

LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 2001/29/CE UNA VISIÓN COMPARADA

*José Manuel Serrano Cañas**
Doctor en Derecho
Colegio de España (Bolonia)

I. INTRODUCCIÓN

En 1455, un tal Johann (o Johannes) Gänzfleisch, más conocido como Gutenberg consigue realizar la primera obra impresa de la historia de occidente: la “Biblia de 42 líneas”. Este hecho revolucionó no sólo la técnica de la elaboración de los libros (de hecho, la aparición de la imprenta redujo el tiempo necesario para acabar un códice de los veinticuatro meses empleados por los amanuenses a apenas dos meses de trabajo en la imprenta), sino que, además, el uso y la implantación de la imprenta plantea un nuevo reto al Derecho de propiedad intelectual, por cuanto que permitió y facilitó la distribución y la copia masiva de las obras en un nivel hasta entonces desconocido –incluso, se calcula que antes de la imprenta no existían más de 20 mil ejemplares en toda Europa–. Así pues, las nuevas técnicas de impresión de las obras intelectuales hace surgir la necesidad de protección de las creaciones intelectuales no ya sólo como objetos materiales, sino como fuentes de propiedad intelectual: nacen, pues, los derechos de autor¹.

* Este trabajo se enmarca dentro del Proyecto de investigación: “Problemática jurídica actual de la pequeña y mediana empresa CPYME”, Referencia SEJ 2007-67747 JURI, cuyo investigador principal es el Dr. Juan Ignacio Font Galán.

¹ En efecto, el reconocimiento jurídico de la autoría de una obra literaria o artística no viene determinada por la necesidad de tutela de los autores, sino por la de los impresores que, llevando a cabo una labor editorial de la obra, precisaban el monopolio de la obra impresa por ellos a fin de que ninguna nueva edición hiciera competencia a la suya, poniendo así en riesgo el capital invertido. A tal fin, luchaban por conseguir del poder público un privilegio de impresión que impedía la sucesiva reproducción tipográfica de la obra durante un tiempo. La protección del autor se realiza, pues, de forma indirecta,

Hete aquí que hoy nos encontramos en el nacimiento de un nuevo momento histórico como resultado de la aparición de la “nueva imprenta”: Internet. En efecto, los nuevos soportes electrónicos del tipo CD-ROM o DVD con una capacidad de almacenamiento de información muy superior a los soportes analógicos tradicionales, la tecnología numérica o digital, los nuevos medios de comunicación a distancia por medios telemáticos que permiten comunicarnos interactivamente e intercambiarnos ficheros en un tiempo récord, la implementación de redes alámbricas o inalámbricas de banda ancha, paralelamente al desarrollo de los medios de comunicación tradicionales como la radio y la televisión han facilitado hasta límites inimaginables la comunicación y el intercambio de información entre todos nosotros y han hecho surgir una nueva era social, unos nuevos hechos que reclaman un nuevo derecho: la sociedad de la información². Resulta necesario, en efecto, replantearse y repensar, al igual que sucedió en los tiempos de la aparición de la imprenta, el régimen jurídico de los derechos de autor a fin de dar respuesta jurídica satisfactoria a la gran paradoja que cohabita en ella. Sucede que la sociedad de la información se sustenta en el principio fundamental del acceso por parte de los ciudadanos a la mayor cantidad de información posible, esto es, el acceso a las obras intelectuales de los autores. Esta necesidad de conocimiento se convierte en uno de los principales productos reclamados por los ciudadanos y, por ende, en uno de los más importantes activos industriales de la sociedad postindustrial trans-milenar³. Al mismo tiempo, sin embargo, este acceso reclamado como derecho de todo ciudadano a las obras intelectuales supone un serio peligro a la explotación de las obras del intelecto por parte de sus creadores en términos de normalidad. La sociedad de la información facilita, por tanto, una distribución y conocimiento

esto es, a través del editor. Sólo ulteriormente pasa a protegerse la obra misma, cuando en el 1709 el Estatuto inglés de la reina Ana prohíbe la publicación de libros y otros escritos sin el consentimiento de los autores o sus representantes, previniéndose, en caso de infracción, la confiscación de los libros editados sin licencia y el pago de una multa en proporción al número de folios impresos. *Vid.* AAVV., *Elementos de Derecho Civil, III Derechos Reales*, vol. I, dir. LACRUZ BERDEJO, Dykinson, Madrid, 2003, p. 341.

² En el Derecho comunitario, la expresión *sociedad de la información* se utiliza por primera vez en el estudio de la Comisión Europea, denominado Libro Blanco sobre “Crecimiento, competitividad y empleo” (COM [93] 700 final, 5 de diciembre de 1993).

³ *Vid.* CARBAJO CASCÓN, F., «Problemática jurídica de la edición electrónica y las bibliotecas virtuales», <http://www.fundacionyuste.org/acciones/aeb/XV%20AIB2000/CARBAJO.PDF>, p. 3.

increíble de las copias de los autores entre todos nosotros, a la par que dificulta el control y la protección del derecho de autor.

El nuevo derecho de autor que está emergiendo como consecuencia de los nuevos hechos procedentes de la sociedad de la información ha de armonizar, por tanto, tres intereses legítimos pero a su vez enfrentados. En primer lugar, y fundamentalmente, el nuevo derecho de autor debe tutelar los intereses de los autores y otros titulares de derechos afines a los derechos de autor. En segundo lugar, se debe tener muy presente los intereses de empresariales y del mercado ya que las autopistas de la información representan un nuevo medio idóneo para el desarrollo de nuevas actividades empresariales. La explotación de las obras y prestaciones protegidas supone ahora un nuevo nicho de mercado bastante lucrativo. Si bien, la necesaria autorización previa de los titulares de los derechos de propiedad intelectual para la digitalización de sus obras y prestaciones, así como para su introducción en las redes puede suponer un obstáculo que dificulte el desarrollo económico de este sector. Y, en último lugar, ha de respetarse los intereses de los usuarios y consumidores, en el sentido de que el respeto de los derechos de autor puede encarecer el acceso a la información y dada la posibilidad de la codificación de la información, puede producirse un encarecimiento del acceso a la cultura, incluso una limitación de la difusión de la cultura a ámbitos estrictamente privados en detrimento de los públicos⁴.

Con todo, carece de sentido la construcción de una sociedad de la información, esto es, una sociedad interconectada mundialmente por redes alámbricas e inalámbricas en la que, por definición, el acceso al conocimiento de las distintas obras y creaciones intelectuales supone el elemento esencial y definitorio de esta nueva era, si paralelamente no se promueve y defiende la necesaria creatividad y producción industrial (industria de contenidos) frente a los posibles ataques que a la misma se infringen por el empleo de las nuevas tecnologías. No sólo es que carece de sentido alguno, sino que el éxito final de la sociedad de la información va a depender en buena parte de una protección ponderada de los intereses de autores e industria por medio de la legislación sobre propiedad intelectual.

⁴ Vid. PALOMAR CUELI, S., «Los derechos de explotación en la Directiva 20/2001», *@autor y Derecho*, 2002, p. 2.

Ahora bien, en realidad, el motor dinamizador del nuevo derecho de autor viene representado por la defensa del mercado y no tanto por la tutela de los legítimos derechos de explotación de los autores respecto de su obra. Así hay quien viene afirmando que nuestra concepción del derecho de autor (en el que se protege la obra del autor por ser considerada una prolongación de la personalidad del autor) se va transformando día a día, paso a paso, en un verdadero *copyright*, donde la obra intelectual es considerada antes como un objeto económicamente rentable que como un reflejo de la personalidad de su autor⁵. En efecto, en EEUU se tiende a tratar a la obra intelectual como un mero conjunto de informaciones que el público usuario tiene derecho a reclamar, ya que se considera que el autor debe el resultado creativo antes al acervo cultural común que a su propio carácter y esfuerzo creativo. En este sentido, en la Directiva 2001/29 podemos leer que los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor se protegen en tanto en cuanto esta protección fomenta “un aumento de la inversión en actividades de creación e innovación”, necesario para desarrollar la industria europea e incrementar su competitividad, lo que a la postre “preservará el empleo e impulsará la creación de nuevos puestos de trabajo” (considerando 4º); o que, como afirma su considerando 7º, “la protección de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor debe adaptarse y completarse en la medida en que resulte necesario para el correcto funcionamiento del mercado interior”. De ahí que la regulación europea de los derechos de autor sólo contemple la vertiente económica, obviando cualquier referencia al Derecho moral (no pecuniario) del autor sobre su obra, esto es, los derechos de explotación derivados de los derechos de autor, obviando la armonización de la regulación de los derechos morales de autor⁶. Es más, existe un verdadero propósito de convertir la inversión empresarial

⁵ Así, MARCO MOLINA, J., «La armonización de la legislación sobre propiedad intelectual en las Directivas comunitarias», en AA.VV., *Derecho Privado Europeo*, coord. CÁMARA LAPUENTE, Colex, 2003, p. 1013.

⁶ Los derechos de explotación son aquellos derechos patrimoniales que se otorgan a los autores para que puedan explotar económicamente sus obras, y que se traduce en la posibilidad de realizar en exclusiva determinadas actividades de difusión o puesta a disposición del público de la obra, de tal manera que la obra solo puede ser difundida por terceros contando con la autorización del autor. De entre los distintos derechos de explotación que se conocen, la Directiva sólo aborda los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de una obra (artículo 22 TRLPI derecho de colección). Con todo, resulta injustificado la ausencia en la Directiva 2001/29 de alguna referencia al derecho exclusivo del autor a la transformación de su obra. En efecto, a diferencia de las precedentes Directivas parciales (así, la Directiva 91/250/CEE, relativa a la protección jurídica de los programas

en un fundamento adquisitivo de derechos de autor equiparable a la propia creación de la obra, situándose ya en el mismo nivel el “esfuerzo creativo” de los autores e intérpretes y las cuantiosas inversiones necesarias para la producción y comercialización de tales obras del intelecto.

En el proceso europeo del Derecho de autor caben señalar dos etapas bien diferenciadas en función del cambio tecnológico y de la protección dispensada a los autores respecto de sus obras.

– La primera viene dada por cinco Directivas, dictadas en la década de los noventa, que tienen su origen en el llamado “Libro Verde sobre los derechos de autor y el reto de la tecnología” y en su la “Puesta al día”⁷. Esta primera serie de Directivas se caracteriza porque subyace una consideración hasta cierto punto negativa de los derechos de propiedad intelectual, en tanto que obstáculo para la industria y para la libre circulación de bienes y servicios⁸.

– La segunda fase viene protagonizada por la Directiva 2001/29, 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,

de ordenador, artículo 4 a), calla sobre este asunto a pesar de que la digitalización y la interactividad aumentan el riesgo de deformación de las creaciones protegidas. Esta ausencia de regulación se puede relacionar con la actitud abstencionista que, en general, manifiestan las Directivas respecto al derecho moral del autor. Téngase en cuenta que dentro del derecho moral de los autores respecto de sus obras se incluye la facultad del autor de “oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación” (artículo 6 bis, 1º, Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas).

⁷ Los Libros Verdes son documentos de estudio y consulta auspiciados por la Comisión europea que anteceden en muchos casos a sus iniciativas legislativas. En concreto, las aludidas Directivas de los años noventa vinieron precedidas por el Libro Verde sobre los derechos de autor y el reto de la tecnología (CIN [88] 172 final, junio de 1988), puesto al día sucesivamente en virtud del documento rubricado *Acciones derivadas del Libro Verde—Programa de trabajo de la Comisión en el ámbito del derecho de autor y derechos afines* (COM [90], 584 final, adoptado el 5 de diciembre de 1990).

⁸ Nos referimos, concretamente a las Directivas 91/250, sobre protección jurídica de programas de ordenador; 92/100, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual; 93/83 sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y distribución por cable; 93/98 sobre armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines y la Directiva 96/9 sobre la protección jurídica de las bases de datos, por las que se pretendió adaptar la regulación del derecho de autor al impacto derivado de las entonces nuevas tecnologías tales como la televisión por cable y por satélite y, particularmente, la tecnología informática.

en la que el legislador europeo parece inclinarse por reforzar la protección del creador intelectual a efectos de potenciar una industria europea de la información autosuficiente y competitiva.

II. LA DIRECTIVA 2001/29/CE 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

En el proceso de construcción de un nuevo derecho europeo de autor propiciado por el desarrollo de la sociedad de la información se hace necesario armonizar determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines para adaptarlos a los cambios propiciados por la sociedad de la información. Esta Directiva viene a reformar la protección de la propiedad intelectual y, más específicamente, los derechos de autor por entender que son las actividades creativas las que habrán de posibilitar la existencia de una industria europea competitiva. Concretamente, la Directiva 2001/29 persigue fundamentalmente tres objetivos.

En primer lugar, traslada a la legislación comunitaria los compromisos derivados de los últimos tratados internacionales relativos a la propiedad intelectual, encaminados a actualizar la protección internacional de los derechos de autor y los derechos afines a la era de Internet completando las disposiciones del convenio de Berna con el fin de adaptarlas al entorno digital. Nos referimos, concretamente, a los dos Tratados de la Organización Mundial sobre Propiedad Intelectual (OMPI) de diciembre de 1996 por la Conferencia Diplomática celebrada en Ginebra del 2 al 20 del mismo mes, sobre Derecho de Autor (por el cual, los autores pasan a beneficiarse de protección jurídica en caso de distribución, alquiler comercial y comunicación al público de sus obras en la red y, además, se asegura una protección explícita para los dispositivos técnicos y para los sistemas de identificación de gestión de obras) y sobre Interpretación o Ejecución y fonogramas, suscrito en la misma fecha (el cual atañe a los derechos afines y mejora la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes y de los productores, de tal manera que pasan a beneficiarse de los derechos exclusivos de reproducción, distribución, alquiler comercial y puesta a disposición del público de sus interpretaciones/ejecuciones y de sus fonogramas en la red y, además, obtienen el

reconocimiento del derecho a una remuneración por la radiodifusión y por cualquier otra forma de comunicación al público con fines comerciales)⁹. En segundo lugar, el legislador europeo muestra una especial preocupación por asegurar que el mercado único no se fragmente por los diferentes niveles de protección que los Estados miembros ofrecen, adaptando la legislación comunitaria al nuevo ambiente interactivo e informático. Y, en tercer y último lugar, la Directiva pretende fundamentalmente armonizar y definir homogéneamente las actividades de explotación, esto es, los derechos (o propiamente dicho, facultades) de explotación de los autores respecto de sus obras contempladas parcialmente por las anteriores Directivas, con el fin de adaptarlas a las nuevas utilidades de la tecnología, particularmente la copia digital y las transmisiones interactivas “a la carta”.

Estos objetivos se intentan lograr mediante la armonización general de tres de los derechos de explotación derivados de los derechos de autor: reproducción, distribución y comunicación al público. Esto se ha llevado a cabo a través de una Directiva que se aproxima más a un reglamento porque su precisión a la hora de definir los derechos y sus excepciones deja a los Estados un margen de actuación limitado.

1. El derecho de reproducción en la Directiva 2001/29

Como se puede uno imaginar, el derecho a reproducir la obra intelectual, esto es, el derecho a realizar una copia de la misma representa el primero de los derechos de explotación derivados de los derechos de autor. Desde la aparición de la imprenta, se ha reconocido el derecho a obtener una reproducción de la obra. Ahora bien, la aparición y desarrollo de las nuevas tecnologías ha provocado una modificación en la concepción de lo que deba entenderse por reproducción, que no se encuentra suficientemente homogeneizado entre los distintos estados que componen la Unión Europea. En efecto, en todas las legislaciones nacionales se reconoce el derecho de los

⁹ La adhesión a los Tratados de la OMPI se lleva a cabo a través de la Decisión del Consejo, de 16 de marzo de 2000, relativa a la aprobación en nombre de la Comunidad Europea del Tratado de la OMPI sobre derecho de autor y del Tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas. Los convenios de París (para la protección de la propiedad industrial) y Berna (para la protección de las obras literarias y artísticas) constituyen las bases del sistema de Tratados de la OMPI. Los Tratados posteriores han ampliado la protección ofrecida teniendo en cuenta las evoluciones técnicas y los nuevos ámbitos de interés (por ejemplo, la *sociedad de la información*).

autores a reproducir sus propias obras, si bien, el alcance del mismo no es idéntico, sobre todo en lo que se refiere a los actos de reproducción¹⁰. El problema estriba en saber si en la definición de derecho de reproducción se incluyen o no actos como la digitalización o la carga y descarga por teleproceso de una obra desde un ordenador.

La Directiva 2001/29 intenta poner fin a tan acalorada discusión estableciendo una definición lo más amplia posible del derecho de reproducción, de tal manera que abarque todos los posibles actos de reproducción. En el artículo 2 de la referida Directiva de 2001, en efecto, se reconoce al autor y a los titulares de los derechos afines al de autor “el derecho exclusivo a autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de la totalidad o parte” de una obra u otra prestación protegida. El autor tiene la facultad de consentir su ejercicio excepto en determinados casos establecidos en la Directiva y que se regulan en el artículo 5. Con todo, a tenor de este artículo 2 de la Directiva, el derecho a reproducir toda obra intelectual comprende, por tanto, las siguientes conductas:

- a) la reproducción directa o indirecta o realizada por cualquier medio y en cualquier forma

Esta distinción entre reproducción directa o indirecta venía siendo ya contemplada por algunas legislaciones europeas como la alemana, la francesa e incluso la propia legislación española. La representación directa, que fue el primer concepto de representación que se dio, estaba ligada a la imprenta y al concepto de multiplicación: esto es, se basaba en la fijación material de la obra que permite su ulterior comunicación. Esta definición material del derecho de reproducción, sin embargo, tras el avance tan espectacular de la técnica informática, ha quedado periclitada. Por el contrario, se hace necesario desvincular la idea de “reproducción” de la de “multiplicación” o consecución de una pluralidad de copias de la obra. En efecto, la digitalización de una obra no comporta necesariamente una traslación de la obra a un medio físico, sino su mera conversión a un código binario, esto es, la copia no sólo

¹⁰ Por poner un ejemplo, en Italia, la ya reformada Ley de Derecho de autor de 22 de abril de 1941, núm. 633, entendía que el derecho exclusivo de reproducción del autor respecto de sus obras tenía por objeto toda copia de la obra realizada “con cualquier medio, como la copia a mano, la impresión, la litografía, la grabación, la fotografía, la fonografía, la cinematografía y cualquier otro procedimiento de reproducción”.

es intangible, sino además imperceptible para los demás sentidos humanos. Resulta, por tanto, necesario preguntarse y armonizar –a nivel europeo, al menos– si esa reproducción digital requiere o no la autorización del autor.

La Directiva se muestra receptiva a aceptar las tesis que abogan por reconocer a los autores el derecho a autorizar o prohibir las copias de sus obras por medios digitales. Así, mediante el concepto de reproducción indirecta y, por si este instrumento no fuera lo suficientemente claro, mediante el concepto de “representación por cualquier medio y en cualquier forma” extiende el ámbito de protección a aquellos supuestos en los que la obtención de una copia o la representación de la misma se lleva a cabo mediante su puesta a disposición por medios incorporales, como sucede, por ejemplo, al descargarse archivos utilizando Internet o al transmitir en diferido un determinado evento protegido por derechos de autor. Tan sólo resulta suficiente con su fijación o incorporación a un medio distinto del que ha servido para crearla o expresarla por primera vez para que pueda entenderse consumada la reproducción o, mejor aún, con la mera fijación en un soporte tal que permita o tenga la potencialidad de reproducir, crear copias de la obra intelectual o su comunicación a terceros.

b) la reproducción provisional y permanente

En segundo lugar, la Directiva habla de “reproducción provisional y permanente” como conducta constitutiva del derecho de reproducción y, como tal, necesitada de la autorización del autor. Con esta especificación se quiere poner fin a la discusión ampliamente debatida en la Conferencia Diplomática de Ginebra de 1996 en la que se dudaba de si el derecho a consentir las reproducciones de la obra abarcaba o no aquellas que, como sucede en el mundo digital, permiten la reproducción de una obra o parte de la misma por un periodo determinado de tiempo¹¹. El problema estriba en que el uso de determinadas redes de telecomunicación, como Internet, conlleva la realización de múltiples copias efímeras desde que la información sale del proveedor hasta que llega al usuario final. En este sentido, la Directiva ha llegado a la conclusión de que las copias provisionales sólo son “libres” (esto es, sólo pueden generarse sin la autorización del autor) siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

¹¹ Se tiene en mente, por ejemplo, aquellos programas informáticos obtenidos de la red que desaparecen a los 30 días del disco duro del ordenador del usuario.

En primer lugar, la copia provisional podrá realizarse libremente si dicha copia forma parte integrante y esencial de una transmisión en una red dirigida por un intermediario a terceras personas o de cualquier otra utilización lícita que pueda precisar igualmente ese tipo de reproducciones transitorias. Por tanto, sólo son lícitas las copias provisionales transmitidas en red siempre que se trate:

- de actividades de mera transmisión o transporte de datos facilitados por el titular (artículo 5.1);
- de ficheros caché (artículo 5.1), que consisten en copias temporales de la información transmitida en la red por el usuario del servicio de intermediación, pero que sirven sólo para acelerar y facilitar la transmisión de los datos.

Y, en segundo lugar, serán libres las “reproducciones efímeras” en la medida en que carezcan “de una significación económica independiente” (como expresamente lo exige el artículo 5.1).

c) Límites del derecho de reproducción: la excepción de copia privada

Ante la amplitud del ámbito objetivo comprendido en el nuevo derecho de reproducción de las obras intelectuales, el legislador europeo introduce en el artículo 5.5 una limitación importante a la potestad y al requerimiento de la necesidad de obtener la autorización del autor para la obtención de copias de obras: la excepción de copia para uso privado. Hasta el presente, la reproducción libre de autorización a efectos del uso o goce privado de las creaciones protegidas constituye uno de los límites institucionales de la propiedad intelectual. Límite que viene siendo justificado aduciendo el respeto a la vida privada y a la intimidad del usuario de la obra; si bien, poco a poco la realidad y el avance de la técnica están horadando los cimientos sobre los que se sustenta este “derecho a la copia privada”. En efecto, los defensores del derecho a obtener una copia privada sin la autorización de los autores aducían que las reproducciones para uso privado no entrañan una mengua sustancial o intolerable del contenido económico del derecho de autor. Y, a su vez, que por su carácter privado o doméstico, este tipo de uso resulta *per se* incontrolable. Sin embargo, ni una ni otra razón puede mantenerse en pie por mucho tiempo. En realidad, la copia privada no puede afirmarse que resulta inocua, vistos los datos sobre las descargas de ficheros

en Internet, ni además se sustenta la supuesta incapacidad de control de las descargas por Internet –puesto que, por ejemplo, a través de la identificación del usuario que realiza la copia se puede fácilmente tener conocimiento y localizado, al menos, el ordenador que está llevando a cabo una descarga de una obra intelectual sin el consentimiento de su autor–. Es más, la descarga de ficheros por Internet puede, incluso, ser restringida o impedida por dispositivos técnicos introducidos o autorizados por el propio titular de la obra.

Pese a todo, la Directiva 2001/29 ha optado por mantener la excepción de uso privado para la copia digital. Esta excepción se basa en la conocida como prueba de las tres fases, creada en el Convenio de Berna (artículo 9.2), por la cual todo límite o excepción al derecho de propiedad intelectual (más concretamente, toda excepción al derecho de reproducción de las obras intelectuales) debe, en primer lugar, estar nítidamente delimitada y concretada para “determinados casos”; en segundo lugar, no puede entrar “en conflicto con la explotación normal de la obra o prestación”; y, por último, no debe perjudicar “injustificadamente los intereses legítimos del titular del derecho”. Si bien, este artículo 5.5 de la Directiva 2001/29 no lleva a cabo una completa armonización a nivel europeo de la excepción de copia privada. Básicamente lo que hace este artículo es incluir esta excepción como una más de las excepciones al derecho exclusivo de reproducción que los Estados miembros de la UE podrían introducir en sus legislaciones nacionales. Es más, esta excepción en sí misma no resulta de obligada transposición a las legislaciones de los distintos Estados miembros, de tal manera que el contenido y la extensión de la misma quedan en buena parte a la discreción de cada Estado miembro.

En suma, de la regulación contenida en la Directiva se pueden extraer como conclusiones que efectivamente se trata de una excepción a un derecho exclusivo de autores y otros titulares de derechos, o dicho de otra manera, que no se trata de un derecho del usuario; que el usuario puede exigir en ciertos casos que esa excepción tenga una aplicación efectiva (me refiero a la relación entre la copia privada y las medidas técnicas de protección); y que para que haya copia privada tiene que haber una compensación equitativa¹².

¹² Vid. CABRERA BLÁZQUEZ, F. J., «Regulación de la copia privada a nivel europeo y jurisprudencia reciente en materia de redes p2p», *@utor y Derecho*, 2006, p. 2.

2. El derecho de distribución en la Directiva 2001/29

El derecho de los autores a autorizar o prohibir la distribución de las reproducciones realizadas a su obra representa, como se puede uno imaginar, un derecho instrumental, complementario del derecho de reproducción y es el que menos ha sido afectado por el avance tecnológico¹³. Así pues, se mantiene el tradicional concepto de distribución acuñado a comienzos del siglo XX. Según esa noción, continuada en el artículo 4 de la presente Directiva, el derecho de distribución consiste en la facultad exclusiva de su titular de poner la obra a disposición del público a través de representaciones físicas de la misma, ya sean éstas del propio original o copias de la obra¹⁴. En suma, el derecho de distribución confiere a su titular el poder de controlar el destino o circulación de las copias tangibles de su obra. Estamos, por tanto, ante el derecho de contenido y carácter más típicamente patrimonial de entre los que conforman los derechos de explotación derivados de los derechos de autor, ya que sólo busca el asegurar la comercialización y cierto control en la circulación de su obra para garantizarle una retribución económica que comprende su trabajo intelectual o artístico.

Habida cuenta este menor impacto de las nuevas tecnologías sobre el derecho de distribución la Directiva, en su artículo 4, ha querido armonizar el derecho de distribución de los autores de todo tipo de obras en todos los casos en los que aún no se había hecho¹⁵; y, fundamentalmente, la importancia de esta nueva regulación radica en que se armoniza el “agotamiento” del derecho de distribución en relación con la venta de ejemplares de una obra (*first sale doctrine*), debido a que algunos Estados miembros no habían establecido límites al principio de agotamiento. En consecuencia, existían países que aplicaban el agotamiento internacional, de manera

¹³ *Vid.* PALOMAR CUELI, S., «Los derechos de explotación en la Directiva 20/2001», *op. cit.*, p. 5.

¹⁴ Así, MARCO MOLINA, J., «La armonización de la legislación sobre propiedad intelectual en las Directivas comunitarias», *op. cit.*, p. 1049.

¹⁵ En efecto, las anteriores Directivas sólo habían establecido de forma parcial la facultad exclusiva del autor para distribuir determinadas obras, como por ejemplo, los programas de ordenador y las bases de datos (así el artículo 4 c) de la Directiva 91/250, sobre protección jurídica de programas de ordenador; y el artículo 5 c) de la Directiva 96/9 sobre la protección jurídica de las bases de datos) o bien, refiriéndose a los autores de toda clase de obras, sólo habían dotado de una regulación armonizada a algunos de los poderes incluidos en esos derechos (como sucede, por ejemplo, con la Directiva 92/100, sobre derechos de alquiler y préstamo).

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, en cambio, otros Estados defendían el agotamiento nacional y no reconocían los efectos del agotamiento a ventas realizadas en otros Estados miembros.

Este problema se intenta solventar a través de la figura del “agotamiento comunitario”. En efecto, las normas comunitarias precedentes ya descartaban el agotamiento internacional y se decantaban exclusivamente por el agotamiento comunitario. El fundamento de este principio de agotamiento comunitario se encuentra en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea¹⁶, que ha conciliado el principio de libre circulación de mercancías en la Comunidad con la protección del objeto específico de los derechos de propiedad intelectual, llegando a la conclusión de que el derecho de distribución debe agotarse con la primera venta del artículo en la Comunidad Europea, siempre que la venta sea efectuada por el titular del derecho o con su consentimiento.

Por aplicación de la asunción del principio del “agotamiento comunitario del derecho de distribución”, la adquisición directa de los ejemplares de una obra transmitida directamente por el titular legítimo o mediando su consentimiento en cualquiera de los Estados miembros de la Unión Europea se considera “primera venta” en la Unión Europea, con lo que se extingue el derecho de distribución para las ventas sucesivas (o para cualquiera acto traslativo del dominio)¹⁷ en la Unión Europea. De tal manera que si en un momento posterior, se realiza una distribución de los

¹⁶ Casos Polydor/Harlequin records shops, 270/1980, 1982, Rec 329, fundamento 7 y Tournier, 395/1987, 1989, Rec 2565, fundamentos 11 y 13 para el derecho de autor. Casos Deutsche Grammophon, 78/70, 1971, Rec 487, Musikvertrieb Membran, 55 y 57/1980, 1981, Rec. 147 y EMI electrola/Patricia, 341/1987, 1989, Rec 92, fundamento 9.

¹⁷ En efecto, el artículo 4.2 de la Directiva establece el agotamiento a partir de “la primera venta u otro tipo de cesión de la propiedad del objeto”. Paralelamente, el artículo 6 del Tratado de la OMPI sobre derecho de autor entiende producido tal efecto “después de la primera venta o transferencia de propiedad del original o de un ejemplar de la obra con autorización del autor”. Así pues, el agotamiento del derecho de distribución se produce no sólo mediante la primera venta, sino por cualquier otro acto con tal de que se transfiera el derecho de propiedad sobre el concreto ejemplar, sin distinguir entre la enajenación a título oneroso o gratuito. Si bien, como establece el párrafo segundo del artículo 4 de la Directiva, el alquiler o el préstamo no determina el agotamiento del derecho de distribución; de ahí que la Directiva 92/9 reserve al autor el derecho a controlarlas y a ser remunerado por ellas. *Vid.* MARCO MOLINA, J., «La armonización de la legislación sobre propiedad intelectual en las Directivas comunitarias», *op. cit.*, p. 1052.

ejemplares legítimamente obtenidos a otro Estado miembro ya no habrá derecho de distribución del autor porque se habrá agotado. Y al contrario, esto es, si un titular adquiere los ejemplares fuera de la Unión Europea, dicha venta no es considerada primera venta en el ámbito de la UE, porque no se admite el agotamiento internacional; y, en consecuencia, si 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 Estado¹⁸.

3. El derecho de comunicación pública y el de puesta a disposición on demand

La Directiva 2001/29, en su artículo 3, otorga a los autores el “derecho” o “facultad exclusiva” a “autorizar o prohibir cualquier comunicación al público (...) incluida la puesta a disposición del público de sus obras”. Como es sabido, las nuevas tecnologías han posibilitado la puesta a disposición del público de las obras protegidas y otros trabajos afines sin necesidad de materializarlos en un soporte físico, en un ejemplar. Al contrario, el mundo informático posibilita la explotación incorporal o la puesta a disposición de la obra al público sin previa distribución de ejemplares. Esto ocurre concretamente en el caso de la explotación en línea, a través de redes, de obras protegidas por la propiedad intelectual; en particular la realizada a la carta, (*on demand*). Estas transmisiones “a la carta” conllevan la peculiaridad de que una obra o trabajo afín almacenado de forma digital se pone a disposición de las personas interesadas de forma interactiva, es decir, cualquier usuario puede acceder a la obra y solicitar su transmisión en forma de señales digitales a su ordenador a través de Internet u otra red de alta velocidad, para su visualización o descarga, dependiendo de la licencia aplicable¹⁹.

Este nuevo acto de explotación no encaja con el concepto tradicional de comunicación pública requerida de autorización por los autores. Se hacía necesario, ante tal

¹⁸ Vid. PLAZA, J., “La propuesta de Directiva de Derechos de Autor y Derechos Afines en la sociedad de la información”, *Revista Derecho Patrimonial*, nº 4, 2000–1, p. 87 y ss.; MARCO MOLINA, J., «La armonización de la legislación sobre propiedad intelectual en las Directivas comunitarias», *op. cit.*, p. 1044 y ss.

¹⁹ Vid. PALOMAR CUELI, S., «Los derechos de explotación en la Directiva 20/2001», *op. cit.*, p. 7.

vacío jurídico, dar una respuesta jurídica adecuada por parte de los Estados miembros. El derecho de distribución, en suma, no podía aplicarse porque sólo estaba pensado y sólo contemplaba las copias físicas y no cubre el acto de transmisión. Al mismo tiempo, tampoco era posible aplicar el derecho de reproducción porque éste no cubría el acto de transmisión en sí mismo. En efecto, pese a que puede llegar a comportar la realización de copias por el usuario, la transmisión a la carta no puede ser calificada como reproducción, puesto que, dado el carácter sólo eventual de esas copias, se suscitaría una laguna de protección en el caso de que no llegaran a efectuarse. Por otra parte, la transmisión a la carta tampoco puede ser tipificada como distribución, dado que difunde la obra sin poner a disposición del público ejemplares tangibles de la misma.

Pese a todo, existía cierta unanimidad por parte de los Estados miembros en aceptar y asumir que las nuevas formas de explotación y comunicación digital al público de las obras intelectuales debían quedar sometidas a un derecho de control por los autores. Sin embargo, esta nueva concepción del derecho de comunicación (o, mejor, este nuevo derecho de comunicación al público) distaba mucho de ser uniforme por parte de los distintos Estados miembros, pues más bien se prevén una serie de derechos específicos de características 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, etc.)²⁰. Además las distintas legislaciones de los Estados miembros sobre comunicación al público no siempre protegen la misma categoría de obras y trabajos afines, lo que provoca lagunas jurídicas a la hora de aplicarlas a esta nueva forma de explotación “a la carta”. A todo esto hay que añadir las discrepancias interpretativas respecto al carácter “público” de la comunicación de las obras protegidas por derechos de autor. Por ello, en algunos Estados las transmisiones a la carta podrían considerarse comunicaciones no dirigidas al público y no quedar cubiertas por este derecho²¹.

²⁰ *Vid.* PALOMAR CUELI, S., «Los derechos de explotación en la Directiva 20/2001», *op. cit.*, p. 7.

²¹ Incluso en el plano internacional existían serias dudas acerca de si el derecho de comunicación pública establecido por la convención de Roma y Berna cubrían ya las transmisiones en línea de las obras y trabajos afines.

Ante tal confusión, la Directiva 2001/29 ha optado por establecer en el artículo 3 el derecho exclusivo a favor de los autores “a autorizar o prohibir cualquier comunicación al público de sus obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, incluida la puesta a disposición del público de sus obras de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija”. En este sentido, el legislador europeo entiende por “público” la suma de cada uno de los individuos que de forma individualizada accede a la misma obra, esto es, la concurrencia de una pluralidad de personas no ligadas por vínculos personales. En suma, poco a poco se va consolidando la opinión de que el ámbito privado pertenece sólo al núcleo familiar.

Con tal concepción del carácter público de la comunicación se quiere excluir que se pueda calificar como privada la comunicación de archivos mediante los sistemas “P2P”. En efecto, el carácter público se establece atendiendo primariamente a la actividad del difusor de la obra, siendo indiferente el uso (privado o público) que de ella pueda hacer su destinatario. Y, además, para que pueda ser considerado como público, el acto de comunicación no se requiere que se realice de forma efectiva y simultánea entre distintas personas, sino que es suficiente la mera potencialidad pública, esto es, la accesibilidad potencial del público a la obra.

a) El derecho de comunicación al público y las redes P2P

Surge así el problema de si la excepción de copia o de comunicación privada de las obras intelectuales sin el consentimiento de los autores resulta aplicable o no al intercambio de ficheros a través de las redes *peer to peer*. Para dar respuesta adecuada al fenómeno de las redes P2P hay que hacer una distinción entre la oferta (*upload*) de los ficheros protegidos por derechos de autor, por un lado, y la descarga de tales ficheros (*download*) por otro, debido a que uno y otro comportamiento conllevan una diferente evaluación y calificación jurídicas²².

En efecto, la oferta de ficheros protegidos por derechos de autor en redes P2P entraría dentro del concepto de “puesta a disposición del público” de obras o prestaciones protegidas, con lo que necesitan la autorización del derechohabiente. Por su parte, la persona que descarga obras protegidas por derechos de autor lo hace normalmente

²² Vid. CABRERA BLÁZQUEZ, F. J., «Regulación de la copia privada a nivel europeo y jurisprudencia reciente en materia de redes p2p», *op. cit.*, p. 3 y ss.

para lo que en el lenguaje común se llama uso privado, es decir, para escucharlo en casa, en el ordenador, en el móvil o el reproductor MP3... todo esto sin ánimo de lucro, al menos en el sentido estricto de la expresión. Así pues, surge la duda de si la descarga puede beneficiarse por ello de la excepción de copia para uso privado.

El problema se complica puesto que, como ya se ha puesto de manifiesto anteriormente, la introducción en los distintos ordenamientos de la excepción de copia para uso privado no es obligatoria, a tenor de la presente Directiva. Por tanto, la sanción de la descarga por Internet dependerá primero de que se haya o no recogido tal excepción de copia para uso privado en el país correspondiente²³. En el caso de que la haya, habrá que analizar si el concepto de “uso privado” cubre las descargas realizadas en una red *peer to peer*. Por ejemplo, en el Reino Unido no existía hasta el *Consolidated Act on copyright 2003* una auténtica excepción de uso privado. Ciertamente es que habían establecido una serie de supuestos, que conforman la denominada *fair dealing defenses* en los que estaba permitido el uso de obras y prestaciones protegidas como sucedían en los supuestos de investigación, estudio privado, crítica, comentario, noticias, varios usos educacionales, uso en librerías y archivos o en la administración pública²⁴. Estas excepciones no cubren las actividades de intercambio de ficheros en redes P2P, con lo cual parece que en el Reino Unido el tema está más que claro²⁵.

A su vez, la reciente modificación de la ley de derechos de autor sueca ha introducido una clarificación a la excepción de copia para uso privado: ésta no con-

²³ Si bien, aprovechando la necesaria transposición de la Directiva en sus respectivos ordenamientos, la mayoría de los países de nuestro entorno han adaptado sus legislaciones para excluir explícitamente las descargas no autorizadas desde páginas web o redes P2P.

²⁴ *Copyright, Designs and Patents Act 1988 (c. 48)* (Ley británica de Copyright, Patentes y Marcas de 1988), disponible en: http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1988/Ukpga_19880048_en_1.htm

²⁵ Aún así, hay quien argumenta que la llamada excepción de interés público podría ser aplicable al caso. En efecto, en el artículo 12 del *Consolidated Act* se establece por fin la excepción de reproducción para el uso privado, de tal manera que “cualquiera está autorizado para hacer o haber hecho, para fines privados, simples copias de trabajos que han sido hechas públicas si esto no se hace con propósitos comerciales” y, además, cualquiera está autorizado a “(v) hacer simples copias en formato digital de otros trabajos (...) a menos que esto se haga exclusivamente para el uso personal o de los miembros de su casa (*make single copies in digital form of other works than computer programs and databases unless this is done exclusively for the personal use of the copying person himself or his household*)”. Vid. *Copyright vs. Free Expression: The Case of Peer-to-Peer File-Sharing of Music in the United Kingdom*. International Journal of Communications Law and Policy, Vol. 10, 2005, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=847905>.

fiere un derecho a realizar copias de una obra cuando el original (*förlagan*) ha sido preparado o ha sido puesto a disposición del público en violación de un derecho de comunicación pública²⁶.

En Alemania, la legislación anterior a la transposición de la Directiva²⁷ dice que hay copia ilícita cuando ésta se realiza a partir de un original que ha sido producido de manera manifiestamente ilícita. Pese a haber sido introducida para excluir a las descargas del régimen de la copia privada, esta regla causa una cierta inseguridad jurídica, ya que en el caso de intercambio de ficheros vía P2P la oferta es ilícita (como hemos visto), pero la copia ofrecida al público no ha sido producida de manera manifiestamente ilícita, ya que en muchos casos se trata de una copia privada del oferente. Con ello el usuario que descarga podía (al menos en teoría) acogerse a la excepción de copia privada recogida en el artículo 53 de la ley de derechos de autor alemana. Hay que decir que en la práctica ya ha habido casos en Alemania en los que se ha condenado a usuarios por oferta y descarga ilegal, como en Cottbus de 14 de mayo de 2004²⁸. El 3 de enero de 2006 se ha efectuado la transposición de la Directiva²⁹. El artículo 53 considera ilícita no sólo la copia realizada a partir de un original que ha sido producido de manera manifiestamente ilícita sino también cuando la oferta en sí es manifiestamente ilícita. Así quedará claro que descargarse copias de obras protegidas a través de sistemas de intercambio de ficheros P2P sería ilegal. Todo hay que decirlo, el término “manifiestamente ilícito” contiene un elemento subjetivo que probablemente dará de qué hablar en el futuro.

²⁶ *Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk* (Ley sueca 1960:729 de 30 Diciembre de 1960 sobre derechos de autor en obras literarias y artísticas), modificada por última vez el 1 de Julio de 2005. Una versión consolidada en inglés está disponible en: <http://www.sweden.gov.se/content/1/c6/01/51/95/69b07709.pdf>

²⁷ *Urheberrechtsgesetz – Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 9. September 1965 (BGBl. I S. 1273) – Stand 13. September 2003* (Ley alemana de derechos de autor y derechos conexos de 9 de Septiembre de 1965, versión consolidada según la última modificación de 13 de Septiembre de 2003), disponible en: <http://www.urheberrecht.org/topic/Info-RiLi/final/UrhG-2003-kons.pdf>

²⁸ *Vid.* sentencia del AG Cottbus de 14 mayo de 2004, Az.: 95 DS 1653 JS 15556/04 (57/04), disponible en: http://www.beckmannundnorda.de/urteil_filessharing.html

²⁹ Bundesministerium der Justiz, 3. Januar 2006, Referentenentwurf, Gesetz zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums.

Austria también tiene una excepción de uso privado, pero con la siguiente salvedad: una copia no se considera privada cuando “es realizada con el objeto de poner la obra a disposición del público. Las copias realizadas para uso privado no deben ser utilizadas para poner la obra protegida a disposición del público”³⁰. Esto es una referencia clara al intercambio de ficheros en redes P2P, aunque parece que el derecho de comunicación pública ya cubría suficientemente este supuesto. En cualquier caso, toda clarificación debe ser bienvenida.

En Italia ha habido una gran controversia al respecto. Allí existe una excepción de copia privada amplia, que es la copia realizada por una persona física para uso exclusivamente personal sin ánimo de lucro y sin fines ni directa ni indirectamente comerciales, siempre tomando en consideración las medidas tecnológicas introducidas por los titulares de derechos³¹. Pero existe también el llamado Decreto Urbani³². Este decreto (en su primera versión) incluía explícitamente sanciones administrativas a quien realizara descargas de material protegido por derechos de autor. Al final, este decreto no incluyó esas sanciones, en gran parte debido a la oposición popular a esta norma. Aquí estamos hablando de sanciones impuestas por el Estado. Esto no excluye la eventual responsabilidad civil del que descarga ficheros por infracción del derecho de reproducción.

Luego están los países que han conservado una excepción de copia privada más general y amplia. En esta línea nos encontramos, por ejemplo, con la ley de propiedad intelectual de la República Checa, donde se habla de copia “para uso personal”. En Polonia, por su parte, se reconoce la posibilidad de realizar “copias para uso personal, incluyendo el uso por el círculo de personas que tienen una relación per-

³⁰ *Bundesgesetz über das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Kunst und über verwandte Schutzrechte*, StF: BGBl. Nr. 111/1936 i.d.F. der *UrhG–Novelle 2003* (Ley Federal austriaca sobre derechos de autor y derechos conexos, versión consolidada según la última modificación de 1 de Julio de 2003), disponible en: http://www.internet4jurists.at/gesetze/bg_urhg2a.htm

³¹ *Legge 22 aprile 1941 n. 633 e successive modificazioni – Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio* (Testo entrato in vigore il 23 maggio 2004) (Ley italiana de derechos de autor y derechos conexos, versión consolidada según la última modificación de 23 de Mayo de 2004), disponible en: http://www.siae.it/documents/BG_Normativa_LeggeDirittoAutore.pdf

³² *Legge 21 maggio 2004, n. 128 “Conversione in legge, con modificazioni, del decreto–legge 22 marzo 2004, n. 72, recante interventi per contrastare la diffusione telematica abusiva di materiale audiovisivo, nonché a sostegno delle attività cinematografiche e dello spettacolo”, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 119 del 22 maggio 2004*. Disponible en: <http://www.parlamento.it/parlam/leggi/041281.htm>

sonal con el usuario, en especial familia, parentesco o relaciones sociales³³. En Holanda, por su parte, la ley habla de “un número limitado de reproducciones sólo para práctica, estudio o uso privado para fines ni directa ni indirectamente comerciales de la persona física que realiza la reproducción o que solicita esa reproducción sólo para ella”³⁴. Según el artículo 122-5-2 del Código de la propiedad intelectual francés³⁵, el autor no puede prohibir las copias o reproducciones estrictamente reservadas al uso del copista cuando la obra ha sido publicada de manera lícita. La ley de derechos de autor belga viene a decir poco más o menos lo mismo, pero especificando que se trata de reproducciones efectuadas en el círculo familiar y reservadas a éste (artículo 22-1-5)³⁶. En estos países, una interpretación literal de la ley podría llevar a pensar que la descarga está cubierta por la excepción de copia privada.

Por último, conviene destacar que antes de la aparición de la Directiva de comercio electrónico, el simple suministro de instalaciones físicas para facilitar la comunicación no supone un acto de comunicación al público. Con ello, se trataba de proteger a los prestadores de servicios en línea de las demandas por vulneraciones de derechos de autor que cometiesen sus usuarios. Esto ha sido suprimido de la DDASI por la aprobación de la Directiva de comercio electrónico que contempla la responsabilidad civil para los prestadores de servicios en línea, en el artículo 12 y siguientes.

En suma, la duda sobre la aplicación o no de la excepción de copia privada o de la concepción pública de la puesta a disposición a través de las redes P2P continúa y, finalmente, tendrán que ser los tribunales los que digan la última palabra en cuanto a la interpretación de tales conceptos jurídicos indeterminados³⁷.

³³ Ver GRAHAM, A., «Private Use, Public Consequence? The Future of the Private Copy Exception in Europe», publicado en *Copyright World*, Diciembre 2004/Enero 2005, No. 146.

³⁴ *Wet van 23 september 1912, houdende nieuwe regeling van het auteursrecht (Auteurswet 1912) Geconsolideerde versie, geldig vanaf 01-02-2003* (Ley holandesa de derechos de autor de 23 de Septiembre de 1912, versión consolidada según la última modificación de 1 de Febrero de 2003). Una versión consolidada en inglés está disponible en: <http://www.ivir.nl/legislation/nl/copyrightact.html>

³⁵ *Code de la Propriété Intellectuelle* (Código de la Propiedad Intelectual), disponible en: <http://www.legifrance.gouv.fr/>

³⁶ *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins de 30 juin 1994* (Ley de derechos de autor y de derechos conexos de 30 de Junio de 1994), versión consolidada según la última modificación de 22 de Mayo de 2005, disponible en: http://www.juridat.be/cgi_loi/loi_F.pl?cn=1994063035

³⁷ Curiosamente los tribunales de dos países vecinos como Bélgica y Holanda han dado soluciones contrapuestas. En Bélgica (sentencia del Tribunal Regional de Bruselas de 26 de Noviembre de 2004,

04/8975/A) la sentencia de un caso que enfrentaba una sociedad de gestión colectiva a un proveedor de servicios Internet afirmaba de pasada que el intercambio de ficheros infringe tanto el derecho de comunicación como el de reproducción, es decir, tanto la oferta como la descarga. En Holanda, un tribunal decidía en Mayo de 2004 (sentencia del tribunal de Haarlem de 12 de Mayo de 2004, 85489/HA ZA 02–992, disponible (en inglés) en: http://www.solv.nl/rechtspraak_docs/District%20Court%20Haarlem%20120504.pdf) que el motor de búsqueda Zoekmp3 no infringía derechos de autor, ya que simplemente listaba páginas web desde donde se podía descargar ficheros musicales sin la autorización de los titulares de derechos. Además, el tribunal afirmó que el simple hecho de descargar música sin compartirla está cubierto por la excepción de copia privada. Por desgracia no puedo decir con seguridad si estos casos han sido apelados o están cerrados.

En Francia ha habido una serie de sentencias para todos los gustos. Si bien todas confirman que el *upload* infringe el derecho de comunicación pública de los titulares de derechos, ciertas sentencias han considerado ilegal la descarga, mientras que otras han optado bien por no ocuparse del tema o simplemente lo han considerado un caso de copia privada. Como decíamos antes, según el CPI francés el autor no puede prohibir las copias o reproducciones estrictamente reservadas al uso del copista. La legislación francesa no dice nada en cuanto a las circunstancias de producción de la citada copia privada. Esto último será por tanto interpretado por los tribunales caso por caso. La jurisprudencia francesa todavía no se pone de acuerdo. En abril de 2004 el tribunal de Vannes condenaba a 3 meses de prisión y a una sanción pecuniaria a seis internautas que se habían descargado sin autorización de los derechohabientes películas, música, videojuegos y programas informáticos (sentencia del *Tribunal de grande instance* de Vannes, de 29 de Abril de 2004, *Ministère public, Fédération nationale des distributeurs de films (FNDF), Syndicat de l'édition vidéo et autres c/ Claude Le C., Michel Le M., Grégory L., et autres*. Disponible en: <http://www.foruminternet.org/telechargement/documents/tgi-van20040429.pdf>). La razón de esta condena, la ausencia de la citada autorización. Un razonamiento simple, claro y bastante escueto. Sin embargo, en un caso similar el tribunal de Rodez daba la razón a un internauta en base a la excepción de copia privada (sentencia del TGI de Rodez, de 13 de Octubre de 2004, *Fédération nationale des distributeurs de films et autres c/ A. Delicourt*. Disponible en: <http://www.foruminternet.org/telechargement/documents/tcorrodez20041013.pdf>). El tribunal añadía que el artículo 311–1 del CPI prevé un canon sobre los CD–ROMs vírgenes en los que él había grabado las obras en cuestión, con lo cual había habido una remuneración por copia privada. Esta sentencia ha sido confirmada por el tribunal de apelación de Montpellier (sentencia de la *Cour d'appel* de Montpellier, 10 de marzo de 2005, *Ministère Public, FNDF, SEV, Twentieth Century Fox et a. c/ Aurélien D.*, disponible en: <http://www.juriscom.net/documents/camontpellier20050315.pdf>), aunque está recurrido en casación.

Más o menos por las mismas fechas otro tribunal, esta vez el de Pontoise (sentencia del TGI Pontoise, 2 Febrero de 2005, SACEM, SDRM, SPPF, SCPP c/ Alexis B., disponible en: <http://www.juriscom.net/documents/tgipontoise20050202.pdf>), sí consideraba ilícita la descarga, recordando además que el programa de intercambio de ficheros utilizado en este caso imponía la apertura del disco duro del usuario a otros usuarios de la red P2P. Otras sentencias no han tomado en consideración la cuestión de la descarga, como la del Tribunal del Havre, en la que se condenó al usuario sólo por la puesta a disposición de ficheros protegidos por derechos de autor (sentencia del TGI Havre, 20 de Septiembre de 2005, *Monsieur L. T. c/ SACEM*, disponible en: <http://www.juriscom.net/documents/tgihavre20050920.pdf>). Hay que decir que esta sentencia siguió el procedimiento llamado de comparación en base a un reconocimiento anterior de culpabilidad [*Procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité* (también conocida como *plaider-coupable*)]. Según este procedimiento, el Procurador de la República (es decir, el fiscal) propone al juez una pena aceptada por el inculpado tras haber reconocido éste su culpabilidad. En este caso el Procurador de la República no retuvo como hecho ilícito la descarga en su propuesta de pena. Finalmente nos encontramos con dos decisiones contrapuestas, una del tribunal de Châteauroux (sentencia del TGI

b) Límites del derecho de comunicación pública: exclusión del agotamiento

Por último, en relación con el derecho de comunicación al público de las obras protegidas por derechos de autor conviene hacer una pequeña referencia al contenido del tercer párrafo del artículo 5 por el cual la retransmisión en línea de una obra o trabajo afín protegido no agota el derecho de comunicación al público de una obra o trabajo afín, independientemente del procedimiento utilizado. La comunicación al público deviene, así, en un acto que se puede repetir tantas veces como se quiera siempre que se obtenga el consentimiento del titular para cada acto de comunicación al público. Con ello se solventa el problema de si existe agotamiento o no de este derecho. Atendiendo al precepto hay que concluir que la prestación de servicios no da lugar al agotamiento del derecho de autor, al contrario de lo que sucedía con el derecho de distribución. Por tanto, la autorización por el titular de la propiedad intelectual de un determinado acto de difusión incorporal de la obra no extingue o agota su poder de control en lo sucesivo, de manera que los posteriores actos de comunicación de la misma especie o de cualquier otra especie continúan sometidos a su facultad de autorización y al pago de la correspondiente remuneración.

Para que se produzca el acto de comunicación pública ha de haber una 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); esto es 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”. Cada uno de los actos de comunicación que se realicen pre-

Châteauroux, 15 de Diciembre de 2004, Ministère Public c/ Monsieur F. P., disponible en: <http://www.juriscor.net/documents/tgichateauroux20041215.pdf>) y otra del tribunal de Bayona (sentencia del TGI Bayonne, corr., Ministère Public et SSCP c/ Monsieur D. T., 15 noviembre de 2005, disponible en: <http://www.juriscor.net/documents/tgibayonne20051115.pdf>). En ambos casos un usuario de una red P2P había sido acusado no sólo de reproducción y puesta a disposición ilegal de ficheros de música, sino también del delito de receptación (*recel*). Según el código penal francés, la receptación es “el hecho de disimular, detentar o de transmitir una cosa o de hacer de intermediario para transmitirla, a sabiendas de que esta cosa proviene de un delito. También constituye receptación el hecho, en conocimiento de causa, de beneficiar por cualquier medio del producto de un crimen o de un delito” (artículo L. 321-1 del código penal francés: “*le recel est le fait de dissimuler, de détenir ou de transmettre une chose ou de faire office d’intermédiaire afin de la transmettre, en sachant que cette chose provient d’un délit. Constitue également un recel le fait, en connaissance de cause, de bénéficier, par tout moyen, du produit d’un crime ou d’un délit*”). El tribunal de Châteauroux condenó al usuario por descarga, puesta a disposición del público y receptación. Sin embargo, el juez de Bayona determinó que no había lugar a la receptación, sumándose a la tesis de que la descarga es un acto de copia privada. Por ello sólo condenó al internauta por la puesta a disposición de ficheros protegidos. Hay que decir que ninguno de estos casos ha sentado jurisprudencia definitiva en la materia.

cisan de autorización por el titular, ya que estos derechos no se agotan con la primera puesta a disposición del público.

La inaplicación del agotamiento se fundamenta porque esta institución sólo se aplica en aquellos casos en los que el derecho de propiedad intelectual ha quedado incorporado a un objeto material (ejemplar o copia tangible de la obra) cuyo ulterior tráfico o circulación no puede ser restringida por el titular de la propiedad intelectual, so pena de entrar en conflicto con el derecho de propiedad que corresponde al adquirente de cada uno de los singulares ejemplares o representaciones materiales de la obra. En cambio, en el caso de la comunicación pública o puesta a disposición de la obra efectuada sin distribución de ejemplares al público, no existe la referida justificación para poner trabas al ejercicio de la propiedad intelectual³⁸.

Al respecto cabe plantear qué ocurre con las reproducciones que pueden resultar del acto de puesta a disposición, y si se produce agotamiento del derecho de distribución como resultado del proceso de comunicación pública. En estos casos, se debe dejar claro que el agotamiento se relaciona directamente con el derecho de distribución de ejemplares materiales de las obras y por tanto, sólo puede agotarse el derecho cuando las reproducciones se incorporen a un soporte físico, sea un CD, un disquete, etc. Las reproducciones en memoria RAM que tienen lugar en el ordenador del usuario que recibe la obra para su visualización o audición, no dan lugar al agotamiento de derecho, ya que no hay copia alguna que pueda circular libremente por el mercado.

El derecho de puesta a disposición *on demand*, se regula en el párrafo 1 del artículo 3 de la Directiva y engloba la explotación de las obras a la carta a través de redes de comunicación o por cualquier otro medio. Sin embargo, este derecho de puesta a disposición al público no incluye nuevas formas de explotación de obras protegidas como la televisión de pago o pago por visión, porque no se da el requisito de “elección individual”, si bien estos supuestos se engloban dentro del derecho de comunicación pública³⁹. El ordenamiento comunitario ha optado por la división entre los llamados “servicios de la sociedad de la información”, que ponen obras a

³⁸ Vid. MARCO MOLINA, J., «La armonización de la legislación sobre propiedad intelectual en las Directivas comunitarias», *op. cit.*, p. 1048.

³⁹ Vid. PALOMAR CUELI, S., «Los derechos de explotación en la Directiva 20/2001», *op. cit.*, p. 9.

disposición del público y los servicios de radiodifusión tradicionales, que comunican obras al público.

4. El régimen de infracciones y sanciones en la Directiva 2001/29

Queda en último lugar apuntar brevemente el artículo 8 de la Directiva, rubricado “sanciones y vías de recurso”. Esta disposición tiene un contenido más programático que sustantivo, pues se limita a recomendar a los Estados miembros que establezcan vías de recurso que garanticen la efectividad de la Directiva, así como un régimen de sanciones que, además de efectivas, sean disuasorias.

Si bien, en materia de infracciones conviene apuntar que la Directiva sí ha realizado una regulación autónoma, dirigida a completar la relación de infracciones que pueda existir ya en el Derecho de los Estados miembros. Así, en los arts. 6 y 7 se contemplan las conductas infractoras. Fundamentalmente son dos:

- a) Las llamadas medidas tecnológicas: aquellos dispositivos o medios técnicos destinados a impedir o restringir los actos sobre la obra protegida que no cuenten con la autorización de su titular (así se sanciona la actividad de directa elusión, o la fabricación o comercialización de dispositivos o instrumentos que tengan como finalidad principal permitir o facilitar la elusión de la autorización del titular).
- b) La alteración o supresión de la información identificativa de la obra y de su titular, sancionándose tanto la propia conducta de supresión, como la distribución o comunicación de las obras o prestaciones en las que se haya suprimido o alterado sin autorización la información para la gestión electrónica de los derechos.