

LA PROPUESTA DE DIRECTIVA RELATIVA A LA ARMONIZACIÓN DE DETERMINADOS ASPECTOS DE LOS DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS AFINES EN LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN: NUEVAS PERSPECTIVAS PARA EL DERECHO DE AUTOR

Por José Javier GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA
Becario F.P.I. en la «Universitat de les Illes Balears»
Centre d'Estudis de Dret i Informàtica de Balears (CEDIB)¹

SUMARIO: I. LA INFLUENCIA DE LA TECNOLOGÍA EN LA EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. II. PRECEDENTES LEGISLATIVOS Y PRE-LEGISLATIVOS DE LA PROPUESTA MODIFICADA DE DIRECTIVA. III. LA PROPUESTA MODIFICADA DE DIRECTIVA RELATIVA A LA ARMONIZACIÓN DE DETERMINADOS ASPECTOS DE LOS DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS AFINES EN LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN. 1. EL DERECHO DE REPRODUCCIÓN; 2. EL DERECHO DE COMUNICACIÓN PÚBLICA; 3. EL DERECHO DE DISTRIBUCIÓN; 4. MEDIOS TÉCNICOS DE IDENTIFICACIÓN Y PROTECCIÓN.

I. LA INFLUENCIA DE LA TECNOLOGÍA EN LA EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

A lo largo de la historia, la regulación del derecho de autor se ha visto influida de forma decisiva por los avances técnicos o, dicho de otro modo, por las sucesivas revoluciones u oleadas tecnológicas. Con anterioridad a la invención de la imprenta, que supone la primera de estas revoluciones, los autores aspiraban a poco más que al reconocimiento de su autoría y a que su obra no fuese plagiada. Tras este «acontecimiento tecnológico», que hace factible realizar una multiplicidad de copias en un período relativamente corto de tiempo, se abren dos nuevas posibilidades, que son, de una parte, la explotación económica de las obras y de otra el riesgo de que se produzcan reproducciones no autorizadas en cuantías considerables. La respuesta legal en España a esta nueva coyuntura encuentra sus hitos más importantes en la Ley de Propiedad Literaria de 1847 y en la Ley de Propiedad Intelectual de 1879 y a escala internacional en el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (1886)² y en la Convención Universal de Ginebra (1952).

¹ El presente trabajo se enmarca en el proyecto europeo ECLIP (Electronic Commerce Legal Issues Platform, <http://www.jura.uni-muenster.de/eclip>). Las afirmaciones contenidas en este artículo son, en todo caso, responsabilidad exclusiva del autor.

² <http://www.wipo.org/spa/main.htm>

La «segunda revolución tecnológica» la constituyen el nacimiento y desarrollo de la radiodifusión y en general de todo el fenómeno audiovisual. Los nuevos medios técnicos dan lugar a nuevas obras (p. ej., las cinematográficas) y a la presentación de éstas o de las ya existentes en formatos diferentes a los tradicionales (p. ej., el cassette o el disco de vinilo respecto a las composiciones musicales). La existencia de nuevas obras y formatos va ineludiblemente unida a nuevos autores (p. ej., directores de películas...) y a un emergente sector profesional e industrial —artistas intérpretes, ejecutantes, productores de fonogramas, de grabaciones audiovisuales y entidades de radiodifusión—, cuyos intereses también son dignos de protección. Por último, las posibilidades de reproducción, distribución y comunicación pública que brindan las nuevas tecnologías hace que el número de obras en el mercado y las formas de explotación de las mismas crezca, pero no lo hace en menor medida el riesgo de defraudación. Una adaptación general a las nuevas circunstancias no se realizó en España hasta la Ley 22/1987 de Propiedad Intelectual³.

La «tercera revolución» la protagoniza la informática, que origina dos fuentes de problemas al derecho de autor, a saber, los programas de ordenador y las bases de datos. Aquéllos presentan tales peculiaridades, que no se podrán proteger con la mera inclusión en el ámbito del derecho de autor. Muestra de ello es que la Ley de Propiedad Intelectual de 1987 les dedique un Título específico⁴. Respecto de las bases de datos, las especialidades que presentan y las nuevas preguntas que plantean (p. ej., ¿que protección merecen las obras incluidas en una base de datos?, ¿debemos proteger sólo a su autor o también al sujeto que realice la inversión, al fabricante?...) fueron ignoradas incluso por el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de 1996⁵. Las bases de datos se han incluido de forma expresa en nuestro derecho de autor con la Ley

³ En el Preámbulo de la misma se hace referencia a una regulación anterior de carácter fragmentario en protección de determinadas obras, como sería el caso de la Ley 17/1966 de Propiedad Intelectual en las Obras Cinematográficas. Asimismo se reconoce el seguimiento por la Ley 22/1987 de los criterios marcados en los dos tratados internacionales más relevantes en materia de titulares de derechos afines: la Convención de Roma sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión (1961) y el Convenio de Ginebra para la protección de los productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas (1971), que se pueden consultar en: <http://www.wipo.org/spa/main.htm>. La labor armonizadora de la Comunidad Europea en este terreno se ha plasmado fundamentalmente en tres Directivas, que son: la Directiva 92/100/CEE sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual (DO L 346 de 27.11.1992, p. 61); la Directiva 93/83/CEE sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable (DO L 248 de 6.10.1993, p. 15); y la Directiva 93/98/CEE relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines (DO L 290 de 24.11.1993, p. 9). Todas ellas han sido ya traspuestas al Derecho interno e integradas en la Ley de Propiedad Intelectual por el Texto Refundido de 1996.

⁴ La primera vez que se calificó en nuestro Derecho interno a los programas de ordenador como obras fue en la Ley de Propiedad Intelectual de 1987. El número y grosor de los artículos que se les dedicaron en esta Ley creció de forma considerable con la transposición de la Directiva 91/250/CEE sobre la protección jurídica de programas de ordenador (DO L 122 de 17.5.1991, p. 42).

⁵ La primera regulación internacional de los programas de ordenador y de las bases de datos la afrontó el Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (1995), auspiciado por la OMC (<http://www.wto.org/wto/spanish/intellsp/visi.htm>).

5/1998, de incorporación de la Directiva 96/9/CE sobre la protección jurídica de las bases de datos⁶.

La «cuarta revolución», que está desarrollándose aceleradamente en nuestros días, se identifica con conceptos como «autopistas de la información», «Internet», «entorno digital», «convergencia» o «sociedad de la información», cuyos contornos, por la novedad, resultan todavía imprecisos. Puestos a encontrar un detonante de la «cuarta revolución», apuntaremos a la digitalización, que supone una multiplicidad de ventajas frente a la analogía⁷, a saber, la estandarización del formato de los datos (información en código binario), la posibilidad de compresión, el rápido almacenamiento, la copia sin pérdida de calidad y la fácil manipulación⁸.

La digitalización tiene efectos tanto «off-line» como «on-line». En cuanto a aquéllos, la tecnología digital permite la utilización de nuevos productos (p. ej., CD-audio, vídeo VHS, CD-ROM⁹, CD-I¹⁰ o el videodisco digital¹¹), que abren nuevas fronteras a la explotación de las obras. Sin embargo, la verdadera revolución está en las aplicaciones en línea y, más en general, en la llamada con-

⁶ DO L 77 de 27.3.1996, p. 20.

⁷ Pero esto no conduce a la desaparición automática de la tecnología analógica, sino a un período más o menos largo de coexistencia, que según se afirma en la Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva estribará entre cinco y quince años.

⁸ Cfr. G. SCHRICKER, «Urheberrecht auf dem Weg zur Informationsgesellschaft», pág. 19.

⁹ Un CD-ROM es un disco compacto, que en su versión clásica tenía una capacidad de almacenamiento de 650 MB —un libro de 300 a 500 páginas cabe en 1 MByte, por tanto un CD-ROM puede contener el equivalente a una enciclopedia en formato papel—, aunque hoy el mercado los ofrece con distintas capacidades. Precisamente, el poder almacenar gran cantidad de información y poder presentar simultáneamente textos, imagen fija o en movimiento y sonidos lo convierten en el soporte ideal de las obras multimedia. De hecho, no existe prácticamente ninguna información que no pueda ser registrada en un CD-ROM y visualizada inmediatamente en la pantalla de nuestro ordenador, lo que explica su éxito tanto en el área empresarial como en la de los consumidores finales. Es curioso comprobar cómo los avances tecnológicos han dejado anticuado el acrónimo, pues CD-ROM (*Compact Disc - Read Only Memory*), Disco Compacto con Memoria Sólo de Lectura, hacía referencia a que el disco podía almacenar la información, pero no era posible modificarla o borrarla. Esto ya no es cierto, pues a los R-CD (*Recordable Compact Disc*), en los que se puede grabar información y ésta permanece inalterable, se les han añadido los RW-CD (*ReWritable Compact Disc*), que permiten no solamente grabar información, sino también modificarla una vez almacenada.

¹⁰ El CD-interactivo o CD-I es tan eficaz y universalmente aplicable como el CD-ROM. Sin embargo, el número de usuarios que disponen del correspondiente aparato reproductor es mucho más limitado. El CD-I es especialmente adecuado para el uso intensivo de secuencias de vídeo como medio de información. La ventaja del CD-I es que permite interactuar con la información grabada en el disco, incluso tiene capacidad para funcionar en vídeos que se valen de pantallas táctiles.

¹¹ El videodisco digital o DVD consiste en un sistema digital multimedia que se puede conectar al televisor, al equipo de música y al ordenador, y cuyo manejo resulta prácticamente idéntico al de un vídeo doméstico, pero en el cual la tradicional cinta magnética es sustituida por un disco similar a un Compact Disc, con la diferencia de que la cantidad de información que puede ser almacenada es mucho mayor (por ejemplo, se pueden grabar varias películas, que además pueden ser escuchadas en diferentes idiomas con sus correspondientes subtítulos). El reproductor de DVD será capaz de leer CDs audio, CDs vídeo e incluso CD-ROMs en reproductores para aplicaciones informáticas. Sin embargo, este producto presenta el problema de no ser regrabable (para más información: <http://www.panasonic.es/PDVIDInfo.htm>).

vergencia de las tecnologías de la información, las telecomunicaciones y la radiodifusión, que permite que cualquier tipo de contenido (p. ej., periódicos, películas, video-clips, partidos de fútbol, productos multimedia...) sea accesible a través de cualquier tipo de canal de distribución (p. ej., satélite, línea telefónica, fibra óptica...), lo que irá conduciendo a la confluencia de los distintos aparatos receptores (p. ej., ordenador, televisor, teléfono, radio...) en uno solo. Internet se presenta actualmente como el motor principal y simbólico de esta convergencia.

Por último, el concepto de «sociedad de la información» debe englobar todos los productos y servicios que ha traído la tecnología digital. Desde nuestro punto de vista, pues así se desprende de la Propuesta modificada de Directiva y de la Exposición de Motivos de la Propuesta original de Directiva, no deben excluirse los productos off-line, aun siendo pequeño el peso específico de los mismos en el nuevo panorama y aunque se puedan relacionar de una u otra forma con las aplicaciones en línea. En todo caso hay que reconocer la ambigüedad de este concepto, que tanto por la legislación comunitaria¹² como por algunos autores¹³ es identificado con la convergencia.

II. PRECEDENTES LEGISLATIVOS Y PRE-LEGISLATIVOS DE LA PROPUESTA MODIFICADA DE DIRECTIVA

El lanzamiento y la consolidación de la sociedad de la información precisan de la unión de las energías del sector público y de la iniciativa privada. La labor de aquél se puede dividir en dos fases: liberalización de las telecomunicaciones y establecimiento de las condiciones marco para el empleo de los nuevos servicios¹⁴. Por otra parte, a los inversores privados les corresponde el desem-

¹² Pues, mientras la Propuesta de Directiva maneja un concepto amplio, algunas Directivas defienden un concepto más restringido, como es el caso de: la Directiva 98/48/CE de transparencia (DO L 217 de 5.8.1998, p. 18), la Directiva 98/84/CE de acceso condicional (DO L 320 de 28.11.98, p. 54) y la Propuesta de Directiva de comercio electrónico, COM(98) 586 final, 18 de noviembre de 1998 (DO C 30, de 5.2.99, p. 4 o <http://www.ispo.cec.be/ecommerce/docs/esWord6.doc>). La primera de ellas define en su art. 1.2 a) los servicios de la sociedad de la información como: «todo servicio prestado, normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios». Por otra parte, el Anexo de dicha Directiva comprende una lista indicativa de los servicios ajenos a la sociedad de la información, entre los que se incluye el CD-ROM y los programas informáticos en disquetes. Este camino lo siguen el art. 2 a) de la Directiva 98/84/CE sobre protección jurídica de los servicios de acceso condicional, que se remite a la anterior Directiva en cuanto a la definición de «servicios de la sociedad de la información» se refiere, así como el art. 2 a) de la Propuesta de Directiva sobre comercio electrónico.

¹³ Vid. J. MASSAGUER y J. R. SALELLES en *El Derecho de la propiedad intelectual ante los desafíos del entorno digital. Perspectiva general y problemas particulares para las bibliotecas*, en «Revista General de Derecho», septiembre de 1997, pág. 10933 y J. RODRÍGUEZ CORTEZO, *Las tecnologías de la información: conceptos y usos*, «El Derecho de Propiedad Intelectual y las nuevas tecnologías» (VVAA), 1996, pág. 45.

¹⁴ En la Comunidad Europea se consiguen estos dos objetivos con la Directiva 90/388/CEE relativa a la competencia en los mercados de servicios de telecomunicaciones (DO L 192 de 24.7.1990, p. 10) y con el conocido Informe Bangemann o «Europa y la sociedad global de la información - Recomendaciones al Consejo Europeo», Bruselas, 26 de mayo de 1994, que fue seguido de la

bolso de capital necesario para costear la infraestructura que requiere la sociedad de la información¹⁵.

Este fenómeno tiene una dimensión global o universal en un doble sentido. En primer lugar, no afecta exclusivamente a un país o a un número limitado de países, sino al mundo entero¹⁶. En segundo lugar, el ámbito afectado dista de ser únicamente el de la propiedad intelectual, pues se ven implicados muchos otros, que también van a requerir de un marco normativo adecuado, como es el caso de la protección de la vida privada, la firma digital, el comercio electrónico, la seguridad de la información, las comunicaciones comerciales¹⁷...

En concreto, en lo que a la propiedad intelectual se refiere, hay que plantearse a qué escala se considera necesario abordar las nuevas cuestiones surgidas debido a la sociedad de la información. Es común afirmar que la solución óptima sería conseguir la armonización internacional de las legislaciones, pero que, ante la dificultad de llegar a acuerdos más allá de unos mínimos esenciales, las iniciativas deben adoptarse, como mal menor, a escala comunitaria¹⁸. Esto no se opone a intentar lograr el grado de armonización internacional más elevado posible. Fruto de esta tarea son los Tratados de la OMPI¹⁹ de 1996 sobre derecho de autor y sobre interpretación o ejecución y fonogramas²⁰, que ya se encuentran en fase de ratificación, así como el Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (1995), auspiciado por la OMC. Asimismo, la trascendencia de la materia ha hecho pro-

Comunicación de la Comisión «Hacia la Sociedad de la Información en Europa. Plan de Acción», COM(94) 347 final, 19 de julio de 1994. Cfr. A. TETTENBORN, *Europäisches Union: Rechtsrahmen für die Informationsgesellschaft*, en «Multimedia und Recht», enero 1998, pág. 18.

¹⁵ Vid. Agenda para la actuación en la infraestructura nacional de la información, de 15 de septiembre de 1993, promovida por la administración Clinton; y el propio Informe Bangemann.

¹⁶ Vid. Global Information Networks - Ministerial Conference Bonn 6 - 8 July, que se puede consultar en: <http://www2.echo.lu/bonn/conference.html>.

¹⁷ Vid. Directiva 95/46/CE relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales (DO L 281 de 23.11.1995, p. 31 o <http://www.onnet.es/ley0041.htm>); Directiva 97/66/CE sobre el tratamiento de los datos personales y la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones (DO L 24 de 30.1.1998, p. 1 o <http://www.onnet.es/ley0075.htm>); Propuesta de Directiva por la que se establece un marco común para la firma electrónica, COM(98) 297 final, 13 de mayo de 1998 (<http://europa.eu.int/comm/dg15/en/media/info/com297es.pdf>); Propuesta de Directiva relativa a determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior, COM(98) 586 final, 18 de noviembre de 1998; Libro Verde sobre la protección de los menores y de la dignidad humana en los nuevos servicios audiovisuales y de información, octubre 1996; Libro Verde sobre la protección jurídica de los servicios codificados, marzo 1996; Libro Verde sobre las comunicaciones comerciales en el mercado interior, mayo 1996 (ver Libros Verdes en: http://www.europa.eu.int/comm/off/green/index_es.htm)...

¹⁸ Vid. Dictamen sobre el Libro Verde «Los derechos de autor y los derechos afines en la Sociedad de la Información» del Comité Económico y Social (DO C 97 de 1.4.1996, p. 9).

¹⁹ La OMPI lleva a cabo en la actualidad programas de regulación: sobre la adopción de nuevas normas internacionales relativas a los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes de las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales; sobre la protección de las bases de datos con un alcance mayor al contemplado por la protección, mediante derecho de autor, de las bases de datos originales; y sobre la actualización de las normas internacionales relativas a los derechos de los organismos de radiodifusión.

²⁰ <http://www.wipo.org/spa/main.htm>

liferar los estudios e informes de carácter nacional que se centran en las relaciones entre propiedad intelectual y sociedad de la información²¹.

En el seno de la Comunidad Europea la primera respuesta a los efectos que sobre la propiedad intelectual podían tener las nuevas tecnologías la da el «Libro Verde sobre los derechos de autor y el desafío tecnológico: problemas de derecho de autor que requieren una acción inmediata», COM(88) 72 final, 17 de mayo de 1988, germen de las cinco Directivas que hemos mencionado en el primer apartado²².

Posteriormente, el Libro Blanco «Crecimiento, competitividad y empleo - Retos y pistas para entrar en el siglo XXI», COM(93) 700 final, 5 de diciembre de 1993²³, utiliza por primera vez en el ámbito comunitario el término «sociedad de la información», planteando el reto que supone trazar cuanto antes una infraestructura europea de la información. El punto de inicio en Europa lo marca el «Informe Bangemann» sobre «Europa y la Sociedad de la Información» - Recomendación del Grupo de Alto nivel sobre la Sociedad de la Información al Consejo Europeo de Corfú, de 26 de mayo de 1994²⁴, seguido poco después, por la Comunicación de la Comisión «Hacia la Sociedad de la Información en Europa. Plan de acción», COM(94) 347 final, 19 de julio de 1994²⁵. Ambos documentos subrayan la importancia de que los derechos de propiedad intelectual gocen de una adecuada protección en el nuevo entorno.

La tarea del legislador europeo se divide a partir de este punto en infinidad de áreas²⁶, una de las cuales es la propiedad intelectual. De ella se ocupará con gran profusión el Libro Verde «Los derechos de autor y los derechos afines en la Sociedad de la Información», COM(95) 382 final, 19 de julio de 1995²⁷. Tras el correspondiente proceso de consulta vio la luz la Comunicación de la Comisión de Seguimiento del Libro Verde sobre derechos de autor y derechos afines en la Sociedad de la Información, COM(96) 568 final, 20 de noviembre

²¹ En Estados Unidos el Libro Verde «Intellectual Property and the National Information Infrastructure», 1994 y el Libro Blanco «Intellectual Property and the National Information Infrastructure», 1995; en Japón el «Report on discussions by the working group or the subcommittee on multimedia copyright council», Study of institutional issues regarding multimedia, febrero 1995; en Francia el informe Sirinelli, titulado «Industries Culturelles e Nouvelles Techniques», que tiene su continuación en un segundo informe; en Canadá el informe «Copyright and the Information Highway», diciembre 1994; en Australia el informe «Highways to Change», agosto 1994... Cfr. J. A. GÓMEZ SEGADÉ, *Respuestas de los sistemas de propiedad intelectual al reto tecnológico. El Derecho europeo continental y el Derecho anglosajón del Copyright*, en «El derecho de propiedad intelectual y las nuevas tecnologías» (VVAA), 1996, pág. 139 y G. SCHRICKER, «Urheberrecht auf dem Weg zur Informationsgesellschaft», pág. 24.

²² Ver Directivas en: <http://www.info2000.csic.es/midas-net/docs/directiva.html>

²³ <http://www.europa.eu.int/en/record/white/c93700/contents.html>

²⁴ <http://www.info2000.csic.es/midas-net/docs/informebang/informebang.htm>

²⁵ <http://www.ispo.cec.be/infosoc/backg/action.html>

²⁶ Vid. Europe's Rolling Action Plan for the Information Society (<http://www.ispo.cec.be/infosoc/legreg/RollToc.html>).

²⁷ <http://www.ispo.cec.be/infosoc/legreg/com95382.doc>

de 1996²⁸, dónde ya quedan muy delimitadas las cuestiones que la Propuesta de Directiva debe afrontar.

Pero, recordemos que esta actuación tan específica debe encuadrarse en el marco más general de las iniciativas sobre la sociedad de la información. Por su parte, éstas hacen reiteradamente alusión a la importancia que tiene afrontar los retos que el nuevo entorno plantea a los derechos de propiedad intelectual, dando de esta forma muestra de la interconexión existente entre las distintas áreas²⁹.

III. LA PROPUESTA MODIFICADA DE DIRECTIVA RELATIVA A LA ARMONIZACIÓN DE DETERMINADOS ASPECTOS DE LOS DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS AFINES EN LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN³⁰

La Comunicación de la Comisión de seguimiento del Libro Verde, más arriba citada, define claramente las líneas de acción. En un primer nivel se encuentran ciertos aspectos que deben ser objeto de una atención especial, a fin de determinar si el nuevo entorno va a hacer precisas medidas de armonización o bien meras aclaraciones o explicaciones ante tales problemas, que son: el derecho de radiodifusión, el derecho aplicable y su cumplimiento, la gestión de los derechos y los derechos morales³¹. En un segundo nivel se encuentran los puntos en los que son necesarias medidas legislativas inmediatas a escala comunitaria, a saber, el derecho de reproducción, el derecho de comunicación al

²⁸ <http://europa.eu.int/comm/dg15/en/intprop/intprop/com568es.pdf>

²⁹ Vid. «Iniciativa europea de comercio electrónico», COM(97) 157 final, 12 de abril de 1997 (<http://www.cordis.lu/esprit/src/ecomcom.htm>); Propuesta de Directiva relativa a determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior, COM(98) 586 final, 18 de noviembre de 1998, cuyo texto es susceptible de verse modificado en breve de serle incorporadas las enmiendas del Parlamento (vid. «Informe sobre la Propuesta de Directiva relativa a determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior», 23 de abril de 1999 (A4-0248/99), http://www.ispo.cec.be/ecommerce/epreports/EP229_868_es.pdf); el Libro Verde sobre la convergencia de los sectores de telecomunicaciones, medios de comunicación y tecnologías de la información y sobre sus consecuencias para la reglamentación, COM(97) 623 final, 3 de diciembre de 1997 (<http://www.ispo.cec.be/convergencecp/97623es.pdf>); Libro Verde sobre la lucha contra la usurpación de marca y la piratería en el mercado interior, 22 de octubre de 1998 (<http://europa.eu.int/comm/dg15/en/intprop/indprop/lvcones.pdf>)...

³⁰ Propuesta modificada de 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, COM(1999) 250 final, 21 de mayo de 1999 (DO C 180 de 25.6.99, p. 6 o <http://europa.eu.int/comm/dg15/en/intprop/intprop/copy2es.pdf>). Esta última versión es fruto de la incorporación por la Comisión de buena parte de las enmiendas que introdujo el Parlamento en la sesión plenaria del 10 de febrero de 1999, en que se aprobaron las modificaciones a la Propuesta de 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, COM(97) 628 final, 10 de diciembre de 1997 (DO C 108 de 7.4.1998, p. 6 o <http://europa.eu.int/comm/dg15/en/intprop/intprop/copies.pdf>).

³¹ Vid., respectivamente, Sección VI, pág. 61 y siguientes; Sección I, pág. 38 y siguientes; Sección VIII, pág. 69 y siguientes; y Sección VII, pág. 65 y siguientes del Libro Verde «Los derechos de autor y los derechos afines en la Sociedad de la Información».

público, la protección jurídica de la integridad de la identificación técnica y de los programas de protección y el derecho de distribución. Estos últimos problemas, de carácter más urgente, se abordan en la Propuesta de Directiva. A continuación nos dedicaremos al estudio de cada una de estas cuatro cuestiones pormenorizadamente.

1. EL DERECHO DE REPRODUCCIÓN

El derecho de reproducción tiene una importancia capital para los autores y titulares de derechos afines, pues la explotación de la obra y el material conexo pasa en la inmensa mayoría de los casos por su reproducción. Por ello es especialmente preocupante que la evolución tecnológica genere situaciones para las que la normativa existente no tiene respuestas ciertas ni adecuadas. Los principales problemas son: las nuevas formas de reproducción (p. ej., el *sampling*, que consiste en la transformación a código binario de información recogida en forma analógica³²; la carga o descarga por teleproceso de una obra en o desde la memoria de un ordenador...); las reproducciones meramente temporales (por ejemplo, la visualización en nuestro ordenador de una página web; la infinidad de actos de almacenamiento, a menudo efímeros, que implica la transmisión de un «vídeo a la carta» a lo largo de su transmisión³³...); y la copia de las obras y materiales conexos digitalizados, debido a la calidad y facilidad con que ésta se puede realizar³⁴. Todo ello lleva a la necesidad de adaptación del derecho de reproducción tradicional al nuevo entorno digital.

La concepción amplia de lo que constituye un acto de reproducción que recoge el Convenio de Berna ha servido de modelo a las diversas normativas nacionales³⁵. Más recientemente, durante la elaboración del Tratado de la OMPI de 1996 sobre derecho de autor se propuso la inclusión de un concepto de «reproducción», con el principal objetivo de que comprendiese expresamente las copias temporales³⁶. Dicha propuesta no llegó a buen puerto, pues, por una par-

³² En el Dictamen sobre el Libro Verde «Los derechos de autor y los derechos afines en la Sociedad de la Información» (DO C 97 de 1.4.1996, p. 9) el Comité Económico y Social se plantea si la digitalización de las obras constituye una reproducción.

³³ Las transmisiones en la red no se producen de una forma automática entre los nodos —ordenador perteneciente a la estructura de Internet— del proveedor y del usuario final, sino que la información «pasa» por gran número de nodos intermedios, en los que se realizan las copias efímeras o temporales a las que nos referimos.

³⁴ Esta vulnerabilidad de las obras se plasma tanto en la piratería o copia realizada con fines comerciales (vid. Libro Verde «Lucha contra la usurpación de marca y la piratería en el mercado interior») como en la copia privada, cuya supervivencia en el nuevo contexto tecnológico no es, ni mucho menos, incuestionable.

³⁵ El art. 9.1 del Convenio de Berna afirma que «los autores de obras literarias y artísticas protegidas por el presente Convenio gozarán del derecho exclusivo de autorizar la reproducción de sus obras por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma».

³⁶ El texto del art. 7 de la Propuesta Básica del Tratado es el siguiente: «el derecho exclusivo acordado a los autores de obras literarias y artísticas en el artículo 9.1 del Convenio de Berna de autorizar la reproducción de sus obras incluirá la reproducción directa e indirecta de sus obras, tanto permanente como provisional, por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma».

te, es cuestionable que tal cosa se derive necesariamente del concepto amplio de «reproducción» del Convenio de Berna³⁷; y, por otra, caso de adoptar una decisión de tal índole, se pondría en tela de juicio la legitimidad del mero consumo o recepción de información por los usuarios (p. ej., navegar por la red o *browsing*)³⁸ y se haría peligrar la actividad de los proveedores de infraestructura, pues al entenderse que la realización de copias efímeras es derecho exclusivo de autores y titulares de derechos afines verían seriamente dificultada su actividad.

Entre las Directivas comunitarias que han regulado aspectos de la propiedad intelectual, el derecho de reproducción se encuentra mencionado en tres ocasiones. Dos de ellas se refieren a obras concretas, a saber, los programas de ordenador (art. 4 de la Directiva 91/250/CEE sobre programas de ordenador) y las bases de datos (art. 5 de la Directiva 96/6/CE sobre bases de datos), y la tercera reconoce el derecho de reproducción a los titulares de derechos afines en general (art. 7 de la Directiva 92/100/CEE sobre derechos de alquiler). En aquéllas se reconoce a los autores un derecho exclusivo a una reproducción «temporal o permanente, total o parcial, por cualquier medio y de cualquier forma»; mientras esta última no aborda la definición del concepto. En todo caso, tanto la Directiva sobre programas de ordenador (art. 5) como la de bases de datos (art. 6) exceptúan del derecho exclusivo de reproducción los actos de uso común de la obra por el usuario legítimo (p. ej., la carga del programa o el acceso a una base de datos a través de un servicio de acceso en línea).

La Propuesta modificada de Directiva contiene un concepto de «reproducción» muy extenso, que encuentra su complemento indispensable en las excepciones o límites, y muy especialmente en la que legitima determinadas copias provisionales sin autorización. El art. 2 de la Propuesta reconoce a autores y titulares de derechos afines un derecho exclusivo a la «reproducción directa o indirecta, temporal o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de la

Con sujeción a lo dispuesto en el artículo 9.2 del Convenio de Berna, corresponderá a la legislación de las Partes Contratantes limitar el derecho de reproducción cuando la reproducción provisional de una obra tenga como único propósito hacer que la obra sea perceptible, o cuando la reproducción sea de naturaleza efímera o incidental, siempre que dicha reproducción tenga lugar durante la utilización de la obra que esté autorizada por el autor o permitida por la ley».

³⁷ Esta cuestión es planteada por el profesor de propiedad intelectual norteamericano D. NIMMER en la carta pública sobre «WIPO Diplomatic Conference on Certain Copyright and Neighboring Rights Questions» (Cfr. T. C. VINJE, *El nuevo Tratado de la OMPI sobre Derecho de autor: Un final feliz en Ginebra* (traducido por J. R. SALELLES, en «Revista General de Derecho», marzo de 1998, pág. 2339 y siguientes)). Y lo mismo se desprende de la Comunicación de la Comisión de Seguimiento del Libro Verde sobre derechos de autor y derechos afines en la Sociedad de la Información, COM(96) 568 final, 20 de noviembre de 1996: «los Estados miembros parecen coincidir en considerar el almacenamiento electrónico permanente un acto restringido, pero los puntos de vista difieren con respecto al tratamiento de los actos de reproducción temporales o efímeros», pág. 9.

³⁸ El Legal Advisory Board en la *Reply to the Green Paper on Copyright and Related Rights in the Information Society* (<http://www2.echo.lu/legal/en/ipr/reply/reply.html>), ha puesto especial énfasis en que un obcecamiento en legislar reforzando la posición de autores y titulares de derechos afines es contrario a derechos fundamentales, como la intimidad o la libertad de expresión e información.

totalidad o parte» de sus obras o material conexo. La importancia de este precepto reside en incluir expresamente, e independientemente del medio empleado para realizarlas, las reproducciones temporales y las indirectas. A falta de definición legal, entenderemos por copias temporales las que se limiten a almacenar la información por muy breve tiempo, siendo generalmente intangibles y estando estrechamente vinculadas al mundo de la convergencia (p. ej., las copias que realizan los servidores, pero no la de un programa de ordenador en un disco blando). Las copias indirectas son aquéllas en que existe una gran distancia, salvada por una red de comunicación o por una fase intermedia, entre el lugar en el que se sitúa la obra original y aquél en que se realiza la copia (p. ej., grabación de una radiodifusión o de una transmisión por medios alámbricos...). Por último, el legislador se cubre las espaldas y prevé, ante futuras innovaciones tecnológicas, que las reproducciones lo serán independientemente del medio y la forma en que se hagan.

Un concepto tan extenso de «reproducción» debe ser delimitado con precisión, a fin de equilibrar las pretensiones de todos los interesados —titulares de derechos afines, usuarios finales, bibliotecas, proveedores de infraestructura...—. El art. 5 enumera las excepciones a los derechos de explotación. La única que tiene carácter obligatorio para los Estados miembros es la que incluye «los actos de reproducción *transitorios y accesorios*, cuando formen *parte integrante e indispensable de un proceso tecnológico*, incluyendo aquellos que faciliten el funcionamiento de los sistemas de transmisión, *cuya única finalidad consista en facilitar el uso de una obra u otro trabajo*, y que *no tengan por sí mismos una significación económica independiente*»³⁹ (p. ej., creación de fi-

³⁹ La Propuesta de Directiva de comercio electrónico, COM(98) 586 final, 18 de noviembre de 1998, de llegar a ver la luz, aportaría a este enfoque de la situación un respaldo importante. De hecho, el considerando 12º de la Propuesta modificada de Directiva señala la importancia de que su entrada en vigor sea cercana en el tiempo a la de la Directiva relativa a determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior, pues aportará un marco armonizado de los principios y normas relativos a la responsabilidad. En concreto, la sección 4.ª del Capítulo II, titulada «Responsabilidad de los intermediarios», limita en gran medida los supuestos de responsabilidad de los proveedores de infraestructura —proveedores de acceso, que se dedican tanto a ceder o alquilar espacio en sus ordenadores a las personas que quieren introducir información en Internet como a facilitar el acceso de los usuarios a la red, y proveedores de red, que ponen a disposición de los usuarios las autopistas por las que circula la información (p. ej., cable de cobre, fibra óptica, satélites...)—. En concreto, el art. 12, que lleva por rúbrica «Mero transporte», exime de responsabilidad al prestador de un servicio de este tipo si se dan las tres condiciones siguientes: que no haya originado él mismo la transmisión; que no seleccione al destinatario; y que no seleccione ni modifique los datos transmitidos. El Informe sobre la Propuesta de Directiva en la enmienda 45.ª del Parlamento sobre el texto presentado por la Comisión añade una cuarta condición, que impone la obligación de permitir medios de supervisión que serán operativos sobre la base de disposiciones legales o normas de códigos de conducta. Por otra parte, el art. 14 exime de responsabilidad al proveedor de acceso incluso en supuestos de reproducción permanente, es decir, cuando introduzca datos facilitados por un proveedor de contenidos en la red, siempre y cuando no tenga conocimiento de ilicitud alguna y, en cuanto lo adquiera, retire los datos o haga el acceso a ellos imposible. La enmienda 48.ª del Parlamento, además de introducir pequeñas matizaciones en las dos condiciones anteriores, propone dos más, a saber, que el prestador de servicios no haya dado origen a la transmisión y que informe a la persona que almacena los datos de la obligación de respetar las disposiciones legales, principalmente las relativas a los contenidos ilícitos, a los derechos humanos, a los derechos de autor y a otros derechos de la propiedad intelectual.

cheros caché⁴⁰ o de navegación⁴¹, cdo. 23 de la Propuesta). En definitiva, se trata de proteger el mero consumo u obtención de información y brindar seguridad jurídica a los proveedores de infraestructura⁴².

El resto de excepciones se encuentran recogidas en los párrafos 2.º y 3.º del propio art. 5 y limitan, respectivamente, los derechos de reproducción y de distribución y, por otra parte, los derechos de reproducción, comunicación pública y distribución. Al contrario de lo que sucedía en el primer párrafo, son excepciones de carácter facultativo, pues las diferentes culturas y posicionamientos jurisprudenciales deben ser respetados cuando ello no suponga un grave obstáculo para el mercado interior. La importancia del precepto radica en la exhaustividad de la enumeración, es decir, únicamente se aceptarán las excepciones comprendidas en él. En concreto, el art. 5.2 de la Propuesta recoge cinco excepciones al derecho de reproducción: 1.ª las fijaciones realizadas mediante técnicas reprográficas, es decir, sobre papel, que son una actividad aceptada socialmente, difícil de controlar y no perjudicial en exceso, estando vinculada ineludiblemente la limitación, eso sí, al igual que las dos siguientes, a una compensación equitativa a todos los titulares de derechos sobre la obra o material anejo reproducido; 2.ª las reproducciones privadas en soportes analógicos de material sonoro, visual y audiovisual sin fines lucrativos; 3.ª las reproducciones privadas en soportes digitales de material sonoro, visual y audiovisual sin fines lucrativos; pero el propio precepto apunta la facultad de los titulares de derechos de proteger sus intereses sobre la obra o material anejo a través de medios técnicos, es decir, gozarán de discrecionalidad para permitir o prohibir la copia privada de sus obras, reconociéndoseles además, como más arriba avanzamos,

Ambos artículos se ven reforzados por la no existencia de obligación de supervisar los datos que transmitan, ni de realizar búsquedas de actividades ilícitas, sin perjuicio de la nueva imposición propuesta por el Parlamento de permitir medios de supervisión (art. 15).

⁴⁰ El proveedor de acceso realiza esta forma de almacenamiento, que consiste en efectuar y mantener con carácter temporal en el sistema o red del operador copias de la información puesta en línea y transmitida por terceros, a fin de facilitar y aumentar la rapidez del acceso posterior a la información por parte de los usuarios. El art. 13 de la Propuesta de Directiva de comercio electrónico sigue esta misma pauta y exige de responsabilidad ante estas conductas, siempre y cuando se cumplan las cinco condiciones siguientes: que el prestador del servicio no modifique la información, que respete las condiciones de acceso a la información, que respete las normas relativas a actualización de la información, que no interfiera en la obtención de datos sobre utilización de la información y que retire la información en cuanto tenga conocimiento de que dicha información ha sido retirada de la red. La enmienda 51.ª del Parlamento también excluye estas actuaciones, al igual que sucedía con los arts. 12 y 14, de la obligación general de supervisión.

⁴¹ Precisamente, una de las pocas enmiendas presentadas por el Parlamento a la Propuesta original de Directiva que no han sido aceptadas por la Comisión es la de establecer que el art. 5.1 sería exclusivamente de aplicación cuando se tratase de usos autorizados previamente por los derechohabientes o permitidos por ley. Pues, se entendió que esto podría impedir el buen funcionamiento de Internet y afectaría al equilibrio entre titulares de derechos, por una parte, y usuarios e intermediarios (p. ej., proveedores de acceso), por otra. Vid. Exposición de Motivos de la Propuesta modificada de Directiva, pág. 3.

⁴² Sin embargo, R. JULIÀ BARCELÓ y P. GRIMALT SERVERA proponen en *El contenido de los derechos de autor, Propuesta de Directiva sobre derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información*, en «XII Encuentros sobre Informática y Derecho, 1998-1999», (coord. M. A. DARVARA RODRÍGUEZ), pág. 309, que, al obtener los servidores provecho económico de su actividad, no deberían necesariamente verse beneficiados por la excepción del art. 5.1.

una compensación equitativa por toda copia digital privada⁴³, lo que implicará con toda seguridad la aplicación de cierta cantidad sobre R-CD, RW-CD y, por qué no, sobre los propios ordenadores, aptos por sí solos para realizar copias digitales; 4.^a las reproducciones efectuadas por organismos sin ánimo de lucro, que permite el archivo o conservación, pero no la distribución (p. ej., fondos disponibles off-line) o comunicación pública (p. ej., fondos de una biblioteca accesibles on-line)⁴⁴ y 5.^a las fijaciones efímeras realizadas por organismos de radiodifusión por sus propios medios y para sus propias emisiones, supuesto que podría entenderse cubierto por lo dispuesto en el art. 5.1.

La enumeración de excepciones facultativas la cierra el art. 5.3, que, además de los derechos de reproducción y comunicación pública, también restringe el derecho de distribución. Los cinco supuestos exceptuados ya los contempla nuestro Derecho interno y son los siguientes: fines educativos o de investigación científica; en beneficio de personas con minusvalías; información sobre acontecimientos corrientes; citas con fines de crítica o revisión; y fines de seguridad pública o en un procedimiento administrativo, parlamentario o judicial.

Finalmente, el último párrafo del art. 5 impone a los Estados miembros un límite a todas las excepciones, conocido como el «three steps test» o prueba de tres fases. Consiste en que las limitaciones deben respetar tres condiciones: sólo se aplicarán en los casos específicos previstos por el legislador; no deberán causar un perjuicio injustificado a los intereses legítimos de los titulares de derechos y no deberán ser contrarias a la explotación normal de la obra⁴⁵.

2. EL DERECHO DE COMUNICACIÓN PÚBLICA

La innovación técnica, junto a la oferta de nuevos productos off-line, trae consigo formas de difusión de las obras que no se ubican cómodamente en nin-

⁴³ Hasta la fecha, únicamente Dinamarca ha incorporado a su legislación un precepto que diferencia los ámbitos analógico y digital y prohíbe la copia privada en este último (Cfr: *Background to the proposal for Directive on Copyright and Related Rights in the Information Society*, <http://europa.eu.int/comm/dg15/en/intprop/intprop/1100.htm#back>). En el ámbito del Derecho comunitario figuran como antecedentes de la exclusión de la copia privada en el entorno electrónico el art. 5 de la Directiva 91/250 sobre programas de ordenador y el art. 6.2 a) interpretado *a contrario sensu* de la Directiva 96/9/CE sobre bases de datos, fundamentándose el sentido de la norma en motivos económicos (cfr. Comunicación de la Comisión de Seguimiento del Libro Verde sobre derechos de autor y derechos afines en la Sociedad de la Información, COM(96) 568 final, 20 de noviembre de 1996, pág. 10).

⁴⁴ J. MASSAGUER y J. R. SALELLES en *El Derecho de la propiedad intelectual ante los desafíos del entorno digital. Perspectiva general y problemas particulares para las bibliotecas*, en «Revista General de Derecho», septiembre de 1997, pág. 10927 y siguientes, estudian este asunto desde la perspectiva del Derecho español.

⁴⁵ La Propuesta de Directiva incorpora al Derecho europeo el «three steps test» de los Tratados de la OMPI de 1996, que a su vez lo toman del art. 9.2 del Convenio de Berna.

La Ley de Propiedad Intelectual recoge en su art. 40 bis la prueba de tres fases desde la Ley 5/1998, de 6 de marzo, que incorpora al Derecho interno la Directiva 96/9/CE sobre bases de datos. La ley de incorporación en lugar de referirse únicamente a las bases de datos, como hace la Directiva, extiende la aplicación del precepto a todas las limitaciones. La exclusión en el art. 40 bis del requisito de los «casos específicos» se debe a que éste obliga al propio legislador y no al Juez.

guno de los derechos de explotación existentes. Éste es el caso de los servicios en línea, es decir, de la explotación de obras y material conexo a través de las redes y, en concreto, de la «transmisión a la carta», que consiste en la puesta a disposición de los usuarios de material generalmente cargado de derechos de autor (p. ej., textos, películas, canciones...), de tal manera que aquéllos pueden solicitar que les sea transmitido a su aparato receptor (p. ej., ordenador personal) en el momento y lugar que deseen.

La discusión sobre si el Convenio de Berna y la Convención de Ginebra incluyen la «transmisión a la carta» en su concepto de comunicación al público es baladí, pues resulta evidente la necesidad de clarificación de los preceptos vigentes para adecuarse a las nuevas formas de explotación. En este sentido, el art. 8 del Tratado de la OMPI sobre derecho de autor reconoce el derecho exclusivo de comunicación pública a los autores y entiende comprendido en aquél «la puesta a disposición del público de sus obras de tal forma que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija».

En el ámbito comunitario las referencias al derecho de comunicación pública son múltiples⁴⁶, pero, al igual que sucede con la reproducción, carece de una armonización global. La única mención directa de la «transmisión a la carta» la aporta el art. 7.2 b) de la Directiva 96/9/CE sobre bases de datos, que define el derecho de «reutilización» del fabricante como: «toda forma de *puesta a disposición del público* de la totalidad o de una parte sustancial del contenido de la base mediante la distribución de copias, alquiler, *transmisión en línea* o en otras formas».

La Propuesta modificada de Directiva ha de conseguir, pues, armonizar de forma global el derecho de comunicación pública para los autores⁴⁷ e integrar las «transmisiones interactivas» en el sistema garante de la propiedad intelectual. El primer objetivo lo cumple el art. 3.1 de la Propuesta en su primer inciso, que exige de los Estados miembros el reconocimiento a los autores del «derecho exclusivo a autorizar o prohibir cualquier comunicación al público» de sus obras. En cuanto al segundo, las posibilidades que se le brindaban al legislador comunitario eran básicamente cuatro. En primer lugar, incluirlas en el derecho de reproducción, que no es el más adecuado, pues una cosa es que en el proceso de transmisión se realicen reproducciones y otra distinta que la propia transmisión sea equiparada a una reproducción⁴⁸. En segundo lugar,

⁴⁶ A saber, art. 8 de la Directiva 92/100/CEE sobre derechos de alquiler; arts. 2, 4 y 8 de la Directiva 93/83/CEE sobre entidades de radiodifusión; y art. 5 de la Directiva 96/9/CE sobre bases de datos.

⁴⁷ Por lo que a titulares de derechos afines se refiere, la Propuesta modificada considera suficiente reconocerles el derecho de puesta a disposición del público, al ya haberse armonizado la categoría general de «comunicación al público» en el art. 8 de la Directiva 92/100/CEE sobre derechos de alquiler y limitarse el Tratado de la OMPI de 1996 sobre interpretación o ejecución y fonogramas a recoger el derecho de «puesta a disposición del público», sin citar la «comunicación al público».

⁴⁸ Sin embargo, el Comité Económico y Social en el Dictamen sobre el Libro Verde «Los derechos de autor y los derechos afines en la Sociedad de la Información» (DO C 97 de 1.4.1996, p. 9) aceptó como la mejor forma de controlar el acceso del público a las obras difundidas por medio de las

entender que formaban parte del derecho de distribución; sin embargo una de las características esenciales de éste es la entrega de copias físicas, que no se da en este caso⁴⁹. En tercer lugar, acudir al derecho de comunicación pública, con la dificultad de que las «transmisiones a la carta» interactivas son de punto a punto y no de punto a multipunto como es propio de los actos de comunicación pública (p. ej., radiodifusión). Y, finalmente, crear un nuevo derecho de acceso o de transmisión digital para tales actos, opción que podría hacer peligrar los pilares del sistema tradicional de protección de la propiedad intelectual⁵⁰.

El legislador comunitario se ha inclinado por el momento por la tercera de estas opciones y ha decidido adoptar un concepto amplio del derecho de comunicación pública. Concretamente, el art. 3.1 entiende incluidas en la comunicación pública «la puesta a disposición del público de sus obras de tal forma que cualquier persona pueda acceder a las mismas desde el lugar y en el momento que ella misma elija». Es decir, la mera accesibilidad de varias personas a la obra o material conexo, aunque sea en lugares y/o momentos diferentes, constituye «comunicación pública», sin requerirse la consulta efectiva.

El art. 3.2 reconoce únicamente a los titulares de derechos afines el derecho de «transmisión interactiva» bajo demanda, pero no el derecho exclusivo de comunicación pública, lo que deja inalterada la aplicación del art. 8 de la Directiva 92/100/CEE sobre derechos de alquiler y del art. 4 de la Directiva 93/83/CEE sobre entidades de radiodifusión⁵¹. Por ello, es importante señalar que formas innovadoras de expresión de la radiodifusión (p. ej., pago por visión⁵², cuasiví-

autopistas de la información, que el derecho de impedir la transmisión punto a punto formara parte del derecho de impedir la reproducción. En contra de lo anterior, hay que tener en cuenta que dicha «protección no será suficiente mientras la transmisión a la carta de una obra por red no implique necesariamente actos de reproducción», Comunicación de la Comisión de Seguimiento del Libro Verde sobre derechos de autor y derechos afines en la Sociedad de la Información, COM(96) 568 final, 20 de noviembre de 1996, pág. 13.

⁴⁹ La posibilidad que planteaba el Libro Verde «Los derechos de autor y los derechos afines en la Sociedad de la Información» en su pág. 30 de que la Directiva 92/100/CEE sobre derechos de alquiler sirviese de base para la protección de los servicios de vídeo a la carta fue rechazada por los Estados miembros y casi todos los interesados. Cfr. Comunicación de la Comisión de Seguimiento del Libro Verde sobre derechos de autor y derechos afines en la Sociedad de la Información, COM(96) 568 final, 20 de noviembre de 1996. Sin embargo, el Gobierno estadounidense en su reciente Libro Blanco sobre propiedad intelectual planea crear un derecho exclusivo de transmisión como parte del derecho de distribución.

⁵⁰ Cfr. Legal Advisory Board, *Reply to the Green Paper on Copyright and Related Rights in the Information Society* y Comunicación de la Comisión de Seguimiento del Libro Verde sobre derechos de autor y derechos afines en la Sociedad de la Información, COM(96) 568 final, 20 de noviembre de 1996, pág. 13.

⁵¹ N. P. FLECHSIG, *Urheberrecht und verwandte Schutzrechte in der Informationsgesellschaft*, en «Computer und Recht», abril 1998, pág. 227: «A los artistas, intérpretes o ejecutantes, a los productores de fonogramas y a los organismos de radiodifusión no se les reconoce un derecho exclusivo a la comunicación pública, sino únicamente a la utilización de los servicios bajo demanda...».

⁵² Consiste en la retransmisión de acontecimientos concretos o pases de películas mediante suscripción individual, permitiendo la mayor capacidad de la televisión digital la emisión simultánea de varios acontecimientos (p. ej., partidos de la liga de fútbol).

deo a la carta⁵³...), al no cumplir el requisito de la elección individual, quedan fuera del ámbito de la Propuesta de Directiva para los titulares de derechos afines.

El art. 3.3 subraya que la comunicación al público —incluida la puesta a disposición— de una obra o material conexo no agota el derecho. Este precepto no es más que un recordatorio de la situación jurídica, que determina que cada prestación en línea es un acto que requerirá autorización⁵⁴, es decir, como ha señalado el Tribunal de Justicia, el principio de agotamiento no es aplicable a la prestación de servicios, ni en particular a los servicios en línea⁵⁵.

Por último, es digna de mención la posible adopción o mantenimiento por los Estados miembros de las excepciones enumeradas en el art. 5.3 de la Propuesta de Directiva, al que nos referíamos en el apartado anterior. Y habrá que tener especial cuidado de que se respete la prueba de tres fases, pues aplicar sin más las excepciones tradicionales a las transmisiones en línea podría perjudicar gravemente la explotación normal de las obras y demás material protegido.

3. EL DERECHO DE DISTRIBUCIÓN

Entre los derechos de explotación, el que menos afectado se ve por los cambios que impone el entorno digital es el de distribución, pues éste consiste en el control sobre la puesta a disposición del público de «copias» o del propio «original», debiéndose entender que se trata de objetos tangibles⁵⁶ e igual da que sean libros o CD-ROMs. Un punto esencial en cualquier regulación del derecho de distribución es la fijación del momento de su agotamiento o, dicho con otras palabras, del instante en que el autor pierde el derecho a autorizar o prohibir las sucesivas enajenaciones de su obra⁵⁷.

Hasta fechas muy recientes no existía ningún acuerdo internacional que se refiriese al derecho de distribución de forma general. Esta situación la enmiendan los Tratados de la OMPI de 1996 sobre derecho de autor y sobre interpre-

⁵³ Consiste en la transmisión a cortos intervalos de tiempo de una o varias obras (p. ej., con 60 canales de satélite podrían emitirse simultáneamente 10 películas de 90 minutos, cada una de las cuales se iniciaría a intervalos de 15 minutos).

⁵⁴ Cdo. 33 de la Directiva 96/9/CE sobre bases de datos y cdo. 19 de la Propuesta de Directiva.

⁵⁵ Véase el asunto 62/79, Coditel c. Ciné-Vog Films (1980) Rec. 881; el asunto 262/81, Coditel c. Ciné-Vog Films (1982) Rec. 3381; y el asunto 156/86, Warner Brothers y Metronome Video c. Christiansen (1988) Rec. 2605. Cfr. Libro Verde sobre derechos de autor y derechos afines en la Sociedad de la Información, COM(95) 382 final, 19 de julio de 1995, pág. 46.

⁵⁶ Cfr. Comentarios sobre el articulado de la Propuesta original de Directiva, pág. 30.

⁵⁷ No es objeto de discusión doctrinal que «... la venta de un ejemplar de la obra protegida por parte del titular del derecho de autor, agota solamente el derecho a vender ese ejemplar libremente, a revenderlo, pero no autoriza a dedicarlo a otras formas distintas de explotación como son el arrendamiento o el préstamo», A. BERCOVITZ, *Riesgos de las nuevas tecnologías en la protección de los derechos intelectuales. La quiebra de los conceptos tradicionales del derecho de propiedad intelectual. Soluciones jurídicas* en «El derecho de propiedad intelectual y las nuevas tecnologías» (VVAA), 1996, pág. 88.

tación o ejecución y fonogramas. El art. 6⁵⁸ del primero de ellos establece que «los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar la puesta a disposición del original y de los ejemplares de sus obras mediante venta u otra transferencia de propiedad», para pasar a reconocer en el párrafo 2.º una total libertad a las Partes Contratantes de fijar las condiciones en las que se agotará el derecho.

A escala comunitaria están, por una parte, las Directivas 91/250/CEE sobre programas de ordenador (art. 4 c)) y 96/9/CE sobre bases de datos (art. 5 c) y art. 7.2 b)), que reconocen el derecho de distribución a los autores (y titulares del derecho *sui generis* sobre las bases de datos) de dos categorías concretas de obras —programas de ordenador y bases de datos, respectivamente— y, por otra, la Directiva 92/100/CEE sobre derechos de alquiler (art. 9), que armoniza el derecho de distribución para los titulares de derechos afines en general —no para los autores—. En los tres casos se obliga a los Estados miembros a adoptar el agotamiento comunitario, es decir, cesará el derecho exclusivo de distribución con la primera venta de la obra o material conexo en el territorio la Comunidad con el consentimiento del titular.

El art. 4.1 de la Propuesta modificada de Directiva, ante la diversidad de normativas nacionales⁵⁹, armoniza el derecho de distribución para los autores respecto de todo tipo de obras, de forma análoga a como había hecho el art. 9 de la Directiva 92/100/CEE sobre derechos de alquiler con los titulares de derechos afines.

En el párrafo 2.º, acogiendo la solución que ya imperaba en el acervo comunitario, se determina el agotamiento del derecho con «la primera venta u otro tipo de cesión [en la Comunidad] de la propiedad del objeto por el titular del derecho o con su consentimiento». Se fija pues, el agotamiento comunitario, en detrimento del agotamiento internacional⁶⁰ o nacional. De permitirse la adopción de diferentes criterios por los Estados miembros se podrían producir situaciones anómalas, por ejemplo, la importación de copias sin autorización del autor a un Estado miembro en que rigiese el agotamiento internacional y su posterior introducción en países en que imperase el agotamiento comunitario o nacional, pues aunque desde el punto de vista jurídico fuese necesaria la autorización del autor en este segundo mo-

⁵⁸ Una previsión paralela para los artistas intérpretes o ejecutantes y productores de fonogramas se encuentra, respectivamente, en los arts. 8 y 12 del Tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas.

⁵⁹ Cfr. Exposición de Motivos de la Propuesta original de Directiva, pág. 23.

⁶⁰ El rechazo del agotamiento internacional se debe a motivos de política económica. Para adoptar una resolución en sentido contrario, se debería tener la seguridad de que los países no comunitarios, especialmente aquéllos con los que la Comunidad mantiene un tráfico comercial más intenso, también van a contar con disposiciones de agotamiento internacional. No tomar esta precaución provocaría probablemente perjuicios económicos a los Estados miembros. Cfr. Comentarios sobre el articulado de la Propuesta original de Directiva, pág 31 y Libro Verde sobre derechos de autor y derechos afines en la Sociedad de la Información, COM(95) 382 final, 19 de julio de 1995, pág. 47.

mento, al no estar el derecho de distribución agotado en el territorio de este último Estado, esto chocaría en la práctica con la libre circulación de bienes (Europa sin fronteras).

El agotamiento comunitario para los autores ya fue introducido en nuestro Derecho interno por la Ley 43/1994, de 30 de diciembre, que se ocupó de la transposición de la Directiva 92/100/CEE sobre derechos de alquiler, aunque dicha norma comunitaria obligase únicamente a contemplar un precepto en este sentido respecto de los titulares de derechos afines. En resumen, la puesta en circulación de copias en un Estado miembro con el consentimiento del autor permite que éstas se distribuyan o revendan en España y el resto de Estados miembros, pero si las ventas se han hecho exclusivamente en terceros países, no se podrán distribuir una segunda vez sin la autorización del autor⁶¹.

Recordemos, como decíamos en el apartado anterior, que a las prestaciones en línea no se les aplican las reglas del agotamiento, al tratarse de servicios que pueden repetirse un número ilimitado de veces⁶².

Por último, si bien al derecho de distribución se une la importante excepción del agotamiento, el art. 5 de la Propuesta original de Directiva, dedicado a las limitaciones, no hacía referencia en ningún momento a que éstas pudiesen ser destinadas a restringir dicho derecho. Esto hubiese supuesto la imposibilidad para los legisladores nacionales de prever cualquier limitación al derecho de distribución ajena al agotamiento del mismo, pues recordemos que la lista del art. 5 es exhaustiva. En el caso español se verían afectadas limitaciones como las relativas a trabajos sobre temas de actualidad (art. 33 de la LPI), la utilización de las obras con ocasión de informaciones de actualidad (art. 35.1), la utilización de obras situadas en vías públicas (art. 35.2) y la libre distribución o la libre reproducción y préstamo en determinadas instituciones (art. 37)⁶³. Dicho olvido ha sido subsanado en la Propuesta modificada de Directiva, que prevé en su art. 5.3 bis la aplicabilidad de los apartados 2.º y 3.º al derecho de distribución.

4. MEDIOS TÉCNICOS DE IDENTIFICACIÓN Y PROTECCIÓN

Si bien la digitalización posibilita, de una parte, nuevos medios de difusión de las obras, de otra, también trae consigo mayores riesgos para los titulares

⁶¹ En contra F. RIVERO HERNÁNDEZ en «Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual», R. BERCOVITZ, 2.ª ed., pág. 357, que, pese a la literalidad del art. 19.2 de la LPI, defiende que debe interpretarse en favor del agotamiento internacional. Nuestra posición la avala la Comunicación de la Comisión de Seguimiento del Libro Verde sobre derechos de autor y derechos afines en la Sociedad de la Información, COM(96) 568 final, 20 de noviembre de 1996 en su pág. 18.

⁶² Cfr. Comunicación de la Comisión de Seguimiento del Libro Verde sobre derechos de autor y derechos afines en la Sociedad de la Información, COM(96) 568 final, 20 de noviembre de 1996, pág. 17 y siguientes; y Libro Verde sobre derechos de autor y derechos afines en la Sociedad de la Información, COM(95) 382 final, 19 de julio de 1995, pág. 47.

⁶³ Vid. F. RIVERO HERNÁNDEZ en «Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual», R. BERCOVITZ, 2.ª ed., pág. 354.

de derechos (p. ej., piratería, fácil manipulación de la información...) y grandes dificultades en la labor de explotación. Ante estos inconvenientes, la industria de la propiedad intelectual adopta tanto medios técnicos de protección⁶⁴ como sistemas de identificación⁶⁵ y tatuaje de las obras y material conexo. No obstante, los actos de elusión de tales medidas o la alteración de los signos de identificación del material cargado de derechos de autor, devuelven a éste a una situación de vulnerabilidad. Por ello, de aceptarse la bondad de estas medidas técnicas que protegen a los titulares de los derechos, será preciso dotarlas de un apoyo legal.

Esta tarea la han afrontado en la esfera internacional los Tratados de la OMPI de 1996 sobre derecho de autor y sobre interpretación o ejecución y fonogramas. En ellos, en líneas generales, se prohíbe la elusión de las medidas tecnológicas que impidan o dificulten actos contrarios al ejercicio de los derechos de autores y titulares de derechos afines⁶⁶; y, en segundo lugar, la supresión o alteración de la información electrónica necesaria para la gestión de derechos, así como la distribución o comunicación pública de copias en las que dicha información haya sido suprimida o alterada⁶⁷.

En el ámbito comunitario el debate entre defensores y detractores de los mecanismos de protección e identificación parece decantarse a favor de aquéllos⁶⁸, haciéndose primar las ventajas que dichos sistemas tienen para los titulares de los derechos sobre supuestos riesgos de creación de monopolios de información o la perturbación de la esfera de la intimidad —de una parte está el tema recurrente de la copia privada⁶⁹ y de otra que tales sistemas suelen ir ligados

⁶⁴ Como los instrumentos de control de acceso (p. ej., password) y mecanismos anti-copia (p. ej., sistemas del tipo SCMS (*Serial Copyright Management System*), que impiden efectuar copias privadas digitales a partir de otras copias; o las mochilas o *dongles*, que consisten en un mecanismo de hardware, sin la instalación del cual en uno de los puertos del ordenador, no es posible hacer uso del software protegido...).

⁶⁵ Como técnicas de steganography, como el watermarking, que permite marcar un trabajo digital como único, es decir, aunque no impide que sea copiado ilegalmente, sí que facilita su identificación.

⁶⁶ Art. 11 del Tratado de la OMPI sobre derecho de autor y art. 18 del Tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas.

⁶⁷ Art. 12 del Tratado de la OMPI sobre derecho de autor y art. 19 del Tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas.

⁶⁸ Cfr. Comunicación de la Comisión de Seguimiento del Libro Verde sobre derechos de autor y derechos afines en la Sociedad de la Información, COM(96) 568 final, 20 de noviembre de 1996, pág. 16.

⁶⁹ La imposibilidad práctica de controlar la copia privada había sido hasta hoy la justificación de prever una excepción que la permitiese, estableciendo de forma paralela en la mayoría de los supuestos y Estados miembros una remuneración compensatoria para los titulares de los derechos. Con el avance de la tecnología se está logrando el control efectivo de la copia privada de obras digitales, lo que abre un debate de hondo calado político y técnico, que enfrenta a titulares de derechos afines, partidarios de implementar los medios técnicos que impiden la copia, y usuarios finales, contrarios a que se les limite la libertad individual de tal manera. Cfr. Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva, pág. 33 y siguientes; y Comunicación de la Comisión de Seguimiento del Libro Verde sobre Derechos de autor y derechos afines en la Sociedad de la Información, COM(96) 568 final, 20 de noviembre de 1996, pág. 10.

al almacenamiento de gran cantidad de datos personales de los usuarios⁷⁰. El precedente más remoto es el art. 7.1 c) de la Directiva 91/250/CEE sobre programas de ordenador, que no se refería a los programas de identificación, sino exclusivamente a la prohibición de eludir los dispositivos técnicos utilizados para proteger un programa de ordenador. Mas allá del terreno legislativo, existen importantes iniciativas dedicadas al estudio de la prevención o limitación de las copias⁷¹. Un carácter mucho más general tiene la reciente Directiva 98/84/CE sobre protección jurídica de los servicios de acceso condicional⁷², que prohíbe en su art. 4: la fabricación, importación, distribución, venta, alquiler o posesión con fines comerciales de dispositivos ilícitos; la instalación, mantenimiento o sustitución con fines comerciales de un dispositivo ilícito; y el uso de comunicaciones comerciales para la promoción de dispositivos ilícitos⁷³.

El art. 6 de la Propuesta modificada de Directiva impone a los Estados miembros la obligación de establecer una protección jurídica adecuada de las medidas tecnológicas⁷⁴ destinadas a proteger las obras⁷⁵. En primer lugar, y de forma paralela a lo previsto por la Directiva 91/250/CEE sobre programas de ordenador, se exige el conocimiento o presunción razonable de que tales actividades facilitarán la elusión. En segundo lugar, a diferencia de lo que sucede en los Tratados de la OMPI y en la Directiva 91/250/CEE sobre programas de ordenador, en la Propuesta se prohíben incluso actuaciones meramente preparatorias, es decir, la simple fabricación o distribución de los dispositivos que sirvan a la elusión. En tercer lugar, y en busca de un difícil punto de equilibrio, se prohíben los dispositivos o servicios cuya finalidad al margen de la elusión sea sólo limitada, es decir, se transige cuando exista un uso accesorio de elusión,

⁷⁰ Por ejemplo, *Intel* incorporó a sus ordenadores una aplicación que registraba todas las operaciones que realizaban los usuarios, precisando muchos programas para su funcionamiento que dicha aplicación estuviese activada. Sin embargo, las presiones de los usuarios hicieron que este control pasase a ser meramente optativo y, poco después, quedase desactivado por defecto. Hoy en día se plantea eliminarlo por completo. En todo caso, el respaldo legal a los sistemas técnicos de protección y a los programas de identificación no está reñido con la preocupación del legislador comunitario por los derechos de los individuos y, en particular, de su intimidad, como así lo demuestran las dos recientes Directivas: 95/46/CE relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales (DO L 281 de 23.11.1995, p. 31) y 97/66/CE relativa al tratamiento de los datos personales y la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones (DO L 24 de 30.1.1998, p. 1).

⁷¹ Por ejemplo, los proyectos ISO/IEC, DAVIC, CISAC, CITED/COPICAT e IMPRIMATUR. Cfr. Comunicación de la Comisión de Seguimiento del Libro Verde sobre Derechos de autor y derechos afines en la Sociedad de la Información, COM(96) 568 final, 20 de noviembre de 1996, pág. 15.

⁷² «La presente Directiva se entiende sin perjuicio de la aplicación (...) de las normas comunitarias relativas a los derechos de propiedad intelectual», considerando 21.

⁷³ Un «dispositivo ilícito» es «cualquier equipo o programa informático diseñado o adaptado para hacer posible el acceso a un servicio protegido en forma inteligible sin autorización del proveedor del servicio» (art. 2 e) de la Directiva 98/84/CE).

⁷⁴ La definición de lo que son «medidas tecnológicas» la da el art. 6.3.1: «toda técnica, dispositivo o componente que, en su funcionamiento normal, esté destinado a prevenir o impedir la violación de los derechos de autor...».

⁷⁵ La importancia de salvaguardar dichas medidas, al igual que las tendentes a asegurar la información necesaria sobre los derechos, estriba en que de ellas «depende en último término la posibilidad de hacer operativos los principios y garantías establecidos por la normativa jurídica» (considerando 10 bis de la Propuesta modificada de Directiva).

pero no cuando éste sea el principal, siendo las otras utilidades nulas o casi nulas —cubriendo con este último inciso posibles tentativas de fraude de ley—. En cuarto lugar, ha de tratarse de medidas tecnológicas *efectivas*⁷⁶. Por último, la elusión sólo será prohibida cuando suponga la vulneración de los derechos de propiedad intelectual reconocidos en la ley —teniendo en cuenta que las limitaciones a los derechos exclusivos juegan aquí un importante papel—.

En cuanto a los medios técnicos de identificación de las obras, el art. 7 de la Propuesta, en lugar de optar por una perspectiva general, como sería la referencia a los «programas de identificación» en su conjunto, se inclina por limitarse a las «obligaciones relativas a la información para la gestión de derechos»⁷⁷. Este precepto garantiza una protección jurídica adecuada frente a aquellas personas que lleven a cabo, sin autorización y sabiendo o teniendo motivos razonables para saber que facilitan una violación de los derechos de autor o afines, la supresión o alteración de toda información para la gestión electrónica de derechos o bien la distribución, importación para distribución, emisión por radiodifusión, comunicación o puesta a disposición del público de trabajos protegidos, en que haya sido suprimida o alterada información para la gestión electrónica de derechos⁷⁸.

La armonización de estas dos cuestiones está íntimamente vinculada con el establecimiento de sanciones, al que el legislador comunitario también cree conveniente referirse en el art. 8 de la Propuesta de Directiva. En éste se impone la creación de vías de recurso adecuadas, apuntándose que las sanciones deberán ser efectivas, proporcionadas y actuar como elemento disuasorio frente a nuevas infracciones⁷⁹.

⁷⁶ La consideración de las medidas tecnológicas como «efectivas» se hará atendiendo al art. 6.3.2: «cuando el acceso a la obra o su uso o el de otro trabajo protegido esté controlado por mediante de la aplicación de un código de acceso o de cualquier otro tipo de procedimiento de protección destinado a realizar este objetivo de protección de manera operativa y fiable, con la autorización de los derechohabientes. Estas medidas incluyen la descodificación, la desaleatorización u otra transformación de la obra».

⁷⁷ Esto deja fuera aquellos dispositivos de lucha contra la piratería (p. ej., etiquetas microscópicas, tintas especiales...).

⁷⁸ El art. 7.2 define la «información para la gestión de derechos» como «toda información facilitada por los titulares de derechos que identifique la obra u otro trabajo contemplado en la presente Directiva (...) al autor o cualquier otro titular de derechos, o información sobre las condiciones de utilización de la obra u otro trabajo, así como cualesquiera números o códigos que representen dicha información».

⁷⁹ Tanto en el ámbito de las sanciones como en el de la responsabilidad de los intermediarios existe cierta confusión a la hora de determinar el Estado que deberá controlar las actividades ilícitas. Si bien el art. 3 de la Propuesta de Directiva de comercio electrónico establece la regla de control por parte del Estado de origen —en virtud de la cual el prestador de servicios estará sujeto a las disposiciones del Estado en el que esté establecido—, el Anexo II excluye de la aplicación de este principio, entre otros, el sector de los derechos de autor y derechos afines. A fin de fundamentar dicha exclusión, la enmienda 26.^a del Parlamento sobre la Propuesta de Directiva de comercio electrónico pretende introducir el considerando 22 quater, que reza así: «la protección de los derechos de autor y los derechos afines es esencial para el desarrollo de las transacciones electrónicas, por lo que la presente Directiva prevé en su Anexo II una excepción a la aplicación de la cláusula del «país de origen» para tener en cuenta el carácter específico de estos derechos». Por otra parte, según se afirma en la Exposición de Motivos del Informe sobre la Propuesta de Directiva relativa a determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior», 23 de abril de 1999 (A4-0248/99) en su página 40 «estas excepciones se justifican por el hecho de que todos estos ámbitos son objeto de un control parcial o total en el país de destino, de conformidad con las disposiciones que los regulan».