

Protección europea y española de los derechos de autor en la sociedad de la información

Autora: Rosa M^a de Couto Gálvez

Profesora Propia Ordinaria de la Facultad de Derecho
Directora del Master Universitario en Propiedad Intelectual
Universidad Pontificia Comillas

Resumen

La perspectiva de la realidad analógica, digital y tecnología va a favorecer nuevas formas de creación y de ejercicio sobre los derechos de las obras protegidas por propiedad intelectual, a la vez que puede quebrantar los sistemas de protección sobre las mismas. En la Sociedad de la Información el disfrute de las obras ya es transnacional, lo que lleva a armonizar las normas sobre derechos de autor y afines, con el reconocimiento de criterios similares en los Estados, que permita la compatibilidad en la aplicación de sus sistemas jurídicos. Desde Comunidad Europea es posible destacar dos momentos que orientan la protección eficaz de los derechos de autor en la Sociedad de la Información: la *Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo 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 (DDASI)*; y el reciente *Libro Verde sobre "Derechos de autor en la economía del conocimiento"* publicado por la Comisión Europea el 16 julio de 2008. Mientras que en España la transpo-

sición de la Directiva 2001/29/CE quedará reflejada mediante la Ley 23/2006, de 7 de julio, que modifica el TRLPI de 1996, y por la regulación de la remuneración por copia privada digital establecida en la Orden PRE/1743/2008, de 18 de junio.

Palabras clave: Derechos de autor; sociedad de la información; internet; derecho de reproducción; derecho de distribución; derecho de comunicación pública; derecho de transformación; excepción de copia privada.

Abstract

The perspective of the analog and digital technology reality will encourage new forms of creation and the exercise of the rights of works which are protected by intellectual property rights and at the same time it can break the security systems on them. In the Information Society the enjoyment of works is already international, leading to harmonize rules on copyright and other related rights, recognizing similar criteria in the States that enables compatibility in implementing their legal systems. In the European Community (EC) it is possible to highlight two points that guide an effective protection of copyright in the Information Society: Directive 2001/29/EC of the European Parliament and Council on the harmonization of certain aspects of copyright and rights related to copyright in the Information Society (DDASI) and the recent "Green Paper on Copyright in the Knowledge Economy" published by the European Commission on July 16, 2008. While in Spain the transposition of Directive 2001/29/EC will be reflected by Law 23/2006 of July 7, amending TRLPI 1996, and the regulation of digital private copy retribution in the Order PRE/1743/2008 of June 18.

Key words: Copyright, information society, Internet, reproduction right, distribution right, right of public communication, transformation right, exception of private copy.

Recibido: 16.01.2009

Aceptado: 18.01.2009

I. Introducción

El desarrollo de la tecnología va a diversificar las formas de creación y explotación de las obras protegidas por derechos de autor, a la vez que puede facilitar el quebrantamiento de los sistemas de protección sobre las mismas. Son las dos perspectivas de la realidad analógica y digital. En la Sociedad de la Información el disfrute de las obras ya es transnacional, lo que lleva a buscar armonizar las normas sobre Propiedad Intelectual, y establecer criterios semejantes en las disposiciones jurídicas de los Estados.

Desde la Comunidad Europea son dos los momentos principales que orientan la protección eficaz de los derechos de autor en la Sociedad de la Información: la *Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo 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* (DDASI); y el reciente *Libro Verde sobre “Derechos de autor en la economía del conocimiento”*¹ publicado por la Comisión Europea el 16 julio de 2008.

En primer lugar, con el ánimo de proteger los derechos de autor frente a la nueva realidad tecnológica emergente, la *Directiva 2001/29/CE* presenta directrices básicas que deben asumir los Estados miembros, y sin acudir a conceptos nuevos, intenta adaptar las normas vigentes. Asimismo, entre otras finalidades, procura una aplicación coherente de las medidas técnicas que protegen las obras, evitando las intromisiones ilegales, y obteniendo un amparo riguroso de los derechos de la Propiedad Intelectual en Internet.

Por estos motivos, cuando no existen criterios armónicos en las normas de Propiedad Intelectual entre los Estados miembros, es posible que concurren diferencias esenciales e insalvables en los sistemas de protección de estos derechos de autor. Esta diversidad puede provocar, igualmente, restricciones en la libre circulación de los servicios o productos que se generan sobre la Propiedad Intelectual. Son circunstancias que llevan a ocasionar incoherencias legislativas y “fragmentación del mercado interior”. Diferencias legislativas que desencadenan inseguridad jurídica y dificultan el desarrollo de la Sociedad de la Información.

Ante la perspectiva que ofrece la normativa internacional², esta Directiva de 2001 intenta reflejar en su contenido normativo, los dos Tratados de 1996 de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI): *el Tratado sobre Derecho de Autor y derecho conexos*; *el Tratado sobre interpretación o ejecución y fonogramas*. Es la fuente de inspiración de la normativa comunitaria, ya que estos Tratados:

“*actualizaron de forma significativa la protección internacional de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor, incluso en relación con la denominada “agenda digital”, y mejoran los medios para combatir la piratería a nivel mundial*” (Considerando 15 de la Directiva).

Atendiendo a lo dispuesto en estos Tratados de 1996 de la OMPI, su principal finalidad está en la protección eficaz y uniforme de los derechos de Propiedad Intelectual, con el reconocimiento de la necesidad de introducir nuevas normas internacionales, y de clarificar la interpretación de algunos preceptos para alcanzar soluciones más adecuadas a los acontecimientos económicos, sociales, culturales y técnicos. En el contenido de los mismos aparecía una aceptación explícita *al profundo impacto*

¹ Libro Verde sobre “Derechos de autor en la economía del conocimiento”.COM (2008) 466 final, Bruselas, 16.7.2008.

² Al igual que en Estados Unidos la Ley “Milenio Digital” sobre Derechos de Autor en 1998.

que ha tenido el desarrollo y la convergencia de las tecnologías de información y comunicación, en la creación y utilización de las obras, de las interpretaciones o ejecuciones, y de los fonogramas. Es posible destacar, igualmente, el deseo de mantener un equilibrio entre los derechos de los autores y los intereses del público en general, en particular en la educación, la investigación y el acceso a la información, como ya había quedado constancia en el Convenio de Berna. Equilibrio de intereses que lleva a la posible admisión estatal de algunos límites a estos derechos, “siempre que” se cumplan previamente los presupuestos indicados por la norma.

Hay que recordar que entre las funciones esenciales de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual se encuentra el fomentar “la adopción de medidas destinadas a mejorar la protección de la propiedad intelectual en todo el mundo y a armonizar las legislaciones nacionales sobre esta materia” (art. 4, i) del Convenio de 14 de julio de 1967 que establece la organización Mundial de la Propiedad Intelectual)

Motivos que llevan a la Directiva 2001/29/CE a centrar su atención en una propuesta de armonización de las Normas de los Estados miembros sobre los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor, e instauración de un sistema que garantice el respeto del derecho de propiedad, además de la libertad de expresión y el interés general.

La Directiva marcará las líneas generales de apoyo que defiendan a los titulares de la propiedad intelectual, implicando un mayor grado de seguridad jurídica, coherencia, y con una repercusión económica evidente: favorecerá el aumento de la inversión en las actividades de creación e innovación, incluyendo la infraestructura de la red; y propiciará un aumento en el desarrollo de la industria europea sobre la propiedad intelectual, y en la competitividad³. Así, a lo largo del contenido de la Directiva está presente el enfoque económico de los derechos patrimoniales protegibles.

Ahora bien, para un preciso análisis de la Directiva siempre debemos tener presente la causa que inspira todo su contenido normativo. Desde los primeros conside-

³ La Directiva 2001/29/CE presenta las consecuencias jurídicas indicadas en cuando a un único valor, el económico. Desde el primer considerando hasta el último apartado normativo, hay sólo un objetivo económico, y, con ello, un apartado ausente: el contenido moral de los derechos de autor, la protección por la condición de autor o titular de derechos no está explicitado. Carencia que se refleja en la remisión general hecha en la Directiva al “derecho moral de los titulares de derechos”, y que éstos deben ejercerse de conformidad con lo dispuesto: en la legislación de los Estados miembros; en el Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas; en el Tratado de la OMPI sobre derechos de autor; y en el Tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas. Dicho derecho moral no entra en el ámbito de aplicación de la presente Directiva (Considerando 19)

No se busca armonizar el contenido moral. El principio o eje básico es articular criterios que permitan facilitar el ejercicio y desarrollo del contenido o facultades patrimoniales de sus titulares. Por esta razón, el fundamento de la Directiva va a ser el amparo de los derechos económicos de los autores, artistas, intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas, productores de películas, y organismos de radiodifusión, desde una única vertiente, la económica, aunque sin olvidar el respeto previo y preferente de la condición de autor, o del contenido moral de la Propiedad Intelectual.

randos, la finalidad de esta norma comunitaria va a ser plantear las líneas esenciales que logren armonizar las reglas jurídicas europeas, y alcanzar el objetivo principal de establecer y consolidar un sistema riguroso y eficaz de protección de los derechos de autor y derechos afines:

“Un sistema eficaz y riguroso de protección de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor constituye uno de los instrumentos fundamentales para asegurar a la creación y a la producción cultural europea los recursos necesarios y para garantizar autonomía y dignidad a los creadores e intérpretes” (considerando 11).

“Toda armonización de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor debe basarse en un elevado nivel de protección, dado que tales derechos son primordiales para la creación intelectual (...)” (considerando 9)⁴.

Por el contenido expuesto, es indubitable la finalidad de la Directiva, *consolidar con carácter preferente, con criterios de uniformidad para mayor garantía, y con rigor, la protección los derechos de autor y afines a éstos*. Y vuelve a ratifica su objetivo en el artículo 1.1, cuando concreta su ámbito de aplicación: *“(...) la protección jurídica de los derechos de autor y otros derechos afines a los derechos de autor en el mercado interior, con particular atención a la sociedad de la información”*.

Atendiendo a los términos de la Directiva, en el considerando 9 queda constancia, en primer lugar, de la calificación de *la propiedad intelectual como derecho de propiedad*: *“(...) la propiedad intelectual ha sido reconocida como una parte integrante del derecho de propiedad”*. En la normativa internacional y comunitaria los derechos de autor son inteligiblemente reconocidos como facultades que dan contenido la propiedad intelectual sobre la obra protegible. Esto lleva a determinar la existencia de titularidad real con valor económico. Toda limitación voluntaria o legalmente establecida será una afección sobre el derecho, y deberá estar compensada con una remuneración económica que equilibre los intereses concurrentes.

El objeto y ámbito de aplicación de la Directiva, desde la Sociedad de la Información, es la protección jurídica (art. 1.1) de los derechos de autor y de otros derechos afines a los derechos de autor (de los artistas, intérpretes o ejecutante; de los productores de fonogramas; de los productores de las primeras fijaciones de películas; de los organismos de radiodifusión).

Cuida la Directiva por definir *los derechos exclusivos* de los autores y titulares de derechos afines frente al ejercicio de las nuevas tecnologías. En primer lugar, reconoce 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”*. Conforme al artículo 2, los sujetos tutelados en la Directiva y el objeto protegido serían:

⁴ El ánimo principal de proteger los derechos de autor está inherente, de forma explícita e implícita, en casi todos los considerandos, *“(...) la difusión de la cultura no podrá alcanzarse si no se protegen rigurosamente los derechos o si no se combaten las formas ilegales (...)”* (considerando 22); con igual sentido, *“Es fundamental la búsqueda común y la aplicación coherente, a escala europea, de medidas tecnológicas tendentes a proteger las obras y prestaciones y a asegurar la información necesaria sobre los derechos”* (considerando 13)

los autores de sus obras; los artistas, intérpretes o ejecutantes de las fijaciones de sus actuaciones; los productores de fonogramas de sus fonogramas; los productores de las primeras fijaciones de películas, del original y las copias de sus películas; los organismos de radiodifusión, de las fijaciones de sus emisiones, con independencia de que éstas se transmitan por procedimiento alámbricos o inalámbricos, inclusive por cable o satélite).

Así también, ampara el derecho de los titulares a *la comunicación al público*, interpretado en sentido amplio, e incluyendo todo tipo de transmisión o retransmisión, aunque el destinatario no esté presente en el lugar en el que se origina dicha comunicación. Por esto, corresponde al autor y titulares de los derechos afines, el *derecho exclusivo 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”* (artículo 3).

El alcance a todo tipo de transmisión o comunicación ya estaba presente en el contenido normativo de los dos Tratados de la OMPI⁵, y esta Directiva alerta sobre la diversidad de comunicaciones públicas que actualmente se pueden dar. Cuestiona, además, el problema que ocasiona en el ejercicio de este derecho, el control de la puesta a disposición del público no presente en el lugar en el que se genera dicho acto. En estas circunstancias, la Directiva declara que la *“inseguridad jurídica en cuanto a la naturaleza y el nivel de protección de los actos de transmisión a la carta, a través de redes, de obras protegidas por derechos de autor y prestaciones protegidas por derechos afines a los derechos de autor debe superarse mediante el establecimiento de una protección armonizada a nivel comunitaria”* (considerando 25)⁶.

Alerta sobre los problemas principales en la aplicación tecnológica del derecho de comunicación al público, y propone fomentar acuerdos de licencia colectiva para facilitar el pago de los derechos en los casos de la puesta a disposición *“en servicios a la carta por organismos de radiodifusión de sus producciones de radio o televisivas”* (considerando 26).

Otra directriz señalada por la Directiva es la admisión y protección por los Estados miembros del derecho exclusivo de autorizar o prohibir toda forma de distribución al público del original o copias, mediante la venta o por cualquier otro medio (artículo 4) Derecho a controlar la distribución de la obra incorporada en un soporte tangible. La presente Directiva deberá entenderse sin perjuicio de las disposiciones en materia de derechos de alquiler y préstamo⁷.

⁵ Artículo 8 del Tratado de derecho de autor, y el artículo 10 en el de intérpretes o ejecutantes y fonogramas.

⁶ Las transmisiones interactivas a la carta se caracterizan por el hecho de que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que ella misma elija.

⁷ La Directiva 2006/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de diciembre de 2006, sobre el derecho de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual (DO L 376/28 de 27.12.2006).

Busca igualmente instar a un justo equilibrio entre los derechos e intereses de los diferentes autores y titulares de derechos, y los usuarios de las prestaciones. En este sentido determina algunas *excepciones y límites a los derechos protegidos*⁸, siempre que se garantice su incuestionable y precedente protección. Al admitir dichas excepciones o límites, con prudencia tiene presente el supremo *objetivo* de la Directiva que se recoge en el artículo 1, “*la protección jurídica de los derechos de autor y otros derechos afines a los derechos de autor (...)*”, y que reitera en el considerando 44. No pierde la razón medular que motiva la Directiva.

Como base en la protección de los derechos de autor y afines, el artículo 5.5 de la Directiva 2001/29/CE (DDASI)⁹ presenta la “*prueba de las tres etapas o niveles*” como presupuestos esenciales y previos al reconocimiento nacional de una limitación o excepción sobre los derechos de autor y afines. En este sentido, *no estaría justificado jurídicamente una excepción o límite que provoque el desequilibrio o perjuicio en el patrimonio del titular del derecho*:

1. Las excepciones o limitaciones regulan situaciones específicamente establecidas en una norma, y con *carácter especial*. No puede ser nunca, ni convertirse en regla general.
2. Las excepciones o limitaciones *no deben aplicarse cuando perjudiquen los intereses legítimos del titular del derecho* (“*perjudiquen injustificadamente los intereses legítimos del titular*”).
3. Las excepciones o limitaciones *no pueden perjudicar la explotación normal de la obra o prestación* (“*entren en conflicto con la explotación normal de la obra o prestación*”).

Limitaciones o excepciones que siempre deben respetar y observar la prueba de “*las tres etapas o niveles*”, como *criterio legalmente consolidado* en el artículo 9.2 del

⁸ Como excepción al derecho exclusivo de reproducción establece la Directiva *la posibilidad de actos de reproducción provisional*, siempre que cumplan unos presupuesto: que sean reproducciones transitorias o accesorias que formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico desarrollado; que la finalidad sea permitir una transmisión eficaz en una red entre terceras partes, a través de un intermediario, o bien la utilización lícita de una obra o prestación protegidas; que dichos actos de reproducción carezcan de valor económico; que el intermediario no modifique la información. Otra excepción o limitación al derecho de reproducción sonora, visual y audiovisual, si su destino es el *uso privado*, mediante *una compensación equitativa*. Sistema de retribución que se introduce o mantiene para compensar los perjuicios que se ocasione a su titular.

Por los diversos efectos que ocasionan sobre el mercado interior, la Directiva distingue entre la *reproducción privada analógica* cuya incidencia económica puede ser mínima, y la *reproducción privada digital* que puede extenderse con facilidad, y provocar graves consecuencias sobre el mercado. En este último supuesto, se *puede admitir la copia privada digital pero con sistema de protección eficaz, y siempre con compensación económica*.

Por último, indicar la mención detallada y minuciosa que realiza la Directiva sobre otras *excepciones o limitaciones con fines educativos o de investigación*, sin repercusión económica, y siempre que se cumplan las condiciones señaladas por la ley. Se protege el interés general, y la actividad amparada por la excepción no debe tener efectos comerciales o económicos (artículo 5.3)

⁹ Artículo 5.5: “*Las excepciones y limitaciones contempladas en los apartados 1, 2, 3 y 4 únicamente se aplicarán en determinados casos concretos que no entren en conflicto con la explotación normal de la obra o prestación y no perjudiquen injustificadamente los intereses legítimos del titular del derecho*”

Convenio de Berna¹⁰, en el artículo 10 del Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Derechos de Autor de 1996 (TODdA)¹¹, en el artículo 16 del Tratado de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas de 1996 (TOIEF)¹², e incorporado en el Derecho español en el artículo 40bis del TRLPI de 1996, introducido en el Texto Refundido por la Ley 5/1998, de 6 de marzo, de incorporación al Derecho español de la Directiva 96/9/CE, de 11 de marzo de 1996, sobre protección jurídica de bases de datos¹³.

Si la limitación supone un quebrantamiento de los intereses del titular del derecho, o no está garantizada la explotación normal de la obra, el legislador estatal no podrá justificar la regulación de la limitación o excepción. Igualmente, la aplicación de las limitaciones o excepciones debe ejercerse conforme a “las obligaciones internacionales”.

Sin ignorar que las nuevas tecnologías podrán garantizar la protección de los derechos, o facilitar el quebrantamiento de los mismos. Cuando esto último suceda no será factible la admisión legal de limitaciones o excepciones por no concurrir los presupuestos legales esenciales que aseguran la protección de los derechos de autor y afines.

Regular por un Estado miembro alguna de las limitaciones o excepciones configuradas en la Directiva, implica el reconocimiento de una *remuneración establecida por ley*, para lograr, así, una compensación equilibrada por el “daño”, “perjuicio” que el autor o titular de los derechos pueda sufrir por este uso autorizado legalmente:

“En determinados casos de excepciones o limitaciones, los titulares de los derechos deberán recibir una compensación equitativa para recompensarles adecuadamente por el uso que se haya hecho de sus obras o prestaciones protegidas. A la hora de determinar la forma, las modalidades y la posible cuantía de esa compensación equitativa, deben tenerse en cuenta las circunstancias de cada caso concreto. Un criterio útil para evaluar estas circuns-

¹⁰ Artículo 9.2: “Se reserva a la legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor”

¹¹ Artículo 10.1): “Las Partes Contratantes podrán prever, en sus legislaciones nacionales, limitaciones o excepciones impuestas a los derechos concedidos a los autores de obras literarias y artísticas en virtud del presente Tratado en ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor”;

Artículo 10.2): “Al aplicar el Convenio de Berna, las Partes Contratantes restringirán cualquier limitación o excepción impuesta a los derechos previstos en dicho Convenio a ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor”

¹² Artículo 16.1): “Las Partes Contratantes podrán prever en sus legislaciones nacionales, respecto de la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas, los mismos tipos de limitaciones o excepciones que contiene su legislación nacional respecto de la protección del derecho de autor de las obras literarias y artísticas”;

Artículo 16.2): “Las Partes Contratantes restringirán cualquier limitación o excepción impuesta a los derechos previstos en el presente Tratado a ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la interpretación o ejecución o del fonograma ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del artista intérprete o ejecutante o del productor del fonograma”.

¹³ Artículo 40bis: “Los artículos del presente capítulo no podrán interpretarse de manera tal que permitan su aplicación de forma que causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o que vayan en detrimento de la explotación normal de las obras a que se refieran”

tancias sería el posible daño que el acto en cuestión haya causado a los titulares de los derechos (...) El nivel de compensación equitativa deberá determinarse teniendo debidamente en cuenta el grado de utilización de las medidas tecnológicas de protección contempladas en la presente Directiva (...)” (considerando 35).

La Directiva propone criterios que facilitan la cuantificación de la remuneración, quedando patente el carácter compensatorio frente al uso permitido por la ley. Específicamente menciona la remuneración por la excepción de copia privada y distingue entre reproducción analógica y digital:

“(...) una excepción o limitación al derecho de reproducción en relación con determinados tipos de reproducción de material sonoro, visual y audiovisual para uso privado, mediante una compensación equitativa. Ello puede suponer la introducción o el mantenimiento de los sistemas de retribución para compensar a los titulares de los derechos por los perjuicios sufridos. Aunque las diferencias existentes entre tales sistemas de retribución afecten al funcionamiento del mercado interior, en lo que respecta a la reproducción privada analógica, dichas diferencias no deben tener efectos significativos en el desarrollo de la sociedad de la información. La copia privada digital puede propagarse mucho más y tener mayor impacto económico. Por consiguiente, debe tenerse debidamente en cuenta las diferencias entre la copia privada digital y la analógica, y debe establecerse entre ellas una distinción en determinados aspectos” (considerando 38).

Siempre que un Estado admita entre sus reglas de derechos de autor alguna limitación o excepción autorizadas por la Directiva, deberá, igualmente, establecerse el reconocimiento de una compensación. Regulada la excepción tiene, por ello, *obligación legal de admitir y configurar una remuneración económica* para el autor, e irrenunciable. En el artículo 5 es evidente la primordial concurrencia de la limitación o excepción, y la compensación equitativa: “*siempre que*” los titulares de los derechos reciban una “*compensación equitativa*” (artículo 5.2. a) b); “*a condición de*” que los titulares de los derechos reciban una “*compensación equitativa*” (artículo 5.2.e).

La Directiva compele a los Estados que admitan estas limitaciones, a implantar la remuneración con criterios de equidad. Por el uso de las obras o prestaciones establecidas la remuneración tendrá una *finalidad compensatoria*. Aunque son diferentes los términos utilizados, pero la finalidad es, en cualquier caso, para *restablecer el equilibrio*: el “*daño que el acto*” haya causado a los titulares; el “*perjuicio causado*” al titular; mediante una “*compensación equitativa*” (considerando 35 y 38).

En el momento de especificar la compensación equitativa (forma, modalidades, cuantía que deberá pagarse) hay que atender a las circunstancias de cada caso, y estimar como *criterio eficaz la “valoración del daño”* que la limitación o excepción haya podido ocasionar al titular del derecho.

Manteniendo el criterio el apartado anterior, asimismo, para configurar la compensación es preciso apreciar *el grado de utilización de las medidas tecnológicas* de protección contempladas en la Directiva, porque éstas ayudan a evaluar cómo se garantizan los derechos, y la aplicación de los límites.

Dentro del listado propuesto en la Directiva, queda reconocida la facultad (no obligación) de los Estados miembros a regular la excepción o limitación al derecho de reproducción para *uso privado, mediante una compensación equitativa*. En primer lugar, es importante destacar que el reconocimiento de este límite o excepción es *facultativo*, y es incuestionable la compensación económica que estará vinculada a su admisión. En segundo lugar, la cuantía dependerá de factores diversos, todos relacionados con el “daño” o “perjuicio” al derecho que el ejercicio de esta limitación o excepción pueda generar. Los *medios utilizados, analógicos o digitales* se alzarán como elementos determinantes del “quantum” de la compensación. Por esta circunstancia, será previsible que el perjuicio de las tecnologías digitales sea mayor en cuanto al disfrute de los derechos de autor, con una valoración siempre superior a la producida por los sistemas analógicos.

Hasta dónde pueden favorecer las nuevas tecnologías presentes en la Sociedad de la Información, y cuánto pueden perjudicar el ejercicio de los derechos de autor y afines, es una reflexión latente en la Directiva, y presente al formular la siguiente apreciación, alegando *criterios de coherencia y precaución*, por estimar que “(...) *puede resultar necesario limitar aún más el alcance de determinadas excepciones o limitaciones en lo tocante a ciertas nuevas utilizaciones de obras protegidas por derechos de autor y prestaciones protegidas por derechos afines a los derechos de autor*” (Considerando 44).

Refleja la duda e incertidumbre que supone los avances tecnológicos sobre la protección de estos derechos. Razones que han llevado a valorar el impacto económico de su transposición en los Estados, y el control en el ejercicio de la limitación o excepción, con la coherente propuesta de restricción a algunas limitaciones por quebrar los presupuestos previos y necesarios a su instauración (que no perjudique los intereses de los autores o titulares de los derechos, y que no entre en conflicto con la explotación normal de la obra).

En otra perspectiva diferente a la que ofrece las limitaciones o excepciones, y sobre la base del valor económico de estos derechos, la Directiva recoge insistentemente un presupuesto básico: el reconocimiento de una compensación o remuneración a los autores y titulares de derechos afines cuando ceden a otra persona el disfrute de algún derecho sobre su obra:

“*Para que los autores y los intérpretes puedan continuar su labor creativa y artística deben recibir una compensación adecuada por el uso de su obra, al igual que los productores, para poder financiar esta labor*” Y para asegurar este objetivo reitera que “(...) *Es indispensable una protección jurídica adecuada de los derechos de propiedad intelectual para garantizar la disponibilidad de tal compensación y ofrecer la oportunidad de obtener un rendimiento satisfactorio de tal inversión*” (considerando 10).

Para la protección eficaz de los derechos de autor, prima mantener *el equilibrio de intereses* entre el titular del derecho o derechos, y el sujeto que utiliza o disfruta del mismo. La *cesión*, voluntaria o legal, del uso de los derechos patrimoniales, debe coincidir con la imprescindible *remuneración* que compense el disfrute autorizado. Y

se manifiesta el criterio de equilibrio y equidad cuando se estima que “*Debe garantizarse un justo equilibrio entre los derechos e intereses de las diferentes categorías de titulares de derechos (...)*” (considerando 31).

Si el autor o titular de los derechos pactan la cesión limitada en tiempo y espacio, determinarán en el convenio una remuneración convencional equitativa al disfrute reconocido. En estas ocasiones será el propio titular del derecho de autor, quién voluntariamente limite el disfrute sobre su titularidad. En estos supuestos, la compensación económica deberá alcanzar el equilibrio de intereses, con el cumplimiento de las condiciones o las cláusulas que configuran el disfrute de un tercero sobre el derecho de reproducción, comunicación pública, transformación, o distribución, de su titular, y la remuneración convencional en concepto de contraprestación. La Directiva incentiva los posibles acuerdos de licencia colectiva para facilitar “el pago de los derechos de que se trate” (considerando 26).

Otra propuesta de la Directiva es la búsqueda común y la aplicación coherente, a escala europea, de medidas tecnológicas tendentes a proteger las obras y prestaciones y asegurar la información necesaria sobre los derechos (considerando 13) Desde esta perspectiva, propone que los Estados miembros aseguren mediante los avances técnicos un amparo riguroso de los derechos, y eviten las intromisiones ilegales con la comercialización de las obras o servicios, sin autorización de su titular.

Buscando una armonización internacional de los sistemas de identificación de las obras y prestaciones protegidas. La creciente incidencia de los sistemas de red puede ocasionar que las diferencias de las medidas tecnológicas existentes en los Estados miembros podían conducir a una incompatibilidad técnica entre ellos. La Directiva impulsa la compatibilidad de los sistemas¹⁴.

El desarrollo tecnológico beneficia la puesta a disposición de las obras (a través de redes), pero para evitar la vulneración de derechos es necesario: un sistema adecuado para identificar mejor la obra o prestación, al autor o titular del derecho; una amplia información sobre las condiciones y modalidades de utilización de la obra, y facilitar la gestión de los derechos.

Un desarrollo uniforme en los Estados de las medidas tecnológicas lleva a proteger los derechos, a impedir actividades ilegales que alteren la información para la gestión electrónica de los mismos, y a obstar las actividades sin autorización (considerando 55 y 56).

En los Tratados de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) quedan reflejadas “*las obligaciones relativas a la información sobre la gestión de derechos*”, proporcionando sanciones efectivas contra cualquier persona que, con conoci-

¹⁴ Esta propuesta ya aparecía en los Tratados de la OMPI cuando se estimaba que era imprescindible que “*las partes contratantes proporcionarán protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos contra la acción de eludir las medidas tecnológica efectivas que sean utilizadas por los autores en relación con el ejercicio de sus derechos (...) restrinjan actos que no estén autorizados*” (artículo 11 sobre derecho de autor y artículo 18 sobre interpretación o ejecución y fonogramas).

miento, realice cualquiera de los actos que induce, permite, facilite u oculte información sobre la gestión electrónica de derechos. Asimismo, definen qué se entiende por “*información sobre la gestión de derechos*”: la información que identifica a la obra o que determina los términos y sus condiciones de utilización, de la interpretación o ejecución o del fonograma, y todo número o código que represente tal información¹⁵.

Con la actividad creciente en la red, es frecuente que los servicios de los intermediarios, sin un adecuado control, determinen comportamientos ilícitos de terceros. Ante estas situaciones, ellos “*son quienes están en mejor situación de poner fin a dichas actividades ilícitas*”. Por esta razón, dispone la Directiva que los titulares de los derechos deben tener la posibilidad de solicitar medidas cautelares contra el intermediario que transmita por la red la infracción contra la obra o prestación protegida cometida por un tercero. Los Estados regularan las condiciones y modalidades de estas medidas.

Por todo lo expuesto, quedan señaladas en esta Directiva de 2001/29/CE las directrices básicas para lograr una eficaz y armonizada protección de los derechos de autor y afines. Ahora bien, no es posible ignorar que la transposición de la Directiva no ha sido pacífica, y lejos de ser fácil, los problemas de interpretación e integración han sido numerosos y complejos, por la implicación de factores o intereses variados, económicos, sociales, políticos y jurídicos.

II. Dificultades y logros de la transposición de Directiva 2001/29/CE en los Estados miembros: Publicación por la Comisión Europea del Libro Verde sobre “Derechos de autor en la economía del conocimiento”, el 16 julio de 2008

La Comisión Europea publica el 16 julio de 2008 el *Libro Verde sobre “Derechos de autor en la economía del conocimiento”*¹⁶, con el objetivo de promover un debate sobre el mejor instrumento para la difusión en línea de los resultados de “la investigación, la ciencia y la educación”, y plantear algunas cuestiones sobre la trascendencia de los derechos de autor en la “economía del conocimiento”¹⁷.

En la primera parte de este texto comunitario se trata sobre los problemas generados en los Estados miembros por la transposición y aplicación de las excepciones a los derechos exclusivos de autor, presentados en la Directiva 2001/29/CE sobre la

¹⁵ No obstante, sin olvidar que la protección tecnológica de los sistemas de información para la gestión de derechos no puede modificar su finalidad, ni utilizar los datos personales sobre hábitos de consumo de las prestaciones protegidas por las personas, ni permitir el seguimiento de los comportamientos (en línea) Todas estas actuaciones de información deben estar bajo la garantía del respeto a la intimidad del consumidor.

¹⁶ Libro Verde sobre “Derechos de autor en la economía del conocimiento”.COM (2008) 466 final, Bruselas, 16.7.2008.

¹⁷ Nueva expresión que refleja la actividad económica, no basada en recursos “naturales”, sino en recursos intelectuales como “los conocimientos técnicos y especializados”. Al definir su alcance logramos entender la necesaria protección de la difusión de las obras o resultados del conocimiento y la educación, como “activos comerciales o productos y servicios educativos e intelectuales” con un elevado valor patrimonial.

armonización de derechos de autor y afines¹⁸. Mientras que en la segunda parte se hace referencia a las cuestiones concretas sobre las limitaciones o excepciones que afectan a “la difusión de conocimientos”, y que “evolucionen en la era de la difusión digital”. Siempre intenta no perder la perspectiva del respeto preferente de los derechos de autor, y lograr un trato equilibrado a los intereses de los investigadores, los editores, las bibliotecas, los centros educativos, los museos y archivos, y el consumidor o público en general.

El *Libro Verde* analiza los problemas existentes sobre derechos de autor y afines en la era digital, propone reflexionar sobre la forma de difusión al público de las obras, y si los conocimientos circulan libremente en el mercado interior. Recuerda, en todo momento, la perspectiva señalada en la Directiva de 2001/29/CE del respeto riguroso y eficaz de los derechos de autor y derechos afines, y que las medidas de protección van a responder “también al imperativo de estimular el progreso y la innovación”. En este sentido, la Comisión desea obtener información sobre las nuevas formas de entrega de los contenidos digitales, y si éstas permiten acceder a contenidos protegidos respetando los derechos de propiedad intelectual.

Es elogiable la presentación que se realiza del panorama normativo europeo posterior a la transposición de la Directiva de 2001. Evalúa con claridad cómo se han reconocido o no incorporado algunas de las excepciones, y sus consecuencias. Aborda las cuestiones sobre el estudio de los problemas de la excepción en beneficio de las bibliotecas y archivos, la dificultad que presenta la digitalización de las obras, y cuándo se puede realizar la digitalización para la conservación de las mismas. Igualmente, atiende a las dificultades en el ejercicio legal de las “obras huérfanas”, a la transposición de la excepción en beneficio de las personas con minusvalías, y a la difusión de las obras con fines educativos y de investigación. Tras una descripción concisa de la realidad jurídica, propone algunas reflexiones.

La Directiva 2001/29/CE intenta armonizar el derecho de reproducción, el derecho de comunicación al público, el derecho de puesta a disposición del público y el derecho de distribución. La razón principal estaba en “ofrecer a los titulares de los derechos un elevado nivel de protección”, por lo que el ámbito de aplicación de los derechos exclusivos se configuró de forma muy amplia. Medida que no llega a lograr un equilibrio en los ingresos de los autores y titulares de derechos afines por el nuevo derecho de “puesta a disposición” en relación con la explotación en línea de sus obras, y sí logra un notable perjuicio en el ejercicio de sus derechos.

¹⁸ Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (DO L 167 de 22.6.2001) La Comisión en 2007 publicó un informe con la evaluación de la transposición de los artículos 5, 6 y 8 de la Directiva: Report on the application of the Directive on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society (2001/29/EC). También aparecen las dificultades de la transposición de la Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 1 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos (DO L 77 de 27.3.1996)

La explotación de los derechos patrimoniales de autor y afines en la Sociedad de la Información supone un ejercicio de los mismos “en línea”. En este sentido, la Directiva va a introducir una lista específica de excepciones a la protección de los derechos de autor, aunque “no existía ninguna obligación internacional en este sentido”. En este apartado, la disposición comunitaria busca “*limitar la capacidad de los Estados miembros de introducir nuevas excepciones o de ampliar el ámbito de las existentes más allá de lo permitido en el marco de la Directiva*”. Cada Estado miembro fue incorporando algunas de las excepciones señaladas, teniendo en cuenta que sólo una es obligatoria y las veinte restantes son facultativas de ser admitidas o no dentro de la normativa estatal.

Son generales las indicaciones realizadas por la Directiva sobre las excepciones o limitaciones, facilitando a los Estados su adaptación a las legislaciones nacionales existentes¹⁹. Este *Libro europeo sobre “Derechos de autor en la economía del conocimiento”* destaca el logro, relativo, de la Directiva, ya que la lista de excepciones que contiene “*ha conseguido cierto grado de armonización: al existir una lista exhaustiva de excepciones, los Estados miembros no pueden mantener o introducir excepciones que no figuren en la lista*”.

Sin perder nunca el basamento principal que inspira y da razón a todos los actos sobre límites y excepciones a derechos de autor y afines, explicita que, en cualquier caso, hay que respetar necesaria y previamente “la prueba del criterio triple”, para que la admisión y aplicación de la excepción sea conforme con la legalidad internacional, europea y nacional²⁰. No deja margen de duda cuando afirma con rotundidad que “*Esta prueba forma parte integrante del marco internacional de los derechos de autor que la Comunidad y sus Estados miembros están obligados a respetar. Se ha convertido en una referencia para todas las limitaciones de los derechos de autor (...)*”

III. Transposición de la Directiva 2001/29/CE en España mediante la reciente Ley 23/2006, de 7 de julio, que modifica el TRLPI de 1996, y la remuneración por copia privada establecida en la Orden PRE/1743/2008, de 18 de junio

Con la finalidad de elaborar un derecho europeo de propiedad intelectual adaptado a las nuevas tecnologías, el proceso de modificación de la normativa española

¹⁹ Los procesos legislativos pueden definir el alcance de las excepciones más restrictivamente que la Directiva.

²⁰ Como ya se ha señalado, la “prueba del criterio triple” aparece recogida en el artículo 5, apartado 5, de la Directiva, cuando se establece que las excepciones y limitaciones reguladas en la misma *únicamente* se aplicarán en determinados casos concretos que no entren en conflicto con la explotación normal de la obra o prestación y no perjudiquen injustificadamente los intereses legítimos del titular del derecho. Es constancia de las obligaciones internacionales de la Comunidad en el ámbito de los derechos de autor y los derechos afines, así “*figura en términos similares en el artículo 9, apartado 2, del Convenio de Berna y, sobre todo, en el artículo 13 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (“Acuerdo sobre los ADPIC”), de los que es parte la Comunidad*”.

se inicia en 1990 mediante el reconocimiento y transposición de diferentes directivas comunitarias. La reciente Ley 23/2006, de 7 de julio, modificará el TRLPI de 1996, y tendrá como causa la necesaria transposición de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, *sobre la armonización de derechos de autor y derechos afines a éstos atendiendo a la Sociedad de la Información*. Sólo recordar que esta Directiva pretende cumplir los presupuestos establecidos en los Tratados de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) de 1996 sobre Derecho de Autor, y sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas.

Un apartado polémico para todos los Estados miembros ha sido el reconocimiento de la excepción por copia privada y su imprescindible remuneración al autor. Será la Orden PRE/1743/2008, de 18 de junio, el instrumento legal que apruebe *“la relación de equipos, aparatos y soportes materiales sujetos al pago de la compensación equitativa por copia privada, las cantidades aplicables a cada uno de ellos y la distribución entre las diferentes modalidades de reproducción”*, así como la determinación legal de la cuantificación total máxima y mínima de dicha remuneración.

La modificación de 2006 atiende a la incidencia de la tecnología digital y de los avances en la comunicación, en el sistema jurídico español, *con el interés de proporcionar un respeto eficaz por un derecho de compensación económica, exigible por los titulares de los derechos de propiedad intelectual*. Reconocimiento que deberá suponer un equilibrio firme y consolidado entre la protección de los derechos de autor y afines, y el disfrute autorizado voluntaria o legalmente de los mismos²¹.

Desde el contenido del Preámbulo de esta Ley 23/2006 clarifica su finalidad: destacar de *“forma expresa o aclarar lo que ya se entendía implícito en ella”*, *“mejora y aclara en su redacción”* (de la legislación sobre derechos de propiedad intelectual ya vigente) En principio, el legislador no pretende alterar o modificar el concepto tradicional de los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública, sino introducir *“los matices derivados del nuevo entorno en el que se crean y explotan las obra y las prestaciones”*. Busca, por ello, hacer explícito aquellas definiciones y derechos que ya contiene la norma, y evitar problemas de integración e interpretación de las reglas de propiedad intelectual²². No obstante, sí es posible cuestionar que el contenido y alcance del derecho exclusivo de reproducción queda afectado por la nueva regulación de la limitación por copia privada.

Es importante destacar el *reconocimiento legal expreso del derecho de puesta a disposición interactiva* (cualquier persona puede acceder a las obras desde el lugar y en el

²¹ *“sin que nada... haya de suponer menoscabo en la protección de los creadores”* (Preámbulo de la Ley 23/2006, de 7 de julio).

²² Distingue el legislador entre la extinción del derecho de distribución por la primera venta o transmisión de propiedad, y la pérdida de la facultad de autorizar o impedir posteriores ventas o transmisiones de la propiedad en la Unión Europea. En este sentido aclara que *“la primera venta u otra transmisión de la propiedad no supone la extinción del derecho de distribución, sino que únicamente se pierde la facultad de autorizar o impedir posteriores ventas o transmisiones de la propiedad (...) dentro del territorio de la Unión Europea (...) del llamado agotamiento comunitario (...)”*.

momento que elija) como modalidad del derecho de comunicación pública, aunque considera el legislador que por los términos amplios que ya definían este derecho en el TRLPI de 1996, ya se consideraba incluido. Para facilitar la interpretación y aplicación de este derecho, quedará regulado expresamente en “*aras de la claridad y de una mayor seguridad jurídica*”²³, calificándose como titulares del derecho exclusivo de esta modalidad de comunicación pública a los autores, a los artistas intérpretes o ejecutantes, a las entidades de radiodifusión y a los productores de fonogramas o de grabaciones audiovisuales²⁴.

Al regular los límites sobre los derechos, sostienen con firmeza la premisa preferente y esencial mantener “*un justo equilibrio entre los derechos e intereses de las distintas categorías de titulares y los usuarios de las obras y prestaciones*”. Con esta finalidad, una de las novedades que presenta esta Ley es una regulación detallada del *régimen de copia privada*, bajo la intención de respetar los principios ya establecidos, y consolidar con seguridad la *imprescindible compensación económica*. Quedarán constituidos como deudores de esta obligación legal, los fabricantes e importadores de *equipos, aparatos y soportes materiales idóneos para reproducir* obras protegidas, y como acreedores, los autores y demás titulares de derechos de propiedad intelectual.

El Preámbulo refleja igualmente el objetivo de la Directiva de intentar alcanzar la difícil armonía entre los intereses:

“*tanto de los titulares de derechos de propiedad intelectual afectados por la limitación de copia privada, establecida en el artículo 31.2 de la ley, como de los distribuidores de equipos, aparatos y soportes materiales sujetos al pago de la compensación por copia privada, y trata de establecer un marco equilibrado que constituya un régimen en beneficio de todos los agentes afectados y adecuado a las nuevas realidades sociales y tecnológicas de la sociedad de la información*” (Preámbulo de la Ley 23/2006, de 7 de julio).

Considero que es correcta la finalidad prevista por el legislador de alcanzar el equilibrio de todos los intereses, aunque estimo que el derecho preferente que debe garantizarse, en cualquier caso, es el derecho del titular de propiedad intelectual. Si éste está eficazmente protegido, el legislador podrá establecer una limitación o excepción. Cuando el presupuesto de seguridad de los derechos de autor y afines no está confirmado, difícilmente se puede mantener la limitación o excepción, calificada como no obligatoria o facultativa por la Directiva. En el supuesto de cumplimiento de todos los requisitos previos y que condicionan la admisión de la limitación o excepción (prueba del criterio triple), deberá acompañar, imprescindiblemente, el reconocimiento y regulación de la remuneración económica, para mantener el equilibrio de intereses.

²³ Preámbulo de la Ley 23/2006 de 7 de julio.

²⁴ En cuanto a este derecho exclusivo de puesta a disposición interactiva para los artistas intérpretes o ejecutantes, y para las entidades de radiodifusión, se va a mantener para ellos el *derecho de remuneración por esta modalidad de comunicación pública cuando tenga lugar la cesión al productor*.

Desde las líneas jurídicas señaladas en la Directiva de 2001, la Ley 23/2006 configura un régimen jurídico diverso para la limitación por copia digital, y para la copia analógica. Determina cuantías mayores para la limitación por copia digital por un indudable y superior impacto económico. Es la remuneración en concepto de compensación económica sobre el rendimiento que dejan de percibir los titulares de derechos de propiedad intelectual. No obstante, el legislador manifiesta en el Preámbulo que establece “*un régimen jurídico con la flexibilidad suficiente para adecuarse debidamente a la realidad tecnológica en constante evolución*”.

Cuando no se especifican cómo y cuándo hay que aplicar estos criterios de flexibilidad posterior, esta indefinición puede generar inseguridad y desprotección de los derechos de autor y afines. El legislador español en la reforma de 2006, permite que por una norma reglamentaria, inferior a la Ley (que aprueba la limitación de copia privada y el alcance de la compensación), sea posible la configuración posterior de un contenido distinto, tanto de la limitación como de la obligación de compensación (determinación posterior de los objetos gravados, de las cuantías a abonar por compensación, y demás apartados) Esta norma reglamentaria posterior puede llegar a redefinir el alcance de la limitación y de la compensación, afectando al contenido y protección de los derechos de autor y afines, con un aumento del alcance del límite o excepción, y una reducción de la remuneración.

Y así ha sucedido con la Orden PRE/1743/2008, de 18 de junio, por la que aparece la relación de aparatos, equipos y soportes digitales sujetos al pago de la compensación equitativa por copia privada, las cantidades aplicables a cada uno, y la distribución de la cuantía resultante entre las distintas modalidades de reproducción.

En España ha quedado reconocido el límite por copia privada. Ahora bien, sólo será legalmente aplicable cuando se cumplan los presupuestos previos que garantizan la seguridad en el ejercicio de los derechos de autor y afines (prueba del criterio triple). El legislador *regula detalladamente los diferentes apartados que configuran la compensación equitativa que debe concurrir a la aplicación legal del límite*, y admite el *desarrollo reglamentario* de lo preceptuado en esta Ley, presentando un sistema con “flexibilidad suficiente”. Evidentemente, por el alcance que tiene, es cuestionable esta alternativa reglamentaria, ya que la finalidad prevista por la redacción de la Ley de 2006 no va a ser desarrollar la norma existente, sino delimitar posteriormente otro contenido y alcance diferente en cuanto al límite y a la correspondiente compensación económica legalmente establecida.

En primer lugar, el artículo 31.2 regula la admisión del límite por copia privada, no obligatorio por la Directiva, y que afectará al derecho exclusivo de reproducción. El alcance de este límite *está configurado por los siguientes requisitos*, semejantes a los preceptuados en la Directiva de 2001:

1. Amplitud en cuanto al soporte ya que la copia podrá realizarse *en cualquier soporte*.
2. Siempre que sean *obras ya divulgadas* (en forma de libro o publicaciones similares, fonogramas, videogramas u otros soportes sonoros, visuales o audiovisuales).

3. Realizada por una *persona física para su uso privado a partir de obras a las que haya accedido legalmente*.
4. *Prohibición de utilización colectiva ni lucrativa*.
5. Es *imprescindible*, para equilibrio de intereses, *la compensación equitativa* prevista en el artículo 25.
6. Es esencial la aplicación de las *medidas tecnológicas* conforme al artículo 161.
7. Quedan *excluidas* de lo dispuesto en este artículo 31.2 las *bases de datos electrónicas* y, en aplicación del artículo 99.a), los *programas de ordenador*.

A continuación, e inevitablemente unido a la validez del límite, aparece el *reconocimiento de la obligación legal de compensación económica equitativa*. La nueva redacción del artículo 25 reconoce y define el alcance de la compensación económica imprescindible, y que condiciona la legalidad del límite de copia privada. La justificación de esta obligación está *“dirigida a compensar los derechos de propiedad intelectual que se dejaran de percibir por razón de la expresada reproducción”*, y pretende resarcir aquella remuneración económica que se ha dejado de obtener por admitir la limitación.

Ya desde la normativa europea, y en la legislación española, está configurada la compensación económica (por el límite por copia privada) como un derecho *“irrenunciable”* de los autores, artistas, intérpretes o ejecutantes, aproximando o vinculando la naturaleza de dicha remuneración a la condición de autor o creador de la obra o prestación protegida, y con el ánimo de lograr una compensación económica que respete el equilibrio de intereses.

Orden PRE/1743/2008, de 18 de junio, por la que se establece *“la relación de equipos, aparatos y soportes materiales sujetos al pago de la compensación equitativa por copia privada, las cantidades aplicables a cada uno de ellos y la distribución entre las diferentes modalidades de reproducción”*, y la determinación legal de la cuantificación total máxima o mínima de dicha remuneración.

No es una regulación nueva el límite y remuneración por copia privada. Lleva reconocido en el sistema legal español desde hace más de 20 años, y mediante la reforma de 2006 el legislador intenta consolidar *“un mecanismo que concilia los intereses de todos los afectados, sean titulares de derechos de propiedad intelectual, sean las industrias tecnológicas, sea el conjunto de los ciudadanos (...)”*. Esta Orden de 2008, reitera, nuevamente, que conforme a lo dispuesto en la Directiva de 2001, el Estado miembro que opte por el límite de copia privada, en *“dicho régimen debía de llevar parejo un sistema para compensar a los autores y a los demás titulares de derechos de propiedad intelectual por esta autorización legal para reproducir sus creaciones”*.

En dicha Ley 23/2006 de 7 de julio queda definido un procedimiento específico para la determinación posterior de la compensación equitativa aplicable a los equipos, aparatos y soportes materiales *digitales*. El primer paso era el acuerdo entre las partes implicadas, y transcurrido el plazo de cuatro meses, comunicaron a los Minis-

terios autorizados, su falta de consenso. Será mediante esta Orden de 18 de junio de 2008 el medio jurídico utilizado para:

- a) establecer *la relación de equipos, aparatos y soportes materiales* que estarán sujetos al pago de la compensación económica por copia privada,
- b) determinar *las cantidades que deberán abonar* cada uno de ellos y
- c) fijar *el procedimiento de distribución* entre las diferentes modalidades de reproducción.

El criterio preferente utilizado en esta disposición para cuantificar la compensación equitativa, va a ser *especificar el daño* producido a los derechos de propiedad intelectual, valorándose las cuantías dejadas de percibir por razón de las reproducciones realizadas para uso privado, *“lo que implica la necesidad de estimar el daño que tales copias originan a los titulares derechos de propiedad intelectual”*

Aparecen especificados los aparatos y soportes afectados por la remuneración por copia privada digital²⁵, y la cantidad a pagar en cada caso, además de su distribución

²⁵ Detalla la relación de aparatos y soportes digitales propuesta sujetos al pago de la compensación por copia privada y las cantidades aplicables:

“1. Los equipos, aparatos y soportes materiales digitales de reproducción sujetos al pago de la compensación, así como el importe de la compensación que deberá satisfacer cada deudor por cada uno de ellos son los que se indican a continuación:

- a) Para los equipos o aparatos digitales de reproducción de libros y publicaciones asimiladas reglamentariamente a libros:
 1. Equipos multifuncionales de sobremesa, de inyección de tinta, con pantalla de exposición cuyo peso no supere los 17 kilos, capaces de realizar al menos dos de las siguientes funciones: copia, impresión, fax o escáner: 7,95 euros por unidad. Cuando supere el peso indicado será considerado como equipo o aparato con capacidad de copia y según su velocidad estándar de reproducción.
 2. Equipos multifuncionales láser de sobremesa con pantalla de exposición cuyo peso no supere los 17 kilos, capaces de realizar al menos dos de las siguientes funciones: copia, impresión, fax o escáner: 10,00 euros por unidad. Cuando supere el peso indicado será considerado como equipo o aparato con capacidad de copia y según su velocidad estándar de reproducción.
 3. Escáneres monofunción que permitan la digitalización de documentos: 9,00 euros por unidad.
 4. Equipos o aparatos con capacidad de copia estándar de hasta 9 copias por minuto: 13,00 euros por unidad.
 5. Equipos o aparatos con capacidad de copia estándar desde 10 hasta 29 copias por minuto: 127,70 euros por unidad.
 6. Equipos o aparatos con capacidad de copia estándar desde 30 hasta 49 copias por minuto: 169,00 euros por unidad.
 7. Equipos o aparatos con capacidad de copia estándar desde 50 hasta 69 copias por minuto: 197,00 euros por unidad.
 8. Equipos o aparatos con capacidad de copia estándar de 70 o más copias por minuto: 227,00 euros por unidad.
- b) Para equipos o aparatos digitales de reproducción de videogramas, fonogramas y libros y publicaciones asimiladas reglamentariamente a libros, ya sean específicos o mixtos, salvo que estén incluidos en la letra h):
 1. Grabadora de discos compactos específicos: 0,60 euros por unidad.
 2. Grabadora de discos compactos mixtos: 0,60 euros por unidad.
 3. Grabadora de discos versátiles específicos: 3,40 euros por unidad
 4. Grabadora de discos versátiles mixtos o de discos compactos y versátiles: 3,40 euros por unidad

entre las diferentes modalidades de reproducción de libros, de sonido y visual o audiovisual, e incluso, se regula las cuantías mínimas y máximas de remuneración efectiva, como parámetros vinculantes.

IV. Conclusiones

PRIMERA.- Desde hace más de una década, la normativa internacional inspira la visión europea más reciente, preocupada por la protección de los derechos de autor y derechos afines ante la nueva realidad tecnológica, y vela por un ejercicio respetuoso de los derechos morales, y patrimoniales de reproducción, distribución, comunicación pública, y transformación. Este interés preferente por la protección eficaz de los derechos de autor en la Sociedad de la Información aparece tanto *Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo 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 (DDASI)*, como en las reflexiones del *Libro Verde sobre "Derechos de autor en la economía del conocimiento"* publicado por la Comisión Europea el 16 julio de 2008. Mientras que en las disposiciones españolas quedará reflejada la Directiva del 2001 mediante la polémica Ley 23/2006 que reforma el TRLPI, y por la Orden PRE/1743/2008 que regula la remuneración por copia privada digital, igualmente discutida.

SEGUNDA.- Hay que aproximarnos al desarrollo tecnológico comprendiendo que puede favorecer la diversificación en las formas de creación y explotación de las obras protegidas por derechos de autor, a la vez que facilitar el quebrantamiento de los siste-

c) Para discos compactos no regrabables: 0,17 euros por unidad.

d) Para discos compactos regrabables: 0,22 euros por unidad.

e) Para discos versátiles no regrabables: 0,44 euros por unidad.

f) Para discos versátiles regrabables: 0,60 euros por unidad.

g) Para memorias USB y otras tarjetas de memoria no integradas en otros dispositivos: 0,30 euros por unidad.

h) Para discos duros integrados o no en un equipo, idóneos para la reproducción de videogramas y fonogramas, entendiéndose por tales discos duros todos aquellos que no estén afectados por la definición que a los efectos del 25.7.b) de la Ley de Propiedad Intelectual, se contiene en el punto 2 de este apartado: 12,00 euros por unidad. Los discos duros que estén integrados en equipos descodificadores de señales de televisión digital quedarán excluidos del pago de la compensación por copia privada durante el primer año de vigencia de esta Orden. Transcurrido dicho plazo, el importe a satisfacer en concepto de compensación equitativa por copia privada por estos equipos será de 12,00 euros por unidad.

i) Para dispositivos reproductores de fonogramas, videogramas o de otros contenidos sonoros, visuales o audiovisuales en formato comprimido: 3,15 euros por unidad.

j) Para teléfonos móviles con funcionalidad de reproducción de fonogramas en formato comprimido: 1,10 euros por unidad.

2. Conforme el párrafo b) del apartado 7 del artículo 25 de la Ley de Propiedad Intelectual y a los efectos en él previsto se entiende por «disco duro de ordenador» el dispositivo de almacenamiento magnético de un ordenador en el que se aloja el sistema operativo de dicho ordenador, al cual está conectado con carácter permanente, de forma que éste solo y exclusivamente pueda servir de disco maestro o del sistema en el sentido de que su conexión sólo le permite adoptar esa funcionalidad y no la de disco esclavo”.

mas de protección sobre éstas. Son las dos perspectivas de la realidad analógica y digital. El disfrute de las obras ya es transnacional en la Sociedad de la Información, lo que lleva a buscar armonizar las normas sobre derechos de autor y afines, y configurar criterios semejantes en las disposiciones jurídicas de los Estados miembros

TERCERA.- La ausencia de criterios armónicos entre los Estados miembros sobre las normas de derechos de autor, puede generar diferencias esenciales e insalvables. La convivencia de diversos regímenes jurídicos con directrices divergentes puede, también, provocar, restricciones en la libre circulación de los servicios o productos resultantes de la Propiedad Intelectual. Son circunstancias que llevan a ocasionar incoherencias legislativas, “fragmentación del mercado interior”, y van a desencadenar inseguridad jurídica y un perjuicio grave en el adecuado desarrollo de la Sociedad de la Información.

CUARTA.- En Europa frente a los sistemas jurídicos multiformes de los Estados miembros, en la Directiva de 2001/29/CE quedarán señaladas en esta las líneas básicas para lograr una eficaz y coordinada protección de los derechos de autor y afines. Ahora bien, no es posible ignorar que la transposición de la Directiva no ha sido pacífica, y lejos de ser fácil, los problemas de interpretación e integración han sido numerosos y complejos, por la implicación de factores o intereses variados, económicos, sociales, políticos y jurídicos. Uno de los apartados con mayor diversidad jurídica es el sistema de remuneración por copia privada. Aparecen distorsiones jurídicas en la aplicación de la excepción que afectan a los autores, y a los titulares de estos derechos protegidos. Si se logra alcanzar un sistema de compensación semejante en los Estados miembros, evitaría soluciones irregulares.

QUINTA.- La explotación de los derechos patrimoniales de autor y afines en la Sociedad de la Información se abre a un ejercicio de los mismos “en línea”. Así también, y bajo el respeto a los derechos de autor, la Directiva va a introducir una lista específica de excepciones a los mismos, aunque “no existía ninguna obligación internacional en este sentido”. La disposición comunitaria intenta “limitar la capacidad de los Estados miembros de introducir nuevas excepciones o de ampliar el ámbito de las existentes más allá de lo permitido en el marco de la Directiva”. En cuanto a la regulación de las excepciones, cada Estado miembro fue incorporando algunas de las señaladas, teniendo presente que sólo una es obligatoria y debe admitirse siempre, y que las veinte restantes son facultativas y pueden ser admitidas o no en la normativa estatal.

SEXTA.- Sólo es posible justificar la transposición de las excepciones cuando se cumplan en los Estados, previamente, los presupuestos esenciales e imperativos, señalados por la normativa internacional y europea (prueba del criterio triple): en *casos especiales*, siempre que *no atente a la explotación normal de la obra*, y que *no cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o del titular del derecho conexo*. Además, destacar que cuando la excepción de copia privada es admitida, al igual que en otras excepciones, llevará una correlativa y compensatoria obligación legal de remuneración económica al autor y titular. En el artículo 5 de la Directiva constata

la primordial concurrencia de la limitación o excepción, y la compensación equitativa: “*siempre que*” los titulares de los derechos reciban una “*compensación equitativa*” (artículo 5.2. a) b); “*a condición de*” que los titulares de los derechos reciban una “*compensación equitativa*” (artículo 5.2.e)

SÉPTIMA.- La Directiva compele a los Estados a que admitan estas limitaciones, e implanten la remuneración con criterios de equidad. Cuando concurra el supuesto de autorización estatal de una excepción al derecho, el uso de las obras que implica una excepción deberá ir *compensado* por una remuneración establecida. Aunque son diferentes los términos utilizados en los considerandos 35 y 38 de la Directiva 2001/29/CE, pero la finalidad compensatoria es, en cualquier caso, para *restablecer el equilibrio* patrimonial del autor o titular, atendiendo al “*daño que el acto*” haya causado a los titulares, o al “*perjuicio causado*” al titular, y se reconocerá una “*compensación equitativa*”.

OCTAVA.- El desarrollo tecnológico beneficia la puesta a disposición de las obras a través de redes, pero para evitar la vulneración de derechos es necesario: un sistema adecuado que identifique a la obra y al autor o titular del derecho; una amplia información sobre las condiciones y modalidades de utilización de la obra; y la implantación de instrumentos que favorezcan la gestión de los derechos. Con este ánimo, se ha buscado una armonización internacional en las formas de identificación, utilización y gestión. Ante la creciente incidencia de los sistemas de red, esto puede ocasionar que las distintas medidas tecnológicas existentes en los Estados miembros puedan conducir a una incompatibilidad técnica entre ellos. Así, un desarrollo uniforme de las medidas tecnológicas lleva a proteger los derechos de autor y afines, y a impedir actividades ilegales que alteren la información para la gestión electrónica de los mismos.

NOVENA.- Desde la perspectiva europea, en julio de 2008 aparece publicado el *Libro Verde sobre “Derechos de autor en la economía del conocimiento”*, en donde se analiza los problemas existentes sobre estos derechos en la era digital, y propone reflexionar sobre la forma de difusión al público de las obras, y si los conocimientos circulan libremente en el mercado interior. Recuerda, en todo momento, la perspectiva señalada en la Directiva de 2001/29/CE del respeto riguroso y eficaz de los derechos de autor y derechos afines. Sobresale en el documento la clara presentación del panorama normativo europeo posterior a la transposición de la Directiva de 2001. Además, evalúa con precisión cómo se han incorporado o rechazado algunas de las excepciones, y lo qué esto implica. Aborda, en particular, cuestiones sobre el estudio de los problemas de la excepción en beneficio de las bibliotecas y archivos, la dificultad que presenta la digitalización de las obras, y cuándo se puede realizar la digitalización para la conservación de las mismas. Igualmente, atiende a las dificultades en el ejercicio legal de las “obras huérfanas”, a la transposición de la excepción en beneficio de las personas con minusvalías, y a la difusión de las obras con fines educativos y de investigación. Tras una descripción concisa de la realidad jurídica, propone algunas reflexiones.

DÉCIMA.- Con la finalidad de elaborar un derecho europeo de Propiedad Intelectual adaptado a la incidencia de la tecnología digital y de los avances en la comunicación, el proceso de modificación de la normativa española se inicia en 1990 mediante el reconocimiento y transposición de diferentes directivas comunitarias. Así, la reciente Ley 23/2006 tiene su causa en la necesaria transposición de la Directiva 2001/29/CE que cumplía los presupuestos establecidos en los Tratados de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) de 1996 sobre Derecho de Autor, y sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas.

UNDÉCIMA.- Sobre la incorporación de las excepciones, en España queda reconocido el límite por copia privada. Ahora bien, sólo será legalmente aplicable cuando se cumpla los presupuestos previos que garantizan la seguridad en el ejercicio de los derechos de autor y afines (prueba del criterio triple) El límite y remuneración por copia privada no es una novedad jurídica. Lleva admitida en el sistema legal español desde hace más de 20 años, y mediante la reforma de 2006 el legislador intenta consolidar “*un mecanismo que concilia los intereses de todos los afectados, sean titulares de derechos de propiedad intelectual, sean las industrias tecnológicas, sea el conjunto de los ciudadanos (...)*”.

DUODÉCIMA.- Cuando quedó admitida la excepción por copia privada, esto implicaba el imprescindible reconocimiento de una remuneración al autor o titular del derecho perjudicado. Y no sólo queda regulado con la reforma del 2006, sino que será la Orden PRE/1743/2008, de 18 de junio, el instrumento legal que apruebe “*la relación de equipos, aparatos y soportes materiales sujetos al pago de la compensación equitativa por copia privada, las cantidades aplicables a cada uno de ellos y la distribución entre las diferentes modalidades de reproducción*”, así como la determinación legal de la cuantificación total máxima y mínima de dicha remuneración. Y se reitera en este texto legal, nuevamente, que conforme a lo dispuesto en la Directiva de 2001, el Estado miembro que opte por el límite de copia privada, en “*dicho régimen debía de llevar parejo un sistema para compensar a los autores y a los demás titulares de derechos de propiedad intelectual por esta autorización legal para reproducir sus creaciones*”.

Bibliografía

- AKESTER, P., *A practical guide to digital copyright law*, EIPR Practice Series, London: Sweet & Maxwell, 2008
- BASOZABAL, J., *Método triple de cómputo del daño: indemnización del lucro cesante en las leyes de protección industrial e intelectual*, en Anuario de Derecho Civil, Tomo I-III, 1997.
- COUTO GÁLVEZ, R., *La propiedad intelectual en la sociedad de la información* (Coord), en Revista vasca de Economía, Economías nº 51-3º cuatrimestre, 2002; *Propiedad intelectual e industrial de la obra científica*, R. de Couto y Celia Sánchez-Ramos (Coords), editoriales Universidad Complutense y Universi-

- dad Pontificia Comillas, Madrid, 2008; *La contratación en la creación visual: contrato de encargo de obras, transmisión de derechos para la edición y concurso de obras de arte*, editorial Trama, Madrid, 2008.
- ESPÍN CANOVAS, D., *Futuro de la explotación de la obra literaria*, “Cuartas jornadas sobre el Derecho de Propiedad Intelectual de los escritores en la práctica” celebradas en Madrid en diciembre de 1998, Asociación Colegial de Escritores, República de las Letras, n^o 7, Madrid, 1999, págs. 38 y sigs.
- GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, Ed. Comares, Granada, 2005.
- JOSSELIN-GALL, M., *Les contrats d’exploitation du droit de propriété littéraire et artistique*, GLN Joly Editions, Paris, 1995.
- MACQUEEN, H., y WAELDE, C., *La protección de las interpretaciones y ejecuciones audiovisuales*, OMPI, nov-2003.
- MARTÍN CASALS, “Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil”, en el proyecto “*European Tort Law: Principios, prácticas y culturas jurídicas en la aproximación del Derecho de daños*”, del Ministerio de Educación y Ciencia, Programa I + D para el período 2005-2006.
- MASSAGUER, J., *Los requisitos de forma en la contratación de derechos de propiedad industrial e intelectual*, La Ley, 26 de diciembre de 1995.
- RIGAUD, *El derecho real*, en “Historia y teorías su origen institucional”, traducción de J. R. Xirau, Ed. Reus, Madrid, 1928.
- THOMAS RAMSAUER, “*La Ley de Derecho de Autor de Alemania en el umbral de la era de la información*”, en el Boletín de Derecho de Autor, de octubre-diciembre de 2004, disponible en http://portal.unesco.org/culture/es/file_download.php
- TRITTON, G. y VV.AA., *Intellectual Property in Europe*, Third Edition, London: Sweet & Maxwell, 2008.
- TORRES GARCÍA, T., *Comentario Art. 61*, en “Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual” coordinados por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Editorial Tecnos, 2^a edic. , Madrid, 1997.
- TORRES LANA, J.A., *La forma y la cesión de los derechos de explotación en la Ley de 17 de noviembre de 1987*, en Directiva, 3er. trimestre 1990.
- VEGA VEGA, J.A., *Derecho de autor*, Editorial Tecnos, Madrid, 1990.