

EN INTERNET Y OTRAS REDES DE COMUNICACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA

I. EL DESARROLLO PREVISIBLE DEL MERCADO DE LOS DERECHOS DE AUTOR “ON LINE”

Las aplicaciones llamadas “fuera de línea”, tales como CD audio, VHS, CD-ROM, CD interactivos, etc., son actualmente las que acaparan la mayor parte de este nuevo mercado, especialmente en lo relativo a actividades de recreo, de información y educación, de transacciones financieras y de comunicación. Pero la incidencia que tiene en el mercado de las creaciones intelectuales la tecnología digital es cada vez mayor. Piénsese, por ejemplo, que el contenido del vídeo disco digital (DVD), cuya implantación se está produciendo actualmente, puede ser cerca de diez veces superior a un CD, dependiendo de las características específicas de cada producto, y la calidad de imagen y sonido también es superior.

Pero de forma paralela, si bien en un plazo mayor, se prevé una implantación paralela de los productos “on line”, a través de *Internet* u otras redes, fundamentalmente en lo que refiere a las ediciones *on line* (como los libros electrónicos) y a los llamados “*on-demand services*” (o servicios a la carta), los cuales se encuentran todavía en una fase embrionaria de explotación respecto de su potencial real.

Los servicios interactivos “a la carta” se caracterizan por el hecho de que los usuarios pueden permanentemente acceder a una obra u otro trabajo afín almacenado en formato digital, lo que permite que a través de una base de datos se pueda seleccionar, por ejemplo, una pieza de música o la película que se desee. A continuación, la obra seleccionada se transmite en forma de señales digitales al ordenador, a través de *Internet* u otra red de alta velocidad, para su visualización o descarga, dependiendo de la licencia aplicable.

La oferta y el consumo se ajustarán, con frecuencia, a la demanda del consumidor y brindarán, por ejemplo, la posibilidad de elegir un determinado idioma y subtítulos para una película o de obtener información sobre los antecedentes de una creación intelectual, pues la tecnología digital presenta importantes ventajas desde el punto de vista de la interactividad, lo cual supone una indudable mejora en la calidad de los productos para el consumidor.

Las opiniones sobre el momento en que estos servicios podrán realmente estar disponibles difieren. Las previsiones fluctúan entre el 2001 al 2005, si bien, el mercado de la música, ha comenzado ya ha comercializarse con gran éxito en los EE.UU a través de las denominadas “tiendas electrónicas”.

De todos modos, los avances de la tecnología digital no auguran una pronta desaparición de la tecnología analógica, la cual coexistirá durante algún tiempo, que según las estimaciones varía entre cinco y quince años, con la tecnología digital, sí bien terminará finalmente con el predominio de esta última.

Por otra parte, se constata una tendencia hacia la total convergencia de los sectores audiovisual, de telecomunicaciones y de tecnología de la información, lo que aumentará todavía más la potencial explotación de las obras protegidas por propiedad intelectual en formato digital, pues cualquier tipo de contenido digitalizado, ya se trate de sonidos, datos, imágenes, textos o una combinación de todos ellos (lo que se conoce como *multimedia*), será accesible, a través del ordenador o cualquier otro aparato electrónico, ya sea *on line*, mediante cualquier canal de distribución (satélite, cable, línea telefónica) o, “fuera de línea”, mediante productos tangibles.

Debe señalarse también el auge de la radiodifusión digital, que ampliará igualmente el mercado de los derechos de autor al superar la limitación de canales de la televisión analógica e incorpora las ventajas de la interactividad (elección de idiomas, información...) e incluso posibilita el acceso a redes; y de hecho está ya funcionando con notable éxito en distintos países desde 1996.

Todo ello, en definitiva, permite vaticinar una nueva perspectiva de desarrollo y explotación de

la creación intelectual, a nivel incluso mundial, que puede representar un beneficio considerable desde el punto de vista económico, social y cultural. No obstante, dada la mayor disponibilidad de obras protegidas y otros trabajos afines en formatos digitales en línea, el riesgo de piratería a gran escala de la propiedad intelectual es también muy elevado, especialmente, en lo relativo a la transmisión ilegal o no consentida “on line” del material protegido.

II. INICIATIVA EUROPEA PARA REGULAR LOS DERECHOS DE AUTOR EN LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

Sí bien el Régimen jurídico en materia de derechos de autor de los distintos Estados Miembros tiene un elevado grado de homogeneidad, debido a la actuación constante de la U.E. en esta materia, actualmente existe una Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de mayo de 1999, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información (Publicada en DOCE, serie C, de 25 de junio de 1999 Publicada en DOCE, serie C, de 7 de abril), la cual reforma, matiza y mejora la Propuesta de Directiva sobre derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información de 21 de enero de 1998, que adecua la normativa de propiedad intelectual a la explotación *on line* de obras intelectuales, dando así respuesta a la preocupación que en el ámbito de la Unión Europea existía sobre este tema.

El principal cometido de la normativa comunitaria es incorporar y desarrollar gran parte de las obligaciones internacionales contenidas en el Tratado de la OMPI sobre derechos de autor (a partir de ahora TODA) y en el Tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas (a partir de ahora TOIEF), adoptados en la Conferencia Diplomática celebrada en Ginebra que, auspiciada por la OMPI, tuvo lugar entre el 2 y el 20 de diciembre de 1996, y que los Estados miembro de la Unión Europea han aceptado y aprobado recientemente en Decisión 2000/278/CE (DOCE C de 11 de abril de 2000).

III. EL CONTENIDO DE LA PROPUESTA MODIFICADA DE DIRECTIVA DE 25 DE MAYO DE 1999

La Propuesta de Directiva, en concreto, consta de 13 artículos, agrupados en cuatro Capítulos. El Capítulo I lleva por rúbrica «Objetivos y ámbito de aplicación»; el Capítulo II, «Derechos y excepciones»; Capítulo III, sobre «Protección de las medidas tecnológicas e información para la gestión de derechos» y el Capítulo IV, en el que se contienen las «Disposiciones comunes».

El Capítulo I tan sólo tiene el artículo 1º, en el cual se fija el ámbito de protección, al disponer que «la presente (Propuesta de) Directiva se refiere a la protección jurídica de los derechos de autor y derechos afines en el marco del mercado interior, en particular en relación con la sociedad de la información». Añadiéndose, en el apartado segundo del citado artículo, que la presente (Propuesta de) Directiva se aplicará sin perjuicio de las disposiciones comunitarias contenidas en las anteriores Directivas sobre el derecho de autor (programas de ordenador; alquiler y préstamo; radiodifusión vía satélite y distribución por cable; duración de la protección y bases de datos) (todas ellas incorporadas ya al Derecho español); excepción hecha de las modificaciones introducidas en el artículo 10, a las que inmediatamente me referiré.

Del Capítulo IV, tan solo merece destacarse dos aspectos. El primero es que las modificaciones introducidas en el artículo 10 a las Directivas anteriores, cuya finalidad no es otra que adecuar la Directiva de alquiler y préstamo y la Directiva de armonización del periodo de protección a las nuevas exigencias de los Tratados de la OMPI sobre Derechos de autor y Derechos afines.

El segundo se refiere a la eficacia transitoria, pues la presente Directiva no pretende afectar al contenido de ningún contrato celebrado antes de la fecha de entrada en vigor de la misma. Así, los apartados 3 y 4 del artículo 9 establecen otro principio general según el cual la Directiva no afectará a aquellos contratos que se hayan celebrado ni a los derechos que se hayan adquirido antes de que las partes pudiesen haber tenido conocimiento de la aprobación de la misma. Y respecto de los contratos relativos a la explotación y otros trabajos afines que estén vigentes en la fecha de incorporación de la Directiva al ordenamiento interno, quedarán sujetos a la presente (Propuesta de) Directiva a partir del quinto año a contar desde la entrada en vigor de la misma, si no se hubiesen extinguido antes de dicha fecha.

Esa irretroactividad tendrá como consecuencia que determinados “contratos antiguos”, a día de hoy vigentes, quedan excluidos del ámbito de disposición de la Directiva.

Debe señalarse, por último, que el artículo 8 de la Propuesta resalta la conveniencia de que se adopten las sanciones y vías procesales adecuadas para tutelar estos derechos, garantizando la indemnización de los daños y perjuicios y la adopción de las medidas cautelares oportunas, fomentando la búsqueda de soluciones no jurisdiccionales como una vía alternativa y útil que se desea potenciar desde la Unión Europea en este ámbito.

La parte más sustanciosa es la relativa a los derechos de explotación y sus excepciones, de la que paso a ocuparme a continuación.

1. El derecho de reproducción

El artículo 2 de la Propuesta dispone que «los Estados miembros concederán el derecho exclusivo a autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta, temporal o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de la totalidad o parte:

- a) a los autores, de sus obras.
- b) a los artista, intérpretes o ejecutantes, de las fijaciones de sus actuaciones.
- c) a los productores de fonogramas, de sus fonogramas.
- d) a los productores de las primeras fijaciones de películas, del original y las copias de sus películas.
- e) a los organismos de radiodifusión, de las fijaciones de sus emisiones, con independencia de que éstas se transmitan por procedimientos alámbricos o inalámbricos, inclusive por cable o satélite».

La nueva (Propuesta de) Directiva otorga a los autores, con carácter general, un derecho exclusivo a autorizar o prohibir las reproducciones, ya que, salvo en programas de ordenador y bases de datos, no gozaban en el ámbito comunitario de un derecho armonizado de reproducción.

El concepto de derecho de reproducción incluye tanto la fijación en cualquier tipo de soporte para su distribución o comunicación, como los actos de reproducción de la obra directa e indirectamente, ya sea de forma temporal o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma. Esta disposición también deja sentado que el derecho de reproducción no se verá afectado por la distancia existente entre el lugar en que se encuentre la obra original y el punto en que se haga una copia de la misma.

La reproducción «directa» incluye la reproducción de una obra o cualquier otro material afín protegido en el mismo medio o en un medio diferente, sin ninguna fase intermedia. El término «reproducción indirecta» abarca las reproducciones efectuadas a través de una fase intermedia.

La mención a la reproducción «temporal o permanente» pretende aclarar el hecho de que en el entorno de la red se pueden dar muchos tipos distintos de reproducción y que todos ellos constituyen actos de reproducción en el sentido de lo dispuesto en esta disposición. Así el resultado de una reproducción suele ser una copia tangible permanentemente en un documento, pero también puede ser una copia que tras el transcurso de un periodo de tiempo se haga invisible en la memoria del ordenador. Con esta nueva regulación, guiada por el deseo de marcar un elevado grado de protección, queda claro que las copias temporales (que desaparecen de la memoria del ordenador transcurrido un tiempo), al igual que las permanentes, están englobadas en el derecho de reproducción.

El derecho de reproducción consagrado en dicho artículo se aplicará también a otros titulares de derechos reconocidos en el acervo comunitario. Esta solución garantiza a los artistas intérpretes y ejecutantes, productores de fonogramas y películas y a los organismos de radiodifusión el mismo nivel de protección de sus obras o trabajos afines por lo que respecta a los actos protegidos por el derecho de reproducción.

Dichos titulares de derechos gozaban ya de un derecho exclusivo de reproducción con arreglo al artículo 7 de la Directiva sobre alquiler y préstamo. Pero esta última disposición, sin embargo, aportaba una definición muy general del alcance del derecho, sin tener en cuenta todavía el nuevo entorno electrónico. De ahí que por razones de seguridad jurídica y de coherencia con el acervo comunitario sobre el derecho de reproducción aplicado a los programas de ordenador y bases de datos, se derogue el artículo 7 de la Directiva de alquiler y préstamo, tal y como dispone el artículo 10-1 de la Propuesta, y se sustituya por el presente artículo.

Por último, conviene recordar que dentro del proceso de elaboración de los nuevos Tratados OMPI, se entiende que la definición contenida en el apartado 1º del artículo 9 del Convenio de la Unión de Berna (CUB), según el cual «los autores de obras literarias, artísticas o científicas gozarán del derecho exclusivo de autorizar la reproducción de sus obras por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma», es válida también a efectos de los procedimientos

electrónicos y engloba las reproducciones realizadas por procedimientos digitales, por lo que fue incorporada a las disposiciones del TODA, en su artículo 1-4.

La definición genérica contenida en el apartado 1 del artículo 9 ha servido también para definir el derecho de reproducción de los artistas, intérpretes y ejecutantes y productores de fonogramas (artículos 7 y 11 TOIEF) (Artículo 7 «Los artistas intérpretes o ejecutantes gozarán del derecho exclusivo de autorizar la reproducción directa o indirecta de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, por cualquier procedimiento o bajo cualquier forma»).

Artículo 11 «Los productores de fonogramas gozarán del derecho exclusivo de autorizar la reproducción directa o indirecta de sus fonogramas, por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma»).

En definitiva, se establece una definición amplia del derecho de reproducción para cubrir todos los posibles actos de reproducción, especialmente la digitalización de una obra o la carga o descarga por teleproceso de una obra en o desde la memoria de un ordenador, ya sea en línea o fuera de línea, de forma tangible o intangible. Dicha definición se ajusta al enfoque del acervo comunitario y está basada también en la propuesta presentada por la Comunidad y sus Estados miembros durante la conferencia diplomática de la OMPI, celebrada en diciembre de 1996.

2. El Derecho de comunicación al público incluido el Derecho a poner a disposición del público obras u otros trabajos protegidos

Los avances tecnológicos han permitido poner a disposición del público las obras protegidas y otros trabajos afines mediante nuevas formas que difieren considerablemente de los métodos tradicionales de explotación.

Esto ocurre concretamente en el caso de explotación en línea, a través de redes, de obras protegidas por la propiedad intelectual; en particular, de la realizada “a la carta” (*on demand*). Estas transmisiones “a la carta” consisten en que una obra o trabajo aún almacenado de forma digital se pone a disposición de las personas interesadas de forma interactiva, esto es, de modo que éstas pueden acceder a la obra y solicitar su transmisión desde el lugar y en el momento en que ellas mismas elijan.

La respuesta jurídica para tutelar estos nuevos actos de explotación, y en particular las obras *on demand* a través de redes de comunicación, no era fácil, pues la legislación de los Estados miembros sobre derechos de autor y derechos afines no prevé de forma explícita ningún derecho específico que cubra tal actividad. Y de los derechos existentes, el derecho de distribución sólo resulta de aplicación a copias físicas y no cubre el acto de transmisión. El derecho de reproducción tampoco cubre el acto de transmisión en sí mismo, sino únicamente las reproducciones que tienen lugar con ocasión de dichos actos, ya sea antes de la puesta a disposición (digitalización de una obra) o con posterioridad a la misma (carga o descarga por teleproceso de una obra en o desde la memoria de un ordenador).

Así, durante la preparación y adaptación de los dos nuevos tratados de la OMPI, todos los Estados estuvieron de acuerdo en que las nuevas formas de explotación debían estar cubiertas por un derecho de control de la comunicación al público o por un derecho de esta naturaleza.

Sin embargo, este derecho no responde al mismo concepto en todos los Estados miembros, pues la legislación de dichos Estados prevé más bien una serie de derechos específicos de características muy dispares que forman parte integrante del derecho de comunicación al público (derecho de ejecución y representación, derecho de comunicación al público mediante sonido o grabaciones audiovisuales, derechos de comunicación al público por medios inalámbricos, derecho de radiodifusión, derecho a incluir una obra en un programa de cable...).

A ello hay que unir el hecho de que las disposiciones vigentes en los Estados miembros sobre comunicación al público no siempre protegen a la misma categoría de obras y trabajos afines, lo que puede provocar importantes lagunas jurídicas a la hora de aplicarlas a esta nueva forma de explotación “a la carta”.

Además, los Estados miembros interpretan de forma distinta el término público y por ello, en algunos Estados miembros, las transmisiones a la carta podrían considerarse comunicaciones no dirigidas al público y no quedar cubiertas por este derecho.

Como consecuencia directa de tal constatación, el artículo 8 TODA amplía a todas las categorías de obras el tradicional derecho exclusivo de los autores de comunicación al público no interactiva, por medios alámbricos e inalámbricos. Además, establece de forma explícita que el derecho de comunicación al público incluye «la puesta a disposición al público de obras, por medios alámbricos e inalámbricos de tal forma que cualquier persona puede acceder a la misma desde el lugar o en el momento en que ella misma elija». Esta parte del derecho se refiere a la nueva actividad interactiva, y su redacción refleja la propuesta sobre esta cuestión realizada por la Comisión Europea y sus Estados miembros durante las negociaciones.

Para los intérpretes y productores de fonograma, y con el fin de establecer también un adecuado nivel de protección por lo que respecta al nuevo contexto interactivo, el TOIEF introduce un derecho exclusivo equivalente de “puesta a disposición” en beneficio de intérpretes y productores de fonogramas.

La Unión Europea, en el artículo 3 de la Propuesta de Directiva, influido por el artículo 8 TODA y el TOIEF, dispone que:

«1. Los Estados miembros concederán a los autores el derecho exclusivo a autorizar o

prohibir cualquier acto de comunicación al público de los originales y copias de sus obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, incluida la puesta a disposición al público de sus obras, de tal forma que cualquiera persona pueda acceder a las mismas desde el lugar y en el momento en que ella misma elija.

2. Los Estados miembros concederán el derecho exclusivo a autorizar o prohibir la puesta a disposición de público, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda tener acceso a ellos desde el lugar y en el momento que elija:

- a) a los artistas, intérpretes o ejecutantes, de las fijaciones de sus actuaciones.
- b) a los productores de los fonogramas, de sus fonogramas.
- c) a los productores de las primeras fijaciones de películas, del original y de las copias de sus películas, y
- d) a los organismos de radiodifusión, de las fijaciones de sus emisiones, con independencia de que éstas se transmitan por procedimientos alámbricos o inalámbricos, inclusive por cable o satélite.

3. Ningún acto de comunicación al público de una obra u otros trabajos contemplados en el apartado 2, incluida su puesta a disposición al público, podrá dar lugar al agotamiento de los derechos a que se refiere los apartados 1 y 2.

4. El simple suministro de instalaciones físicas para facilitar o realizar una comunicación, en sí mismo, no representa una comunicación al público en el sentido del presente artículo».

Dicho precepto concede a los autores un derecho exclusivo general a autorizar o prohibir toda comunicación al público sobre el original o copias de las obras siempre que éstas se hayan obtenido de modo lícito, dentro del ámbito de la cesión y límites del derecho de autor.

Igualmente puede ocurrir que un acto de comunicación al público requiera de una serie de actos de transmisión y reproducción, como, por ejemplo, el almacenamiento temporal de una obra, que estaría incluido en el derecho de reproducción (artículo 2 de la Propuesta). En todo caso, cuando la obra se comunique al público en cualquier momento de la transmisión o al término de la misma, incluso mediante exhibición pública en pantalla, todo acto de comunicación de este tipo deberá ser autorizado por el autor o por el titular legítimo del derecho de comunicación pública.

El derecho de comunicación pública engloba todas las formas de comunicación al público y todas las categorías de obra, en la medida en que aún no se contemplan en el acervo comunitario, y comprenderá cualquier medio o proceso de comunicación, tanto por procedimientos alámbricos como por procedimientos inalámbricos, distinto de la distribución de copias físicas.

Eso sí, con el fin de lograr una mayor seguridad, el apartado 3 del artículo 3 reitera que la retransmisión en línea de una obra o trabajo afín protegido, aún cuando se produzca con el consentimiento del titular, no agota el derecho de comunicación al público de una obra o trabajo afín, ya sea por procedimientos alámbricos o inalámbricos, con lo cual, es un acto que se puede repetir un número indefinido de veces y siempre exigirá autorización del titular de los derechos de propiedad intelectual, dentro de los límites legalmente establecidos.

Esta disposición no es más que una aclaración de la situación jurídica vigente a nivel comunitario, puesto que recuerda que la prestación de servicios no da lugar al agotamiento del derecho de autor. Agotamiento que en el ámbito de los derechos de autor sólo se da para el territorio de la Unión Europea por la venta de ejemplares (Derecho de distribución) y cuya problemática abordaremos en el ámbito de dicho derecho.

La segunda parte del apartado 1 del artículo 3 de la propuesta de Directiva, al igual que en el artículo 8 TODA incluye un “derecho a poner a disposición del público obras u otros trabajos protegidos”, por procedimientos “alámbricos e inalámbricos”, de tal forma que cualquier persona puede acceder a las mismas desde el lugar y el momento en que ella elija.

Este derecho de puesta a disposición del público, con sustantividad propia, si bien integrado en el derecho de comunicación al público, incluye sin ningún género de dudas la explotación de las obras a la carta a través de redes de comunicación o por cualquier otro medio.

Además, se aclara y unifica otra de las cuestiones más controvertidas, como era el concepto de “público”, el cual incluye a toda persona que *individualmente* pueda acceder a las obras desde el lugar y en el momento en que ella misma elige.

La cuestión fundamental para que se produzca el acto de comunicación pública, como ya se

subrayó durante la Conferencia Diplomática de la OMPI, estriba en la previa “puesta a disposición al público de la obra”. Es decir, la oferta de una obra en un medio de acceso al público (integrado por personas físicas), o dicho con otras palabras, la puesta a disposición de la obra permitiendo el acceso a ella y que precede a la fase de su auténtica “transmisión a la carta”.

Eso sí, como se aclara en las Declaraciones Concertadas del TODA, el simple suministro de instalaciones para facilitar o realizar una comunicación no representa en sí una comunicación en el sentido del TODA o del Convenio sobre la Unión de Berna; de ahí la mención del punto cuarto del artículo 3 de la Propuesta.

Pero este “derecho de puesta a disposición al público” no puede incluir otras nuevas formas de explotación de obras protegidas, tales como la televisión de pago o pago por visión, por no darse el requisito de la “elección individual”. Y lo mismo ocurre con el denominado casi-vídeo-a-la-carta, en el que la oferta de un programa no interactivo se emite varias veces paralelamente en breves intervalos y se caracteriza por que el usuario sólo tiene la posibilidad de acceder a un determinado programa que se emite al público con independencia de su solicitud individual; si bien dichas explotaciones pueden entenderse comprendidas, en los distintos ordenamientos, en el derecho de comunicación pública.

Lo que sí estaría incluido en el ámbito de este “derecho de puesta a disposición al público” serían los actos de explotación en el que varias personas sin relación alguna (personas físicas) dispongan del acceso desde puntos diferentes y en distintos momentos a una obra que se encuentra en un lugar de acceso al público.

Los derechos que en el apartado 1 se conceden a los autores, el artículo 2 los extiende a otros titulares, siguiendo e incluso superando la línea trazada por el Tratado de la OMPI (en particular el TOIEF). Ello está justificado por la gran repercusión económica que las nuevas formas de uso tendrán en la explotación de los trabajos protegidos por titulares de derechos afines, ya que la apertura al público de una base de datos para la oferta directa “a la carta”, por ejemplo, de música grabada, producciones audiovisuales o productos multimedia mediante redes a ordenadores domésticos u otras unidades digitales puede sustituir fácilmente las ventas directas de copias en soporte físico de este tipo de trabajos; y entraña también mayor riesgo de piratería. Por todo ello, a los titulares de los derechos afines se les concede paralelamente derechos exclusivos de reproducción y de “puesta a disposición al público”.

El derecho de puesta a disposición establecido en el apartado 2 del artículo 3, al igual que el apartado 1 en relación con los autores, tiene la misma extensión y límites, comprende la puesta a disposición de estos trabajos por procedimientos alámbricos e inalámbricos, y se circunscribe a situaciones en las que se ofrece el trabajo desde un punto y en un momento escogidos individualmente, es decir, interactivo y “a la carta”.

3. El derecho de distribución y el problema de su agotamiento

En consonancia con el apartado 1º del artículo 6 TODA y con vistas a promover el mercado interior en lo que atañe al objeto del derecho de propiedad intelectual, el apartado 1º del artículo 4 de la Propuesta dispone que «los Estados miembros concederán a los autores, respecto del original de sus obras o copias de las mismas, un derecho exclusivo sobre toda forma de distribución al público, ya sea mediante venta o por cualquier otro medio».

De este modo, se armoniza el derecho de distribución de los autores de todo tipo de obras en todos los casos en los que todavía no se había llevado a efecto.

Pero la trascendencia de dicho precepto se encuentra en el apartado 2º del artículo 4 de la Propuesta, en el que armoniza el agotamiento del derecho de distribución en relación con la venta de ejemplares de una obra (*first sale doctrine*).

El problema que existía de fondo y que queda ahora zanjado era saber si la venta del original o copia fuera de la Comunidad Europea suponía el agotamiento o extinción del derecho de distribución en las sucesivas ventas (agotamiento internacional).

Las normas comunitarias existentes descartaban ya el agotamiento internacional para las zonas de protección cubiertas y se decantaban exclusivamente el “agotamiento comunitario”. Las Directivas sobre programas de ordenador y bases de datos, así como la de topografía de productos semiconductores habían sentado un precedente en ese sentido, al igual que la Directiva sobre derechos de alquiler, y la interpretación que se les debe dar es que no permiten el agotamiento del derecho a escala internacional.

Con todo, la base o fundamento de este principio de agotamiento comunitario se encuentra en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, que es la que ha inspirado la legislación comunitaria arriba descrita y que conciliando el principio de libre circulación de mercancías en la Comunidad con el de protección del objeto específico de los derechos de propiedad intelectual, determina que el derecho de distribución debe agotarse con la primera venta del artículo en la Comunidad, siempre que, como en el caso del agotamiento nacional, la venta sea efectuada por el titular del derecho o con su consentimiento (agotamiento comunitario).

Sin embargo, determinados Estados miembro no habían establecido límites territoriales al principio de agotamiento, lo que permitía aplicar el agotamiento internacional en algunos casos, de forma que la primera venta de un artículo en cualquier lugar del mundo por el titular del derecho o con su consentimiento agotaba el derecho de distribución. Mientras que otros seguían defendiendo el agotamiento nacional y no reconocían los efectos del agotamiento a ventas realizadas en otros Estados miembros.

El artículo 4.2 de la Propuesta de Directiva resuelve definitivamente el problema y se decanta exclusivamente por el agotamiento comunitario, excluyendo terminante el agotamiento internacional y el nacional. En concreto, dispone dicho precepto que «el derecho de distribución respecto del original de las obras o de las copias de las mismas no se agotará en la Comunidad en tanto no sea realizada en ella la primera venta u otro tipo de cesión de la propiedad del objeto por el titular del derecho o con su consentimiento».

Así, por ejemplo, si alguien adquiere los ejemplares de una obra en un Estado de la Unión Europea del titular legítimo o con su consentimiento, dicha venta se considera “primera venta” en la Unión Europea, con lo que se extingue el derecho de distribución para las ventas sucesivas en la Unión Europea, con lo cual, si luego los vende en otro Estado miembro, esta segunda venta no devengará el derecho de distribución por venta por haberse agotado (agotamiento comunitario). Pero si adquiere los ejemplares fuera de la Unión Europea, dicha adquisición no es considerada primera venta en el ámbito de la Unión Europea al no admitirse el agotamiento internacional, con lo que si luego revende dichas obras en un Estado de la Unión Europea, deberá pagar los derechos de distribución al titular legítimo de los derechos de propiedad intelectual en dicho Estado.

Para terminar, conviene señalar que el artículo 6-2 TODA establece que ninguna disposición

del Tratado podrá limitar la libertad de las Partes contratantes para determinar las condiciones en que se aplicará el agotamiento nacional o de la copia de la obra con autorización del autor. Con lo cual, el agotamiento comunitario entra dentro de las prerrogativas concedidas por el TODA a los Estados miembro.

En definitiva, el artículo 4.2 de la Propuesta excluye el agotamiento internacional y del agotamiento nacional, y se decanta por el “agotamiento comunitario” con carácter general para todas las categorías de obras, con lo que se pone fin a las distorsiones hasta ahora existentes en los intercambios de tales bienes y a la compartimentación del mercado interior en mercados y territorios nacionales separados. Se garantiza así un correcto funcionamiento del mercado común, que no podría darse si los Estados miembros aplicasen regímenes jurídicos distintos por lo que respecta al agotamiento de la propiedad intelectual, ya que sería una barrera al comercio que podría conllevar un falseamiento de la competencia.

test a los derechos de explotación

La Propuesta de Directiva dedica buena parte de su contenido a las excepciones de los derechos de explotación y, en concreto, a los límites a los derechos de reproducción y comunicación pública, si bien lo hace como un primer paso en la armonización comunitaria en esta materia y con el deseo de que los Estados logren aplicar con coherencia las muchas limitaciones que en el texto se sugieren, pues esta cuestión será examinada en un futuro.

El problema de la armonización de los límites de los derechos de reproducción y comunicación al público viene resuelto en el extenso artículo 5 de la Propuesta de Directiva, que tiene como circunstancia destacable la aplicabilidad de sus preceptos a los soportes digitales (diferenciándolo de los analógicos).

Por lo que respecta a la estructura, el artículo 5 distingue entre excepciones o limitaciones obligatorias, en atención a su mayor impacto en el mercado interior, y excepciones o limitaciones voluntarias, las cuales podrán ser libremente introducidas por los Estados miembros a escala nacional y, si así lo deciden, deberán reunir las condiciones enumeradas en la Directiva y en los instrumentos internacionales, tales como “la prueba a tres fases” contenida en el art. 9-2 de la Convención de la Unión de Berna, pues las excepciones y limitaciones contempladas en los apartados 1, 2, 3 y 3 *bis* del artículo 5 únicamente se aplicarán en los casos específicos y no deberán interpretarse de modo que puedan aplicarse de tal manera que «los intereses legítimos de los titulares de derechos se vean perjudicados injustificadamente, ni de manera contraria a la explotación normal de sus obras u otros trabajos afines». Con lo cual, se vincula a todas las excepciones y limitaciones contenidas en dicho precepto y consagra la exigencia de la llamada “prueba de tres fases” del artículo 9-2 CUB.

4.1. La excepción obligatoria

Únicamente el apartado 1 del artículo 5 introduce una excepción obligatoria al derecho de reproducción para determinados actos técnicos de reproducción que formen parte integrante de un proceso tecnológico y cuya finalidad consista en ejecutar otro acto de explotación de una obra.

En concreto, se dispone que «el (derecho de reproducción) no se aplicará a los actos de reproducción temporal a que se refiere el artículo 2, cuando formen parte de un *proceso tecnológico cuya finalidad consista en facilitar el uso de la obra u otro trabajo*, y que no tengan por sí mismos una significación económica independiente».

La finalidad del apartado 1 del artículo 5 es excluir del ámbito del derecho de reproducción determinados actos dictados por la tecnología, pero que carecen por sí mismo de un valor económico significativo.

Se trata de reproducciones efímeras, subordinadas al uso final de una obra, que se producirán en la mayor parte de los actos de explotación del material protegido, y que normalmente presentará carácter transaccional. Por ejemplo, cuando se transmite un “vídeo a la carta” desde una base de datos situada en Alemania a un ordenador doméstico en España (o viceversa), esta recuperación implicará una copia del vídeo, en primer lugar, en la base de datos y, posteriormente, y por término medio, hacia un mínimo de cien actos de almacenamiento, a menudo efímeros, a lo largo de la Transmisión a España. Si la situación divergiera sustancialmente en los distintos Estados miembros, dándose el caso de que algunos exigiesen autorización para tales actos subordinados, existiría un riesgo importante de obstaculización de la libre circulación de obras y servicios y, en particular, de los servicios en línea que incluyeran objetos protegidos.

Esta excepción afecta al entorno en línea, aunque también los actos de reproducción que tengan lugar en el contexto del uso de un material protegido en formatos fuera de línea.

Por último señalaré que cuando se aplique esta excepción, o cualquiera otra contemplada en este artículo, es evidente que también se ha de observar la “prueba a tres fases”, como se establece en el apartado 4 de este artículo.

En definitiva, se crea una excepción obligatoria para permitir determinados actos de

reproducción provisionales, tales como las reproducciones transitorias y accesorias que formen parte integrante e indispensable de un proceso tecnológico de desarrollo con el único objeto de permitir la utilización de una obra o de otros materiales protegidos y que no tengan en sí valor económico; incluyendo esta excepción los actos de creación de ficheros "cache" o de navegación.

////////////////////////////////////Empieza Paco

4.2. Excepciones voluntarias al derecho de reproducción, distribución y comunicación al público

Las letras a) b) b) *bis*, c) y d) del apartado 2 del artículo 5 establecen excepciones voluntarias, y por tanto opcionales, para los Estados miembros al derecho de reproducción.

De todas ellas merece destacarse la contemplada en letra a) del apartado 2 del artículo 5 autoriza a los Estados miembros a mantener o introducir una excepción para la reproducción del tipo fotoimpresión ("reprografía"). Esta disposición se circunscribe únicamente a la reprografía, es decir, a las técnicas que permiten realizar un facsímil o reproducción sobre papel. No se centra pues en la técnica empleada sino en el resultado obtenido, que ha de ser en papel.

Las letras b) y b) *bis* del apartado 2 del artículo 5 establecen excepciones al derecho de reproducción para uso privado, incluyendo tanto las copias realizadas en soporte analógico como en soporte digital.

Esta disposición deja a los Estados la posibilidad de mantener o introducir excepciones para este tipo de reproducciones, siempre que se haga para uso privado del copista, sin obtención de lucro y con respeto a "la prueba de tres fases"; garantizándose en tal caso un derecho de remuneración compensatoria o, como dice la Propuesta, compensación equitativa a los titulares legítimos de los derechos de propiedad intelectual.

Así pues, la copia privada, tanto analógica como digital, se ha de efectuar sin fines lucrativos, ya que, de lo contrario, constituiría un acto de piratería. Pero no basta con ello, sino que debe de hacerse para "uso privado", cuyo interpretación en el acervo comunitario queda ahora aclarada con la referencia al carácter "exclusivamente personal"; con lo que queda excluido expresamente el uso colectivo aunque se realice en un ámbito privado.

Con todo, la novedad principal se encuentra en la separación entre copia privada realizada en soporte digital y copia privada realizada en soporte analógico. Ello es así porque se piensa que la incidencia económica de la copia privada digital en la explotación de las obras intelectuales será mucho mayor, con lo cual, el derecho de remuneración a los titulares de la propiedad intelectual por este concepto será también más cuantioso, ya que, en principio, la tecnología digital permite a los consumidores realizar múltiples copias privadas con la misma calidad que el original.

5. El problema de la integridad de la identificación técnica y su protección

Las nuevas tecnologías en el sector de la comunicación entrañan nuevos riesgos de piratería, con lo cual será necesario lograr una protección efectiva frente a los actos ilegales de explotación y, a la vez, identificar el material protegido diseminado por las redes y a su correspondiente titular.

Tendiendo en cuenta que, en función de su diseño, los sistemas de protección e identificación pueden procesar datos personales sobre los hábitos de consumo de los usuarios individuales con relación a los trabajos protegidos, permitiendo así rastrear el comportamiento en línea, es necesario garantizar el respeto del derecho a la intimidad de las personas. Por lo tanto, estas medidas tecnológicas deben incorporar a sus funciones técnicas dispositivos que protejan la intimidad con arreglo a la Directiva sobre protección de datos.

La idea principal de la referida Propuesta es la armonización de los derechos de propiedad intelectual. Sin embargo, la tecnología aportará asimismo soluciones, a través de las medidas de carácter tecnológico, destinadas a proteger la explotación de las obras contra actos no autorizados, así como información electrónica que acompañará a las obras u otros trabajos afines para facilitar la gestión de los derechos.

Ahora bien, se prevé que paralelamente al desarrollo y la utilización de los regímenes de protección e identificación surgirá un mercado de dispositivos pirata que permitirá o facilitará la elusión o la supresión ilegal de dichos regímenes. Los sectores afectados han hecho hincapié en la necesidad de atajar este riesgo mediante la adopción a escala nacional e internacional de una norma específica que garantice una protección jurídica rápida y eficaz de los regímenes de identificación y protección.

En la actualidad, las legislaciones de los Estados miembros de la UE no suelen contemplar disposiciones que cubran este aspecto, y en los casos en que se contempla, éstas revisten un carácter muy general. Si bien todos los Estados miembros están por lo general a favor del desarrollo de regímenes de protección e identificación técnica.

A escala internacional, la cuestión se discutió con motivo de las negociaciones de la OMPI sobre determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines. Los dos nuevos tratados de la OMPI incluyen disposiciones paralelas sobre “medidas tecnológicas” y sobre “obligaciones relativas a la información sobre gestión de los derechos”. La primera prohíbe la elusión de las medidas tecnológicas utilizadas por los titulares de derechos de autor o derechos afines en relación con el ejercicio de sus derechos. La segunda impide la supresión o alteración de determinada información electrónica sobre la gestión de los derechos que acompañan a una obra u otro trabajo afín.

En concreto, el artículo 11 TODA dispone que «las partes contratantes proporcionaran protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos contra la acción de eludir las medidas tecnológicas efectivas que sean utilizadas por los autores en relación con el ejercicio de sus derechos en virtud del presente Tratado y que, respecto de sus obras, restrinjan actos que no estén autorizados por los autores concernidos o permitidos por la ley» El artículo 18 TOIEF reitera el mismo texto, cambiando únicamente el ámbito de los sujetos (artistas, intérpretes o ejecutante y productores de fonogramas).

En es misma línea el Capítulo III de la Propuesta, rubricado «protección de las medidas tecnológicas e información para la gestión de derechos», se contienen el artículo 6 sobre “obligaciones relativas a las medidas tecnológicas” y el artículo 7, rubricado “obligaciones relativas a la información para la gestión de los derechos”.

Por lo que respecta a la disposición que aborda las medidas tecnológicas, su redacción se ha inspirado principalmente en las disposiciones correspondientes a los TODA y TOIEF, conservando un elemento de flexibilidad que otorga a los Estados miembros la libertad de aplicar el principio de acuerdo con sus tradiciones jurídicas nacionales.

No obstante, la disposición pretende lograr al mismo tiempo unas normas más específicas y transparentes, y no tiene exclusivamente como finalidad “la elusión de medidas tecnológicas” como en los Tratados OMPI, sino que abarca cualquier actividad, incluidas las de preparación, tales como fabricación y distribución, así como los servicios que faciliten o permitan la elusión de tales dispositivos.

Se trata de un elemento fundamental, dado que el peligro para los derechos de propiedad intelectual no será el simple hecho de la elusión por parte de personas concretas, sino los actos a gran escala llevados por empresas comerciales que podrían fabricar, vender, alquilar o anunciar dispositivos de elusión (tales como decodificadores, descriptores...).

Al igual que sucede en los tratados OMPI, la disposición consta de un elemento relativo a la "eficacia" técnica de la medida, que se define más adelante. Ello implica que los titulares están obligados a demostrar la eficacia de la tecnología escogida para obtener protección. Así pues, quedan excluidos de protección aquellas actividades llevadas a cabo sin que se sepa con total seguridad si permitirán la elusión de los dispositivos tecnológicos de protección.

Por otro lado, cubre exclusivamente aquellas actividades y servicios cuya finalidad o empleo comercial, al margen de la elusión, sean limitados. Esta solución garantiza que los servicios y equipos electrónicos generales no adquieren carácter ilegal por el mero hecho de poder utilizarse asimismo para burlar los sistemas de protección frente a la copia y dispositivos similares.

Por último, la disposición prohíbe las actividades destinadas a infringir los derechos de autor, derechos afines o derechos *sui generis* en bases de datos protegidas, con lo cual no se refiere a cualquier elusión de los medios técnicos de protección, sino exclusivamente aquellos que constituyen violación de un derecho; es decir, que no están autorizadas por la ley o por el autor.

Por lo que respecta a la información para la gestión de los derechos, la propuesta se ajusta a la estructura de los artículos pertinentes a los nuevos tratados de la OMPI (art. 12 TODA y artículo 19 TOIEF) lo que ofrece a los Estados miembros la flexibilidad adecuada en la ejecución.

El artículo 12 TODA dispone lo siguiente:

«1. Las partes contratantes proporcionarán recursos jurídicos efectivos contra cualquier persona que, con conocimiento de causa, realice cualquiera de los siguientes actos sabiendo o, con respeto a recursos civiles, teniendo motivos razonables para saber que induce, permite, facilita o oculta una infracción de cualquiera de los derechos previstos en el presente Tratado o en el Convenio de Berna:

i) Suprima o altere sin autorización cualquier información electrónica sobre la gestión de los derechos».

ii) distribuya, importe para su distribución, emita, o comunique al público, sin autorización, ejemplares de obras sabiendo que la información electrónica sobre la gestión ha sido suprimida o alterada sin autorización.

2) A los fines del presente artículo, se entenderá por "información sobre la gestión de los derechos" la información que identifica la obra, o información sobre los términos y condiciones de utilización de las obras, y todo código o número que represente tal información, cuando cualquiera de estos elementos de información estén adjuntos a un ejemplar de una obra o figuren en una relación con la comunicación al público de una obra».

En idénticos términos se pronuncia el artículo 19 TOIEF para los artistas intérpretes y ejecutantes y productores de fonogramas

Su único objetivo consiste en la protección de la información para la gestión de derechos electrónicos y no abarca todo los tipos de información que podrían estar asociados al material protegido.

Además, la actividad debe llevarse a cabo "sin autorización". Por lo tanto, no cubrirá la supresión o alteración de la información para la gestión de derechos realizadas con el permiso de su titular (o su intermediario) o permitida o incluso exigida por la ley, como, por ejemplo, por razones de protección de la intimidad personal.

IV. CONCLUSIÓN

El Derecho de autor puede adaptar sus preceptos, sin grandes traumas y con pleno respeto a sus principios y fundamentos básicos, al ámbito de la explotación de las creaciones intelectuales a través de las nuevas tecnologías. Tan sólo es necesario modificar algunos aspectos concretos, especialmente en el ámbito de los derechos de explotación y sus límites para garantizar un adecuado índice de protección; tal y como se ha puesto de manifiesto en las iniciativas de la Unión Europea y en los Tratados de la OMPI.

Así, es necesario configurar un concepto amplio de derecho de reproducción, que cubra los primeros pasos y, en su caso, los momentos finales de la explotación de una obra *on line*; esto es, la carga o descarga por teleproceso de una obra en o desde la memoria de un ordenador por el usuario.

También es necesario configurar los derechos patrimoniales de tal modo que incluyan la puesta a disposición "a la carta" a través de redes. Dicho derecho es el de "puesta a disposición al público", cuya ambigua redacción, tanto en el texto de la Directiva como en el texto de los tratados OMPI, no permite saber si es o no un derecho distinto del de comunicación pública. Pero parece que si bien está incluido o debe incluirse en el derecho de comunicación pública tiene un carácter propio y autónomo; lo que se traduce en la práctica en que en los casos de explotación *on demand*, ya sea previa reproducción de la obra ya sea previa comunicación pública, el titular del derecho de propiedad intelectual lo sea también de este derecho y por ello deba consentir el acto necesario de "puesta a disposición al público" junto con el resto de derechos de explotación afectados.

Además, es necesario garantizar la explotación efectiva de las obras *on line* a través de mecanismos tecnológicos y de información para la gestión de los derechos de autor, creando, además, una vía de protección frente aquellos que fabriquen o distribuyan dispositivos que tengan como única finalidad eludir el control en la explotación de los derechos o permitir el acceso de forma incontrolada burlando los dispositivos técnicos instalados a tal efecto.

Por último se requiere un elevado de homogeneidad en las regulaciones nacionales de los distintos límites del derecho de autor, así como en la delimitación del agotamiento del derecho de distribución.

BIBLIOGRAFÍA

- BONDÍA ROMÁN, F., y RODRÍGUEZ TAPIA, J.M., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Ed. Civitas, Madrid, 1997, págs. 187 y ss
- CASTRO CATRO, C., et alli, *Nuevas tecnologías y propiedad intelectual*, coord. Rogel Vide Ed. Aisge y Reus, Madrid, 1999, págs. 71 y ss.
- Comentarios a la Ley de Propiedad*, dirigidos por R. Bercovitz, Ed. Tecnos, págs. 653 y ss.
- Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Ed. Edersa, Madrid, 1997, págs. 603 y ss
- CORRALES, D., «Programas de computador, sistemas multimedia e interactividad», *Num nuovo mundo do Direito de Autor*, II Congreso Iberoamericano de derechos de autor y derechos conexos, Ed. Cosmes, Lisboa, 1994, págs. 671 y ss.
- DELGADO PORRAS, A., «La propiedad intelectual ante la tecnología digital: Las obras multimedia», *Los derechos de propiedad intelectual en la nueva sociedad de la información*, Ed. Comares, Granada, 1998.
- ESTEVE PARDO, A., *La obra multimedia en la legislación española*, Ed. Aranzadi, 1997, págs. 25 y ss.
- FERNÁNDEZ MASIÁ, E., CARRASCO PERERA, A., et ALII, *Los derechos de propiedad intelectual en la nueva sociedad de la información*, Ed. Comares, Granada, 1998.
- FRANÇON, A., «La conferencia diplomática sobre ciertas cuestiones de derechos de autor y derechos conexos, (Ginebra, 2 a 20 de diciembre de 1996)», *RIDA*, abril 1997, nº 172, págs. 62 y ss.
- GINSBURG, J., «Puttinng Cars on the "Information Superhighway": author, exploiters and copyright in Cyberspace», *The Future of Copyrigh in a Digital Environment*, Ed. Kluwer, La Haya, Londres, Boston, 1996, págs. 201 a 203.
- GÓMEZ SEGADE, J.A., «Propuesta de Directiva sobre determinados de los Derechos de autor y Derechos afines en la sociedad de la información» *Nuevas tecnologías y propiedad intelectual*, coord. Rogel Vide Ed. Aisge y Reus, Madrid, 1999, págs. 17 y ss
- KREILER R., Y BECKER, J., «Multimedia und die Praxis der Lizenzierung von Urheberrechten», *GRUR Int.*, 1996, nº 6, págs. 691 y ss.
- LOEWENHEIM, U., «Multimedia and European copyright Law», *IIC*, nº 1996, págs. 41 y ss.
- MACKAAY, E., «The Economics for Emergent Property Righths on the Internet», *The Future of Copyrigh in a Digital Environment*, Ed. Kluwer, La Haya, Londres, Boston, 1996, págs. 16 y ss.
- MASSAGUER, J., y SALELLES, J.R., «El Derecho de la propiedad intelectual ante los desafíos del entorno digital. Perspectivas generales y problemas particulares para las Bibliotecas», *RGD*, Septiembre, 1997, págs. 10932 y ss.
- SPOOR, J. H., «The Copyright Approach to Copying on the Internet: (Over)Stretching the Reproduction Right?», *The Future of Copyrigh in a Digital Environment*, Ed. Kluwer, La Haya, Londres, Boston, 1996, págs. 67 y ss.
- VANDOREN, P., «Copyright and Related Rights in the Information Society», *The Future of Copyrigh in a Digital Environment*, Ed. Kluwer, La Haya, Londres, Boston, 1996, págs. 153 y 154.
- VON LEWINSKI, S., «A Successful Step towards Copyright and Related Rights in the information age: The New E.C. Propossal for a Harmonisation Directive», *EIPR (European Intellectual Property Review)*, abril, 1998, págs. 138 y ss