

«*Principales novedades en la regulación de los derechos de autor ante las nuevas tecnologías*»

Este artículo tiene por objeto exponer las particularidades jurídicas en cuanto a la protección de los derechos de autor de las creaciones informáticas. Estas particularidades proceden, en primer lugar, de la necesidad de entender la exigencia de originalidad de una forma menos rigurosa para los programas de ordenador y las bases de datos, en segundo lugar, del reforzamiento de los derechos patrimoniales sobre estas obras, atendidos tanto el monopolio sobre las obras como por la configuración estricta de sus límites, en comparación con las demás obras literarias, científicas o artísticas. Y, en tercer lugar, de la emergencia de un derecho *sui generis* sobre las bases de datos que supone una novedad importante en relación con la tradicional configuración de los derechos de propiedad intelectual.

Artikulu honen helburua informatika alorreko sortze lanen egile eskubideen babesak legearen ikuspegiak dituen berezitasunak azaltzea da. Berezitasun horiek hiru tokitatik datoz. Lehenik, originala izateko beharra ez da hain zorrozki ulertu behar ordenagailurako programetan eta datu baseetan. Bigarrenik, obra horien gaineko ondare eskubideak sendotzeko beharra, behin obren gaineko monopolioa eta mugen zehaztasuna ezarri ostean, literaturan, zientzian edo artean sortzen diren beste-lako obren aldean. Hirugarrenik, datu baseen gaineko eskubide sui generis bat agertu izana, jabetza intelektualeko eskubideen tradiziozko konfigurazioaren aldean berrikuntza garrantzitsua baita.

This article has the objective of displaying the legal particularities concerning the protection of the copyrights of data processing creations. These particularities stem, in the first place, from the need to understand the requisite of originality in a less rigorous manner for computer programs and databases. Secondly, there is the need to reinforce the patrimonial rights on such works, covering both the monopoly on the works and the strict configuration of the limits thereof, in comparison with other literary, scientific or artistic works. And, thirdly, there is the emergence of a *sui generis* right on data bases that constitutes an important novelty reference to the traditional configuration of intellectual property rights.

ÍNDICE

1. Introducción: Los derechos de autor ante las nuevas tecnologías
2. Nuevas tecnologías y criterios de protección
3. Nuevas tecnologías y contenido de los derechos patrimoniales
4. Otras novedades
5. Conclusiones

Clasificación JEL: K11, O34

1. INTRODUCCIÓN: LOS DERECHOS DE AUTOR ANTE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

Las nuevas tecnologías han aportado a nuestra sociedad nuevos bienes inmateriales como los programas de ordenador, las bases de datos o las creaciones multimedia y han introducido nuevos vehículos para la comunicación electrónica de las obras en soporte digital en las sociedades contemporáneas. Todo ello, ha implicado una necesaria reflexión y una singular adaptación de la normativa sobre derechos de autor, en particular nacidas de las dificultades de aplicación de los conceptos tradicionales y la necesaria redefinición de su contenido.

Los cambios en nuestra legislación proceden mayormente del ámbito jurídico europeo, en particular de:

—La Directiva 91/250/CEE de protección jurídica de programas de ordenador¹ que los protege como obras literarias² y regula las particularidades de estas obras.

—La Directiva 96/9/CE³ de protección jurídica de las bases de datos que se caracteriza fundamentalmente por diseñar un régimen especial de

¹ Directiva 91/250/CEE de 14 de mayo de 1991, sobre protección jurídica de programas de ordenador. DOCE núm. L, 122, de 17 de mayo de 1991, pp. 42 y ss.

² *Vid.* art. 1.1 Directiva 91/250/CEE y art. 1.1 de la Ley 16/1993, de 23 de diciembre de incorporación al derecho español de la Directiva sobre la protección jurídica de programas de ordenador (BOE núm. 307 de 24 de diciembre de 1993). Nada se indica sobre este punto en la Ley de Propiedad Intelectual. *Vid.* opinión de DELGADO ECHEVARRÍA, J., en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Tecnos, 2.ª edición, 1997, p. 1379.

³ DOCE núm. L 77 de 27 de marzo de 1996, pp. 20 y ss.

protección de las bases sean o no originales (protección *sui generis*), pero que también recoge particularidades normativas para las bases de datos originales, protegidas en el Libro I.

- La Directiva 2001/29/CE de 22 de mayo 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 información⁴, incorpora novedades legales que aclaran las incertidumbres ligadas a la aplicación del sistema tradicional de Propiedad Intelectual a las obras transmitidas por redes informáticas como Internet.

Nuestro texto legal, la Ley de Propiedad Intelectual⁵, en su última redacción dada por la Ley 5/1998⁶ de incorporación a nuestro derecho interno de la Directiva 96/9/CE refunde las sucesivas novedades procedentes de estas normas comunitarias que armonizan el régimen aplicable a los derechos de autor e introduce importantes particularidades. Queda todavía por integrar la última Directiva aprobada sobre derechos de autor en la sociedad de la información si bien nuestro Gobierno ha elaborado un Anteproyecto de ley de reforma de la Ley de Propiedad Intelectual, al que haremos referencia a lo largo de este trabajo.

Para ofrecer una visión de conjunto pero que sea capaz de retomar las especificidades introducidas en cada tipo de obra hemos estructurado este artículo en tres apartados: novedades en los criterios de protección, novedades en la configuración de los derechos patrimoniales y otras novedades.

2. NUEVAS TECNOLOGÍAS Y CRITERIOS DE PROTECCIÓN

En este área las particularidades jurídicas proceden de la necesidad de entender la exigencia de originalidad de una forma menos rigurosa para los programas de ordenador, las bases de datos o las demás creaciones almacenadas en soporte digital.

2.1. La originalidad de los programas de ordenador

Como bienes inmateriales y separables del soporte, dirigidos al funcionamiento de una máquina de propósito general y expresados en códigos ininteligibles directamente por el hombre los programas de ordenador encajaban difícilmente en el concepto tradicional de creaciones literarias científicas o artísticas.

Hay que tener en cuenta que la originalidad como condición para el nacimiento de los derechos de autor no ha sido interpretado de la misma forma en el sistema anglosajón del *copyright* que en el continental. Aquel mantiene una concepción objetiva particularmente débil de lo que deba entenderse como originalidad

⁴ DOCE, núm. L 167 de 22 de junio de 2001.

⁵ Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia. (BOE 22 de abril de 1996).

⁶ Ley 5/1998 de 6 de marzo, de incorporación al Derecho español de la Directiva 96/9/CE, de 11 de marzo de 1996 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la protección jurídica de las bases de datos. BOE num. 57 de 7 de marzo (RCL 1998/620).

de forma que la protección es acordada sólo si el programa resulta del esfuerzo intelectual del autor y no tiene un carácter meramente ordinario.

Siguiendo esta acepción, un *software* independientemente creado y no copiado de otras obras, será considerado original. También bajo este sistema un trabajo literario es original (*originality*) incluso cuando es ininteligible o expresado en un nuevo sistema de códigos. Un programa aun comprendiendo un conjunto de conocidas subrutinas es original porque el autor humano ha gastado suficiente trabajo, experiencia en escoger y ordenar dichas subrutinas⁷.

Por el contrario, en el sistema continental caracterizado por una concepción más rígida de originalidad difícilmente podía acogerse una interpretación favorable a la originalidad de los programas informáticos. Para ello expondremos el caso francés y las discusiones doctrinales y jurisprudenciales en torno al tema.

En Francia, son destacables los esfuerzos de la jurisprudencia por dotar de originalidad a los programas. El caso Pachot en 1986, sostuvo la originalidad de un programa por el hecho de que el autor había realizado un esfuerzo personal mas allá de la simple puesta en práctica de una lógica automática apremiante y, de esta manera, llevan el signo de su aportación intelectual. Incluso parte de la jurisprudencia parece admitir también que la creación de un programa traduce la

personalidad del autor⁸. Si acudimos a los trabajos realizados por Goutal⁹ examinando la originalidad en cada una de las fases de creación del programa este autor concluyó que el análisis funcional solo traduce cierta originalidad cuando se trata de la creación de un programa estándar o enlatado, porque las funcionalidades de un software específico no son determinadas por el creador del programa sino por el cliente. Goutal considera también que indudablemente hay manifestación de la personalidad en las fases de análisis orgánico y programación y advierte incluso la existencia de estilos de programación a semejanza de los estilos literarios.

Por el contrario, la mayoría de la doctrina francesa era bastante reacia a considerar originales los programas de ordenador. Así por ejemplo Vivant destaca la escasa originalidad de los programas en el sentido subjetivo del término y que su protección por esta vía responde más al deseo de mantener la protección del software en el terreno de los derechos de autor y señala textualmente: «Es muy difícil decir que un programa es la creación intelectual de su autor. Pero es otra filosofía, otra lógica, no es la filosofía personalista tradicional. El punto importante es, desde ahora, la creación, el acto de

⁸ Vid. SCA 2 de noviembre de 1982 donde considera que la elaboración de un programa de aplicación no constituye un mecanismo intelectual forzoso, ya que los analistas de programación, en efecto, deben elegir, como los traductores de obras, entre diversos modos de presentación de la expresión y la elección efectuada lleva la marca de su personalidad. (Gaz Pal. 83, 1, 117 D 82 IR, p. 481. TOUBOL, F., o.c. p. 83).

⁹ GOUTAL, J.L., *La protection juridique du logiciel*, D. 1984 Chron, p. 197. Citado por TOUBOL, F., o.c. p. 83

⁷ ENCY, I.T., «Intellectual Property». *Encyclopedia of Information Technology* Lay. Sweet&Maxwell, 1998, p. 2061.

creación, más que el vínculo entre la obra y el autor». Para Toubol¹⁰ resulta algo embarazoso calificar de originales, en la acepción clásica del vocablo, a las elecciones que realizan los informáticos cuando elaboran programas de computadora y no parece adecuado comparar su actividad con la de los artistas.

En nuestra doctrina Hernando Collazos¹¹, ha sostenido que la originalidad entendida como expresión de la personalidad de autor puede aplicarse a los programas informáticos por dos vías una por la elección efectuada por el autor entre los diferentes modos de presentar y expresar la función que está llamado a realizar el programa; otra por la aportación que supone crear un programa con una forma diferente de manifestar una función idéntica a otra existente o, con una nueva forma que sirve para expresar una segunda funcionalidad que, a su vez puede ser complemento de otra anterior¹².

En realidad y siguiendo la opinión de Tellez¹³, podemos decir que, en un sentido

riguroso, sólo los primeros programas (en su conjunto, sin mencionar distinciones) fueron nuevos y originales y que, tratándose de los derechos de autor, fueron obras absolutamente originales en su composición y expresión.

Ante esta controversia y con objeto de arrojar seguridad jurídica sobre el tema de la originalidad de los programas informáticos, el legislador comunitario se vio abocado a introducir novedades significativas sobre los criterios de protección. La introducción legal de un nuevo sentido al concepto de originalidad se produce en el art. 1.3 de la Directiva 91/250/CEE que reza:

«El programa de ordenador quedará protegido si fuere original en el sentido de que sea una creación intelectual propia de su autor. No se aplicará ningún otro criterio para conceder su protección».

De esta forma basta con que el software sea una creación intelectual propia de su autor, y no una copia de otro trabajo, para que sea considerado como una creación literaria original pero sin que ello conlleve el reconocimiento de una presunción de originalidad¹⁴. En definitiva, el objetivo es establecer un grado menos exigente de originalidad para permitir el acceso a esta protección del mayor número posible de programas. Esto supone que el requisito para conceder la protección por los derechos de autor, se entiende en una acepción mucho más débil que el exigido para las obras literarias.

¹⁰ TOUBOL, F., *El software: análisis jurídico*. Ed. Zavalía, Buenos Aires, 1990, p. 84.

¹¹ HERNANDO COLLAZOS, I., *Contratos Informáticos*. Librería Carmelo. San Sebastián, 1996, p. 69.

¹² Como resalta Heredero no parece posible la existencia de programas originales por cuanto que todos los programas no son sino una sucesión de instrucciones ya inventadas y conocidas por todos» (HEREDERO HIGUERAS, M., «La protección de los programas de ordenador en el proyecto de ley de Propiedad Intelectual». *RCDI*, núm. 581, 1987, p. 1031). Si bien, podría defenderse su protección como colecciones de «elementos o datos». (PINO ABAD, M., «La protección de los programas de ordenador en la Ley de Propiedad Intelectual de 11 de noviembre de 1987». *Rev. Derecho de los Negocios*, núm. 8, mayo 1991, p. 264).

¹³ TÉLLEZ VALDÉS, J., *La protección jurídica de los programas de computación*. Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, p. 60

¹⁴ Como para todas las obras, la originalidad de los programas debe ser demostrada en cada caso. Cass, 7 marzo 1986.

2.2. La originalidad de las bases de datos

La existencia de una doble protección de las bases de datos, por los derechos de autor y por el derecho *sui generis* a impedir la extracción y/o reutilización del contenido de las bases de datos, obliga a reflexionar sobre los criterios de originalidad de una bases de datos determinante para su protección por los derechos de autor.

Como dispone el art. 3 de la Directiva 96/9/CE de protección jurídica de bases de datos¹⁵ y el art. 12.1 LPI¹⁶ cuando estas por la selección y disposición de los contenidos constituyan una creación original quedarán protegidas por los derechos de autor¹⁷. Lo propiamente original se extiende a la selección o disposición de los elementos, de forma que los instrumentos preexistentes o autónomos que empleó para su elaboración siguen el régimen jurídico que les sea propio. Por ello la norma establece (art. 5 CDA, 12.1 LPI y art. 3.2. de la Directiva) no sólo que la protección del derecho de autor sobre la base no concede derechos exclusivos sobre el contenido sino que aquel deberá respetar los derechos de terceros que pudieran subsistir sobre ese contenido¹⁸.

¹⁵ Directiva 96/9/CE de 11 de marzo de 1996 sobre la protección jurídica de las bases de datos (DOCE L num. 77, de 27 de marzo de 1996, p. 20 y ss).

¹⁶ Art. 2.5 CB y art. 10.2 ADPIC.

¹⁷ *Vid.* también en este sentido art. 5 TDA.

¹⁸ El art. 13 de la Directiva 96/9/CE realiza una enumeración no taxativa de los casos de derechos preexistentes sobre el contenido de la base, citando expresamente «los derechos de autor, derechos afines o de otro tipo u obligaciones que existieran anteriormente sobre los datos, obras y otros elementos incorporados a una base, sobre las patentes, marcas, diseños y modelos, sobre la protección de los tesoros nacionales, sobre las normas en

Aquellas bases para cuya construcción sea necesario un diseño específico atendiendo a la información a tratar por ejemplo que entrañe un análisis de la misma, una determinación de conceptos, resúmenes o *abstracts* o que exija una formación específica en el analista documental será una base creativa, original. Por el contrario, los meros listados de direcciones, las bases de clientes y aquellas que contengan datos meramente identificativos, difícilmente dispondrán de una estructura original y no quedarán protegidas por los derechos de autor.

Se aprecia una evolución en la jurisprudencia sobre bases de datos tras la entrada en vigor de la Ley 5/1998 que incorpora a nuestro Ordenamiento Jurídico la Directiva 96/9/CE de protección jurídica de las bases de datos. Antes el juez no podía proteger aquellas bases que no eran originales, de ahí que los litigios se centraban en analizar la originalidad o no de la base. En estos casos se concluyó que los listados, guías y otras bases no cumplían los requisitos de originalidad necesarios para su protección por los derechos de autor, pues, para alcanzar un grado mínimo de originalidad no basta con la mera recolección indiscriminada de datos o de obras, ni su ordenación o disposición de acuerdo con criterios habituales o rutinarios (ordenación alfabética, cronológica, por domicilios, tamaños etc.) como es el caso de las guías de

materia de acuerdos colusorios y de competencia desleal, de secretos comerciales e seguridad y confidencialidad, sobre la protección de los datos personales y de la vida privada sobre el acceso a los documentos públicos o sobre las disposiciones legales en materia contractual».

teléfonos, listas de direcciones, de profesionales, callejeros, programas. Estas obras, pues, carecerían de originalidad y no quedarían protegidas por el derecho de autor.

—En la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 3 de mayo de 1994 centrada en si la obra «guía del ocio de Talavera» constituía una obra original, el tribunal consideró que no siendo original ni el título «guía del Ocio de Talavera» «compete al que reclama su autoría demostrar que la plasmación o soporte gráfico sí que lo es y en este caso el demandante no acreditó la originalidad, la revisión o actualización de las otras guías cuya existencia admite, ni en qué consistían las modificaciones para determinar si eran susceptibles o no de protección jurídica conforme al art. 11 de la Ley».

—En la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 1997 se considera que no hay infracción de los derechos de autor sobre las colecciones por el hecho de copiar los listados de empresas de las cámaras de comercio e Industria de Álava y Cámaras de Comercio, Industria y navegación de Bilbao y Guipúzcoa. En esta sentencia se señala que «no procede confusión con todo aquello que es común, integra el acervo cultural generalizado o está anticipado y al alcance de todos; si, pues, faltan creatividad y originalidad, que es lo que ocurre en el caso, mal se pueden infringir los artículos, 1. 10 y 12 aunque las bases de datos a las que se hayan aportado ingenio, originalidad o creatividad sean en abstracto susceptibles de protección (...), deben acreditarse en el pleito».

Tras la entrada en vigor de la Ley 5/1998, la duda que se plantea es si nuestro Derecho amplía o no respecto a la normativa anterior el número de bases de datos protegidas por los derechos de autor; en otras palabras, si se ha modificado el requisito de la originalidad.

—Si atendemos a la Directiva, se aprecia que el legislador comunitario ha querido introducir también para las bases de datos y como hiciera para los programas de ordenador en la Directiva 91/250/CEE, un criterio específico de originalidad, (obra propia de su autor)¹⁹. Sin embargo ni la redacción dada en la versión española ni su consiguiente transposición en el art. 12.1 de nuestra LPI les dotan de forma expresa de algún criterio específico de originalidad. De ahí que se susciten dudas de si nuestro sistema amplía las bases de datos protegidas por el derecho de autor respecto a los criterios tradicionales.

—En cuanto a pronunciamientos jurisprudenciales acaecidos tras la entrada en vigor de la Ley 5/1998, no se analiza en profundidad la exigencia de originalidad, sobreentendiendo que está presente en los casos concretos que han sido juzgados. Ello se justifica porque el objeto del litigio son bases documentales (bases de datos de jurisprudencia), que al introducir numerosos elementos intelectuales como,

¹⁹ Art. 3.1. Directiva 96/9/CE «De conformidad con lo dispuesto en la presente Directiva, las bases de datos que por la selección o la disposición de su contenido constituyan una *creación intelectual de su autor* estarán protegidas, como tal creación, por los derechos de autor. No serán de aplicación otros criterios para determinar si tales bases de datos son susceptibles de dicha protección».

resúmenes, análisis del contenido etc., no ofrecen la misma problemática que los simples listados de empresas o guías de servicios.

—El juzgado de primera instancia de Elda, (Alicante) en sentencia de 2 de septiembre de 1999 Aranzadi S.A contra Dealing World S.A, ha reconocido infracción a los derechos de propiedad intelectual sobre las bases de datos propiedad de Aranzadi S.A. por Dealing al ofrecer esta a sus clientes previo pago de determinada cuota mensual o trimestral, y a través del sistema *World Wide Web* los servicios de consulta a las bases de datos de Telejurisprudencia o Telelegislación, siendo aquellas bases idénticas a las comercializadas por Editorial Aranzadi, S A, vulnerando con ello los derechos de propiedad intelectual de reproducción, distribución, comunicación pública y el derecho *sui generis* sobre las bases de datos. De esta forma se está reconociendo el carácter de obra original a las bases de datos Aranzadi. Por otra parte esta sentencia estima que el uso de bases de datos elaboradas a partir de extracciones de otras bases comporta unos beneficios que deben considerarse como «enriquecimiento injusto» pues se aprovechan los recursos económicos, materiales e intelectuales de otra entidad propietaria de una obra intelectual objeto de protección.

—El Juzgado de Primera Instancia de Madrid de 24 de julio de 2001 (Aranzadi S.A. contra El Derecho) condenó a El Derecho Editores por la violación del derecho *sui generis* y por un acto de competencia desleal al copiar el contenido de las Bases de Datos que Editorial Aranzadi

publica en soporte *CD-Rom* de los años 1982 a 1993. En este último caso no se alega infracción de los derechos de autor sobre las bases de datos.

2.3. La originalidad de las creaciones en soporte digital

Para las demás creaciones, libros, música, obras cinematográficas, obras multimedia, etc, no se aprecia ninguna modificación en el concepto tradicional de originalidad por el hecho de comercializarlas en soporte digital por lo que debe seguir manteniéndose sin variación alguna.

3. NUEVAS TECNOLOGÍAS Y CONTENIDO DE LOS DERECHOS PATRIMONIALES

Toda duda inicial sobre si actos como la digitalización, el almacenamiento temporal, la transmisión, etc. de las obras digitales integran el monopolio exclusivo del autor o titular de los derechos de explotación debe ser resuelta, dada la irrelevancia del medio por el que las obras se expresen²⁰, a favor del mantenimiento de los derechos de los autores. Por ello, toda carga, descarga, visualización, introducción en la memoria del ordenador o transmisión de una creación original que no

²⁰ «Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales, literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en un futuro» (art. 10 LPI).

sea de dominio público deberá realizarse respetando los derechos de autor y sujetos a las condiciones de uso estipuladas en la licencia o contrato que se haya concluido²¹.

Pese a ello se han encontrado dificultades a la hora de reconducir los actos referidos a alguna de las modalidades reconocidas de derechos patrimoniales; y dado que las novedades más importantes en relación con las creaciones digitales se encuentran en el concepto de reproducción y para las obras transmitidas en redes el de comunicación pública²² nos referiremos en el presente trabajo exclusivamente a ambos. A continuación analizaremos cómo se configuran los límites a los derechos patrimoniales para este tipo de obras.

²¹ Cualquier acto dirigido a la comercialización de una obra utilizando las autopistas de la información debe caer dentro del ámbito del derecho exclusivo, por tanto «la digitalización, el almacenamiento o la incorporación de una obra a una base de datos, cuando se realizan por los operadores que son oferentes en el mercado, han de caer en el campo del derecho exclusivo», igual que el «ofrecimiento y la transmisión a efectos de visualización, reproducción o almacenamiento por parte del usuario o adquirente». (BERCOVITZ, A., «Riesgos de las nuevas tecnologías en la protección de los derechos intelectuales. La quiebra de los conceptos tradicionales del derecho de propiedad intelectual. Soluciones jurídicas». Vol. *El Derecho de propiedad intelectual y las nuevas tecnologías*. Ed. Ministerio de Cultura, 1996, p. 93).

²² De Miguel Asensio señala en este sentido como las declaraciones concertadas relativas a los arts. 6 y 7 TDA y 8 y 12 TIEF, los términos original y copias, a los que va referida la distribución y el alquiler, comprenden exclusivamente ejemplares fijados en soporte material que pueden ponerse en circulación como objetos tangibles. (DE MIGUEL ASENSIO, P., *Derecho privado de Internet*. Madrid, Civitas. 2000, p. 230). También se aprecia esta solución en la asimilación de los actos de transmisión telemática al suministro de servicios y no a la transmisión de obras que exigiría un soporte material (*idem*, p. 231).

3.1. Derecho de reproducción

La novedad consiste en que tradicionalmente el concepto de reproducción venía ligado a la obtención de copias permanentes, no integrándose en este concepto las copias temporales de las obras. Ello evidentemente no podría entenderse así para los programas de ordenador que se almacenan en numerosos soportes temporales como los dispositivos de memoria del ordenador. Actos como la digitalización, las copias intermedias o la carga en la memoria principal realizados por medio de los ordenadores y demás aparatos empleados en la sociedad de la información²³ no se realizan en soportes permanentes ni a veces son perceptibles directamente por el hombre. De esta forma el concepto tradicional de reproducción, vinculado al carácter permanente del soporte en que la obra se fija, debía verse afectado en gran medida por la desmaterialización y el carácter temporal de las fijaciones.

Un concepto de reproducción que llevara implícita la idea de fijación y grabación de una obra dejaba sin cubrir por la protección un margen muy amplio de reproducciones temporales de programas. Por ello la Directiva 91/250/CEE de donde cobra cuerpo nuestro artículo 99 LPI, consideró expresamente como reproducción en términos jurídicos tanto la permanente como la transitoria.

Es indudable que este tipo de reproducción es muy distinto de las formas de

²³ LIBRO VERDE sobre los derechos de autor en la sociedad de la información. Bruselas, 19 de julio de 1995 COM (95) 382 final, p. 50.

reproducción conocidas para las demás obras pues lleva incluso a confundir la reproducción con el uso del programa y obliga a distinguir entre copia y reproducción, reservando sólo a la primera el sentido tradicional de realización de una segunda versión permanente de un original²⁴ y en cambio considerando que la reproducción sujeta también al monopolio del autor las temporales o provisionales. En otras palabras, quedaría bajo el manto de los derechos de autor tanto almacenar un trabajo en un disquete, disco duro, *CD-Rom*, cinta, chip o cualquier otro soporte permanente legible por ordenador²⁵ como cualquier otro acto de reproducción temporal de todo o parte de la obra.

Esta solución inicialmente limitada a los programas de ordenador, es aplicable a las bases de datos y a las obras comercializadas de forma electrónica. La Directiva 96/9/CE dispone en su artículo 5 a) que el autor de una base de datos tendrá el derecho exclusivo a la reproducción temporal o permanente, total o parcial, por cualquier medio y de cualquier forma. Por su parte la Directiva 2001/29/CE en su artículo 2 concede a los autores, (así como a los artistas, intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas, productores de las primeras fijaciones de las películas y organismos de radiodifusión) derechos sobre la reproducción «directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma de la totalidad o parte» de

sus obras (o fijaciones, fonogramas, películas o emisiones, respectivamente).

La extensión del concepto de reproducción en nuestro Derecho puede hacerse por vía interpretativa pues la definición que el art. 18 LPI ofrece del derecho de reproducción como «la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación y la obtención de copias de todo o parte de ella», permite acoger esta solución fácilmente²⁶. No obstante el Anteproyecto de Ley de reforma de la LPI lo primero que hace es ofrecer una nueva redacción al art. 18 que rezaría de la siguiente forma:

«Se entiende por reproducción la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de la totalidad o parte de una obra, que permita su comunicación y la obtención de copias».

Consecuentemente, toda descarga de una copia del trabajo digital (o del programa) dentro de la memoria interna del ordenador para su ejecución, visualización o escucha constituye una copia²⁷. Igualmente el acceso a documentos almacenados en otro ordenador procede de una copia de la obra en la memoria del ordenador del usuario y por tanto se produce una reproducción²⁸. Igualmente constituye reproducción el almacenamiento en memoria caché que puede influir sobre los derechos de Propiedad Intelectual

²⁴ Preámbulo de la Propuesta de Directiva de protección jurídica de programas de ordenador 1989.

²⁵ *MAI Systems Corp v. Peak Computer, Inc.* 9th Cir. April 1993).

²⁶ BERCOVITZ, A., «Riesgos de las nuevas tecnologías en la protección de los derechos intelectuales. La quiebra de los conceptos tradicionales del derecho de propiedad intelectual. Soluciones jurídicas», *o.c.*, p. 98.

²⁷ SMEDINGHOFF, TH., «Online Rights of Copyright Owners». Vol. *Online Law*, NY, 1998, p. 155.

²⁸ *Idem*, p. 156.

en la medida en que almacena no sólo los documentos que se están visualizando sino también los que han sido utilizados en el pasado y permite la copia de páginas web²⁹, programas informáticos, bases de datos etc.

En resumen, «toda reproducción por digitalización de obras protegidas por el derecho de autor y susceptible de ser puesta a disposición de personas conectadas a Internet debe ser expresamente autorizada por el titular o el cesionario de los derechos»³⁰.

3.2. El derecho de comunicación pública

Los actos de puesta a disposición del público de obras o de otros trabajos protegidos, en tanto que actos de explotación se ubican bajo el manto del derecho de comunicación pública (art. 20 LPI). En este sentido el art. 8 TDA señala que «sin perjuicio de lo previsto en los arts 11.1)ii), 11bis.1)i) y ii), 11ter.1)ii), 14.1)ii) y 14bis.1)

²⁹ (SERRANO GÓMEZ, E., *La propiedad Intelectual y las nuevas tecnologías*. Cuadernos Civitas, 2000, p. 104). Este autor refiere además el supuesto del *proxy caching* que se localiza en la red y es utilizado por una pluralidad de usuarios que emplean la red, funcionando como un intermediario entre el usuario y la página por lo que incide no sólo en el derecho de reproducción sino también de comunicación pública. (*Idem*). Vid. también sobre este tema RIVAS, J., «Usos permitidos en Internet en materia de derechos de autor». <http://www.elwebjuridico.es/nuevastec/ anteriores.htm>

³⁰ En este sentido *vid.* BERCOVITZ, A., «Riesgos de las nuevas tecnologías en la protección de los derechos intelectuales. La quiebra de los conceptos tradicionales del derecho de propiedad intelectual. Soluciones jurídicas», *o.c.*, p. 97. Vid. también la jurisprudencia francesa. TGI Paris, 14 de agosto de 1996, Warner Chappell, Brel et autres c/ ECP y Ph. Rey. (PIETTE COUDOL, T.; BERTRAND, A., *Internet et la loi*. Dalloz, 1997, p. 145).

del Convenio de Berna, los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar cualquier comunicación al público de sus obras por medios alámbricos o inalámbricos, comprendida la puesta a disposición del público de sus obras, de tal forma que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija».

Se introducen en esta definición importantes novedades frente al modo en que tradicionalmente se ha entendido la comunicación pública, en particular la ampliación del concepto de lo público y la participación del destinatario en la selección de la obra.

La ampliación del concepto de lo «público» —que en un primer momento se vinculaba a la presencia física en el lugar donde se realiza el acto de comunicación— se produjo tras la incidencia de la radio y la televisión bastando, para que existiera comunicación al público, el que la obra protegida pudiera ser simultáneamente percibida por personas ajenas al círculo doméstico, aunque cada persona estuviera en un lugar distinto, incluso en su propia casa³¹.

En lo que se refiere a la participación del destinatario, la puesta a disposición de la obra en Internet difiere de la difusión tradicional, en que el material no es se-

³¹ Vid. STS de 11 de marzo de 1996 (RJ 1996/2413), y comentario en: BERCOVITZ, A., «Riesgos de las nuevas tecnologías en la protección de los derechos intelectuales. La quiebra de los conceptos tradicionales del derecho de propiedad intelectual. Soluciones jurídicas». Vol. *El Derecho de Propiedad Intelectual y las nuevas tecnologías*. Ed. Ministerio de Cultura, 1996, p. 84.

leccionado y transmitido por el emisor a un grupo pasivo de receptores sino que es transmitido de forma interactiva a demanda de los propios usuarios, en tiempo real. La Directiva 2001/29/CE sobre los derechos de autor en la sociedad de la información recoge también esta expresión en su art. 3³². El acto de comunicación pública se produce, pues, con la oferta de una obra en un medio de acceso al público, esto es, la puesta a disposición de la obra permitiendo el acceso a ella y que precede a la fase de auténtica transmisión a la carta³³. La adscripción del derecho de puesta a disposición al público a la categoría de acto de comunicación pública y no como acto de distribución tiene entre otros efectos excluir el agotamiento del derecho de distribución; de hecho, y por si pudiera suscitarse alguna duda al respecto, la propia Directiva establece en el inciso final del art. 3 que «ningún acto de comunicación al público o de puesta a disposición del público con arreglo al presente artículo podrá dar lugar al agotamiento de los derechos a que se refieren los apartados 1 y 2».

El anteproyecto de Ley de reforma de la Ley de Propiedad intelectual contempla estas modificaciones en la nueva

redacción del art. 20 relativo al derecho de comunicación pública que comprenderá:

- i) *La puesta a disposición del público de obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija.*
- j) *El acceso público en cualquier forma a las obras incorporadas a una base de datos, aunque dicha base no esté protegida por las disposiciones del Libro I de la presente Ley.*
- k) *La realización de cualquiera de los actos anteriores, respecto a una base de datos protegida por el Libro I de la presente Ley.*

3.3. Nueva configuración de los límites a los derechos de autor

El derecho de Propiedad Intelectual no se configura como un derecho absoluto, los ordenamientos reconocen determinadas excepciones o «límites de los derechos exclusivos», que tienen por finalidad promover el interés público en sectores de importancia vital para su desarrollo socioeconómico y tecnológico y «para prevenir el abuso de los derechos de propiedad intelectual por sus titulares»³⁴.

Estas excepciones, sin embargo, no pueden dar lugar a limitaciones abusivas de los derechos concedidos a los autores de obras literarias y artísticas de ahí que, para aplicarse, deban pasar por la denominada prueba de las tres fases

³² «Los Estados miembros establecerán en favor de los autores 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».

³³ PLAZA PENADES, J., «La propuesta de Directiva de derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información». *Revista de Derecho Patrimonial*, ARANZADI 2000-1, núm. 4, p. 98.

³⁴ Art. 8 Acuerdo ADPIC

(«three-step test»). Esta prueba viene impuesta por la normativa internacional³⁵ y exige que las limitaciones a los derechos de autor sean fijadas «para determinados casos especiales» y no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor. Por otra parte, el *test* permite a los legisladores nacionales extender las limitaciones existentes al entorno digital o añadir otras que se consideren apropiadas³⁶.

3.3.1. *Reproducciones necesarias para el uso*

La sujeción al monopolio del autor de las reproducciones temporales conlleva que cualquier utilización de la obra digital implique necesariamente su reproducción, al menos en la memoria interna, igual que cualquier acto de transmisión que se realice de la obra en Internet. Esta sobreprotección del autor debe compensarse con el reconocimiento de ciertas excepciones entre las que se encuentran sin duda las reproducciones necesarias para su uso por el adquirente legítimo.

Así, el art. 100.1 LPI dispone que el usuario legítimo podrá reproducir el programa e incluso transformarlo cuando ello sea necesario para la utilización del mismo con arreglo a su finalidad propuesta. Entre estas operaciones se incluye la carga, presentación en pantalla, transmisión o almacenamiento. Para Delgado Echevarría, lo

que el usuario legítimo tiene permitido es no sólo la realización de estas actividades sino también «cualquier otra reproducción que sea necesaria para la utilización del programa, como puede ser, normalmente, su instalación y almacenamiento en un disco duro y otra memoria de masa»³⁷. Por lo tanto la mejor interpretación del artículo 100.1 de nuestro texto legal sería la de que no es posible prohibir la carga o ejecución en absoluto aunque algunas restricciones como el número de ordenadores en que pueden ser ejecutados sería correcta. En esta misma línea el Dictamen del Comité Económico y Social recomendó añadir al texto la referencia de «para utilizar el programa en un ordenador por un usuario cada vez»³⁸.

Además en el caso de los programas de ordenador, esta excepción comprende también el derecho a la corrección de errores (art. 100. 1 LPI), lo que le permite al usuario la adaptación del programa en caso de necesidad. Aunque este artículo disponga, «salvo cláusula contractual específica», una cláusula que se limitara a negar este derecho iría en contra del derecho del usuario legítimo al mantenimiento del programa³⁹. En la «Carta del

³⁷ DELGADO ECHEVARRÍA, Comentarios al art. 100, o.c., p. 1488.

³⁸ DICTAMEN CES, sobre la propuesta de Directiva del Consejo sobre protección jurídica de programas informáticos. DOCE n.º C, 329, de 30 de diciembre de 1989, p. 7.

³⁹ En este sentido se pronuncia Delgado Echevarría, al señalar que «tampoco la corrección de errores puede prohibirse contractualmente», considerando irrelevantes las indicaciones o reservas que pretenden ser cláusulas contractuales por el procedimiento de proclamarlo así en el envoltorio del disquete (DELGADO ECHEVARRÍA, Comentarios al art. 100, o.c., p. 1491).

³⁵ Vid. Art. 10 TDA; 16 TIEF, art. 9(2) del Convenio de Berna; y art. 13 del Acuerdo TRIPS.

³⁶ Vid. OMPI. Primer on electronic commerce and intellectual property issues, Ginebra, 2000, párrafo 115. <http://ecommerce.wipo.int/primer/primer.doc>

usuario de programas» de la C.E.C.U.A.⁴⁰ se reconocen, entre los derechos del usuario, el «mantenimiento del programa en condiciones razonables salvo que se tratare de programas que no requirieren mantenimiento» y «el derecho a conocer y usar el programa fuente pertinente y la documentación aneja cuando fueren necesarios para fines legítimos de mantenimiento, siempre que no fuere prestado un servicio de mantenimiento en condiciones razonables».

Terminando con los programas de ordenador existen otras excepciones relacionadas con el uso necesario por el adquirente legítimo como son el derecho a observar y verificar el funcionamiento del programa con el fin de determinar las ideas y principios implícitos en cualquier elemento del programa, siempre que lo haga durante cualquiera de las operaciones de carga, visualización, ejecución, transmisión o almacenamiento del programa que tiene derecho a hacer. Esta excepción recogida en el artículo 100.3 LPI es vincular necesariamente dos derechos, el derecho a estudiar el contenido del programa y el derecho a hacerlo funcionar. Cualquiera que tenga derecho a utilizar el programa estará siempre facultado para estudiar el programa en la forma determinada por este precepto. Siempre que lo haga durante cualquiera de las operaciones que tiene derecho a hacer, el usuario legítimo puede observar, estudiar

o verificar su funcionamiento y aprender de este modo las ideas, soluciones técnicas y cualesquiera peculiaridades del contenido intelectual del programa y no podrá ser privado de ello contractualmente (art. 9.1 Directiva 91/250/CEE⁴¹). La presencia de esta norma, que podía entenderse implícita en la doctrina americana del *fair use* o británica del *fair dealing*, procede de la necesidad para el sistema continental de distinguir con exactitud los supuestos prohibidos de los permitidos. En consecuencia debía redactarse un texto cuyo efecto fuese permitir la ingeniería inversa en aquellos supuestos que hubiesen merecido la consideración de lícitos por un tribunal británico o estadounidense.

Cuando se trata de una base de datos, esta excepción se configura como el derecho del usuario legítimo a realizar los actos necesarios para el acceso al contenido de la base y su normal utilización (art. 34. 1 LPI y art. 6.1 Directiva 96/9/CE); por lo tanto, no podrá impedirse al «usuario legítimo» realizar los actos que sean necesarios para el acceso al contenido de la base de datos y a su normal utilización por el propio usuario. Reforzando este derecho el art. 15 de la Directiva señala que «serán nulos de pleno derecho cualesquiera pactos contrarios a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 6».

En el caso de las obras digitalizadas para Internet, el art. 5.1 de la Directiva 2001/29/CE declara exentos del derecho de reproducción contemplado en el art. 2,

⁴⁰ Elaborada por el subgrupo de Expertos del Grupo de Relaciones Contractuales de la CECUA —Confederación de Asociaciones Europeas de Usuarios de Tecnologías de la Información— y proporcionada directamente por D. Manuel Heredero Higuera, miembro de dicho subgrupo.

⁴¹ «Cualquier disposición contractual que sea contraria a lo dispuesto en el artículo 6 o las excepciones contenidas en los apdos. 2 y 3 del art. 5 se considerará nula y sin valor ni efecto alguno».

los actos de reproducción provisional que sean transitorios o accesorios y formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico y cuya única finalidad consista en facilitar: a) una transmisión en una red entre terceras partes por un intermediario, o b) una utilización lícita de una obra o prestación protegidas, y que no tengan por sí mismos una significación económica independiente. Esta excepción enlaza con la misma necesidad que expresamos para los casos anteriores de impedir que todo acto de utilización legítimo de una obra exija obtener una nueva autorización del autor o titular de los derechos.

De hecho el anteproyecto de Ley de reforma de la LPI, recogerá estas excepciones junto con la de copia privada en la nueva redacción que se dará al art. 31.1. LPI:

«Están exentos del derecho de reproducción los actos de reproducción provisional a los que se refiere el artículo 18 de esta Ley que, además de carecer por sí mismos de una significación económica independiente, sean transitorios o accesorios y formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico cuya única finalidad consista en facilitar: a) Una transmisión en red entre terceras partes por un intermediario o b) Una utilización lícita, entendiéndose por tal la autorizada por el titular del derecho o no restringida por la Ley».

3.3.2. *La copia privada*

Al contrario del caso anterior, en el presente nos encontramos con una excepción al derecho de autor, la realización de copia privada, reconocida en el art. 31 LPI para todo tipo de obras pero que no será de aplicación a determinadas crea-

ciones digitales. La excepción de copia privada se compensa con el denominado derecho de remuneración por copia privada que garantiza a los autores, editores, intérpretes y productores de fonogramas y videogramas una remuneración equitativa y única por las reproducciones realizadas por terceras personas para sus usos privados, de los derechos de propiedad intelectual de que son titulares (art. 25 LPI⁴²).

En el caso de los programas de ordenador, está específicamente prevista la realización de una copia de seguridad pero, a la par, se prohíbe la copia privada. El art. 100.2 LPI establece que la realización de una copia de seguridad por parte de quien tiene derecho a utilizar el programa no podrá impedirse por contrato en cuanto resulte necesaria para dicha utilización. La copia de seguridad no debe tener otra finalidad que la de servir para el eventual caso de que el soporte habitualmente utilizado tuviera errores o no pudiera ser utilizado. En segundo lugar en el caso de que el programa fuera comercializado con una copia de seguridad,

⁴² «1. La reproducción realizada exclusivamente para uso privado, conforme a lo autorizado en el apartado 2 del artículo 31 de esta Ley, mediante aparatos o instrumentos técnicos no tipográficos, de obras divulgadas en forma de libros o publicaciones que a estos efectos se asimilen reglamentariamente, así como de fonogramas, videogramas o de otros soportes sonoros, visuales o audiovisuales, originará una remuneración equitativa y única por cada una de las tres modalidades de reproducción mencionadas, en favor de las personas que se expresan en el párrafo b) del apartado 4 del presente artículo, dirigida a compensar los derechos de propiedad intelectual que se dejaren de percibir por razón de la expresada reproducción. Este derecho será irrenunciable para los autores y los artistas, intérpretes o ejecutantes».

no entraría en las prerrogativas del usuario el realizar una copia por sí mismo⁴³ ello es lógico en tanto que esta prerrogativa está limitada a su «necesidad». En tercer lugar, el derecho a una copia de salvaguarda va a tener por corolario implícito que la copia privada no sea considerada lícita en materia de programas de ordenador. En el art. 31 LPI se señala que la reproducción sin autorización que la ley permite en el apartado segundo de este artículo (reproducción para uso privado del copista siempre que esta copia no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa) se aplicará sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 25 y 99 a) de esta Ley. Y en particular el art. 99 a) considera derecho exclusivo de explotación la reproducción total o parcial, *incluso para uso personal*, de un programa de ordenador.

En el caso de las bases de datos, la excepción de «copia privada» reconocida en el art. 31 LPI para todo tipo de obras, sólo se aplicará a las bases de datos no electrónicas (art. 34.2 LPI), por lo que la reproducción de una base electrónica aunque sea para uso privado sí necesitará autorización. Esta excepción se entiende concedida a todo usuario independientemente de que se trate de un usuario legítimo. Esta disposición sigue la tendencia de limitar o prohibir la copia privada en este entorno⁴⁴; en el caso de

los programas de ordenador por constituir herramientas de tratamiento, la solución es sin duda justificada, sin embargo, en el caso de las bases de datos esta exclusión parece más injustificada pues «la relación entre el suministrador y el usuario se rige desde el comienzo por la demanda de pago de un precio de interrogación o por la puesta a disposición en acceso gratuito»⁴⁵.

Por último trataremos de las obras digitalizadas para Internet. El art. 5.2 de la Directiva 2001/29/CE permite a los Estados miembros establecer limitaciones al derecho de reproducción en relación con (a) reproducciones en soporte papel y otro soporte similar, (b) reproducciones en soportes de grabación sonora, visual o audiovisual por parte de una persona física para uso privado y sin fines lucrativos, (c) reproducciones efectuadas por establecimientos accesibles al público y que no persigan directa o indirectamente ningún beneficio económico o comercial, (d) cuando se trate de grabaciones efímeras de obras realizadas por organismos de radiodifusión, y (e) reproducciones de radiodifusiones efectuadas por instituciones sociales que no persigan fines comerciales. Parece que, con esta Directiva, la Unión Europea se separa de la línea mantenida en las Directivas de protección jurídica de programas de ordenador y de bases de datos, como hemos visto anteriormente.

Hay que concluir señalando que aunque esta excepción es potestativa para los Estados miembros, viene exigida en

⁴³ FERNÁNDEZ MASÍA, E., *La protección de los programas de ordenador*. Tirant Monografías, p. 169.

⁴⁴ En el caso de los programas de ordenador se excluye en el (art. 31.2.º LPI) y en el caso de las bases de datos el art. 6.2 a) limita la excepción a las reproducciones con fines privados «de una base de datos no electrónica».

⁴⁵ HUET, J., «Quelle culture dans le cyber-espace et quels droits intellectuels pour cette cyber-culture?». *Recueil Dalloz*, 1998, 18.º cahier, p. 191.

nuestro Ordenamiento que la reconoce a nivel general, debiendo mantenerse también para las grabaciones digitales así como el derecho de remuneración equitativa del art. 25 LPI. La separación entre copias analógicas y digitales parece indicar que su gestión deberá ser separada y diferenciada⁴⁶. No obstante el usuario no podrá servirse de esta norma para introducir una copia de la obra digital en Internet dado que la excepción de copia privada no se aplica a los actos de comunicación pública y por lo tanto tampoco a Internet⁴⁷.

El anteproyecto de Ley de reforma de la LPI, recogerá en su art. 31.2 dicha excepción en los siguientes términos:

«No necesita autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte y por cualquier procedimiento técnico, de obras ya divulgadas, cuando se lleve a cabo para uso privado del copista y la copia obtenida no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa, sin perjuicio de la remuneración equitativa prevista en el artículo 25 de esta Ley. Quedan excluidas de lo dispuesto en este apartado las bases de datos electrónicas y, en aplicación del artículo 99 párrafo a) de esta Ley, los programas de ordenador».

En este artículo se introduce una excepción para el caso de reproducciones efectuadas en establecimientos dedicados a las reproducciones para el público o que tengan a disposición del público los equipos, aparatos y materiales para su realización, en este caso no se considerarán reproducción para uso privado.

⁴⁶ PLAZA PENADES, J., «La propuesta de Directiva de derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información». *Revista de Derecho Patrimonial*, ARANZADI 2000-1, núm. 4, p. 104.

⁴⁷ GOLDSTEIN, P., «Copyright et droit d'auteur au xxi^e siècle!». *Symposium de l'OMPI*, Paris, 1994.

3.3.3. *Derecho a la descompilación del programa*

Específicamente previsto para los programas de ordenador hay que destacar el reconocimiento que hace la Ley de un derecho del usuario legítimo a descompilar el programa pero sólo a efectos de interoperabilidad del mismo. Excepción recogida en la Ley que tiene por objeto hacer posible la correcta interacción de todos los componentes de un sistema computerizado, para que puedan trabajar juntos.

En efecto, la interoperabilidad puede definirse como la compatibilidad física y lógica de sistemas y equipos de acceso a los mismos, en los diferentes puntos —sean del Estado que sean— en que se realicen y acepten las comunicaciones electrónicas». Es también definido como interoperatividad, «pues hacer operativo es hacer eficiente lo operable y la eficiencia es, sin ninguna duda, una condición imprescindible para la interoperabilidad»⁴⁸. Ello resulta, sin embargo, particularmente injusto para el cliente que financia la creación de un software específico y que sólo adquiere un derecho de uso de la copia, igual que si hubiese adquirido un programa estándar.

La acción de convertir el código objeto en fuente, denominada descompilación (también descodificación o ingeniería inversa), exige adquirir una copia del programa senior que se desea estudiar, introducirlo en la memoria y transformarlo en la medida de lo posible en un texto legible. Aunque este método no puede reproducir

⁴⁸ GARCÍA AGUILAR, N., «La interoperabilidad: una exigencia para la informática jurídica». *AI*, núm. 21, octubre 1996, p. 7.

totalmente el primitivo código fuente puede facilitar gran parte del trabajo y esfuerzo realizados por su creador⁴⁹ y realizar esta operación infringe los derechos de reproducción y transformación del autor.

Esta excepción reconoce un derecho a descompilar el programa pero sólo a efectos de interoperabilidad del mismo por lo que no reconoce al usuario legítimo un derecho general a acceder a las fuentes. Bien al contrario, está prohibido el realizar operaciones de ingeniería inversa con otros fines, que requerirán la autorización expresa del autor del programa. Esta prohibición legal de la descompilación, en tanto que reproducción, puede ser suficiente para deducir la inexistencia de un derecho del usuario a acceder al código fuente, en los casos en que el titular adquiere un mero derecho de uso de la copia.

3.3.4. *Excepciones de interés general*

Las excepciones de interés general de los programas de ordenador no están específicamente previstas en el Título VII, pero subsisten aquellas que sean aplicables a los programas en virtud del art. 95 LPI.

En el caso de las bases de datos, el art. 34.2 b) LPI introduce una excepción a los derechos del autor sobre las bases de datos cuando la utilización se realice con fines de ilustración de la enseñanza o de investigación científica siempre que se lleve a efecto en la medida justificada por el objetivo no comercial que se persiga e indicando en cualquier caso su fuente. Parece que con el término «utilización»,

el legislador está permitiendo sólo los actos necesarios para el acceso al contenido sirviéndose de los sistemas de indexación o estructura de la base lo que conllevará, en el caso de las electrónicas, ciertas reproducciones temporales, como la carga y visualización en la pantalla. Interpretada así, el alcance de la excepción es muy limitado y no abarca la totalidad del derecho de reproducción de forma que otras reproducciones no estarían amparadas por esta excepción como por ejemplo copiar la obra en un CD. Tampoco se necesitará la autorización del autor de una base de datos cuando se utilice con fines de seguridad pública o a efectos de un procedimiento administrativo o judicial (art. 34.2 c LPI).

Igualmente la Directiva 2001/29/CE (art. 5.3) reconoce numerosas excepciones atendiendo a razones de interés general como (a) ilustración con fines educativos o de investigación científica, (b) en beneficio de personas con minusvalías visuales o auditivas, (c) cuando la prensa reproduzca artículos publicados sobre temas de actualidad económica, política o religiosa, o emisiones de obras del mismo carácter, (d) citas con fines de crítica o reseña (e) cuando el uso se realice con fines de seguridad pública o con el objeto de permitir el correcto desarrollo de un procedimiento administrativo o judicial, (f) cuando se trate de discursos políticos o de extractos de conferencias públicas, (g) cuando su uso se realice durante celebraciones religiosas o celebraciones oficiales organizadas por la autoridad competente, (h) cuando se usen obras tales como obras de arquitectura o escultura realizadas para estar situadas de forma permanente en lugares públicos (i) cuan-

⁴⁹ LADDIE, *Modern Law of copyright and design*, vol. 1. Butterwoths, 1996, p. 821.

do se trate de la inclusión accidental de una obra, (j) cuando el uso tenga la finalidad de anunciar la exposición pública o la venta de obras de arte, (k) cuando el uso se realice a efectos de caricatura, parodia o pastiche, (l) cuando se use en relación con la demostración o reparación de equipos, (m) cuando se use una obra de arte en forma de edificio o dibujo o plano, (n) cuando su uso consista en la comunicación de personas concretas o la puesta a su disposición a efectos de investigación o de estudio personal a través de terminales especializados instalados en bibliotecas, centros de enseñanza o museos accesibles al público, (o) cuando su uso se realice en otros casos de importancia menor en que ya se prevean excepciones o limitaciones en el derecho nacional siempre que se refieran únicamente a usos analógicos. Nuestro Ordenamiento reconoce ya algunas de estas excepciones en los arts. 31, apdos. 1.º y 3.º, 32, 33 y 34 LPI⁵⁰, el anteproyecto de Ley de reforma de la Ley de Propiedad Intelectual recoge estas excepciones.

4. OTRAS NOVEDADES

En este último apartado queremos exponer dos sustanciales aportaciones de las Nuevas tecnologías a la regulación de los derechos de autor. Aunque dada su

⁵⁰ *Vid.* también desde art. 35 a 40 LPI sobre obras situadas en obras públicas, la autorización para emitir una obra comprende la transmisión por cable de la emisión cuando esta se realice simultánea e íntegramente por la entidad de origen y sin exceder la zona geográfica prevista en dicha autorización, libre reproducción y préstamos en determinadas instituciones, actos oficiales y ceremonias religiosas, parodia y tutela del derecho de acceso a la cultura.

importancia lo citemos en este trabajo, el derecho *sui generis* sobre las bases de datos, no forma parte del contenido de los derechos de autor, y se configura como un derecho independiente si bien inserto en la normativa de la legislación de propiedad intelectual. Por otra parte, y como instrumentos de protección adicional, hay que destacar la introducción normativa (ello está previsto en el Anteproyecto de Ley de reforma de la LPI), de la protección de las medidas tecnológicas y de información para la gestión de los derechos.

4.1. El derecho *sui generis* sobre las bases de datos

Como no todas las bases gozan de la protección acordada al autor de obras literarias, científicas o artísticas por carecer del requisito de la originalidad, el legislador ha considerado conveniente conceder al «fabricante» de aquellas bases que hayan originado una importante inversión cualitativa o cuantitativamente considerada, un derecho *sui generis* a impedir extracciones no autorizadas del contenido de la base⁵¹. Este derecho protege la

⁵¹ Nos referimos al derecho a impedir la extracción y/o reutilización de la totalidad o de una parte sustancial del contenido de la base, evaluada cualitativa o cuantitativamente, cuando la obtención, la verificación o la presentación de dicho contenido representen una inversión sustancial desde el punto de vista cualitativo o cuantitativo (art. 7.1 de la Directiva de protección jurídica de las bases de datos). Si bien, el mismo art. 8.1 de la Directiva permite la extracción y reutilización de partes no sustanciales del contenido de la base, evaluadas de forma cualitativa o cuantitativa, con independencia del fin a que se destine. Esta misma solución es seguida en la propuesta básica de la OMPI para un posible tratado de Propiedad Intelectual de las bases de datos. De 30 de agosto de 1996 (WIPO CRNR/DC/6).

inversión realizada en la recopilación del contenido de la base entendida no sólo en términos financieros, sino también de tiempo y trabajo empleado en confeccionarla. Este derecho especial se incluye en nuestra LPI en el Libro II, junto a los derechos vecinos o conexos.

El beneficiario de la protección es el fabricante de la base de datos definido como «la persona natural o jurídica que toma la iniciativa y asume el riesgo de efectuar las inversiones sustanciales orientadas a la obtención, verificación o presentación de su contenido» (art. 133 LPI). Debe acreditarse la iniciativa del fabricante para comercializar la base de datos. Debe también justificar los gastos realizados en la elaboración de la base.

Las prerrogativas del fabricante de la base están definidas en el art. 133.1 párrafo segundo y se extiende al derechos a prohibir la extracción y/o reutilización de la base:

- La extracción, tanto electrónica como no electrónica, de una parte sustancial de la base necesita de la autorización del fabricante. Si entendemos que «extracción» (término definido como transferencia en el art. 133.3.b) se puede equipar a reproducción y, como indica Antonio Pajuelo, también la visualización en la pantalla del ordenador del contenido de una base de datos constituye una transferencia y necesita la autorización dicha⁵².

- La reutilización, también definida en la ley (art. 133.3 c), comprende todas las operaciones interactivas en línea, la radiodifusión y la transmisión por cable.

Aunque el derecho no cubre las extracciones de partes no sustanciales de la obra, el art. 133.2 LPI dispone que no estarán autorizadas la extracción y/o reutilización repetidas o sistemáticas de partes no sustanciales del contenido de una base de datos que supongan actos contrarios a una explotación normal de dicha base o que causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del fabricante de la base.

4.2. Las medidas tecnológicas e información para la gestión de derechos

Los tratados de la OMPI sobre derechos de autor de 1996⁵³ y sobre derechos de los intérpretes, ejecutantes y productores de fonogramas⁵⁴, al igual que la Directiva 2001/29/CE⁵⁵, recogen dos medidas de protección aplicables al ámbito de Internet: la protección de las medidas tecnológicas y la información para la gestión de derechos:

- Los Estados establecerán una protección jurídica adecuada contra la elusión de cualquier medida tecnológica efectiva destinada a proteger los derechos de autor o los derechos

⁵² PAJUELO MACÍAS, Antonio, «La protección jurídica de los fabricantes de bases de datos en el derecho comunitario y en el español». *Revista española de Documentación Científica*, 2000 (23) 1, p. 54.

⁵³ Arts. 11 y 12 TDA

⁵⁴ Arts. 18 y 19 TIEF

⁵⁵ Arts. 6 y 7

afines o el derecho *sui generis* de los fabricantes de bases de datos cometida por una persona a sabiendas, o teniendo motivos razonables para saber que persigue este objetivo. Esta norma surge ante la imposibilidad de lograr una seguridad total en la comercialización de las obras digitales y también obliga a los Estados a modificar las prohibiciones de medidas tecnológicas efectivas utilizadas por los titulares para restringir el acceso ilícito y los actos no autorizados⁵⁶.

- Como segunda medida se establecerá una protección jurídica adecuada frente a todas aquellas personas que a sabiendas lleven a cabo, sin autorización, la supresión o alteración de toda información para la gestión electrónica de derechos (art. 7 1 a) Directiva) o la distribución, importación para distribución, emisión por radiodifusión, comunicación o puesta a disposición del público de obras protegidas (art. 7. 1 b) Directiva) sabiendo o teniendo motivos razonables para saber que al hacerlo inducen, permiten, facilitan o encubren una violación de los derechos de autor o de los derechos afines o el derecho *sui generis* del fabricante de una base de datos. Los datos pueden identificar al autor o casa discográfica, al titular de los derechos y al trabajo u objeto mis-

mo, y puede describir los términos y condiciones de utilización de la obra u otro trabajo.

5. CONCLUSIONES

La implantación de la tecnología digital y la aparición de nuevos bienes inmateriales como los programas de ordenador y las bases de datos, entre otros, han conllevado una importante tarea legislativa de redefinición de los derechos de autor. Algunas modificaciones son tan singulares como la introducción de un concepto específico de originalidad para los programas de ordenador y las bases de datos; otras modificaciones se refieren mayormente a la definición del contenido y alcance de los derechos sobre estos bienes.

Otro supuesto distinto es el de las obras que se difunden por Internet. En este caso la tecnología sólo añade la particularidad del medio de comunicación por lo que las novedades normativas no atañen a los criterios de protección sino a la configuración de los derechos patrimoniales en particular los derechos de reproducción y comunicación pública.

Por último señalar que la importancia de las medidas tecnológicas de protección de los derechos han llevado a introducir en los textos legales referencias a los mismos y a incluir ciertos derechos sobre las bases de datos.

⁵⁶ Vid. OMPI. *Primer on electronic commerce and intellectual property issues*, Ginebra, 2000, párrafo 115. <http://ecommerce.wipo.int/primer/primer.doc>

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BERCOVITZ, A. (1996): «Riesgos de las nuevas tecnologías en la protección de los derechos intelectuales. La quiebra de los conceptos tradicionales del derecho de propiedad intelectual. Soluciones jurídicas». Vol. *El Derecho de propiedad intelectual y las nuevas tecnologías*. Ed. Ministerio de Cultura, p. 93.
- DE MIGUEL ASENSIO, P. (2000): *Derecho privado de Internet*, Civitas, Madrid, p. 230.
- DELGADO ECHEVARRÍA, J., (1997): en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Tecnos, 2.ª edición, p. 1379.
- ENCY, I.T. (1998): «Intellectual Property». *Encyclopedia of Information Technology Law*. Sweet & Maxwell, p. 2061.
- GARCÍA AGUILAR, N. (1996): «La interoperabilidad: una exigencia para la informática jurídica». *AI*, núm. 21, octubre, p. 7.
- GOLDSTEIN, P. (1994): «Copyright et droit d'auteur au xxie siècle!». *Symposium de l'OMPI, Paris*.
- HEREDERO HIGUERAS, M. (1987): «La protección de los programas de ordenador en el proyecto de ley de Propiedad Intelectual». *RCDI*, núm. 581, p. 1031
- HERNANDO COLLAZOS, I. (1996): *Contratos Informáticos*. Librería Carmelo. San Sebastián, p. 69.
- HUET, J. (1998): «Quelle culture dans le cyber-espace et quels droits intellectuels pour cette cyber-culture?». *Recueil Dalloz*, 18.º cahier, p. 191.
- LADDIE, (1996): *Modern Law of copyright and design*, vol 1. Butterworths, p. 821.
- PAJUELO MACÍAS, A. (2000): «La protección jurídica de los fabricantes de bases de datos en el derecho comunitario y en el español». *Revista española de Documentación Científica*, (23) 1, p. 54.
- PIETTE COUDOL, T.; BERTRAND, A. (1997): *Internet et la loi*. Dalloz.
- PINO ABAD, M. (1991): «La protección de los programas de ordenador en la Ley de Propiedad Intelectual de 11 de noviembre de 1987». *Rev. Derecho de los Negocios*, núm. 8, mayo, p. 264.
- PLAZA PENADES, J. (2000): «La propuesta de Directiva de derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información». *Revista de Derecho Patrimonial*, ARANZADI-1, núm. 4 pp. 98 a 104.
- RIVAS, J.: «Usos permitidos en Internet en materia de derechos de autor». <http://www.elwebjuridico.es/nuevastec/anteriores.htm>
- SERRANO GÓMEZ, E. (2000): *La propiedad Intelectual y las nuevas tecnologías*. Cuadernos Civitas, p. 104.
- SMEDINGHOFF, TH. (1998): «Online Rights of Copyright Owners». Vol. *Online Law*, NY, p. 155.
- TÉLLEZ VALDÉS, J. (1989): *La protección jurídica de los programas de computación*. Universidad Nacional Autónoma de México, p. 60.
- TOUBOL, F. (1990): *El software. Análisis jurídico*. Ed. Zavala. Buenos Aires, p. 84.