

# EL MONOPOLIO JURÍDICO DEL AUTOR EN LAS REDES ABIERTAS: BREVE APUNTE SOBRE SUS PARADOJAS\*

*Sara Martín Salamanca.\*\**

Doctora en Derecho. Área de Derecho Civil.  
Universidad Carlos III de Madrid.

SUMARIO: I. LOCALIZACIÓN DEL TEMA: EL NEXO ENTRE EL COMERCIO ELECTRÓNICO Y LA PROPIEDAD INTELECTUAL.- II. EL ESQUEMA TRADICIONAL.- III. NUEVAS TECNOLOGÍAS: NUEVOS RETOS.- 1.- Situación normativa.- 2.- Novedades jurídicas.- A. ¿Cambia el supuesto de hecho?- B. La nueva consecuencia jurídica o las paradojas de los nuevos límites al derecho de autor.- IV.- CONCLUSIONES Y FIN.-

El presente trabajo toma como punto de partida el desarrollo del derecho de propiedad intelectual (en general y, más en concreto, para España) que se perfila a la luz de la última regulación elaborada por la Unión Europea: la Directiva 2001/29/CE. Las novedades que se localizan en una nueva concepción de los límites al derecho de propiedad intelectual son uno de los puntos más controvertibles. Y en ello se centra el análisis crítico que se presenta. ¿Se ha dado vía, en las previsiones de la nueva Directiva, a un nuevo tipo de derecho exclusivo, incluso más allá de las fronteras dogmáticas que justifican el derecho de propiedad intelectual? ¿Usuario y explotador pueden convertirse en roles acumulables? El debate aún no está cerrado.

---

\* El presente trabajo tiene como base la ponencia que presentó la autora en las V Jornadas sobre Derecho del Comercio Electrónico, organizadas por el Área de Derecho Mercantil de la Universidad Carlos III de Madrid, y que se celebraron los días 15 y 16 de marzo de 2004.

\*\* Profesora Ayudante en el Área de Derecho Civil de la Universidad Carlos III de Madrid. Doctora en Derecho por esta misma Universidad y especialista en propiedad intelectual. En este ámbito, dirigida por el profesor Dr. D. José Miguel Rodríguez Tapiá, elaboró la tesis doctoral "El derecho del autor a la remuneración por comunicación pública en la Ley española de propiedad intelectual" (junio 2003). Ha realizado investigaciones de postgrado, como becaria del Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD), en la Universidad de Dresde, y como becaria del Ministerio Español de Educación, Cultura y Deporte, en el Instituto Max Planck de Munich (Max Planck Institut für ausländisches und internationales Urheber-, Patent und Wettbewerbsrecht) y en el Instituto de Propiedad Intelectual e Industrial de Santiago de Compostela.

## I. LOCALIZACIÓN DEL TEMA: EL NEXO ENTRE EL COMERCIO ELECTRÓNICO Y LA PROPIEDAD INTELECTUAL.

El entorno relacionado con un comercio electrónico desarrollado y de crecimiento continuado genera una reflexión jurídica que le ha asignado dos contrapesos o complementos importantes. Uno, la seguridad de la transacción o de la transmisión. Otro, la protección de los derechos de propiedad intelectual.<sup>1</sup> Un mercado electrónico floreciente ofrece nuevos y poderosos medios a los titulares de derechos de propiedad intelectual para hacer sus producciones accesibles a los usuarios. Necesariamente, esto amplía el espectro de modalidades de explotación. Y, por otro lado, una rica provisión de derechos de propiedad intelectual (bien en forma de software, de música, de obras audiovisuales, de literatura u otras prestaciones o productos protegidos por el derecho de propiedad intelectual) empuja a la demanda en la dirección de un mercado electrónico flexible y eficiente. Digamos que la simbiosis de partida es prácticamente natural: “propietarios intelectuales” y mercado electrónico son positivos el uno para el otro.

Pero es que, además, el mercado de las obras y prestaciones protegidas por el derecho de propiedad intelectual resulta un entorno especialmente implicado en el comercio electrónico. O especialmente atractivo para el comercio electrónico, si se prefiere.

Dicho de otro modo: internet abre la puerta a la “venta de mercancías en línea”, esto es, al comercio electrónico de copias de obras, por medio de contratos celebrados por vía electrónica. E igualmente a la integración de las mismas creaciones y prestaciones protegidas en la red de servicios económicos (buscadores, portales, páginas web). Con la particularidad de que no se puede enviar por la red una lavadora. Pero sí la copia de una canción, un libro o una película.<sup>2</sup>

¿Cuáles son, entonces, las patologías que se detectan en esta relación?

La propiedad intelectual, por definición, sólo tiene sentido dentro de un mercado de obras y prestaciones protegidas. En realidad, establece las reglas para acceder a los objetos de ese derecho de propiedad (llamada) especial.<sup>3</sup> De modo que la razón de las fricciones que aparecen como novedosas en el ámbito del mercado electrónico hay que buscarla en las peculiaridades de este entorno. Y son evidentes. Los nuevos medios empleados, el soporte básico de este nuevo mercado, es el que ha alterado los esquemas de la propiedad intelectual. No es que las transacciones o las formas de explotación sean radicalmente distintas. Vamos a verlo: no es así. Se trata, sencillamente, de que las nuevas tecnologías que implementan el comercio electrónico van a producir un doble fenómeno con trascendencia para el derecho de propiedad intelectual:

1º) algunas de las actividades que hasta ahora realizaban los usuarios de prestaciones y obras protegidas por la LPI y que se consideraban “mero uso” (y no explotación; por tanto, libres de autorización o remuneración debidos), van a integrarse en la red. Ello posi-

bilita que se multipliquen los actos “privados” de utilización de obras o prestaciones protegidas. De tal manera se observa este impacto cuantitativo que ha comenzado a considerarse jurídicamente (como vamos a ver más adelante) que tales utilizaciones entran en el mercado, e interfieren –económica y, por tanto, jurídicamente– en el derecho del titular). Y,

2º) los titulares de derechos de propiedad intelectual van a poder controlar (tecnológica, materialmente hablando) actividades de utilización que desarrolla el usuario (no un explotador intermedio). La ampliación fáctica o técnica del poder exclusivo está siendo respaldada, jurídicamente, mediante la instauración de lo que se denomina “derecho de acceso”. Éste, por primera vez, relaciona jurídicamente a autor y a usuarios, como veremos.

El implemento técnico, por lo tanto, “anota puntos” en los dos extremos de la balanza, en la que también está el comercio electrónico.

Por una parte, proporciona los medios para una circulación global ágil y sin intermediarios en el espacio digital.

Por otra parte, también puede hacer más férreas las riendas de los titulares de derechos de propiedad intelectual.

Potenciar únicamente lo primero conduce, según las opiniones más radicales, hacia la liberalización jurídica de lo que técnicamente se ha hecho “libremente” accesible. Si puedo acceder y utilizar algo, ¿por qué he de respetar una barrera jurídica, ficticia?<sup>4</sup> En definitiva, se pretende la caída de las barreras legales (autorizaciones, licencias, permisos), para esa manipulación de objetos protegidos hasta ahora.

En sentido opuesto, amparar las exigencias más “duras” de los titulares de derechos de propiedad intelectual supone someter al derecho de propiedad intelectual más utilizaciones que en el comercio analógico. Y ello precisamente porque las nuevas tecnologías hacen posible que el control se amplíe cuantitativa y cualitativamente (más casos de utilización y con nuevos derechos exclusivos que podrían, incluso, instituir lo que antes se traducía en una mera obligación de pago o derecho de simple remuneración, o ni siquiera eso).

En última instancia, la voz de los no titulares exige la aligeración (si no supresión) del derecho de propiedad intelectual. Argumentan que un esquema propietario carece de sentido cuando el campo sobre el que pretende ejercerse carece de vallas que lo acoten. Todo es accesible en la red. Por fin son reales el acceso y la circulación libres de la cultura y las ideas. En este nuevo contexto, un derecho de propiedad intelectual sólo puede verse como un lastre inasumible para el bienestar colectivo.

Los titulares, en cambio, oponen el argumento del (necesario) incentivo económico y legal a la creación. La remuneración adecuada a su esfuerzo creativo mueve el mundo de las ideas. El entorno de libre disponibilidad y libre circulación de los “productos intelectuales” ¿considera esta garantía?

<sup>1</sup> Así se constata, no sólo en el Ordenamiento español. Cfr. *ad ex.* el testimonio estadounidense, quizá especialmente significativo por el papel pionero de Norteamérica en el mundo digital: *Report of the House Comm. On Commerce*, H.R. Report nº 105-551, pt. 2, at 22-23 (1998).

<sup>2</sup> ESTEVE PARDO, M<sup>a</sup> Asunción. *Contratos multimedia*. Barcelona: Marcial Pons, 2003, p. 142.

<sup>3</sup> Cfr. arts. 428 y 429 Cc. Libro II, Título V, Capítulo III del Código Civil español.

<sup>4</sup> Esta postura es ilustrada por las reivindicaciones de Richard Stallman, creador del sistema de software libre. Cfr., entre otros, los textos que se encuentran en el sitio web Free Software Foundation (<http://www.fsf.org>) y en el de GNU (<http://www.gnu.org>). Algunos de ellos cuentan con traducción al español.

## II. EL ESQUEMA TRADICIONAL

El principio de remuneración del titular de derechos de propiedad intelectual por la utilización que hagan terceros de sus creaciones o pretensiones, ha sido, históricamente, consustancial a las conquistas jurídicas de todos los titulares protegidos por la Ley.

Dado que, cronológicamente, los autores fueron la primera categoría de titulares que planteó sus reivindicaciones, también fueron los primeros en alcanzar reconocimiento jurídico.

El derecho a obtener una participación en la explotación que tuviesen sus obras y, por tanto, la posibilidad de vivir de su actividad creativa, formaba parte de los manifiestos de Víctor Hugo en el siglo XIX.<sup>5</sup> Todas las legislaciones novocentistas respondían a este principio dorsal en el estatuto de los autores propietarios intelectuales.

El art. 46 de nuestra Ley de Propiedad Intelectual (LPI, en adelante) vigente<sup>6</sup> dispone que la cesión otorgada por el autor a título oneroso le confiere una **participación proporcional en los ingresos de la explotación**, en la cuantía convenida con el cesionario. No obstante, cuando la modalidad de la explotación haga difícil<sup>7</sup> la determinación de los ingresos o pueda resultar poco beneficioso para el autor este sistema de cálculo, o bien la utilización de la obra sea sólo marginal, en todos estos supuestos, decimos, la Ley permite que cedente y cesionario acuerden una **remuneración a tanto alzado**.

Así pues, sin entrar en mayor detalle, puede afirmarse que el primer pilar del sistema retributivo del autor protegido es el del precio de la cesión onerosa, fijado como un tanto proporcional en la explotación o bien como un tanto alzado.

Es de señalar que estamos manejando como presupuestos:

1) *que existe un negocio de cesión*: es decir, el autor, titular de un derecho de monopolio sobre la explotación de su obra, dispone de él, autoriza, por lo tanto, a un tercero, para que sea él quien lleve a cabo la puesta en producción económica del objeto intelectual. El tercero se convierte en titular y asume el riesgo y los beneficios de la explotación en nombre e interés propio, lógicamente<sup>8</sup>; y

2) la remuneración se exige del tercero-explotador de la obra. Por tanto, un sujeto que se interpone entre autor y usuarios/público, para llevar a cabo actividades que la LPI establece como exclusivas del autor o de persona a la que él autorice para explotar la obra (*cf.* enunciado

genérico del art. 17<sup>9</sup> y listado ejemplificativo de los arts. 18-22 LPI: reproducción, distribución, comunicación pública, transformación y colección).

Añadido a este sistema-base de remuneración (remuneración = contraprestación a la cesión), todas las legislaciones actuales contienen también una serie de supuestos en los que el autor tiene derecho a exigir una remuneración por la utilización de su obra por terceros, pero no existe cesión ninguna. Son casos en los que la obra puede usarse sin necesidad de pedir permiso al autor<sup>10</sup>, pero, eso sí, abonando un precio, justificado por la jurisprudencia en razón del aprovechamiento del esfuerzo ajeno y la doctrina del enriquecimiento injusto.

Se dirá, en esos casos, que el autor, dado que no goza de un *ius prohibendi*, sobre la modalidad de explotación, carece de un derecho exclusivo. En esos supuestos, tasados legalmente, el ordenamiento sólo le concede un derecho de crédito denominado "*derecho de remuneración*" o "*de simple remuneración*".

No obstante, incluso en estos supuestos de derecho de "mera remuneración", hemos de recordar que el deber de abonar un pago recae sobre aquéllos que utilizan de modo relevante para el aprovechamiento económico de la obra. Es decir, que "explotan". Si no en el sentido estricto con que la LPI utiliza este término<sup>11</sup>, sí en términos más genéricos o incluso económicos.

## III. NUEVAS TECNOLOGÍAS: NUEVOS RETOS

### 1. Situación normativa

Tal como hemos visto, en la LPI vigente, queda establecido y garantizado el sistema de la participación económica del autor en la explotación de su obra, en la forma que se ha señalado.

<sup>9</sup> Dice el art. 17 LPI: "*Corresponde al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra, en cualquier forma, y, en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, que no podrán ser realizadas sin su autorización, salvo en los casos previstos en la presente Ley*".

<sup>10</sup> A veces, por razones de prevalencia de cierto interés público o social (*ad ex.*, art. 33 LPI), otras veces, por tratarse de ámbitos, sencillamente, externos (en tanto que ajenos) al derecho exclusivo de propiedad intelectual, pero que han generado un espacio de circulación y aprovechamiento económico de la obra relevante para el derecho de propiedad intelectual. Este argumento, que entiendo compartible, ha sido brillantemente expuesto por Rosarita ROMANO, en su obra: *L'opera e l'esemplare nel diritto della proprietà intellettuale*. Milano: CEDAM, 2001, p. 95 y ss.

En términos más generales, opino, con el profesor RODRÍGUEZ TAPIA, que "a nadie se escapa que detrás de las normas de propiedad intelectual existen fundamentos comunes a la legislación sobre ordenación de la competencia. Y se trate de proteger a un autor revestido de las bellas artes e inspirado por las musas, o se trate de una obra de baja altura creativa, lo que existe es una ordenación de la competencia en el mercado de las obras literarias, artísticas y científicas". (RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel. "Reseñas de prensa y explotación comercial de los diarios de la mañana", en *La Ley*, nº 5965, 1 de marzo de 2004, disponible en [www.laley.net](http://www.laley.net)).

<sup>11</sup> Porque no sean actividades tipificadas como modalidad cubierta por el derecho exclusivo de explotación.

<sup>5</sup> *Cfr.* objetivos de la creación de la Association Littéraire et Artistique Internationale, considerada una de las primeras y más activas organizaciones colectivas en defensa de los autores, fundada en 1877 por la Sociedad Francesa de las Letras, bajo el patrocinio de Víctor Hugo.

<sup>6</sup> Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI), aprobado por RDLeg 1/1996, de 12 de abril, (BOE, nº 97, de 22 de abril), modificado por la Ley 5/1998, de 6 de marzo, de adaptación de la Directiva 96/9/CEE, de 11 de marzo, sobre la protección jurídica de las bases de datos (BOE nº 57, de 7 de marzo).

<sup>7</sup> "Gravemente dificultosa" dice la LPI.

<sup>8</sup> Excepción hecha de la remuneración pactada en la modalidad de participación en beneficios, en su caso.

Sin embargo, el texto legislativo de 1996 no hizo suyas las (entonces) expectativas que ya se cernían en torno al mundo digital.<sup>12</sup> De modo que una de las prioridades que se vislumbran en la nueva legislación es, precisamente, la de reformar la LPI.<sup>13</sup>

A día de hoy, las "tareas pendientes" del legislador español, en este aspecto, vienen marcadas muy de cerca por la Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información.<sup>14</sup> Como Estado miembro, España tiene el deber de trasponer la norma al ordenamiento interno. La fecha tope concedida por la Unión Europea era el 22 de diciembre de 2002,<sup>15</sup> por lo que nuestra nación podría ser sancionada por las autoridades de la Unión.<sup>16</sup> No obstante, es cierto que, por el momento, sólo 6 Estados han adoptado la norma comunitaria.<sup>17</sup>

<sup>8</sup> Esta Directiva es la respuesta de la Unión Europea al entorno digital. Sus mayores novedades se centran en:

- el ámbito de las excepciones a los derechos de autor;
- la protección de medidas anti-elusión o medidas tecnológicas;
- la innovación de medidas de información adecuada para la gestión de derechos;
- la inclusión de un nuevo derecho de "puesta a disposición" de las obras, relacionado con las modalidades de explotación interactivas.<sup>18</sup>

Además, la Directiva es el medio por el que la Unión Europea y sus Estados miembros aplican los dos tratados internacionales llamados "Tratados internet", de 1996, de la Organiza-

ción Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI): el Tratado OMPI sobre derechos de autor y el Tratado OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas (20-12-1996). Ambos textos internacionales han adaptado la protección de los derechos de autor a la tecnología digital.<sup>19</sup>

Se da la casualidad de que estos Tratados han sido suscritos, por separado, por la Unión Europea y por España, aunque ninguno sea aún "ratificante".<sup>20</sup>

De modo que, entonces, el interés por la Directiva 2001/29/CE y su adaptación era doble: ponía al legislador español "al día" de sus deberes para con la armonización europea; y, además, suponía allanar el camino a la inclusión como miembro de Derecho del Tratado Internacional más importante de finales del siglo XX.<sup>21</sup>

A día de hoy, no contamos con un instrumento legal de transposición de la Directiva, aunque sí con un Anteproyecto de la Ley de Reforma del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual,<sup>22</sup> que pretende incluir también las modificaciones precisas para la adaptación de la Directiva al ordenamiento interno.

Así pues, de la lectura conjunta de la Directiva 2001/29 -aún por transponer en España- de los Tratados OMPI y del Anteproyecto de Ley citados, puede colegirse "por dónde van a ir los tiros" del futuro derecho del autor. Y los cambios que se vislumbran son notables, como veremos. Cuando menos, significativos.

## 2. NOVEDADES JURÍDICAS

Para acotar de forma mínimamente sistemática estas novedades, que en terminología jurídica, podríamos decir que se sustentan en *consecuencias jurídicas diferentes*,<sup>23</sup> quizá sea interesante contemplarlas separándolas del *supuesto de hecho* que las genera, para comprobar y valorar, en su caso:

<sup>12</sup> Un indicio se percibe en el hecho de que, como ya se ha visto, las disposiciones sobre bases de datos fueron incluidas *a posteriori* (en 1998).

<sup>13</sup> Tratándose, incluso de uno de los puntos del programa electoral del candidato popular Mariano Rajoy. *Vid.* [www.marianorajoy.es/accesible/noticias/detalle\\_noticias.asp?id=99;www.libertaddigital.com/noticia\\_1276215281.html](http://www.marianorajoy.es/accesible/noticias/detalle_noticias.asp?id=99;www.libertaddigital.com/noticia_1276215281.html), 10-02-2004.

<sup>14</sup> DO L nº 167, 22-06-2001, p.10-19.

<sup>15</sup> Art. 13 de la Directiva 2001/29.

<sup>16</sup> De hecho, la Comisión realizó ya, en julio de 2003 (14-07-2003), una comunicación oficial a 13 Estados miembros, para que traspusieran al Derecho interno la Directiva 2001/29/CE, bajo amenaza de interponer denuncia ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (*vid.* [www.europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p\\_action=gettxt-gt&doc=IP/03/100510|RAPID&lg=ES&DISPLAY](http://www.europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action=gettxt-gt&doc=IP/03/100510|RAPID&lg=ES&DISPLAY), 14-07-2003).

De los 13 Estados (Bélgica, Alemania, España, Grecia, Francia, Irlanda, Luxemburgo, Países Bajos, Austria, Portugal, Finlandia, Suecia y Reino Unido), Austria y Grecia habían adoptado la norma, pero de modo insatisfactorio, según la Unión Europea.

Del resto de los países "incumplidores", tanto Alemania como Reino Unido han verificado, después de la comunicación oficial, una legislación interna al respecto.

<sup>17</sup> Los países que sí lo han hecho han sido: Grecia (10-10-2002), Dinamarca (17-12-2002), Italia (9-04-2003), Austria (6-06-2003), Alemania (10-09-2003) y Reino Unido (27-09-2003). Francia, por el momento, ha presentado un proyecto de Ley ante el parlamento francés, con fecha de 18 de noviembre pasado. De momento, la discusión del documento está pendiente de discutirse a lo largo de la legislación del primer semestre de 2004.

<sup>18</sup> *Cfr.* Considerando 25 Directiva 2001/29/CE.

<sup>19</sup> De hecho, la Directiva 2001/29/CE básicamente traslada las disposiciones más importantes de estos Tratados.

<sup>20</sup> La UE se adhirió a los Tratados mediante Decisión del Consejo de 16-03-2000, aprobándolos, en nombre de la Comunidad Europea. No obstante, su ratificación se difería al momento de vencimiento de los plazos de los Estados miembros para adoptar la Directiva 2001/29/CE, que era, como sabemos 22-12-2002, y que ha sido ampliamente incumplido. De momento, no ha sido presentada la ratificación. También España ha autorizado ambos tratados, unilateralmente, el 24 de febrero de 1998 (BOCG, nº 173, Serie A, 4-03-1998; *id.* nº 174), aunque tampoco los ha ratificado.

De momento, ambos tratados están ya en vigor: el relativo a los autores, desde el 6 de marzo de 2002; y el de artistas y productores fonográficos, desde 20 de mayo de 2002. *Cfr.* Comunicación OMPI PR/2002/302.

<sup>21</sup> El número de Estados firmantes puede entenderse como indicio de su repercusión. A fecha de 27-01-2004, el Tratado sobre Derechos de Autor contaba con la ratificación de 45 Estados. A fecha de 18-10-2003, el Tratado sobre artistas y productores fonográficos, contaba con 42 ratificaciones. Si el número de Estados parte no puede considerarse todavía demasiado elevado (para unos tratados de vocación universal), lo que sí debe reconocerse es el mérito de que, en ambos casos, entre esos Estados se encuentra Estados Unidos (20-05-2002), lo que muy probablemente, garantizará su universalización a medio plazo.

<sup>22</sup> Publicado por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, con fecha de 23-01-2003.

<sup>23</sup> Que el legislador establece, como imperativo a aplicar sobre una conducta determinada (siendo ésta la que constituye el supuesto de hecho).

- 1) si se trata de una consecuencia jurídica ya conocida aplicada a supuestos de hecho distintos;
- 2) si se trata de una consecuencia jurídica nueva, sobre asunto sustancialmente igual al que ya conocíamos en el entorno no electrónico;
- 3) si la consecuencia jurídica novedosa nace como respuesta a un supuesto de hecho desconocido hasta ahora; y, por último,
- 4) aunque la situación puede ser cualquiera de las anteriores, si es razonable, jurídicamente, la solución normativa en conjunto (supuesto de hecho y consecuencia jurídica).<sup>24</sup>

#### A. ¿Cambia el supuesto de hecho?

“Lo que” fácticamente describe la norma y a “lo que” se anuda una consecuencia jurídica (“deberá pedir autorización”, “deberá pagarse una remuneración equitativa”, etc.) es lo que identificamos como supuesto de hecho de la norma.

Dentro del supuesto de hecho, nosotros podemos distinguir entre:

- 1) objetos protegidos;
- 2) formas de utilización de las obras protegidas.

Por lo tanto, las cuestiones a plantear son:

- 1) la novedad de los objetos protegidos: ¿son distintos o han surgido tipos de obras sustancialmente diferentes a los que conocíamos en el entorno no electrónico?
- 2) la novedad de las formas de utilización: ¿hay utilizaciones que no sean reconducibles al mundo analógico? ¿En qué se diferencia la reproducción, por ejemplo, digital, de la que conocía la LPI hasta ahora? ¿Merece un tratamiento jurídico distinto o le es aplicable la misma consecuencia que la normativa española ya prevé?

**A.1. Respecto al primer punto** [el objeto protegido y protegible por el derecho de propiedad intelectual en el entorno electrónico], el mundo digital está “habitado” por los mismos objetos de protección:

En primer término, copias de obras (audiovisuales, fonográficas, literarias...), aunque en un soporte distinto: el digital. No obstante, se trata de un medio material, con una tangibilidad relativa, eso sí, en forma de bits o pulsiones eléctricas. De modo que, tratándose de creaciones personales y originales, son perfectamente amparables en el art. 10 LPI. De hecho, ni la Directiva 2001/29, ni el Anteproyecto de modificación de la LPI contienen una relación de nuevos objetos protegibles.

<sup>24</sup> Es decir, la nueva combinación entre supuesto de hecho y consecuencia jurídica que el legislador, en este caso, sobre todo el europeo, está diseñando.

Junto a estas copias digitales (de obra analógica, si se me permite), aparecen, en segundo término, obras propias, y originariamente digitales. Así, los programas de ordenador o las bases de datos. Éstos se contemplan en la LPI desde 1993 y 1998, respectivamente, y están tipificados como tales, con régimen propio.

Pero aún existe un tercer tipo de obras, más comprometidas con lo digital. Carecen, por el momento de tratamiento normativo específico, pero ya se engloban doctrinalmente bajo el término de “obras multimedia”. De acuerdo con la profesora ESTEVE, son obras digitales, resultados de la combinación de obras y elementos, con distintas formas de expresión, que únicamente pueden ser presentadas por medio de un interfaz, para indicar el modo de ejecutar y recorrer la obra, a través de un programa de ordenador, y que puede ser distribuida en soporte digital o ser accesible por medio de redes entre ordenadores.<sup>25</sup>

Estamos ante una variedad de obras que van desde las enciclopedias interactivas hasta las páginas web.

Lo cierto es que no pueden protegerse, únicamente, como mezcla o sumatoria de las distintas obras que los integran (literarias, musicales, audiovisuales, programas de ordenador). Se trata de obras complejas, que no se corresponden con nada conocido anteriormente. Sin embargo, no puede decirse que, por ello, no estén garantizadas ya por un derecho de propiedad intelectual. El art. 10 LPI contiene un enunciado amplio, genérico y flexible sobre la obra protegible, del que se beneficia también la obra multimedia.<sup>26</sup>

Y, por otra parte, cada uno de los componentes que las integran, en tanto que obras independientes y puede ser que, incluso, con autores diversos, gozan de su propia protección (el programa de ordenador, la obra audiovisual, etc.).

Así que la complejidad que plantean los multimedia, por el momento, *afectará más al modo de utilización que al objeto en concreto.*

**A.2. Respecto a las formas de utilización** de las obras que posibilita el medio digital, el dilema se plantea en los siguientes términos:

- **actualmente**, la LPI determina que las utilidades públicas de reproducción, distribución y comunicación de una obra, y todas aquellas que impliquen una explotación (dice el art. 17 LPI), deben ser autorizadas –contra pago de remuneración o no, esto es voluntario-, por el titular. Están sujetas, por tanto, a un derecho exclusivo [derecho a autorizar o prohibir]. Además, tipifica, estrictamente, los supuestos en que el autor goza de un derecho de simple remuneración (arts. 24, 25, 33, *ad ex.*). Y el patrón, en estos casos, ya lo hemos dicho, es la inexistencia de un derecho exclusivo, junto con la aparición de un sujeto interpuesto entre usuario y autor o titular.<sup>27</sup>

<sup>25</sup> ESTEVE PARDO, M<sup>a</sup> Asunción. *Contratos multimedia*, cit., p. 35.

<sup>26</sup> Según el art. 10, son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales, literarias, artísticas o científicas, expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro.

<sup>27</sup> Distinción a tener en cuenta porque podemos estar ante un titular *mortis causa* o ante un cesionario, es decir, titular derivativo, como consecuencia de un negocio *inter vivos*.

- ¿Y en el entorno digital? Las antiguas fórmulas de utilización de las obras se han modificado en dos sentidos:

1º) todas las antiguas modalidades de utilización se van a ver afectadas por una sobrevenida posibilidad de multiplicación de usuarios. Esto no afecta, necesariamente, a modos de utilización ya considerados como explotación. Pero sí cuando se implementan cuantitativamente las posibilidades de utilización en el ámbito privado, sin necesidad de intermediario “explotante”, más o menos controlable, con la facilidad de una conexión universal entre los privados. La actividad antes económicamente inocua puede entenderse que ha “cruzado la frontera”.

Esta es, precisamente, una de las “obsesiones” de algunos de los *lobbys* del sector, como está demostrándose en muchos de los *itere* legislativos sobre estos temas, que están abiertos ahora mismo. Y el intento de represión de este fenómeno es el que explica que, lo que hasta ahora constituían excepciones o usos sustraídos al monopolio del autor (así, copia privada) hayan querido convertirse en explotaciones tipificadas. Por tanto, han cambiado o están cambiando los límites al derecho de autor.

2º) También se han añadido modalidades de explotación,<sup>28</sup> radicalmente nuevas o distintas de las ya conocidas, y que tienen relevancia económica. Así, por ejemplo, la Directiva 2001/29/CE distingue entre reproducciones provisionales y reproducciones permanentes.<sup>29</sup>

La transmisión de una obra, a través de internet, comporta la realización de una serie de actos de reproducción permanente que quedan sujetos al derecho de reproducción, establecido en el art. 2 de la Directiva y en el nuevo art. 18 LPI, según el Anteproyecto (art. 1º). Básicamente se trata de “almacenamientos” en el servidor desde el que se opera la transmisión y en servidores intermedios, e igualmente la grabación permanente que pueda realizar el usuario particular.

La reproducción provisional, que es la que realizan los proveedores de servicios, pero no de contenidos –en cuanto provisionales e instrumentales–, no está sujeta a derecho exclusivo, sino que puede realizarse sin permiso ninguno, siempre que el servidor principal sí esté convenientemente autorizado.<sup>30</sup>

En el campo de la comunicación pública, la Directiva 2001/29/CE también ha añadido y especificado, como acto de ejercicio del derecho exclusivo de comunicación pública, la actividad del proveedor de contenidos, cuando facilita el acceso *on line* de una obra, desde un sitio web (art. 3 Dctva. 2001/29/CE<sup>31</sup>).

<sup>28</sup> En sentido estricto, es decir, realizadas por intermediarios entre el autor y el usuario final.

<sup>29</sup> Arts. 2 y 5.1 de la Directiva. Las últimas son objeto de derecho exclusivo. Las primeras, en cambio, se consideran exentas si son accesorias a una transmisión y no tienen significación económica independiente. Ello hará libres los actos denominados “browsing” o “caching”.

<sup>30</sup> Observar la concordancia de estas previsiones con los arts. 14, 15 y 16 de la Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSI), L 34/2002, de 11 de julio, BOE nº 166, de 12 de julio, p. 25388-25403. Éstos a su vez, resultan de inspiración directa en los arts. 12, 13 y 14 de la Directiva 2003/1/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), DO L nº 178, de 17 de julio, p. 1-16).

<sup>31</sup> Y el art. 3 del Anteproyecto de Reforma de la LPI.

Concluyendo, entonces, respecto al supuesto de hecho:

- 1) los objetos protegibles por el derecho de propiedad intelectual que están concernidos por el entorno digital no son radicalmente distintos de lo que ya conocen las legislaciones “analógicas” (si se me permite la licencia lingüística);
- 2) más novedosa resulta la nueva consideración jurídica de algunos supuestos de hecho, ya conocidos, pero cuantitativamente superiores. El usuario final puede, como hemos apuntado, quedar, jurídicamente, en una situación que le aboque a pedir autorización y/o abonar una cantidad.<sup>32</sup> La nueva Directiva así lo permite. Y el Anteproyecto español puede seguir su ejemplo.
- 3) en el ámbito de las actividades de explotación que se ejecutan por sujetos distintos del autor, en la transmisión hacia el usuario, se percibe que la tendencia es la de reconducir las nuevas formas de utilización a modalidades conocidas, aunque singularizando las particularidades que implica, a menudo, el desenvolvimiento dentro del entorno electrónico.

Por lo demás, el autor va a conservar, legalmente hablando, el sistema de la participación en beneficios. La idea se articula a través del sistema de licencias o contratos de autorización, a concluir entre los autores (personificados, a menudo, en las entidades de gestión, en España SGAE<sup>33</sup>) y los explotadores.

## B. La nueva consecuencia jurídica o las paradojas de los nuevos límites al derecho de autor.

En la Directiva 2001/29, se recogen los límites al derecho de los autores, en los arts. 5 y 6.<sup>34</sup>

Son dos preceptos de una lectura intrincada y difícil.

La Directiva concede un abanico de posibilidades de máximo. Los Estados podrán adoptar alguna o todas las excepciones que la Directiva propone. Parece que no más.

La cuestión es que, ahora mismo, los Estados miembros se van a replantear la eliminación de excepciones al Derecho de autor, vigentes hasta ahora en sus legislaciones. Y no por ser inadecuados, sino, sencillamente, porque la Directiva les acaba de poner en bandeja el argumento jurídico.

La norma europea parece considerar que ninguno de los casos de excepción que recoge es de Derecho imperativo. Cosa dudosa, en opinión de alguna doctrina especializada.<sup>35</sup> Basta echar un vistazo a las excepciones del artículo 5: cuando el uso se realice en beneficio de

<sup>32</sup> Vinculado por un derecho exclusivo o un derecho de mera remuneración.

<sup>33</sup> Sociedad General de Autores y Editores.

<sup>34</sup> En nuestra LPI vigente, en los arts. 31-40 bis. Pendientes de posible modificación, por los arts. 6-14 del Anteproyecto.

<sup>35</sup> ASÍS GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio. “Las medidas tecnológicas de protección de los derechos”. Ponencia inédita. Seminario *Propiedad intelectual: reforma legislativa y lucha contra la piratería*, celebrada en la Universidad Menéndez Pelayo, 15-19 de septiembre de 2003.

personas con minusvalías, cuando el uso tenga únicamente por objeto la ilustración con fines educativos o de investigación científica, cuando se trate de grabaciones efímeras de obras, realizadas por los organismos de radiodifusión por sus propios medios y para sus propias emisiones; en relación con actos de radiodifusión que efectúen instituciones sociales sin fines comerciales... Esta podría considerarse la primera paradoja a destacar.

**Segunda paradoja.** La Directiva parece permitir, en determinados casos, al menos (cfr. art. 6.4 D. 2001/29/CE), que la garantía del Estado a los usuarios, de disfrute efectivo del beneficio que los límites correspondientes le suponen, se supedita a que el titular no haya fijado medidas tecnológicas de protección.<sup>36</sup>

En la misma Directiva, se reitera este régimen de las excepciones o límites al derecho de autor, especialmente, para los casos que, en la LPI actual, se amparan, mayoritariamente, en el supuesto de copia privada.<sup>37</sup> Se permite, por tanto, que el autor establezca las fronteras que crea convenientes, para garantizar su posición jurídica. El Estado parece que nada tendrá que decir si, aunque esté legalmente reconocida la copia privada, particularmente, mediante una licencia que se concierte (aunque sea con un "clic" de ratón), se firme el compromiso del usuario a no realizar más de una copia, por ejemplo. A ello se añade que, por supuesto, el autor podrá reforzar (o forzar, si se me permite la expresión) el cumplimiento del compromiso, con la aplicación de medidas o barreras tecnológicas que considere oportunas.

Y, tercera paradoja. Aparte de todo lo dicho, de acuerdo con el apartado 4 del art. 6 de la Directiva, una serie de supuestos incluidos en los límites o excepciones al derecho de autor,<sup>38</sup> además, ven condicionada su eficacia a que el beneficiario haya tenido acceso a la obra de modo "legal" (párrafo primero, *in fine*, del art. 6.4). Pero, si la Ley ya ha establecido que determinada utilización no está sujeta al derecho del autor, esto es, se contiene entre sus límites, ¿acaso no está ya legitimado todo usuario, legalmente? ¿Qué más está pidiendo la Directiva? ¿De qué hay que ser titular legítimo, en términos de derecho de autor, para poder realizar un acto ajeno –legalmente– al mismo derecho de autor?

#### IV. CONCLUSIONES Y FIN

¿A dónde nos lleva todo esto? Primordialmente, a constatar que el planteamiento de la Directiva ha supuesto un giro en el sistema de participación del autor, económica, por lo que aquí interesa (y consensual también), en la explotación de las obras.

El planteamiento clásico (ya se dijo), construía el derecho de autor sobre el derecho exclusivo. Ésta era, prácticamente, la única figura reconocida en las leyes del siglo XIX.

<sup>36</sup> Definidas por el art. 6.3 de la Directiva: "(Toda técnica, dispositivo o componente que, en su funcionamiento normal, esté destinado a impedir o restringir actos referidos a obras o prestaciones protegidas que no cuenten con la autorización del titular de los derechos de autor o de los derechos afines a los derechos de autor establecidos por ley o el derecho "sui generis" previsto en el Capítulo III de la Directiva 96/9/CE". Básicamente, son medios tecnológicos que permitan impedir determinados tipos de utilización: los no autorizados por el autor.

<sup>37</sup> Cfr. art. 6.4.II Directiva 2001/29. Comparar con arts. 31.2 y 25 LPI.

<sup>38</sup> En concreto, los que se aluden en los apartados a), c), d) y 3) del art. 5.2, y los de las letras a), b) y e) del art. 5.3.

Cuando se amplían las técnicas de difusión de las obras, a través de la imprenta, la radio y la televisión, este esquema resulta un corsé demasiado rígido. Y así surgen los derechos de remuneración, que crecieron asombrosamente durante el siglo XX, en todas las legislaciones.

Ahora, en el umbral del siglo XXI, las posibilidades tecnológicas han seguido avanzando. Permiten a los autores controlar, dominar, impedir, si lo desean, casi cualquier utilización de sus obras. Esto reconduce a una re-implantación vigorosa del derecho exclusivo. Pero, además, extendida al ámbito del disfrute por el usuario. Es decir, dentro de lo que se ha entendido, por definición, un ámbito ajeno a la influencia del derecho de propiedad intelectual. No es explotación: es el disfrute, el destino final, al que está llamada la creación. ¿Cuál es la razón jurídica para gravarlo? ¿Con qué base legal o jurídica? En mi opinión, poca, a juzgar por lo que hasta el momento conozco. No todo lo que materialmente es posible, lo es jurídicamente, no lo olvidemos.

¿Existe una base económica? ¿El principio de la debida retribución o remuneración del titular? Nadie se ha atrevido a formular simplemente así la idea. En cambio, sí se habla de argumentos económicos.

Se suele escuchar que la copia privada, en concreto,<sup>39</sup> supone un perjuicio económico que se dispararía en el entorno digital. El autor pierde, en términos de venta, lo que queda copiado. Así que la excepción de la copia privada no ha sido más que el consuelo pecuniario de quien (material, técnicamente) no podía impedir que el usuario copiase, "con su fotocopiadora o reproductor, sin ánimo lucrativo"<sup>40</sup> ni finalidad de uso colectivo, y, además para uso privado". Demasiados "peros" para tratarse de una verdadera competencia. No obstante, incluso, si admitimos que es una actividad potencialmente perjudicial, en términos económicos, para el derecho del autor, ¿son ciertas las consecuencias que se le atribuyen? Probablemente, tampoco. ¿Por qué?

- 1º) Porque el usuario no adquiriría contra pago todo lo que copia. Esta afirmación es absurda, de todo punto.
- 2º) Porque toda copia supone un "dejar de ingresar" para el autor. Incluso la que hace un alumno, de una sola página de un manual de 300 hojas, para estudiar bien e ilustrar un trabajo de clase. Pero eso no desnaturaliza el carácter "exento", libre, si se quiere, de este tipo de actividades. Y mucho menos puede conducirnos a afirmar que por ello, el copista actúa con un "fin comercial", y, en esta medida, son conductas reprimibles por el derecho de autor, ahora que la tecnología nos lo ha permitido o, al menos, facilitado. No es razonable alegar que existe una remuneración exigible (con base en el derecho de propiedad intelectual) y dejada de percibir a lo largo de los años pasados, por los autores.

El usuario, por lo tanto, a partir de ahora, puede poder verse sujeto a un límite al disfrute de lo que adquiere lícitamente<sup>41</sup> por la red. ¿Quién estaba antes restringido a hacer dos copias del CD que adquiriría lícitamente en la tienda? ¿No implica esto alguna fricción con el derecho de propiedad privada?

<sup>39</sup> Aunque esto resulta extensible al resto de los supuestos de "límites" con un tratamiento análogo.

<sup>40</sup> O fines comerciales, como dicen Directiva y Anteproyecto.

<sup>41</sup> Cfr. la tercera de las paradojas.

Finalmente, un apunte más, de momento, válido, para el caso español. Aunque aún está por ver, si se aceptasen en el nuevo texto de la LPI las previsiones sobre medidas tecnológicas, para restringir la copia privada –como, por otro lado, podemos decir que ha parecido adelantar el polémico caso del último CD de Alejandro Sanz, comercializado por Warner, en nuestro país, en septiembre del año pasado–, resulta indispensable hacer entender al legislador que, a pesar del silencio de la Directiva comunitaria al respecto, esto sería absolutamente incompatible con el sistema actual de canon por copia privada, que grava aparatos y soportes de reproducción (cfr. art. 25 LPI). En caso contrario, incurriríamos en una duplicidad de remuneraciones debidas a los titulares, solapada, tan incoherente como perniciosa.<sup>42</sup>

En conclusión, por lo tanto, si hay que hacer un balance apresurado de las perspectivas del autor en el mundo digital y del comercio electrónico, yo diría que su participación, la remuneración que el derecho de propiedad intelectual le garantiza cuando su obra sea explotada, en un sentido económico, ha tomado un rumbo impredecible hasta ahora. La resurrección del vigor jurídico del derecho exclusivo, la posibilidad de extenderlo más allá de los contornos vigentes en la legislación, disipan los fantasmas de la aniquilación del derecho de autor. Pero el razonamiento técnico no puede sustituir al jurídico. El derecho a ser remunerado, para el titular de derechos de propiedad intelectual, tiene, como fundamento, unas premisas inalterables. El ejercicio por terceros, interpuestos entre autor y público, de una actividad relacionada con difusión y puesta en valor de una obra, es una de esas condiciones. Y marca la distancia entre una actividad sujeta al derecho de propiedad intelectual y otra que no lo esté. Cuando menos, creo que resulta confusa la afirmación (sea normativa o doctrinal) de que podemos saltarnos esa distancia, ahora que la técnica, inesperadamente, nos ha puesto en la mano una pértiga excepcional.

En cualquier caso, todas las consideraciones hechas hasta aquí, tienen como excusa, no lo olvidemos, una mirada, crítica, sí, pero constructiva y positiva, también, hacia un entorno todavía creciente. Los ajustes, por lo tanto, no sólo son posibles, sino necesarios. Y la discusión, probablemente, el mejor instrumento para ellos.

#### BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

Aparte de la bibliografía reseñada a continuación, me remito a la señalada a notas a pie de página en el texto principal.

ANTENAZA, Mónica E. “The European Union Internet Copyright Directive as even more than it envisions: toward a supraeu harmonization of copyright policy and theory”. En *Intl & Comp. L Rev*, 2003, 415 y ss.

COHEN, Barbara. “A proposed regime for copyright protection on the internet”, en *Brook. J. Intl. L.*, 22, 1996-1997, 401 y ss.

BERGER, Stacy. “The use of the Internet to share copyrighted material and its effect on copyright law”. En *J. Legal Advoc. & Prac.*, 3, 2001, p. 92 y ss.

DEAN, John R. “The Sheriff is Coming to Cyberville: Trademark and Copyright Law and the Internet”, en *BYU J. Pub. L.*, 11, 1997, p. 75 y ss.

GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio. “Linking and Framing: A Comparative Law Approach”, en *EIPR*, 2002, 4.

GINSBURG, Jane. “Copyright use and excuse on the internet”, *Columbia-VLA Journal of the Law the Arts*, 24, 1, 2000.

HAYES, David L. “Advanced Copyright Issues on the Internet”, *Tex. Intell. Prop. L.J.*, 7, 1998-1999, p. 1 y ss.

INKEL, Thomas C. “Internet-Based Fans: Why the Entertainment Industries Cannot Depend on traditional Copyright Protections”. *Pepp. L. Rev.*, 28, 2000-2001, p. 879 y ss.

JEANNERET, Christine. “The Digital Millennium Copyright Act. Preserving the traditional copyright balance”, en *Fordham Intellectual Property Media & Entertainment Law Journal*, 2001-2002, 12, 157-193.

KANE, Matthew. “Copyright and the Internet: The Balance between Protection and Encouragement”, en *T. Jefferson L. Rev.*, 22, 183 (1999-200).

KAPLAN, Lewis A. “Resolving Tensions between Copyright and the Internet”, *Am. U. L. Rev.*, 50, 2000-2001, p. 409 y ss.

KRAMARSKY, Stephen M. “Copyright Enforcement in the Internet Age: The law and technology of Digital Rights Management”, *B. C. L. Rev.*, 41, 1999-2000, p. 549 y ss.

LEUBITZ, Brian. “Digital Millennium. Technological Protections for Copyright on the Internet”, *Tex. Intell. Prop. L.J.*, 11, 2002-2003, p. 417 y ss.

LITMAN, Jessica. “The Herbert Tenzer memorial Conference: Copyright in the Twenty-First Century. The Role of the Copyright Office. The exclusive Right to Read”. En *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, 24, 1994.

MASSAGUER FUENTES, José. “La responsabilidad de los prestadores de servicios en línea por las infracciones al derecho de autor y los derechos conexos en el ámbito digital. El tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas”, en *Pe.i. Revista de Propiedad Intelectual*, nº 13, enero-abril 2003.

MORT, Susan. “The WTO, WIPO & the Internet: Confounding the Borders of copyright and Neighbouring Rights”, *Fordham Intell. Prop. Media Ent. L. J.*, 8, 1997-1998, p. 173 y ss.

<sup>42</sup> Comentario al hilo de la falta de mención específica del Anteproyecto respecto a una modificación del sistema de canon por copia privada (cfr. DT\* I\* del Anteproyecto), a pesar de que sí se admite (parece), la utilización, por los titulares, de barreras tecnológicas (cfr. arts. 62-65 del Anteproyecto).

NIMMER, David. "A Riff on Fair Use in the Digital Millennium Copyright Act", *University of Pennsylvania Law Review*, 148, 3, p. 673-742.

PIGNATARO, Catherine. "Copyright Law and the Internet: The New Generation of Legal Battles in the Courts", *Touro L.Rev.*, 18, 2001-2002, p. 783 y ss.

SAMUELS, Edward. "Can our current conception of copyright survive in the internet age?", *N.Y.L. Sch. L. Rev.*, 2002-2003, 46, p. 221 y ss.

SHULMAN, Mary Ann. "Internet Copyright Infringement Liability: Is an Online Access Provider More like a Landlord or a Dance Hall Operator?", *Golden Gate U.L. Rev.*, 1997, 27, p. 555 y ss.

WINDHAM, L. *The Web Dilemma and the New Rules of business*. New York: Allworth Press, 1999.