la permuta, la dación en pago y también la donación, tal y como se desprende en nuestro Derecho del art. 19.1 de la LPI; pero esta noción es al mismo tiempo estrecha, puesto que no menciona el alquiler y el préstamo como modalidades de la distribución, sino que concibe el primero como un derecho de explotación independiente y omite el último, que no figura en el Tratado así como tampoco en el Acuerdo ADPIC, y por ello contrasta con el citado precepto de la LPI, que regula estos derechos de acuerdo con el modelo amplio impuesto por la Directiva 92/100/CEE.

Por su parte, la segunda regla del Tratado, que procede del mencionado Acuerdo (art. 6), no se corresponde con nuestra LPI, pues ésta recoge la doctrina comunitaria del agotamiento del derecho de distribución como consecuencia de la primera enajenación dentro del ámbito de la Unión Europea (art. 19.2), que viene a corroborar la Propuesta modificada de Directiva (art. 4.2), aunque refiere el derecho de distribución a los autores solamente (art. 4.1).

Conviene recordar aquí que, de acuerdo con esta doctrina, el agotamiento de la propiedad intelectual impide a su titular oponerse a la importación legítima de obras protegidas entre los distintos Estados miembros de la Unión Europea, conforme con la sentencia del Tribunal de las Comunidades Europeas de 8 de junio de 1971, asunto Deutsche Grammophon, reiterada, entre otras, por la de 7 de octubre de 1990, asunto Hag GF; y el mismo criterio mantiene entre nosotros la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de mayo de 1985. Aunque esta doctrina se refiere a la propiedad industrial, es aplicable por analogía a la propiedad intelectual, analogía que resulta corroborada, a fortiori, por el carácter excepcional del privilegio de controlar el comercio exterior que la LPI concede todavía a los productores de fonogramas (art. 117.3) y que no se contempla, en cambio, por el otro Tratado de la OMPI, que regula los derechos de estos últimos.

Asimismo, el Tratado se muestra restrictivo sobre el derecho alquiler, en contraste con nuestra LPI (art. 19.3) y en concordancia con el Acuerdo ADPIC, que sólo reconoce este derecho a los titulares de programas de ordenador y de obras cinematográficas (art. 11). En efecto, según el Tratado ostentan el derecho de alquiler los autores de programas de ordenador, siempre que el programa sea el objeto esencial del contrato (art. 7.1 y 2.i), y no constituya un elemento o parte integrante incorporado a otra cosa, instrumento o instalación; e igualmente, corresponde este derecho a los autores de las obras cinematográficas, a menos que el alquiler de lugar a la copia generalizada de la obra en términos tales que menoscabe considerablemente, de hecho, el derecho de reproducción (art. 7.1 y 2.ii).

Además, el Tratado reconoce aquí el derecho de alquiler a los autores de obras incorporadas en fonogramas, de conformidad con la legislación nacional y con la misma salvedad anterior (art. 7.1 y 2.iii), derecho que se extiende, según la correspondiente Declaración concertada, a los productores de fonogramas. Pero este derecho se puede sustituir por un sistema de remuneración equitativa, que hubiera estado en vigor al momento de aprobación del Acuerdo ADPIC y siempre que el alquiler produzca un menoscabo considerable, asimismo, del derecho de reproducción (art. 7.2). Con todo, a la vista de la extensión de este derecho a los productores de fonogramas, parece preferible que lo estudiemos en el epígrafe siguiente.

En lo que concierne al derecho de comunicación pública, por último, el Tratado amplía lo dispuesto en el Convenio de Berna (arts. 11, 11 bis, 14 y 14 bis) para dar cabida al acceso a las obras por medios alámbricos e inalámbricos y, además, la puesta a disposición del público, «de forma tal que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija» (art. 8). Con lo cual se consagra la posibilidad de acceder por medios electrónicos y, en concreto, a través de la red Internet, que ahora debe ser autorizada expresa y singularmente por los titulares de los derechos de autor. Dada la amplitud del concepto legal que ofrece la LPI, parece, a primera vista, que esta nueva modalidad está comprendida en la comunicación pública, ya que ésta excluye solamente la comunicación celebrada en un ámbito privado o doméstico que no esté conectado a una red de cualquier tipo (art. 20.1); pero es aconsejable explicitar esta nueva modalidad, conforme con la Propuesta modificada de Directiva que, junto con proclamar que la comunicación pública comprende la puesta a disposición del público, se limita a transcribir casi a la letra el precepto del Tratado (art. 3.1).

4. LIMITACIONES, PROTECCIÓN Y GESTIÓN ELECTRÓNICA

Finalmente, el Tratado regula las limitaciones y excepciones que pueden establecer los Derechos nacionales, así como prevé un régimen especial para la protección de los derechos de autor y la gestión electrónica de los mismos.

En cuanto a las primeras, en concordancia con el Acuerdo ADPIC (art. 13), se establece una regla general de restricción mínima según la cual toda limitación a los derechos previstos tanto por el Tratado como por el Convenio de Berna no debe atentar contra la explotación normal de las obras protegidas, ni causar un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor (art. 10). Limitaciones que, conforme con la Declaración concertada correspondiente, se pueden aplicar o, en su caso, ampliar en lo concerniente al entorno digital.

Es de señalar que una norma semejante se contiene en el art. 40 bis de la LPI, que procede de la Directiva 96/9/CEE y reproduce la Propuesta modificada repetidamente mencionada (art. 5.4), norma que parece estar dirigida principalmente al legislador del futuro, pero, dado que carece de rango constitucional, es claro que no le vincula; no obstante, puestos a buscar un significado nor-

mativo a este precepto, acaso se pueda entender como un canon hermenéutico específico que vendría a imponer la interpretación estricta de las limitaciones legales a los derechos de autor.

Por lo que respecta a la protección de tales derechos, el Tratado obliga a los Estados a prever acciones judiciales efectivas contra la elusión de las medidas tecnológicas protectoras que pueden utilizar los autores al objeto de restringir tanto los actos no autorizados por los mismos como los legalmente permitidos (art. 11); y asimismo, les impone el deber de establecer acciones semejantes contra cualquier alteración de la información sobre la gestión electrónica de los derechos o la comercialización de ejemplares con esta información alterada (art. 12.1). Esta información es, en fin, la que permite identificar la obra, al autor o a sus causahabientes, las condiciones de utilización y los números o códigos representativos de estos datos siempre que figuren en el respectivo ejemplar o en el acto de comunicación pública de la obra (art. 12.2). Según la Declaración concertada, se amparan de este modo también los derechos de remuneración y se prohíbe a los Estados establecer sistemas de gestión que comporten nuevas formalidades o impidan el libre movimiento de mercancías y el ejercicio de los derechos. Normas semejantes contempla, en fin, la Propuesta modificada de Directiva (arts. 6 y 7), que concuerdan, por lo demás, con la Directiva 98/84/CEE del Parlamento y del Consejo, relativa a la protección jurídica de los servicios de acceso condicionado o basados en dicho acceso (DOCE L 320, de 28 de noviembre de 1998).

Es claro que estamos ante un nuevo tipo de ilícito civil y penal que deberá ser incorporado en su momento tanto en la LPI como en el Código Penal. Con todo, este régimen es sumamente revelador en el plano conceptual pues pone de relieve que el Tratado concibe la propiedad intelectual como una técnica legal de identificación de las obras protegidas y sus titulares, a los que confiere un excepcional poder de explotación y exclusión durante un tiempo limitado, que es de naturaleza semejante a la propiedad industrial y que desempeña funciones equivalentes a las de esta última en el mercado.

III. EL TRATADO SOBRE ALGUNOS DERECHOS CONEXOS

1. OBJETO Y PROTECCIÓN

Antes de entrar en el examen de este segundo Tratado, conviene que resaltemos las analogías que guarda con el texto anterior. En efecto, a semejanza de éste, el Tratado, que se denomina «sobre interpretación o ejecución y fonogramas», constituye un desarrollo y una puesta al día de la antes recordada Convención de Roma, cuya vigencia íntegra el Tratado mantiene (art. 1.1), al tiempo que reitera las disposiciones generales de la citada Convención (arts. 2 y 5) sobre los beneficiarios (art. 3) y el principio de asimilación o trato nacional (art. 4).

Asimismo, el Tratado proclama el respeto pleno a los derechos de autor de las obras objeto de interpretación, ejecución o fijación en un fonograma (art. 1.2),

de manera que, como explica la Declaración concertada respectiva, el titular de aquéllos debe autorizar la actuación del artista o, en su caso, del productor del fonograma, sin perjuicio de que cada ordenamiento estatal pueda conceder a estos últimos derechos exclusivos no previstos por el Tratado. Con lo que se viene a consagrar la llamada coexistencia pacífica entre los autores y los titulares de estos derechos conexos, en términos tales que ninguno de ellos tiene primacía jurídica sobre los otros, por más que la situación de hecho, tanto de audiencia como de capacidad económica, tienda a favorecer más a los artistas y a los productores de fonogramas que a los autores.

Por otro lado, este Tratado, igual que el anterior, se relaciona con el Acuerdo ADPIC y desarrolla en parte la protección que éste dispensa a los artistas intérpretes o ejecutantes, a los productores de fonogramas y a los organismos de radiodifusión, salvo en lo que concierne a estos últimos. Esta protección consiste, en síntesis, en la facultad de los artistas de impedir que, sin su autorización, se fijen sus interpretaciones o ejecuciones no fijadas y la reproducción de las ya fijadas, así como la difusión por medios inalámbricos y la comunicación pública de sus actuaciones en directo (art. 14.1), en tanto que los productores de fonogramas pueden autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta de sus fonogramas (art. 14.2); protección, en fin, que tiene una duración de cincuenta años contados a partir del final del año civil de la fijación o de la interpretación o ejecución (art. 14.5). Esta es, pues, la base de la nueva disciplina que el Tratado confiere a los artistas y a los productores de fonogramas, y que la Propuesta modificada de Directiva extiende, además, a los productores de obras cinematográficas y a los organismos de radiodifusión (arts. 2 y 3).

Por último, señalemos que el texto reproduce literalmente la última parte del Tratado anterior, es decir, la relativa a las limitaciones y excepciones (art. 16) y a la protección de las medidas tecnológicas protectoras (art. 18) y de la gestión electrónica de los derechos (art. 19). Por eso, no volveremos a tratar aquí estos extremos, así como tampoco los preceptos paralelos de la Propuesta de Directiva que conocemos (arts. 6 y 7).

2. ESTRUCTURA Y DEFINICIONES

En cambio, este segundo Tratado difiere en su estructura del que hemos examinado antes, puesto que contiene un elenco de definiciones, igual que el Convenio de Roma (art. 3), y establece un régimen diferenciado para los artistas y los productores de fonogramas; pero el contenido normativo de este régimen es idéntico, salvo en que concierne a los derechos morales de los artistas y a las facultades de éstos sobre sus actuaciones no fijadas. Por ello, tras un somero recordatorio de los aspectos más relevantes de las definiciones mencionadas, nos ocuparemos conjuntamente del régimen jurídico aludido, que, sin embargo, es sustancialmente igual que el del Tratado anterior; por eso no es desacertado el criterio unitario que mantiene la Propuesta modificada de Directiva al refundir los dos Tratados en un solo texto.

En cuanto a las mencionadas definiciones, el Tratado entiende que es artista intérprete o ejecutante, no sólo la persona que represente, cante, recite o declame obras literarias o artísticas, sino también la que realice estas actuaciones respecto de las «expresiones del folclore» (art. 2.a). Aunque esta noción es sustancialmente coincidente con la de nuestra LPI (art. 105), presenta la novedad de añadir estas últimas expresiones, las cuales, a primera vista, no se identifican con las obras protegidas sino que constituyen un género aparte. Si esto es así, sería conveniente ampliar la noción legal referida para que se entienda que es artista, además, quien representa en cualquier forma manifestaciones folclóricas, cualquiera que sea la naturaleza de las mismas. Con todo, admitida esta ampliación, hay que reconocer que las expresiones del folclore gozarán, respecto de los artistas, de la misma protección que las demás obras protegidas, por lo que acabarán por asimilarse, en consecuencia, a estas últimas. Debe resaltarse, sin embargo, que la Propuesta de Directiva no se pronuncia al respecto.

Asimismo, un fonograma es, para el Tratado, la fijación de una ejecución o interpretación de sonidos, de otros sonidos, o de una representación de sonidos, que no se incorpore a una obra cinematográfica o a una obra audiovisual (art. 2.b). Esta definición equivale a la prevista por la LPI ya que alude, en el fondo, a una fijación exclusivamente sonora (art. 114.1), pero la noción legal deberá ser igualmente ampliada para dar cabida en ella a la «representación» de sonidos, esto es, a las grabaciones digitales audibles mediante equipos electrónicos.

Salvo esta última novedad tecnológica, la definición de fijación que nos ofrece el Tratado se corresponde con la que impera en entre nosotros, aun sin estar definida expresamente en la LPI. En efecto, se trata de la incorporación de sonidos o de representaciones de los mismos a partir de la cual puedan percibirse, reproducirse o comunicarse mediante un dispositivo (art. 2.c), pues, según la Declaración concertada añadida al art. 3.2 del Tratado, estamos ante la incorporación de tales sonidos, o de sus representaciones, en la cinta matriz, *bande-mère*, o *master*, a partir de la cual pueden obtenerse los fonogramas. Aparte de la salvedad técnica indicada, la definición de productor de fonogramas (art. 2.d) es sustancialmente igual que la de nuestra LPI (art. 114.2).

En seguida, el Tratado define los actos de publicación, radiodifusión y comunicación al público en términos equivalentes a los de la LPI, con algunos matices que es oportuno destacar. Así, mientras la publicación, entendida como la oferta al público de una fijación o de un fonograma debidamente consentida y en una cantidad suficiente de ejemplares (art. 2.e), consueña con la definición de nuestra LPI (art. 4, 2º inciso), la radiodifusión, en cambio, no se concibe como una especie dentro del género de la comunicación pública, como hace nuestra LPI (arts. 20.2), sino que una y otra se entienden como formas de comunicación a la vez independientes y excluyentes, lo que repercute, como veremos, en la distinta naturaleza de los derechos de explotación de las mismas.

En efecto, según el Tratado, la radiodifusión comprende la transmisión al público de sonidos, sus representaciones, o imágenes por medios inalámbricos, por satélite o en forma codificada cuando se proporcionen los instrumentos descodificadores por la respectiva Entidad o con su consentimiento (art. 2.f), en tanto la comunicación pública es la transmisión al público por cualquier medio distinto, además de hacer que un fonograma sea audible por el público (art. 2.g). Es de notar que, aunque estas definiciones se expresan en términos sintéticos, son concordantes en lo sustancial con las largas enumeraciones analíticas, y hasta reiterativas, que nuestra LPI engloba bajo el concepto de comunicación pública (art. 20), incluyendo la que se efectúe en lugares a los que sólo se pueda acceder mediante el pago de una entrada (art. 126.1.d).

3. FACULTADES PROPIAS DE LOS ARTISTAS

Por lo que se refiere al régimen jurídico, debemos comenzar por las facultades propias de los artistas que contempla el Tratado y que son, como dijimos, los llamados derechos morales y los derechos patrimoniales sobre sus actuaciones en directo.

En cuanto a los primeros, e igual que los atribuidos a los autores, consisten en las facultades de reivindicar ser identificado como el artista creador de sus interpretaciones o ejecuciones, salvo que la omisión se deba a la manera de utilizar la actuación, y de oponerse a cualquier modificación que perjudique su reputación. Estas facultades se pueden ejercer lo mismo respecto de las actuaciones en directo que de las fijadas en fonogramas, y a pesar de la cesión de los derechos patrimoniales (art. 5.1), al tiempo que admiten el ejercicio post mortem, por lo menos hasta la extinción de estos derechos, de conformidad con los ordenamientos nacionales, los cuales, si no reconocen dichas facultades al momento de suscribir el Tratado, pueden excluir esta forma de ejercicio en todo o en parte (art. 5.2). Nótese que esto contrasta lo mismo con el Convenio de Roma que con el Acuerdo ADPIC, que no contemplan los aludidos derechos morales.

Por el contrario, nuestra LPI confiere a los artistas estas mismas facultades durante su vida y hasta veinte años después de su muerte (art. 113), plazo que puede coincidir o no con la extinción de los derechos patrimoniales, cuya duración es, según la LPI, de cincuenta años contados desde la interpretación o ejecución, o desde la grabación lícita de las mismas (art. 112), por lo que acaso convenga dejarlo indeterminado, de manera que dure lo que duren tales derechos. Con todo, hay que reconocer que estas facultades constituyen una importante novedad en el cuadro del Convenio de Roma, que no contiene alusión alguna al respecto, así como tampoco el Acuerdo ADPIC. Merece destacarse, además, que la duración prevista por el Tratado es la misma que el art. 6 bis del Convenio de Berna confiere a los autores, extremo sobre el que no se pronuncia, como vimos, el Tratado anterior.

Por lo que respecta a las interpretaciones o actuaciones en directo, esto es, las que no han sido todavía objeto de fijación, los artistas gozan del derecho de autorizar la radiodifusión, pero no la retransmisión, pues se reserva a la Entidad radiodifusora, así como la facultad de comunicación pública, salvo que se trate de una actuación radiodifundida y, por último, la facultad de re-alizar o autorizar la fijación (art. 6). Esta norma concuerda con nuestra LPI, aunque ésta sea menos explícita, ya que confiere a los artistas la facultad de autorizar la fijación (art. 106.1), así como también la de la comunicación pública, que comprende, como sabemos, la radiodifusión, incluidos el satélite y el cable (art. 108.1).

4. DERECHOS DE EXPLOTACIÓN DE ARTISTAS Y PRODUCTORES DE FONOGRAMAS

En cambio, los derechos de explotación son comunes para los artistas respecto de sus actuaciones fijadas y para los productores de fonogramas, que el Tratado despliega a través de los derechos patrimoniales de reproducción, distribución, alquiler y comunicación pública, además de la remuneración por esta última; y ello en consonancia con el Acuerdo ADPIC y por la misma duración prevista por éste y en exacta correspondencia con el régimen de estos derechos establecido por el Tratado anterior.

En efecto, tanto los artistas como los productores de fonogramas ostentan el derecho de autorizar la reproducción directa o indirecta de los fonogramas por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma (arts. 7 y 11), lo que incluye, según la correspondiente Declaración concertada, el entorno digital y, en particular, la utilización en formato digital y el almacenamiento en forma digital en un medio electrónico. Aunque la LPI confiere a unos y otros el mismo derecho (arts. 107 y 115), convendría retocarlo para dar cabida en él de forma explícita, como dijimos en el epígrafe anterior, al entorno digital y a los medios electrónicos, de acuerdo con lo que dispone, por otra parte, la Propuesta modificada de Directiva que venimos estudiando (art. 2).

Asimismo, los artistas y productores de fonogramas gozan del derecho de distribución de los ejemplares o copias de los fonogramas mediante la venta u otro título transmisivo de los mismos (arts. 8.1 y 12.1), sin que el Tratado imponga un determinado régimen en materia de agotamiento, ni altere el vigente en los distintos Derechos nacionales (arts. 8.2 y 12.2). Derecho exclusivo que la LPI reserva también tanto a los primeros (art. 109.1 y 2) como a los últimos (art. 117.1 y 2); y además, confiere a los productores de fonogramas, como sabemos, el privilegio de autorizar la importación y la exportación con fines comerciales (art. 117.3). Dada la similitud de este derecho con el previsto por el Tratado anterior, nos remitimos aquí al comentario precedentemente expuesto.

Lo mismo hay que decir sobre el derecho de alquiler que se reconoce, igualmente, a los artistas y productores de fonogramas, de conformidad con la respectiva legislación nacional, derecho que no se agota por la distribución realizada por unos u otros (arts. 9.1 y 13.1) y que puede ser sustituido por un

sistema de remuneración equitativa, siempre que haya estado en vigor el 15 de abril de 1994 —fecha de aprobación del Acuerdo ADPIC— y que no provoque, de hecho, un menoscabo considerable del derecho de reproducción (arts. 9.2 y 13.2).

Pero el alquiler plantea en este caso el problema específico de su posible sustitución por la expresada remuneración equitativa. En efecto, un derecho semejante concede la LPI a los productores de fonogramas, con la salvedad de la puesta a disposición con fines de exposición, la comunicación pública a partir de fonogramas y la consulta *in situ* (art. 117.4). También se concede a los artistas el mismo derecho, con idéntica salvedad, sólo que en caso que éstos hayan cedido el derecho de alquiler a un productor de fonogramas, tienen, además, un derecho irrenunciable a una remuneración equitativa que ha podido hacerse efectiva a partir del 1 de enero de 1997 (art. 109.3.2º), de conformidad con la Directiva 92/100/CEE (art. 13.8). En concreto, para los contratos celebrados antes del 1 de julio de 1994, la remuneración requiere una solicitud expresa anterior también al 1 de enero de 1997, de acuerdo con lo que dispone la mencionada Directiva (art. 13.9) y la LPI (DT. 9ª). Se puede concluir, por consiguiente, que esta remuneración equitativa no existía en el Derecho español al momento de suscripción del Acuerdo ADPIC, y por eso no puede entenderse como un posible sustituto del derecho de alquiler de los artistas, sin olvidar que, por otra parte, el Tratado tampoco obliga a suprimirla.

El derecho de comunicación pública, que el Tratado denomina derecho de poner a disposición del público, corresponde también a los artistas y a los productores de fonogramas, ya sea por hilo o por cualquier medio inalámbrico que permita al usuario acceder al fonograma en el momento y lugar que elija (arts. 10 y 14), señaladamente, a través de la red Internet, como vimos. Este derecho se contempla, asimismo, por la LPI tanto para los artistas (art. 108.1) como para los productores de fonogramas (art. 116.1) y debería ser ampliado para acoger expresamente los medios electrónicos, tal y como ha entendido, como sabemos, la Propuesta modificada de Directiva (art. 3.2), la que puntualiza, además, que los actos de comunicación al público no dan lugar al agotamiento (art. 3.3) y que el simple suministro de instalaciones físicas no constituye un supuesto de comunicación pública (art. 3.4).

Además, la LPI concede, tanto a los artistas como a los productores, un derecho a una remuneración equitativa y única por cualquier acto de comunicación pública con fines comerciales (arts. 108.2 y 116.2), que el Tratado también consagra, en especial para el caso de la radiodifusión, con un régimen de gestión colectiva obligatoria y de reparto legal, a falta de acuerdo entre unos y otros (art. 15.1 y 2), el cual no difiere del previsto por la LPI, que establece, para este último supuesto, el reparto por partes iguales (arts. 108.2 y 116.2 y 3).

En particular, el Tratado considera que el acceso a los fonogramas por medios electrónicos es un acto de comunicación pública de carácter comercial (art. 15.4) y también lo es, de acuerdo con una de las Declaraciones concertadas, la interpretación, ejecución y grabación de folclore, aun cuando los fonogramas

no se publiquen con la finalidad de obtener beneficio comercial. Otra Declaración deja constancia expresa de la falta de acuerdo para regular la comunicación pública en la era digital y constata que el Tratado es, en este aspecto, insuficiente. A pesar de ello, hay que resaltar que la Propuesta modificada de Directiva no se muestra innovadora sobre este punto.

5. DURACIÓN Y CONSECUENCIAS FINALES

Por último, el Tratado fija la duración de estos derechos en cincuenta años, contados, para los artistas, a partir del final del año de fijación de la interpretación o ejecución (art. 17.1) y para los productores de fonogramas, desde el año de publicación del fonograma o, en caso de falta de publicación, desde el año en que se haya realizado la fijación (art. 17.2). Es de advertir que este plazo de duración y la determinación del dies a quo son exactamente iguales en la LPI (arts. 112 y 119), y que la Propuesta modificada de Directiva extiende a los productores de fonogramas (art. 11.2). En suma, estamos aquí ante una significativa ampliación de los veinte años previstos por el Convenio de Roma (art. 14) y ante una sustancial equiparación de los artistas y productores de fonogramas a los autores, a quienes el Convenio de Berna confiere una protección por los mismos cincuenta años de duración (art. 7.1).

Como se puede apreciar fácilmente, late a lo largo de este Tratado una marcada tendencia hacia una doble aproximación sobre la que conviene llamar la atención. Se trata, por un lado, de la aproximación casi total entre los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas, que se pone de relieve por la identidad de sus derechos patrimoniales, y por otro lado, la aproximación, no menos manifiesta, entre los derechos de éstos y los derechos que el Tratado anterior confiere a los autores, puesto que unos y otros son de igual contenido y duración. Se ha plasmado así el decisivo influjo del modelo norteamericano en los dos textos; como observó el Gobierno de Estados Unidos en los trabajos preparatorios de ambos Tratados, los artistas deben considerarse como coautores de los fonogramas y, en el marco de la infraestructura global de la información, en general, la distinción entre los derechos de autor y los derechos conexos va decreciendo rápidamente en importancia (Propiedad Industrial y Derecho de Autor, 1995, p. 255 y ss y 327 y ss). Y esto es lo que han hecho, en definitiva, los dos Tratados de la OMPI de 1996.