



Novos retos para a propiedade intelectual

II Xornadas sobre a propiedade intelectual
e o dereito de autor/a

[cursos](#) [_congresos](#) [_simposios](#)

**NOVOS RETOS
PARA A PROPIEDAD INTELECTUAL**

**II Xornadas sobre a propiedade intelectual
e o dereito de autor/a**

(A Coruña, 22 e 23 de marzo de 2007)

Rafael García Pérez, Marcos A. López Suárez (eds.)

A Coruña 2008

Universidade da Coruña
Servizo de Publicacións

Novos retos para a propiedade intelectual. II Xornadas sobre a propiedade intelectual e o dereito de autor/a

RAFAEL GARCÍA PÉREZ, MARCOS A. LÓPEZ SUÁREZ (eds.)

A Coruña, 2008

Universidade da Coruña

Servizo de Publicacións

Cursos-Congresos-Simposios, nº 97

Nº de páxinas: 166

Índice, páxinas 3-4

ISBN: 978-84-9749-319-2

Depósito legal: C 4786-2008

Materia: 34: Dereito. 347: Dereito privado. 347.7: Dereito de autor

© Os autores

© Universidade da Coruña

Edición

Universidade da Coruña

Servizo de Publicacións: <http://www.udc.es/publicaciones>

Entidades colaboradoras

Asociación de escritores en lingua galega

CEDRO (Centro español de derechos reprográficos)

Distribución

Galicia: CONSORCIO EDITORIAL GALEGO. Estrada da Estación 70-A,
36818, A Portela. Redondela (Pontevedra). Tel. 986 405 051. Fax: 986 404 935.
Correo electrónico: pedimentos@coegal.com

España: BREOGÁN. C/ Lanuza, 11. 28022, Madrid.

Tel. 91-725 90 72. Fax: 91- 713 06 31. Correo electrónico: breogan@breogan.org

Web: <http://www.breogan.org>

Deseño da cuberta

Servizo de Publicacións da UDC

Imprime

Tórculo Artes Gráficas S.A.

Reservados todos os dereitos. Nin a totalidade nin parte deste libro pode reproducirse ou transmitirse por ningún procedemento electrónico ou mecánico, incluíndo fotocopia, gravación magnética ou calquera almacenamento de información e sistema de recuperación, sen o permiso previo e por escrito das persoas titulares do copyright.

Índice

Josep M. Puig de la Bellacasa

Discurso de apertura5

Césareo Sánchez Iglesias

Discurso de inauguración7

Anxo Tato Plaza

A reforma da Lei de propiedade intelectual e os límites ao dereito de autor: copia privada, canon dixital e Press Clipping9

Javier Díaz de Olarte

Perspectivas xurídicas das bibliotecas dixitais27

Bieito Iglesias

O ceo dos guitarristas35

José Manuel Serrano Cañas

A transposición da directiva 2001/29/CE. Unha visión comparada43

José Manuel Otero Lastres

A orixinalidade das obras plásticas e as novas tecnoloxías65

Henar Álvarez Álvarez

Aspectos xurídicos das desgargas de música en INTERNET91

Luz María Puente Aba

Delitos contra a propiedade intelectual fronte ás importacións paralelas e as exportacións non autorizadas123

Eva María Souto García

**A protección da propiedade intelectual fronte ás importacións
paralelas e as exportacións non autorizadas.....127**

Francisco José Torres Pérez

Contrato de creación publicitaria e propiedade intelectual.....135

Luis Rodríguez Moro

Notas sobre as licenzas CREATIVE COMMONS.....143

Pablo Fernández Carballo-Calero

**En torno ao concepto de comunicación pública no ámbito dos
establecementos hoteleiros.....153**

Rafael García Pérez

Propiedade intelectual ou dereito de autor? Un problema terminolóxico.....163

DISCURSO DO PRESIDENTE DE CEDRO, JOSEP M. PUIG DE LA BELLACASA PARA A INAUGURACIÓN DAS XORNADAS DE PROPIEDAD INTELLECTUAL QUE ORGANIZA A ASOCIACIÓN DE ESCRITORES EN LINGUA GALEGA (AELG)

Estimados amigos:

En primeiro lugar, gustárame agradecer o convite que me cursou a Asociación de Escritores en Lingua Galega para participar na Inauguración destas Xornadas sobre Propiedade Intelectual, como presidente do Centro Español de dereitos Reprográficos (CEDRO), entidade que xestiona colectivamente e defende os dereitos de propiedade intelectual de máis de 11.000 titulares de dereitos, entre autores e editores. Ao mesmo tempo, quero desculpar a miña ausencia nelas, ante a imposibilidade de estar presente.

Durante os dous días nos que se desenvolverán as diferentes sesións vai-se analizar, desde distintos puntos de vista, a Lei de Protección Intelectual e a importancia do seu cumprimento como condición indispensable para que se poida desenvolver con normalidade a actividade creadora na nosa sociedade. Hoxe isto é máis importante ca nunca, posto que existen diversas correntes en contra do dereito de autor e cuestiónase constantemente a súa existencia, sen ter en conta que o seu amparo permite, sobre todo, que o autor poida desenvolver a súa actividade con independencia e recibir as remuneracións que lle corresponden polos diferentes usos das súas obras.

Vanme permitir que faga mención a unha das funcións máis importantes que desenvolve CEDRO: trátase da súa función social, en virtude da cal a nosa Entidade destina o 20 % da súa recadación anual ao desenvolvemento de actividades e servizos de formación, promoción e asistencia para autores e editores. Grazas a esta función social, iniciativas como estas Xornadas son posibles.

Só me resta engadir o meu desexo de que estas xornadas sexan proveitosas para todos e que resulten un éxito.

Moitas grazas,

Josep M. Puig de la Bellacasa

DISCURSO DE INAUGURACIÓN DAS XORNADAS POR CESÁREO SÁNCHEZ IGLESIAS, PRESIDENTE DO CONSELLO DIRECTIVO DA ASOCIACIÓN DE ESCRITORES EN LINGUA GALEGA (AELG)

Señor Reitor, Señores e Señorás,

A Asociación de Escritores en Lingua Galega hónrase en poder compartir coa Universidade da Coruña esta segunda edición das xornadas sobre a lei da propiedade intelectual e o dereito de autor/a, tan necesarias para a formación dos autores e os profesionais do dereito.

Neste tempo que deixou atrás outros, nos que a regulación do dereito de autor era fillo da protección só naquilo relacionado co libro impreso ou mesmo para a reprodución fonográfica e cinematográfica, plasmada na conferencia de Roma do ano 1928 que nos falaba de que “a vulgarización e a enorme difusión da obra do espírito entrañaba o risco da multiplicación de atentados á súa integridade e aos intereses do autor”.

Hoxe dentro da sociedade á que pertencemos e inmersos en todo aquilo que supoña a realización en plenitude do ser humano, e na extensión da utilización masiva da explotación das obras de creación nas súas mais diversas formas e baixo as mais diversas formas de empresariado nacional ou multinacional, fan necesario que a creación escrita ou audiovisual teña normas de protección como a directiva europea do ano 2001 que “harmonice dereitos de autor e dereitos afíns na sociedade da información”.

Agardamos que estas xornadas axuden a que todos os interesados no ámbito da creación e da edición, nas súas diversas formas, sexan respectuosos cos dereitos dos autores, fornecedores de contidos dunha industria moi importante que, ademais, é estratéxica para a supervivencia de todo país.

A REFORMA DA LEI DE PROPIEDAD INTELECTUAL E OS LÍMITES AO DEREITO DE AUTOR: COPIA PRIVADA, CANON DIXITAL E *PRESS CLIPPING*

Prof. Dr. Anxo Tato Plaza
Catedrático de Dereito Mercantil
Universidade de Vigo

I INTRODUCCIÓN

Sen dúbida, un dos ámbitos nos que maior incidencia tivo a recente reforma da Lei de Propiedade Intelectual foi o relativo aos límites do dereito de autor. Foron moitos os aspectos obxecto de reforma dentro desta sempre complexa materia. A título de exemplo, podemos citar o novo límite que se introduce a través do artigo 31 bis, relativo á reprodución, distribución e comunicación pública de obras xa divulgadas en beneficio de persoas con discapacidade, ou a ampliación do límite previsto no artigo 37 á posta a disposición do público –a efectos de investigación– de obras protexidas cando se realice mediante rede cerrada a través de terminais especializadas situadas en museos, bibliotecas, fonotecas, filmotecas, hemerotecas ou arquivos de titularidade pública ou integradas en institucións de carácter cultural ou científico.

Mais sen dúbida ningunha, dentro das modificacións introducidas no ámbito dos límites do dereito de autor, dúas foron as que maior atención acapararon: as reformas relativas ao dereito de copia privada e, en particular, á conseguente remuneración equitativa prevista para a copia privada realizada a través de medios dixitais (o denominado canon dixital); e a exclusión das recompilacións ou revistas de prensa (*press clipping*) do concepto de cita lícita. Estes son, precisamente, os dous aspectos sobre os que centraremos a nosa atención neste relatorio.

II A COPIA PRIVADA COMO LÍMITE AO DEREITO DE AUTOR

1 A copia privada como límite ao dereito de autor

a) Xustificación

Dentro dos dereitos de explotación cuxa titularidade se recoñece en exclusiva ao autor destaca o dereito de reprodución. En efecto, o artigo 17 da Lei de Propie-

dade Intelectual é claro ao afirmar que corresponde ao autor o exercicio exclusivo dos dereitos de explotación da súa obra en calquera forma e, en especial, os dereitos de reprodución, distribución, comunicación pública e transformación, que non poderán ser realizadas sen a súa autorización, salvo nos casos previstos na presente Lei. Ao propio tempo, o artigo 18 define a reprodución como a fixación directa ou indirecta, provisional ou permanente, por calquera medio e en calquera forma, de toda a obra ou de parte dela, que permita a súa comunicación ou a obtención de copias.

Pois ben, resulta evidente que, baixo unha interpretación estrita, o dereito de reprodución que corresponde en exclusiva ao autor da obra impediría a realización de calquera clase de copias da mesma, incluso cando estas se realizasen para uso privado do copista.

Sen embargo, as modernas leis sobre propiedade intelectual adoitan fixar a copia realizada para uso privado do copista como un dos límites do dereito de autor. De modo que o autor non pode ampararse no seu dereito de exclusiva sobre a reprodución para impedir a realización de copias da obra protexida por un terceiro cando estas copias se realicen baixo certas condicións e para uso privado de quen as realiza.

En ocasións, intentouse xustificar este límite ao dereito de autor aludindo á escasa significación económica das copias privadas e, por ende, ao pequeno prexuízo que estas supoñen para os intereses do autor. Era esta, sen embargo, unha xustificación propia doutras épocas nas que, tanto o desenvolvemento dos aparellos de reprodución como o seu desenvolvemento a nivel doméstico era escaso. Na actualidade, sen embargo, non cabe ignorar que a evolución tecnolóxica permitiu o desenvolvemento de medios de reprodución cada vez máis sofisticados e a súa comercialización a gran escala. Así as cousas, e como con acerto subliña PÉREZ DE ONTIVEROS, podemos afirmar que na actualidade a utilización a domicilio de técnicas de gravación converteuse nun auténtico fenómeno social. E cada vez máis domicilios contan con aparellos ou mecanismos que permiten a copia e reprodución de obras protexidas, así sexan estas obras impresas, sonoras ou visuais.

Por esta razón, e dada a gran expansión e a utilización masiva da que son hoxe obxecto os mecanismos e aparellos de reprodución, xa non pode xustificarse o límite relativo á licitude da copia privada na súa escasa incidencia nos intereses económicos do autor. Antes ao contrario, a utilización masiva dos modernos aparellos de copia e reprodución permite intuír que o seu uso para a realización de copias privadas de obras protexidas ten unha profunda incidencia nos intereses económicos do autor. E, por esta razón, debe buscarse o fundamento deste límite ao dereito de autor nunha simple razón de oportunidade. O lexislador, en definitiva, foi consciente da imposibilidade práctica de establecer mecanismos de control que asegurasen de maneira

eficiente un eventual dereito do autor a impedir a realización de copias privadas sen a súa autorización. E, en lugar de lle reconecer ao autor un dereito de difícil aplicación práctica, optou por limitar o seu dereito de exclusiva sobre a reprodución da súa obra, admitindo a licitude da copia realizada para uso privado, e compensando ao autor cunha remuneración equitativa da que despois nos ocuparemos.

b) Presupostos

Polo demais, do propio teor literal do artigo 31 despréndense con claridade as condicións ou presupostos que teñen que cumprirse para que a copia privada poida quedar amparada por aquel precepto. Establece o artigo 31 o seguinte: “Non necesita autorización do autor a reprodución, en calquera soporte, de obras xa divulgadas, cando se leve a cabo por unha persoa física para o seu uso privado a partir de obras ás que accedera legalmente e a copia obtida non sexa obxecto dunha utilización colectiva nin lucrativa”.

Así as cousas, é obvio que o límite previsto no artigo 31 da Lei de Propiedade Intelectual só resulta de aplicación ás obras xa divulgadas. Ademais, quen realice a copia privada debe ter tido acceso lexítimo ao orixinal. Dito doutra forma, a excepción relativa á copia privada non ampara nin resulta aplicábel a aquelas copias que se realicen de exemplares de obras protexidas aos que se accedera de forma ilexítima.

En terceiro lugar, a copia privada ten que ser realizada por unha persoa física. É este, sen dúbida ningunha, un dos cambios máis significativos que introduciu a recente reforma da Lei de Propiedade Intelectual. En efecto, na súa versión anterior, a Lei de Propiedade Intelectual, limitábase a contemplar a posibilidade de realizar copias privadas para uso do “copista”. Xerábase, desta forma, un dobre debate. Debía determinarse, en primeiro termo, quen ostentaba a condición de copista. E debía concretarse, en particular, se copista era só quen realizaba materialmente a copia, con independencia da titularidade dos aparellos de reprodución, ou se, polo contrario, só podía atribuírse a condición de copista a quen, ademais de realizar a copia, ostentaba a titularidade dos correspondentes aparellos de reprodución.

Na súa nova redacción, a Lei de Propiedade Intelectual elude a utilización do termo copista, substituíndoo por persoa. Parece aclarar, en consecuencia, que o límite contemplado no artigo 31 resulta de aplicación a calquera copia para uso privado de quen as realiza, con independencia da titularidade dos medios de reprodución.

Na súa nova redacción, ademais, a Lei de Propiedade Intelectual non só substitúe o termo copista polo de persoa. Matiza tamén que esta ten que ser unha persoa física. Desta forma, pon fin ao segundo debate que xeraba a redacción anterior, consistente en determinar se o límite contemplado polo artigo 31 resultaba de

aplicación ás copias realizadas no seo dunha empresa co fin de ser utilizadas por unha pluralidade de persoas dentro da mesma empresa. Ao precisar que a copia privada ten que ser realizada por unha persoa física, o novo texto da Lei de Propiedade Intelectual resolve definitivamente esta cuestión. En efecto, se por copia privada debe entenderse aquela que non transcende o ámbito persoal de quen a realiza, e se o límite previsto no artigo 31 só resulta de aplicación ás copias efectuadas por persoas físicas, parece claro que aquel límite non resultará de aplicación ás copias efectuadas no seo de empresas co fin de ser utilizadas por unha pluralidade de persoas.

A copia, en fin, ten que ser realizada para uso privado de quen a efectuou. É o propio artigo 31 da Lei de Propiedade Intelectual, polo demais, o que se encarga de aclarar o alcance desta expresión. Probabelmente co ánimo de evitar ou eludir calquera debate sobre o alcance da expresión “uso privado”, o lexislador precisou que a copia privada non pode ser obxecto de utilización colectiva nin lucrativa. De sorte que só cabe falar de uso privado alí onde a utilización da copia non transcenda a persoa física que a realizou, carecendo dita utilización de calquera ánimo lucrativo.

2 A remuneración equitativa por copia privada

a) Xustificación

Como xa tivemos ocasión de destacar, a introdución dun límite ao dereito de autor en virtude do que se reconece a licitude da copia para uso privado apóiase, fundamentalmente, en razóns de oportunidade. Ante a dificultade evidente de establecer mecanismos de control suficientes que permitan ao autor controlar –e no seu caso, impedir– a realización de copias privadas das obras protexidas, o lexislador optou por limitar o dereito de autor neste extremo, recoñecendo a cambio ao autor o dereito a unha remuneración equitativa por copia privada. Poderíamos dicir, daquela, que o dereito do autor a impedir a copia ou reprodución da obra protexida sen a súa autorización foi substituído (cando se trate de copias realizadas para uso privado) por un dereito a obter unha remuneración equitativa polas eventuais copias privadas que poidan ser realizadas das súas obras. A remuneración equitativa por copia privada eríxese, desta forma, na compensación que o lexislador concede ao autor a cambio do sacrificio do seu dereito exclusivo de reprodución cando se leve a cabo para uso privado de quen a realiza.

Na actualidade, este dereito a unha remuneración equitativa por copia privada contéplase no artigo 25 da Lei de Propiedade Intelectual. O primeiro párrafo deste precepto dispón o seguinte: “a reprodución realizada exclusivamente para uso privado, mediante aparellos ou instrumentos técnicos non tipográficos, de obras divulgadas en forma de libros ou publicacións que a estes efectos se asimilen

reglamentariamente, así como de fonogramas, videogramas ou doutros soportes sonoros, visuais ou audiovisuais, orixinará unha compensación equitativa e única por cada unha das tres modalidades de reprodución mencionadas, a favor das persoas que se expresan no parágrafo b) do apartado 4, dirixida a compensar os dereitos de propiedade intelectual que se deixaran de percibir por razón da expresada reprodución. Este dereito –engade o artigo 25.1– será irrenunciábel para os autores, os artistas, intérpretes ou executantes.

Pois ben, a continuación deterémonos brevemente na análise dos elementos persoais no marco deste dereito de remuneración por copia privada. Examinaremos tamén, a continuación, o momento no que nace o dereito a remuneración por copia privada e a contía desta.

b) Elementos persoais

i) Acredores

Segundo establece o parágrafo cuarto do artigo 25, son acredores do dereito á remuneración por copia privada os autores das obras explotadas publicamente en forma de libros ou publicacións, fonogramas, videogramas ou outros soportes sonoros, visuais ou audiovisuais, así como os editores, os produtores de fonogramas e videogramas e os artistas, intérpretes ou executantes cuxas actuacións foran fixadas en ditos fonogramas e videogramas.

Os autores e, no seu caso, os editores, produtores, artistas, intérpretes e executantes son os acredores no dereito a unha remuneración equitativa por copia privada. Non son, sen embargo, quen asumen a recadación de dita remuneración. En efecto, a recadación da remuneración por copia privada é asignada pola Lei de Propiedade Intelectual ás entidades de xestión. E estas entidades, conforme o establecido no parágrafo 24 do artigo 25, deberán comunicar ao Ministerio de Cultura os criterios utilizados para a distribución entre os seus membros das cantidades recadadas en concepto de compensación por copia privada.

ii) Debedores

Pola súa parte, teñen a condición de debedores, en primeiro termo, os fabricantes en España de equipos, aparellos ou soportes materiais idóneos para realizar a reprodución de obras protexidas. Isto é, tanto os fabricantes de equipos ou aparellos que permitan a reprodución de libros, fonogramas, videogramas ou outros soportes sonoros, visuais ou audiovisuais (fotocopiadoras, aparellos de vídeo, DVDs gravadores, etc.) como os fabricantes dos soportes que, en unión con aqueles equipos e aparellos, permitan dita reprodución (casetes, cintas de vídeo, discos compactos, DVDs, etc.).

Ademais dos fabricantes en España destes equipos, aparellos e soportes, tamén teñen a condición de debedores quen adquiren estes equipos, aparellos e soportes noutro país, ben para distribuílos ou comercializalos despois en España, ben simplemente para utilizalos no noso país.

Así definidos, os fabricantes e importadores son os debedores no marco do dereito a remuneración por copia privada. Pero, xunto a eles, e co ánimo de rodear o dereito a unha remuneración equitativa das máximas garantías, a Lei de Propiedade Intelectual atribúe unha responsabilidade solidaria polo pagamento da débeda a calquera distribuidor, almacenista, retallista ou adquirente dos equipos, aparellos ou soportes. Os adquirentes destes equipos, en efecto, responderán solidariamente polo pagamento da débeda en tanto non acrediten ter satisfeito a correspondente compensación económica ao fabricante ou, no seu caso, ao importador. De sorte que serán estes distribuidores, almacenistas ou retallistas os que procederán ao pagamento da compensación ou remuneración por copia privada naqueles supostos nos que o fabricante (ou, no seu caso, o importador) non lles repercute (facéndoo constar en factura) a correspondente compensación económica. Ou o que é o mesmo, quen adquiren equipos, aparellos ou soportes suxeitos ao pagamento da compensación por copia privada sen que en factura conste a correspondente compensación, adquiren unha responsabilidade solidaria no pagamento deste xunto ao fabricante ou, no seu caso, distribuidor.

c) Nacemento do dereito

Unha vez determinadas as persoas que ostentan a condición de acredores e debedores no marco do dereito a remuneración por copia privada, debemos analizar o momento no que xorde (ou, se se prefire, o momento no que nace) o dereito a dita remuneración ou compensación económica.

Establece a este respecto o apartado 12 do artigo 25 o seguinte: “a obriga de pagamento da compensación nacerá nos seguintes supostos: a) Para os fabricantes en tanto actúen como distribuidores e para os adquirentes de equipos, aparellos e soportes materiais fóra do territorio español con destino á súa distribución comercial neste, no momento en que se produza por parte do debedor a transmisión da propiedade ou, no seu caso, a cesión do uso ou goce de calquera daqueles; b) para os adquirentes de equipos, aparellos e soportes materiais fóra do territorio español con destino á súa utilización dentro de dito territorio, desde o momento da súa adquisición”.

Podemos comprobar, así pois, que o apartado 12 do artigo 25 traza unha nítida distinción entre dous supostos: naqueles casos nos que os aparellos, equipos ou soportes sexan fabricados en España, ou ben adquiridos por un distribuidor no estranxeiro para seren distribuídos en España, a obriga de pagamento da compensa-

ción por copia privada xorde no momento da primeira venda ou cesión de uso dos correspondentes aparellos ou soportes no noso país. Na maioría dos supostos, isto implicará que a obriga de pagamento da compensación por copia privada nacerá no momento da adquisición dos correspondentes equipos ou soportes por un distribuidor ou retallista para a súa posterior comercialización en España.

A situación, en cambio, é distinta naquelas hipóteses nas que os equipos, aparellos ou soportes son adquiridos no estranxeiro, non co ánimo dunha posterior distribución ou comercialización en España, senón coa intención de ser directamente utilizados no noso país polo adquirente. Neste caso, a obriga de pagamento da compensación por copia privada xorde no momento da adquisición do correspondente equipo ou soporte.

d) Importe da compensación por copia privada

i) Equipos e soportes de reprodución analóxica

No que se refire ao importe da compensación por copia privada, a Lei de Propiedade Intelectual, tras a última reforma, establece unha nítida distinción entre os aparellos e soportes de reprodución analóxica e os equipos e aparellos de reprodución dixital.

Así, en relación cos primeiros, o lexislador (como sucedía con anterioridade á reforma) optou por fixar directamente o importe da compensación por copia privada. Este importe é o seguinte:

a) Para equipos ou aparellos de reprodución de libros:

15 euros por equipo ou aparello con capacidade de copia de até nove copias por minuto.

121'71 euros por cada equipo ou aparello con capacidade de copia desde 10 até 29 copias por minuto.

162'27 euros por equipo ou aparello con capacidade de copia desde 30 até 49 copias por minuto.

200'13 euros por equipo ou aparello con capacidade de copia desde 50 copias por minuto en diante.

Para equipos ou aparellos de reprodución de fonogramas, 0'60 euros por unidade de gravación.

Para equipos ou aparellos de reprodución de videogramas, 6'61 euros por unidade de gravación.

Para soportes materiais de reprodución sonora (como por exemplo as cintas de casete), 0'18 euros por hora de gravación.

Para soportes materiais de reprodución visual ou audiovisual (como por exemplo as cintas de vídeo), 0'30 euros por hora de gravación.

ii) Equipos e soportes de reprodución dixital

Até aquí o importe da contía da compensación por copia privada en relación cos equipos, aparellos ou soportes de reprodución analóxica. Mais, sen dúbida ningunha, a principal novidade introducida pola recente reforma da Lei de Propiedade Intelectual consiste na extensión da obriga de pagamento da compensación por copia privada aos equipos, aparellos ou soportes de reprodución dixital, creando así o que se deu en denominar “canon dixital”, unha das medidas que sen dúbida ningunha maior polémica xerou.

En relación co denominado canon dixital, debe subliñarse ante todo que o mecanismo polo que optou o lexislador para fixar o seu importe é substancialmente diverso ao utilizado para fixar o importe da compensación por copia privada en relación cos equipos e soportes de reprodución analóxica. En efecto, en lugar de proceder á fixación directa do importe da compensación, o lexislador –en relación cos equipos e soportes de reprodución dixital– optou por limitarse a prever o procedemento conforme ao que ten que determinarse, tanto os equipos e soportes de reprodución dixital sometidos ao pagamento da compensación por copia privada, como o importe do denominado canon dixital. Con toda probabilidade esta opción do lexislador explícase pola vertixinosa evolución tecnolóxica que experimenta o sector da gravación e reprodución dixital, coa constante aparición de novos equipos e soportes e a conseguinte variabilidade dos hábitos de gravación e reprodución, circunstancias todas que desaconsellan o establecemento dun catálogo pechado de equipos e soportes sometidos ao pagamento do canon dixital e a fixación estábel do importe deste.

Así as cousas, o procedemento para a determinación dos equipos e soportes sometidos ao pagamento do canon dixital e para a fixación do importe do mesmo deberá desenvolverse a través das seguintes fases:

Con carácter bianual, o Ministerio de Cultura e o Ministerio de Industria comunicarán ás entidades de xestión de dereitos de propiedade intelectual e ás asociacións sectoriais que representen maioritariamente aos debedores o inicio do procedemento para a determinación dos equipos, aparellos e soportes materiais suxeitos ao pagamento pola compensación equitativa por copia privada, así como para a determinación, no seu caso, das cantidades que os debedores deberán aboar por este concepto aos acredores.

Unha vez efectuada esta comunicación, as entidades de xestión de dereitos de propiedade intelectual e as asociacións sectoriais que representen aos debedores contan cun prazo de catro meses para comunicar ao Ministerio de Cultura e ao Ministerio de Industria os acordos aos que chegaran en punto aos equipos e soportes suxeitos ao pagamento do canon dixital e ao importe deste.

No caso de que, dentro do prazo indicado, as entidades de xestión e as asociacións sectoriais que representen aos debedores comuniquen ao Ministerio de Cultura e ao Ministerio de Industria un acordo, ambos Ministerios procederán á publicación dunha Orde Ministerial Conxunta na que se determinen os equipos e soportes suxeitos ao pagamento do canon dixital e o importe deste. Cabe supoñer que, nun suposto como o descrito, o contido da orde ministerial conxunta coincidirá co acordo ao que chegaran as entidades de xestión e as asociacións que representen aos debedores. Pero debe observarse, en todo caso, que a Lei de Propiedade Intelectual en modo ningún atribúe a dito acordo forza vinculante, limitándose a prever a obriga de motivar a orde ministerial conxunta no caso de que o contido desta se arrede dos termos do acordo alcanzado polas entidades de xestión e as correspondentes asociacións.

Se, transcorrido o prazo de catro meses establecido para a negociación, as entidades de xestión e as asociacións representativas dos debedores non alcanzasen un acordo, os soportes e aparellos suxeitos ao pagamento do canon dixital e o importe deste serán determinados directamente polo Ministerio de Industria e polo Ministerio de Cultura a través dunha orde ministerial conxunta.

En todo caso, debe subliñarse que a última reforma da Lei de Propiedade Intelectual non se limitou a establecer o procedemento que debe desembocar na fixación dos soportes e aparellos sometidos ao pagamento do canon dixital e do importe deste. Antes ao contrario, tamén detalla os criterios que terán que tomarse en consideración á hora de determinar os equipos e soportes suxeitos e o importe do canon. Estes criterios son os seguintes:

O prexuízo efectivamente causado aos titulares de dereitos polas reproducións realizadas para uso privado, tendo en conta que se o prexuízo causado ao titular é mínimo non poderá dar orixe a unha obriga de pagamento.

O grao de uso de ditos equipos, aparellos ou soportes materiais para a realización de reproducións para uso privado.

A capacidade de almacenamento dos equipos, aparellos e soportes materiais.

A calidade das reproducións.

A dispoñibilidade, grao de aplicación e efectividade das medidas tecnolóxicas de protección fronte a copia, das que logo nos ocuparemos.

O tempo de conservación das reproducións.

A proporcionalidade entre o importe do canon dixital para cada tipo de equipo, aparello ou soporte e o prezo medio final de venda ao público destes.

Para finalizar, debe subliñarse que o procedemento fixado tras a reforma da Lei de Propiedade Intelectual para determinar os soportes e equipos sometidos ao pagamento do canon dixital e para fixar o importe deste, xa coñeceu un primeiro fracaso. Así, unha vez comunicada polo Ministerio de Cultura e polo Ministerio de Industria a apertura do prazo para a negociación, transcorreron xa máis de catro meses sen que as entidades de xestión de dereitos de propiedade intelectual e as asociacións representativas dos debedores alcanzaran acordo ningún, o que obrigou ao goberno a anunciar que a finais do mes de marzo procederá á aprobación da Orde Ministerial conxunta pola que se determinen os equipos e soportes suxeitos e se fixe o importe do canon para cada un deles. Segundo recentes noticias aparecidas na prensa, as diverxencias que conduciron a este fracaso das negociacións formulábanse, sobre todo, en torno á aplicación dos criterios de fixación do importe do canon dixital que acabamos de examinar. Así, mentres as asociacións representativas dos debedores se opoñían a que este canon superase unha porcentaxe determinada do prezo final de venda ao público dos correspondentes equipos e soportes, as entidades de xestión dos dereitos de propiedade intelectual rexeitaban de plano este criterio, toda vez que os constantes avances tecnolóxicos e a crecente utilización daqueles equipos e soportes provocan que cada vez se reduza máis o seu prezo de venda ao público. En opinión das entidades de xestión dos dereitos de propiedade intelectual, en definitiva, o canon debía establecerse atendendo fundamentalmente á capacidade de gravación dos correspondentes equipos ou soportes, e prescindindo parcialmente da porcentaxe que supuxese o canon sobre o prezo de venda final daqueles equipos ou soportes.

Non obstante o anterior, debe sinalarse que, en previsión dunha situación como a que finalmente se produciu, o lexislador español tamén optara por establecer un réxime transitorio. Este réxime transitorio recóllese na Disposición Transitoria única da Lei 23/2006, de 7 de xullo, pola que se modificou o texto refundido da Lei de Propiedade Intelectual. Establécese nela que en tanto non se aprobe a Orde Ministerial conxunta, os equipos e soportes suxeitos ao pagamento do canon dixital, e o importe deste para cada un deles, serán os seguintes:

Para equipos ou aparellos dixitais de reprodución de libros ou publicacións asimiladas, deberá distinguirse en función do tipo de equipo. Así:

Se se trata de escáneres ou equipos monofunción que permitan a dixitalización de documentos, o canon será de 9 euros por unidade.

Se se trata de equipos multifuncionais de sobremesa con pantalla de exposición cuxo peso non supere os 17 quilos e con capacidade de copia non superior a 29 copias por minuto, o canon será de 15 euros por unidade.

Para os restantes equipos ou aparellos de reprodución dixital de libros, o canon fixarase atendendo á capacidade de copia, e o importe do canon será o mesmo fixado para os equipos de reprodución analóxica.

En segundo lugar, o importe do canon para os equipos ou aparellos dixitais de reprodución de fonogramas será de 0'60 euros por unidade de gravación.

Para os equipos ou aparellos dixitais de reprodución de videogramas, o canon será de 6'61 euros por unidade de gravación.

Para os soportes materiais dixitais específicos de reprodución sonora, como discos ou minidiscos compactos para audio, o canon será de 0'35 euros por hora de gravación.

Para os soportes e materiais dixitais específicos de reprodución visual ou audiovisual, tales como os DVDs para vídeo ou similares, o canon será de 0'70 euros por hora de gravación.

Finalmente, no caso de soportes materiais de reprodución mixta sonora e visual, o canon variará en función de se se trata de discos compactos ou discos versátiles (DVDs). Así:

Para os discos compactos, o canon será de 0'16 euros por hora de gravación.

Para os discos versátiles ou DVDs, o importe da compensación por copia privada será de 0'30 euros por hora de gravación.

3 A compensación por copia privada e os mecanismos tecnolóxicos de protección fronte a copia

a) Introducción

A introdución do denominado canon dixital a través da recente reforma da Lei de Propiedade Intelectual foi, sen dúbida ningunha, unha das medidas que maior polémica xerou na opinión pública.

Fronte a esta medida, en efecto, obxectouse –en primeiro lugar– que os equipos e soportes sometidos ao pagamento do denominado canon dixital non sempre

son utilizados para a gravación e reprodución de obras protexidas. En consecuencia, algúns sectores sosteñen a necesidade de que o canon –no seu caso– vaia incorporado ao prezo de venda da obra orixinal, e non se perciba como consecuencia da adquisición de equipos ou soportes de gravación que non sempre van ser utilizados para a gravación e reprodución de obras protexidas.

Fronte á introdución do denominado canon dixital, por outra parte, tamén se formulou a súa compatibilidade coa frecuente utilización de mecanismos tecnolóxicos de protección que impiden ou limitan a realización de copias das obras protexidas.

Pois ben, estas medidas tecnolóxicas de protección fronte a copias foron, precisamente, obxecto dunha detallada regulación a través da última reforma da Lei de Propiedade Intelectual. A continuación, pois, ocuparémonos do réxime xurídico aplicábel ás medidas tecnolóxicas de protección fronte a copia, deténdonos despois na análise da súa eventual incidencia no importe do canon dixital.

b) As medidas tecnolóxicas de protección fronte a copias

En efecto, outra das principais novidades que introduce a reforma da Lei de Propiedade Intelectual consiste na regulación das denominadas medidas tecnolóxicas de protección fronte a copia.

A estes efectos, o artigo 160.3 da Lei de Propiedade Intelectual define as medidas tecnolóxicas como “toda técnica, dispositivo ou compoñente que, no seu funcionamento normal, estea destinado a restrinxir actos, referidos a obras ou prestacións protexidas, que non contén coa autorización dos titulares dos correspondentes dereitos de propiedade intelectual”.

Así definidas, a Lei de Propiedade Intelectual –tras a súa última reforma– non só reconece a licitude e lexitimidade das medidas tecnolóxicas de protección. Establece tamén canles específicas de tutela daquelas medidas fronte aos mecanismos ou dispositivos que permitan enervar a súa eficacia. Así se desprende do teor literal dos parágrafos 1 e 2 do artigo 160 da Lei de Propiedade Intelectual. Establecen estes preceptos o seguinte: “Os titulares de dereitos de propiedade intelectual reconecidos nesta Lei poderán exercitar as accións previstas no título I do seu libro III contra quen, a sabendas, ou tendo motivos razoábeis para sabelo, eludan calquera medida tecnolóxica eficaz. As mesmas accións poderán exercitarse contra quen fabriquen, importen, distribúan, vendan, aluguen, publiciten para a venda ou o aluguer ou posúan con fins comerciais calquera dispositivo, produto ou compoñente, así como contra quen presten algún servizo que, respecto de calquera medida tecnolóxica eficaz: a) Sexa obxecto de promoción, publicidade ou comercialización coa finalidade

de eludir a protección; b) Só teña unha finalidade ou uso comercial limitado á marxe da elusión da protección ou; c) Estea principalmente concibido, producido, adaptado ou realizado coa finalidade de permitir ou facilitar a elusión da protección”.

Á luz do disposto nestes preceptos cabe concluír que, tanto a elusión das medidas tecnolóxicas de protección anticopia como a comercialización de aparellos ou mecanismos que permitan dita elusión, ten a consideración de infracción dos correspondentes dereitos de propiedade intelectual, fronte á que poderán exercerse as accións previstas na propia Lei de Propiedade Intelectual.

c) Medidas tecnolóxicas e dereito de copia privada

Unha vez analizado o réxime xurídico das medidas tecnolóxicas de protección fronte a copias, debemos deternos na análise da súa compatibilidade co dereito de copia privada. A este respecto, e ante todo, debe subliñarse que a Lei de Propiedade Intelectual non configura a copia privada unicamente como un límite ao dereito de autor. Antes ben, configura tamén a copia privada como un auténtico dereito subxectivo susceptible de protección xurisdiccional. Dito doutra forma, o lexislador non só previu a copia privada como límite aos dereitos de autor. Unha lectura detida da Lei de Propiedade Intelectual permítenos afirmar que esta reconece un dereito subxectivo de quen accede lexitimamente á obra protexida a realizar unha copia para uso privado. Só así se entende que o artigo 161.1 da propia Lei de Propiedade Intelectual impoña aos titulares de dereitos de autor a obriga de facilitar aos beneficiarios dos límites do dereito de autor (entre os que se inclúe o límite relativo á copia para uso privado) os medios adecuados para gozar de ditos límites.

Encontrámonos, así pois, ante un auténtico dereito subxectivo á copia privada do que é titular quen accedeu lexitimamente á obra protexida. Un dereito subxectivo que, ademais, ten o seu correlativo na obriga que se impón aos titulares dos dereitos de autor de adoptar as medidas precisas que faciliten o exercicio daquel dereito subxectivo. E, para eliminar calquera dúbida, o lexislador decidiu rodear tamén este dereito subxectivo á copia privada das debidas garantías xurisdiccionais. Así se desprende do disposto no artigo 161.2, conforme ao que “cando os titulares de dereitos de propiedade intelectual non adoptaran medidas voluntarias, incluídos os acordos con outros interesados, para o cumprimento do deber previsto no parágrafo anterior, os beneficiarios de ditos límites poderán acudir ante a xurisdición civil”. Engade o parágrafo terceiro do mesmo artigo 161 que cando os beneficiarios dos límites ao dereito de autor sexan consumidores ou usuarios, as accións tendentes a garantir o acceso dos consumidores a ditos límites poderán ser exercidas polas asociacións de consumidores e usuarios.

Así pois, a Lei de Propiedade Intelectual –tras a reforma operada no ano 2006– reconece tanto a lexitimidade e licitude das medidas tecnolóxicas de protección fronte a copia, como o dereito subxectivo á copia privada de quen acceden lexitimamente á obra protexida. Así as cousas, a pregunta xorde en por se: como se compatibiliza a licitude das medidas tecnolóxicas de protección fronte a copia co dereito subxectivo á copia privada?

A resposta a esta importante cuestión ofrécea o parágrafo cuarto do artigo 161. Establece este precepto o seguinte: “o disposto nos apartados anteriores (relativo ao dereito subxectivo de copia privada) non impedirá que os titulares de dereitos sobre obras ou prestacións adopten as solucións que estimen adecuadas, incluíndo, entre outras, medidas tecnolóxicas, respecto do número de reproducións en concepto de copia privada. Nestes supostos, os beneficiarios do previsto no artigo 31.2 non poderán exixir o levantamento das medidas tecnolóxicas que, no seu caso, adoptaran os titulares de dereitos en virtude deste apartado”.

Do teor literal deste precepto parece desprenderse que as medidas tecnolóxicas de protección que adopten os titulares dos dereitos de autor en ningún caso poderán impedir a realización dunha copia para uso privado. Se isto sucedese (isto é, se as medidas tecnolóxicas de protección adoptadas impedisen a realización de calquera copia para uso privado), estaríamos en presenza dunha infracción do dereito subxectivo á copia privada, fronte á que se poderían interpoñer as accións previstas no artigo 161 para exixir o acceso á copia privada.

Agora ben, unha vez garantido o acceso a unha copia para uso privado, as medidas tecnolóxicas de protección adoptadas polos titulares dos dereitos de autor si poderán limitar o número de reproducións que se realicen da obra protexida en concepto de copia privada. Así sucede, por exemplo, co popular programa de descarga e reprodución de música dixital *itunes*. Como é ben sabido, este programa, unha vez que se procede á descarga legal dun determinado tema ou canción, permite a súa reprodución para copia privada até un máximo de cinco ocasións. Pois ben, nun suposto como o descrito (no que as medidas tecnolóxicas de protección non impiden o acceso á copia para uso privado, pero limitan o número de reproducións que con este fin poden realizarse da obra protexida), os titulares do dereito á copia privada non poderán exixir o levantamento das medidas tecnolóxicas de protección adoptada.

d) Medidas tecnolóxicas de protección e remuneración equitativa por propia privada

Podemos comprobar, así pois, que no conflito entre as medidas tecnolóxicas de protección fronte a copia e o dereito subxectivo á copia privada, o lexislador es-

pañol optou por unha solución que poderíamos cualificar de intermedia. Así, optou por garantir o acceso á copia privada por parte dos titulares deste dereito, recoñecendo tamén a licitude e lexitimidade das medidas tecnolóxicas de protección na medida en que estas, sen impedir a realización da copia para uso privado, unicamente limiten o número de reproducións da obra protexida con fins de copia para uso privado.

O sistema, polo demais, péchase cunha cláusula que permite que a existencia de medidas tecnolóxicas de protección fronte a copias que limiten o número de reproducións para copia privada sexa tomada en consideración á hora de fixar ou establecer a contía da remuneración equitativa por copia privada.

En efecto, como xa tivemos ocasión de sinalar, o lexislador español –na reforma operada no ano 2006– limitouse a introducir o dereito a unha remuneración equitativa por copia privada no ámbito da reprodución dixital (o que denominamos canon dixital). Pero, nin estableceu un catálogo pechado de aparellos ou soportes sometidos a este canon dixital, nin fixou a súa contía, relegando ambos extremos ao que resulte dos acordos adoptados polas entidades de xestión de dereitos de propiedade intelectual e polas asociacións representativas dos debedores. O lexislador, en cambio, si fixou os criterios conforme aos que se teñen que determinar os aparellos e soportes sometidos ao canon e a contía deste. Pois ben, un destes criterios é, precisamente, “a dispoñibilidade, grao de aplicación e efectividade das medidas tecnolóxicas” de protección fronte a copias. De sorte que a dispoñibilidade, xeneralización e efectividade das medidas tecnolóxicas de protección fronte a copia á hora de limitar o número de reproducións para copia privada (en función de cada tipo de aparello ou soporte) terá que ter o seu reflexo, necesariamente, na fixación do importe ou contía do denominado canon dixital para o correspondente aparello ou soporte.

III DEREITO DE CITA E *PRESS CLIPPING*

I Nocións previas

Sen dúbida ningunha, as reformas no ámbito da copia privada, e a introdución do denominado canon dixital, foron algunhas das medidas introducidas pola reforma da Lei de Propiedade Intelectual que maior interese e polémica xeraron. Non foron, sen embargo, as únicas. Como xa avanzábamos ao inicio desta intervención, a reforma do ano 2006 afectou tamén outros límites do dereito de autor. E dentro das modificacións introducidas, tamén alcanzou un certo eco a reforma do dereito de cita, co fin de excluír do ámbito de aplicación deste límite as recompilacións ou informes de prensa, actividade tamén coñecida baixo a denominación anglosaxona de *press clipping*.

2 Réxime xurídico do *press clipping* con anterioridade á reforma da Lei de Propiedade Intelectual

En efecto, o dereito de cita constitúe un dos límites clásicos e máis tradicionais ao dereito de autor. En virtude deste límite, e conforme ao establecido no artigo 32 da Lei de Propiedade Intelectual, é lícita a inclusión nunha obra propia de fragmentos de outras alleas de natureza escrita, sonora ou audiovisual, así como a de obras illadas de carácter plástico ou fotográfico figurativo, sempre que se trate de obras xa divulgadas e a súa inclusión se realice a título de cita ou para a súa análise, comentario ou xuízo crítico.

Pois ben, interésanos destacar agora que a Lei de Propiedade Intelectual, na súa versión anterior á reforma do ano 2006, consideraba que as recompilacións ou revistas de prensa quedaban amparadas polo dereito de cita, de forma que a utilización de artigos xornalísticos para a elaboración destas revistas ou recompilacións de prensa non requiría autorización do titular dos dereitos de autor sobre ditos artigos. De feito, o artigo 32 mostrábase tallante ao afirmar que “as recompilacións periódicas efectuadas en forma de recensións ou revista de prensa terán a consideración de citas”.

3 A polémica en torno ao *press clipping*

Polo demais, a inclusión das recompilacións ou revistas de prensa dentro do ámbito de aplicación do límite relativo ao dereito de cita xeraba o descontento, tanto dos propios autores, como das empresas periodísticas ou editoras, que consideraban que, na medida en que dita actividade se desenvolvese con fins comerciais, non podía quedar amparada polo dereito de cita nin exenta do pagamento dunha compensación económica adecuada aos titulares dos dereitos de propiedade intelectual dos artigos utilizados.

A este descontento de xornalistas e editores, co tempo, uniuse a tendencia da xurisprudencia doutros países da nosa contorna a cualificar a actividade de *press clipping* como unha infracción dos dereitos de propiedade intelectual na medida en que non se contase coa autorización dos titulares dos dereitos de propiedade intelectual sobre os artigos utilizados.

Neste ámbito, deben destacarse as dúas sentenzas ditadas polo Tribunal de Primeira Instancia de Bruxelas o 5 de setembro de 2006 e o 13 de febreiro de 2007. En ambas examinábase a demanda interposta por unha entidade belga de xestión de dereitos de propiedade intelectual (*Copiepress*) fronte a *Google*, ao entender que o servizo de *press clipping* en liña que ofrecía este portal no seu apartado *Google News* supoñía unha infracción dos dereitos de autor sobre os artigos obxecto de recompilación.

Pois ben, na súa sentenza de 13 de febreiro de 2007, o Tribunal de Primeira Instancia de Bruxelas constatou que en *Google News* se ofrecía un servizo en liña de *press clipping*, grazas ao que se reproducen os titulares e as primeiras liñas de artigos de varios xornais en lingua francesa. Sostivo o tribunal, por outro lado, que a reprodución dos titulares e das primeiras liñas destes artigos en *Google News* constituía unha infracción dos dereitos de explotación sobre aqueles en canto obras protexidas polo dereito de autor. En particular, entendeu o tribunal que resultaban infrinxidos os dereitos de reprodución e de comunicación pública. E, para concluír, o tribunal belga negou que dita actividade puidese quedar amparada polo dereito de cita, toda vez que a esencia de *Google News* radica na recompilación e reprodución de artigos xa publicados, sen que estes se utilicen a simples fins de ilustración, nin sexan obxecto de crítica, comparación ou outro tipo de análise.

4 O *press clipping* tras a reforma da Lei de Propiedade Intelectual de 2006

A polémica que xeraba o réxime previsto na Lei de Propiedade Intelectual para as recompilacións ou revistas de prensa probabelmente explique a decisión do lexislador español de aproveitar a reforma daquel texto legal para excluír as actividades de *press clipping*—en certos supostos— do ámbito de aplicación do dereito de cita.

En efecto, na súa versión actual, o artigo 32 da Lei de Propiedade Intelectual segue afirmando que as recompilacións periódicas efectuadas en forma de recensións ou revista de prensa terán a consideración de citas. Pero, tras a reforma do ano 2006, engádesse tamén o seguinte: “Non obstante, cando se realicen recompilacións de artigos xornalísticos que consistan basicamente na súa simple reprodución e dita actividade se realice con fins comerciais, o autor que non se opuxera expresamente terá dereito a percibir unha remuneración equitativa. En caso de oposición expresa do autor, dita actividade non se entenderá amparada por este límite”.

Así pois, as recompilacións ou revistas de prensa —tras a reforma da Lei de Propiedade Intelectual— quedarán excluídas do ámbito de aplicación do dereito de cita cando se cumpran dous presupostos: cando se realicen con fins comerciais, e cando a revista consista na simple reprodución de artigos de prensa. Condición esta última que permite entender que as recompilacións de prensa poderán seguir quedando amparadas polo dereito de cita cando, xunto á recompilación dos correspondentes artigos xornalísticos, inclúan tamén algún tipo de comentario ou análise crítica.

Polo demais, cando se cumpran as dúas condicións antes enumeradas, as recompilacións de prensa quedan excluídas do ámbito de aplicación do dereito de cita. De onde se desprende que o autor poderá opoñerse á utilización dos correspondentes artigos. E, en caso de que non se opoña, terá dereito a percibir unha remuneración pola súa reprodución.

PERSPECTIVAS XURÍDICAS DAS BIBLIOTECAS DIXITAIS

Javier Díaz de Olarte

Xefe do Gabinete Xurídico de CEDRO

I INTRODUCCIÓN. BIBLIOTECAS, CONCEPTO E DIXITALIZACIÓN

Segundo o dicionario da Real Academia enténdese por Biblioteca un local onde se ten un considerábel número de libros ordenados para a lectura. Tamén se pode entender por biblioteca, o moble onde se colocan os libros ou o conxunto dos mesmos.

É dicir, existe un concepto tradicional, incluso etimolóxico, de biblioteca que une este termo co de libro como obxecto, como continente ou como contido, como nome colectivo.

O anteproxecto de lei da lectura, o libro e as bibliotecas, no seu artigo 23 letra g) propón a seguinte definición de biblioteca: estrutura organizativa que mediante os procesos e servizos tecnicamente apropiados, ten como misión facilitar o acceso a documentos publicados ou difundidos, coa finalidade de garantir o acceso á cultura, á información e ao coñecemento.

Déixase a un lado o elemento libro para dar un papel primordial ao elemento organizativo tendente a facilitar o acceso á cultura. É dicir, o concepto material perde forza a favor do concepto organización, servizo, acceso... O libro, ao menos entendido no seu sentido tradicional, deixou de ser o eixe sobre o que xira o concepto biblioteca.

Este cambio de sentido ten a súa orixe no desenvolvemento técnico, nos novos medios que nos permiten acceder a ficheiros electrónicos practicamente desde calquera lugar do mundo. O ficheiro, como tal, non ten maior interese. Se se accede a el é polo material que contén e que, normalmente, son obras ou prestacións suxeitas a dereitos de propiedade intelectual.

Polo tanto, eses ficheiros electrónicos deben crearse a partir de obras, de contidos que, en moitas ocasións, non estaban dixitalizados. É dicir, antes de nada debe facerse unha reprodución en formato dixital da obra que inicialmente se presentaba

en formato papel. E, unha vez dixitalizados e almacenados, eses ficheiros están preparados para ser obxecto de novos actos de explotación cunhas características e unha transcendencia que non tiñan os tradicionais.

A explotación nun contorno dixital posibilita que a mesma se faga cunha intensidade e unhas características até agora descoñecidas. Pódese acceder aos contidos desde calquera lugar e en calquera momento e desaparecen conceptos clásicos que rexeron a xestión de obras e contidos como, por exemplo, o ámbito territorial.

Certamente, existen obras que se presentan e comercializan en formato dixital, pero non son maioría nin moito menos a data de hoxe. En calquera caso, o acceso ás mesmas adoita realizarse a través de contratos, de licenzas, que establecen os límites e condicións da súa explotación.

Polo tanto unha biblioteca que desexe ofrecer unha serie de servizos dixitais deberá, en primeiro lugar, obter contidos dixitais e para iso deberá converter en dixitais contidos que non o son a data de hoxe. Este primeiro acto de reprodución da obra para conseguir unha obra en formato dixital suscita xa unha problemática xurídica importante e tamén vai formular a posterior explotación da obra dixitalizada.

II O RÉXIME XURÍDICO

1 Os dereitos de propiedade intelectual

Con carácter xeral, os autores son titulares de dereitos de propiedade intelectual de dobre contido: moral e patrimonial.

Ambos son dereitos de propiedade intelectual e a protección de ambos é igualmente importante. No contorno dixital os riscos para uns e outros multiplícanse e deben ser por iso obxecto dunha protección máis intensa e coidadosa.

Ao longo deste relatorio referirémonos sempre aos dereitos de propiedade intelectual de contido patrimonial, deixando a un lado os efectos nos dereitos morais, porque só a regulación dos dereitos patrimoniais foi obxecto de modificación recente. Iso non debe facernos esquecer que eses dereitos morais conviven cos de contido patrimonial.

A Lei de 7 de xullo de 2006 adaptou a lexislación española en temas de propiedade intelectual ás normas sinaladas na Directiva 92/100.

En calquera caso, non se modificou un ápice a declaración xeral de recoñecemento de dereitos para os autores recollida no seu artigo 17:

“Corresponde ao autor o exercicio exclusivo dos dereitos de explotación da súa obra en calquera forma, e, en especial, os dereitos de reprodución, distribución, comunicación

pública e transformación, que non poderán ser realizadas sen a súa autorización, salvo nos casos previstos na presente Lei”.

No que se refire ao obxecto desta conferencia, “Perspectivas xurídicas das bibliotecas dixitais”, son dous, fundamentalmente, os aspectos modificados.

En primeiro lugar, e no que á definición dos dereitos se refire, os artigos 18 e 19 ofrecen tras a Lei de 7 de xullo do 2006 novos conceptos dos dereitos de reprodución e distribución. Igualmente, o artigo 20.2 i, recolle a chamada “posta a disposición” como unha nova modalidade de comunicación pública. Todo iso non é senón a consecuencia da existencia de novas formas de explotación das obras no contorno dixital que obriga a aclarar os conceptos para saber de que ámbito estamos falando en cada momento.

O artigo 18 define o dereito de reprodución do seguinte modo:

Enténdese por reprodución a fixación directa ou indirecta, provisional ou permanente, por calquera medio e en calquera forma, de toda a obra ou de parte dela, que permita a súa comunicación ou a obtención de copias.

Tras a lectura do precepto debe destacarse, simplemente, que se xeneraliza e se aclara en tanto que resulta absolutamente indiferente o medio ou a forma en que se efectúe. Deste modo cabe reprodución analóxica e dixital. Era reprodución o fotocopiado tradicional e éo o moderno escaneado ou a impresión.

O artigo 19 do mesmo TRLPI establece que: “1.– ***Enténdese por distribución a posta a disposición do público do orixinal ou das copias da obra, nun soporte tanxíbel, mediante a súa venda, aluguer, préstamo ou de calquera outra forma***”.

No que se refire á distribución, o uso da expresión: “soporte tanxíbel”, leva á conclusión de que resulta imprescindíbel que a obra se presente en formato físico, tanxíbel como di a Lei, para que esteamos ante un acto de distribución. En consecuencia, na rede non teñen lugar actos de distribución.

O artigo 20 introduce de maneira expresa en España o chamado dereito de posta a disposición e faino declarando que se trata dunha modalidade de comunicación pública.

“Entenderase por comunicación pública todo acto polo que unha pluralidade de persoas poida ter acceso á obra sen previa distribución de exemplares a cada unha delas.

Non se considerará pública a comunicación cando se celebre dentro dun ámbito estritamente doméstico que non estea integrado ou conectado a unha rede de difusión de calquera tipo.

2. Especialmente, son actos de comunicación pública:...

...i.– A posta a disposición do público de obras, por procedementos con fíos ou sen fíos, de tal forma que calquera persoa poida acceder a elas desde o lugar e no momento que elixa”.

Unha vez que temos definidos estes dereitos, debemos recordar que, tal e como establece o artigo 17, os autores son titulares dos dereitos exclusivos de explotación sobre as obras e, entre eles, dos dereitos de reprodución, distribución e comunicación pública. É dicir, a realización de calquera destes actos de explotación require da autorización previa por parte do seu titular.

A esixencia desta autorización tan só cede cando quen realiza o acto de explotación concreta se pode beneficiar, se ve amparado por algunha das excepcións establecidas nos artigos 31 e seguintes do propio TRLPI.

A lista de excepcións é pechada. Tan só existen esas e non máis. Aínda máis, as excepcións deben ser interpretadas de forma restritiva. Se non, conforme á regra dos tres pasos recollida no artigo 40 bis do TRLPI:

“Os artigos do presente capítulo non poderán interpretarse de maneira tal que permitan a súa aplicación de forma que causen un prexuízo inxustificable aos intereses lexítimos do autor ou que vaian en detrimento da explotación normal das obras a que se refiran”.

Polo tanto, calquera acto de explotación que non se vexa amparado pola correspondente excepción deberá levarse a cabo tras obter a correspondente autorización dos titulares de dereitos ou da entidade de xestión correspondente.

As bibliotecas, veñen vindo beneficiándose da excepción contida no artigo 37.1 referida ao dereito de reprodución:

“Os titulares dos dereitos de autor non poderán oporse ás reproducións das obras, cando aquelas se realicen sen finalidade lucrativa polos museos, bibliotecas, fonotecas, filmotecas, hemerotecas ou arquivos de titularidade pública ou integradas en institucións de carácter cultural ou científico e a reprodución se realice exclusivamente para fins de investigación”.

A Lei de 7 de xullo engadiu a esta dicción a finalidade de **“e conservación”** para que sexa posíbel levar a cabo reproducións de obras sen contar coa autorización dos titulares de dereitos.

O concepto reprodución debe entenderse no sentido que expresamos anteriormente. A excepción non diferencia entre reproducións analóxicas ou dixitais, debendo cumprirse, en calquera caso, todos e cada un dos requisitos esixidos pola excepción para que a mesma despregue todos os seus efectos. A interpretación, como

se mencionou xa, deberá ser restritiva e realizarse inspirada pola denominada regra dos tres pasos.

A Lei de 7 de xullo de 2006 introduciu unha nova excepción a favor das bibliotecas. E esta si é unha excepción de natureza dixital.

Dúas cuestións merecen a pena ser destacadas con carácter previo no momento de comentar esta excepción.

En primeiro lugar, é unha excepción que foi voluntariamente introducida no dereito español. Non se trata dunha excepción que a Directiva 29/2001 establecera como obrigatoria.

En segundo lugar, trátase dunha excepción ao dereito de comunicación pública, pero non ao dereito de reprodución.

Así o novo artigo 37.3 do TRLPI sinala que:

“Non necesitará autorización do autor a comunicación de obras ou a súa posta a disposición de persoas concretas do público a efectos de investigación cando se realice mediante rede pechada e interna a través de terminais especializadas instaladas a tal efecto nos locais dos establecementos citados no anterior apartado e sempre que tales obras figuren nas coleccións do propio establecemento e non sexan obxecto de condicións de adquisición ou licenza. Todo iso sen prexuízo do dereito do autor a percibir unha remuneración equitativa”.

A crítica que merece o artigo non é positiva porque, en primeiro lugar, realmente resulta difícil que se poidan dar todos e cada un dos requisitos que esixe o suposto de feito que orixina a excepción.

En primeiro lugar a comunicación pública ou posta a disposición debe facerse a “persoas concretas do público”, a través dunha rede pechada e interna na biblioteca e mediante “terminais especializadas instaladas a tal efecto nos locais”. Parece evidente que nos encontramos ante a posta a disposición de obras a través das redes internas ou intranet das bibliotecas.

Por se fora pouco, as obras comunicadas ao público deben figurar nas coleccións do establecemento e non ter sido obxecto de condicións de adquisición ou licenza. Iso leva a considerar que estamos ante obras en soporte papel que forman parte dos fondos da biblioteca que hai que dixitalizar para poderlos “colgar” nesa rede interna e que sexan accesíbeis ao público. E aquí radica o primeiro problema.

A excepción alcanza o dereito de comunicación ao público, de posta a disposición, pero non ese dereito de reprodución previo imprescindíbel para poder colgalas

na rede. Obviamente, poden existir supostos de laboratorio que poidan ser salvados co xogo das excepcións do artigo 37.1 e o 37.3 , pero existe unha evidente carencia.

Por outro lado, e en canto ao titular de dereito se refire, recoñéceselle unha remuneración sen máis. Non se especifica se estamos ante un dereito de simple remuneración de xestión colectiva obrigatoria como outros tantos recollidos no TRLPI ou se estamos ante algo distinto de natureza diferente. Esta ambigüidade en nada favorece a efectividade do dereito nin para os acredores nin para os debedores. Uns poden ter dúbidas sobre como facer efectivo o seu dereito; os outros sobre como cumprir a obriga.

Todo iso lévanos a considerar como pouco acertada a regulación contida neste precepto.

Polo demais, non existen excepcións específicas aos dereitos de propiedade intelectual das que poidan beneficiarse de maneira específica ou singular as bibliotecas, tradicionais ou dixitais.

É máis, a enorme difusión que alcanzan os contidos por estes procedementos obrigarán a ser especialmente coidadoso na defensa e protección dos dereitos de propiedade intelectual.

2 As bibliotecas dixitais

Por motivos de actualidade e con carácter de urxencia imos facer unha pequena referencia a algunha iniciativa lexislativa en trámite e que si recolle especificamente e de maneira expresa a especialidade das bibliotecas dixitais.

O 2 de novembro de 2006 o Consello de Ministros aprobou o anteproxecto da lei da lectura, do libro e das bibliotecas.

Durante estes meses continuou a tramitación desta iniciativa lexislativa. Diferentes colectivos acudiron ante a Comisión de Cultura do Congreso a expoñer as súas opinións, os seus temores e desexos, os grupos parlamentarios presentaron as correspondentes emendas, e con data 21 de marzo de 2007, o boletín oficial das Cortes publicou o informe do relatorio sobre este proxecto de lei.

Neste informe do relatorio si aparecen abundantes conceptos relacionados coas bibliotecas dixitais. Antes de facer unha pequena referencia ás novidades máis importantes, recordemos que, a data de hoxe, trátase dunha iniciativa lexislativa pendente de toda unha tramitación parlamentaria polas dúas Cámaras.

O primeiro deles aparece no artigo 2, no que se introduce unha nova letra h) que define as bibliotecas dixitais como as *“coleccións organizadas de contidos dixitais*

que se poñen a disposición do público. Poden conter materiais dixitalizados, tales como exemplares dixitais de libros e outro material documental procedente de bibliotecas arquivos e museos, ou basearse en información producida directamente en formato dixital”.

A valoración do precepto é positiva no sentido de que reconece a existencia das denominadas bibliotecas dixitais, e reconéceas como algo distinto das bibliotecas tradicionais. O concepto de biblioteca dixital non se asimila nin ao clásico que recolle o dicionario da RAE, nin sequera ao máis actualizado que recolle o propio informe do relatorio.

Sen embargo, curiosamente, na definición de biblioteca resáltase o aspecto organizativo mentres que no de biblioteca dixital o que destaca é a idea de colección, máis próxima ao que sempre vimos entendendo por biblioteca. A diferenza estibaría no tipo de material que se ofrece e no formato ou soporte en que se encontra.

Igualmente, merece a pena destacar o novo artigo 12.4 relativo ao sistema español de bibliotecas:

“O Ministerio de Cultura, sen prexuízo das competencias das Comunidades Autónomas, e de acordo coas pautas e recomendacións da Unión Europea e das organizacións internacionais na materia, promoverá a creación de bibliotecas dixitais de acordo cos seguintes criterios:

a) A accesibilidade en liña, como condición previa para optimizar os beneficios que poden extraer da información os cidadáns, os investigadores e as empresas.

b) A dixitalización de coleccións analóxicas para ampliar o seu uso na sociedade da información e

c) A preservación e almacenamento para garantir que as xeracións futuras poidan acceder ao material dixital e evitar a perda de contidos preciosos”.

Estes principios responden aos recollidos na comunicación da Comisión dirixida ao Parlamento, ao Consello e ao Comité Económico e Social en setembro de 2005. Xa daquela se advertía da necesidade de respectar os dereitos de propiedade intelectual e de facelos compatíbeis con esta misión. Por iso, a propia Comisión a través da Decisión de 27 de febreiro de 2006 constituíu un grupo de expertos de alto nivel sobre bibliotecas dixitais que asesoraría a este órgano sobre a mellor maneira de afrontar os desafíos organizativos, xurídicos e técnicos a escala europea.

Resulta curioso que no criterio b) relativo ou referente a “a dixitalización...”, non inclúa referencia ningunha á protección ou respecto dos dereitos de propiedade intelectual.

Iso non quere dicir que o principio non deba inspirar a actuación e o funcionamento cotián das bibliotecas dixitais.

O artigo anterior, o 11, prevé no seu apartado 2, a) que un dos principios e valores das bibliotecas –dixitais ou non– sexa o respecto aos dereitos de propiedade intelectual. Polo tanto, se este precepto, como é previsíbel, se aproba finalmente, será de aplicación xeral no ámbito bibliotecario.

E é que, en definitiva e por riba da fundamentación xurídica, o sentido común leva á conclusión de que no contorno dixital a protección non pode nin debe ser menor que no contorno analóxico.

O CEO DOS GUITARRISTAS

Bieito Iglesias

Escritor

Pois que temos a encarga de deseñar unha paisaxe con figura (un escritor en primeiro plano e, detrás, a sociedade da información a maneira de vista toscana), empezaremos polo retrato do autor de onte, con sorriso arcaico, e de hoxe, con irreverente bigote engadido por Duchamp. Tradicionalmente, os escritores desaparecían, ocultábanse nas súas obras, en foresta de palabras que non traducían a omnímoda vida da persoa de carne e óso senón unha biografía espiritual, porque a arte –desde Leonardo– entendíase como *cosa mentale*. O autor víase obrigado a crear, antes de nada, o personaxe do autor, de xeito que a sinatura que figuraba no frontispicio dos libros aludía a un ser tan imaxinario como os protagonistas de contos e romances das páxinas entaladas entre capa e contracapa. Con ese expediente evitábanse incómodos equívocos, e Georges Bataille seguía sendo un respectábel cidadán despois de escribir *Historia do ollo*, sen que ninguén lle imputase crimes bizarros tales como cegar e inmolar a un temesiño crego sevillano.

Presentemente, a distancia entre a persoa e o personaxe do escritor enconcouse, a tal extremo que unha potencial lectora, perante a recomendación de Nabokov, pode declinar o consello cun reproche moral (*Nabokov era un tipo inmundo*), confundindo sen dúbida o autor de Lolita cun Humbert Humbert pedófilo. Félix de Azúa, nun texto d' *A aprendizaxe da decepción*, dá conta de certa biografía de Kafka que demostra que este nunca traballou nun escritorio, que era un ambicioso rubideiro, que presentaba contos a concursos das caixas de aforros e que as obras que ordenou queimar trala súa morte eran en verdade facturas impagadas. Nada disto debería atinxir as súas obras, só confirma que o autor non deixa de ser unha fantasía.

Ora ben, sábese desde Kennedy que a telexenia resulta imprescindible para gañar eleccións, e igualmente consta que ningún actor social famoso ou postulante á fama pode escapar na era dos medios á vedetización. Espectacularízanse os cantores pop, os xogadores de fútbol e os artistas; o escritor do século XXI –en caricatura de Guelbenzu– ha contar con gabinete de prensa, fotógrafo e cabeleireiro persoais, e

deberá acudir con tanta frecuencia ao ximnasio como á biblioteca. Porque, xa non a biografía, senón o icone mediático forma parte do paratexto e talvez do texto mesmo. Así como nunha discoteca se traban relacións a partir de olladas, da mensaxe contida no vestiario (non pode ser doutro modo nunha época en que a imaxe e a sensación triunfaron definitivamente sobre a palabra e a memoria), de idéntica forma un escritor feoco comparece na televisión arriscándose a perder lectores. A sona xa non cabe fundala no traballo solitario e orgulloso, un Flaubert pechado no seu escritorio para lidar coa súa cisma perfeccionista (e sentenciando: *O orgullo é unha fera que mora nunha cova do deserto, mentres a vaidade é un loro*) resulta ogano patético, porque a hexemonía de fatuos volátiles volveuse incontestábel.

En orde a obter esa fama requírese un autor *sociábel* (permeábel á interactividade e adulator do seu público), preferentemente de talento mediano, pois o mercado é unha instancia anticanónica inimiga da excelencia na que toda mercadoría pode ser elevada ou degradada aleatoriamente. Forzoso é admitir a relativa novidade deste designio, porque Jack London xa anotou en *Martin Eden* (libro esclarecedor sobre a política da literatura en todo tempo e lugar) que as obras saen da escuridade polo capricho dun fato de persoas e, coa mesma, por veleidade do mesmo fato regresan ás tebras. Na época de London a canonización corría por conta dun grupo elitista, non menos arbitrario que a canonización mercantil vixente no estadio de mundialización comercial. Acontece que, unha vez abducida polo mercado masivo a produción literaria, a propia idea de canon vese reducida ao absurdo e substituída polos estudos de mercadotecnia. A idea dunha cultura superior repugna loxicamente ás masas democráticas, que no entanto aceptan de grado a atomización en nichos de mercado: literatura para mozos, para familias monoparentais, para funcionarios con xornada continua, para diabéticos, hai para todos os gustos no grande bazar.

Nótese que os xéneros literarios en moda delatan a condición narcisista da sociedade posmoderna, por algo a literatura máis representativa da época é o manual de autoaxuda, cuxos correlatos audiovisuais son o *reality-show* e a comedia de situación, dúas variantes do espello. Outros éxitos xenéricos teñen a ver coa saudade da memoria (romance histórico), xustamente cando a memoria comunal, familiar ou persoal foi abolida e suplantada pola hiperrealidade, sendo que os veciños foron deslocados pola televisión e internet; ou coa velocificación da vida e a conseguinte usura do tempo, que obriga a considerar o lecer como tregua e os produtos culturais como descanso do guerreiro: así se explica o suceso indeclinábel da intriga policial, mesturada co relato histórico ou non, ligado ao supermercado espiritual que florece desde o retorno dos xamáns ou a pau seco, debido ao feito de que tal fórmula sempre seduciu a tolleitos e viaxeiros cansos.

Por certo que a “nova espiritualidade” e o “retorno dos meigos” garda tamén estreita relación co mito de Narciso (espectro posmoderno que supliu o Prometeu emblemático da modernidade), xa que o interese nos horóscopos, nas ciencias ocultas e toda sorte de esoterismos non deixa de ser unha reacción contra a impersonalización da ciencia, rectora da mentalidade occidental desde o século dezanove. O individuo, perante as metáforas formidábeis da astrofísica (*big bang*, universo pulsante, desvío ao vermello das galaxias...), pregúntase *que pasa comigo?* A resposta está nos signos do zodíaco, na carta astral ou no tarot.

As tribulacións do autor presentista relaciónanse cos atributos do lector contemporáneo apuntados parcialmente máis arriba: atomizado, anticanónico, narcisista, interactivo, velocista... Pero ningunha destas calidades xorde exclusivamente por causa dos medios de comunicación de masas, máis ben sucede que estes reflicten mudanzas sociais das que son puro síntoma. Trátase de mutacións inducidas polo capitalismo hedonista ou *divertente*, que colonizou nas últimas décadas case todo o espazo social e cultural de Occidente. Nestes trocos hai unha ambivalencia, son malos e bos á vez, como a maioría dos procesos históricos (A civilización grega, fundante da democracia e do pensamento modernos, apoiouse en dous soficos inmorais: a escravatura e a reclusión das mulleres). Cabe denunciar o narcisismo (o predominio nietzscheano da estética sobre a ética e a patética) da sociedade mediática, a súa indiferenza, “o mercado de novidades adscrito á primacía do accidente, do escándalo e a catástrofe (Sloterdijk)”, un cosmopolitismo superficial, a rotación vertixinosa das producións culturais que as volve material funxíbel, a crise do ideal de “artisticidade” en presenza dun escarapate nivelador que desdebuxa a raia tradicional entre alta cultura e industrias do entretemento...

Chegados a esta altura, hai que preguntarse pola repercusión na literatura das novas tecnoloxías. Pénsese que a difusión das obras é incomparabelmente maior hoxe que en calquera outra época histórica, debido ao aumento da instrución xeral, pero moi principalmente aos avances técnicos, desde a prensa á arañeira tecida por internautas. Unha obra como *O vermello e o negro*, de Stendhal, chegou de entrada a cincocentos lectores; no século XIX tamén non primaba a excelencia artística sobre a literatura popular (folletíns, *faits divers* publicados nos diarios).

Con todo, podemos sinalar algúns condicionantes impostos aos autores polos novos soportes e medios de difusión. Non só se ve afectado o campo literario desde o punto de vista da recepción das obras (asunto examinado en parágrafos anteriores), a produción debe contar igualmente cos medios, que en parte “son a mensaxe”. A expansión de internet e o seu uso como viatura de contidos literarios, o rodicio vertixinoso nos trinques das librerías das edicións en papel, o prazo escaso

destinado á lectura pola ordenación estreita da xornada (traballo, variación infinita das formas de lecer, tempos mortos na deslocalización polas rúas atestadas das megápoles), estas circunstancias empurran cara o dominio dos xéneros breves: microcontos, micropoemas, aforismo, *nouvelle*. O lector velocista demanda un autor ciclista, un *sprinter*. Xa non é posíbel a deleitación demorada de antes da maldición do reloxo (falamos das elites, os operarios decimonónicos con catorce horas laborábeis nin lían nin vivían). A máis, a omnipresencia dos medios audiovisuais aconséllalle ao escritor aforrar a descrición exhaustiva sendo imposíbel competir coa fisicidade do cinema ou do vídeo. A trindade (as tres persoas que se reunían no escritor: esteta, moralista e narrador) fica diminuída, sobrevive apenas o contador de historias, o *guionista* que soña con ver o seu relato converso en roteiro cinematográfico.

Outro trazo da sociedade posmoderna, a minusvalorización da memoria substituída pola hiperrealidade que deitan a cachón os medios, interesa asemade órganos vitais da creación literaria, que se definiu sempre como un traballo sobre as lembranzas, como tentativa de derrogar a caducidade mediante a duración, como *tempo recobrado*, algo por certo ben distinto do saudosismo. O descrédito da acordanza naceu na grande cidade do XIX, no París paseado polo *flâneur* baudelariano, aínda que alcanza proporcións apoteóticas presentemente, no remuíño das actualidades. O paseante parisiense d' *As flores do mal* viviu, efectivamente, o dominio do espazo urbano sobre o tempo individual; da sensación instantánea sobre a historia dos habitantes do formigueiro citadino, descoñecidos entre si, aos que só cabía apoñerlles unha biografía imaxinaria; do aceno e as olladas furtivas sobre a conversa delongada. O amnésico actual engade un desprezo polos recordatorios, pola vellice e a experiencia, pola sociedade senatorial (os anciáns non deben mesturarse cos nenos porque os enferman), xa que o ideal contemporáneo, o deus que ocupa todo o horizonte é mozo. O xuvenilismo é unha estratexia mercantil, son os xoves os que consomen primicias, óperas primas de cinema, discos, novísimas tecnoloxías; tal apetito de novidades conspira contra as *obras clásicas*, contra as *obras mestras*, pola mesma razón que se consideran ruinosos coches ou lavadoras que duren moito. Aínda non avistamos con claridade cómo será a literatura esquecediza que nos agarda: unha sucesión de neocostumismos? A repetición desubstancializada de tópicos clásicos? A parodia perpetua? En calquera caso, tense dito que talvez os guitarristas, pero nunca os escritores, poden desexar ir a un ceo sen memoria. Nese empíreo folgarase Hendrix e penará Nabokov. Para un literato clasicista, a idea de pasar a eternidade escoitando a Paco de Lucía prefigura o inferno dantesco.

Admitindo a xustificación de acedas críticas, convén pór en paralelo o que supón de avance a sociedade de masas no tocante á democratización dos bens culturais. Hai cento cincuenta anos, o 95% da poboación nacía e morría no mesmo lugar,

ignorante do que sucedía tralo horizonte inmediato. Foron os camiños de ferro os que racharon esa distancia comprimindo o espazo-tempo. O fonógrafo, a telefonía, a radio e a televisión non fixeron senón acelerar o proceso. Julio Cortázar lembra n' *O último round* canto ben lle fixeron os concertos de ópera oídos pola radio na súa infancia bonaerense, e meu pai podería testemuñar o milagre de escoitar o programa *Fiesta en el aire* nun vello aparato de galena, unha singularidade no universo rural en que vivía constringido aos percorridos a pé de verbena en verbena, de acordeón en acordeón, de fadeiro en fadeiro. A polca, a mazurca, a habanera, o baile agarrado que sucede á danza tradicional –muda que describe Castela no seu relato *Sabela*– cómpre imputalo a esa incipiente globalización. Aquí aparece o problema do imperialismo cultural, da aculturación pola brava e por autoestrada de dirección única. Ningún observador honesto poderá negar a realidade desa colonización. Porén, debe considerarse a posibilidade de disxunción, de apropiación por parte das culturas locais ou nacionais: “A polca dos Campaneiros” é música de gaita que non existiría sen ese fenómeno de adaptación ou, se se quer, de subversión da enxurrada de mensaxes achegados polos medios. Entre moitos exemplos extraídos ao longo da ecúmena, da terra habitada polos homes, podemos citar a acollida de telenovelas sudamericanas en Romanía (transferencia de periferia a periferia); o premio Nobel de Soyinka inexplicábel sen a importación da alfabetización e dun repertorio de formas literarias obrada por axentes coloniais pero tamén debida á imaxinación arraizada na mitoloxía nixeriana que achega un plus de orixinalidade (*Notas sobre a ecúmena global*, Ulf Hannerz); ou a apropiación polos públicos hispanos do cinema norteamericano, como índice dun mundo máis brillante e libérrimo, oposto á asfixiante atmosfera da ditadura franquista (está por estudar o impacto dos filmes de Hollywood nos usos amorosos das xeracións españolas de posguerra). A miña experiencia de infante teledicto ilustra esa pugna entre homoxeneización e heteroxeneización: cando eu acudía á cabeceira parroquial a seguir no único televisor dispoñíbel na redonda un capítulo da serie de vaqueiros *Bonanza*, facíao a lombo de burro e ataba o animal nunha figueira á porta da tasca. Tal aceno replicaba o dos propios *cow-boys* que suxeitaban as rédeas dos cabalos no amarradoiro antes de entrar no *saloon*. O *western* era en USA unha estilización histórica, remitía ao século XIX, pero para min e na miña circunstancia era simple actualidade. Outro tanto predicaría do telefilme *Os invasores*, de temática futurista e con alieníxenas que se diferenciaban dos humanos porque non podían dobrar o dedo maimiño. Pois ben, na sociedade rural dos meus avós e pais coñecíanse casos de *invasión*, coma tal unha muller posuída por meigallo que se empeñaba en suicidarse tirándose diante dun coche (vale Deus que pasaban pola estrada comarcal un ou dous ao día) ate que a someteron a un ritual e á pregunta do exorcista (*quen es?*), contestou o feitizo que a dominaba *Soy castellano*. O alien, como *E.T.*, prefería

morrer antes de permanecer lonxe da súa casa, da súa Castela natal, sometido a unha dieta estraña e encortellado no corpo dunha muller.

Os medios, é verdade, banalizan a información e poden provocar alienación, poden persuadir a xente de que, se ignora o roteiro das actualidades, quedará fóra da historia, Por outro lado, ese estar na historia, nos grandes acontecementos (Torres Xemelgas, etc) esperta un interese tan subitáneo como efémero, pois a fabricación continua de eventos acaba por fomentar a indolencia: *A historia acontece, pero non nos acontece a nós non sendo que nos asoballe* (unha personaxe de John Updike). Por contra, non é menos certo que o racismo, a xenofobia e desconfianza perante o al-leo é maior alí onde os medios non familiarizan coa imaxe dos outros (incluso para confirmar, sartreanamente, que o Outro é o inferno precísase coñecelo sequera sexa superficialmente).

A sociedade mediática coloniza. Non soamente hai americanización universal (seica viron *Os vixilantes da praia* dous billóns de persoas), a ese andazo cómpre agregar outros alarmismos secundarios pero a pequena escala máis temíbeis: a vietnamización dos camboxanos, a xaponesización dos coreanos, a rusificación dos armenios, a indianización de Sri Lanka ou a castelanización dos galegos. Entón, el será verdade que o centro fala e a periferia non responde? Cremos que a contestación é posíbel, ben pola vía de converterse en creadores e emisores que non se resignan ao consumo paciente, ben pola apropiación e subversión dos produtos que se orixinan noutras capas da semiosfera.

Mesmo a desterritorialización, corolario dunha sociedade da comunicación –e das migracións–, ofrece xunto con evidentes problemas oportunidades inéditas. Hai pouco participou no Festival de Eurovisión a galega Verónica Codesal en representación de Bélxica; aínda que non cantou en galego, anunciou unha posibilidade: a de que o idioma de Galiza estea presente no Festival un ano destes baixo patrocinio de Suíza, Holanda ou calquera destino emigratorio dos nosos paisanos, hipótese tan plausíbel ou máis que a de que tal cousa sexa consentida pola *nation building*, polo edificio nacional chamado España. Quico Cadaval, excelente contacontos e *showman* de nós, actuou de animador na versión portuguesa de *Operación Triunfo*, e iso débemosllo a unha etnopaisaxe que transcende as alfándegas do vello estado. Escusado é insistir na importancia do ciberespacio para unha comunidade como a nosa, que ten espaxados polo mundo centos de miles de conterráneos. A diáspora pode hoxe conectarse ao vivo, evitando escenas como a daquela emigrada a Bos Aires nun tempo de miseria atroz por estas partes, que espertaba de noite chorando porque en pesadelo regresaba a Galiza. A información non é unha panacea, aínda que resulta moi útil. Non nos fará máis felices necesariamente, porque erosiona a inocencia. Contra

o final dun espléndido romance de Martin Amis, un escritor fracasado acorda de madrugada, saloucando como a nosa compatriota transterrada a Bos Aires, e dámos a coñecer a causa da súa aflición: *É a información, que chega con noite e é nada.*

A TRANSPOSICIÓN DA DIRECTIVA 2001/29/CE. UNHA VISIÓN COMPARADA

*José Manuel Serrano Cañas**

Doutor en Dereito

Colexio de España (Boloña)

I INTRODUCCIÓN

En 1455, un tal Johann (ou Johannes) Gänssfleisch, máis coñecido como Gutenberg, consegue realizar a primeira obra impresa da historia de occidente: a “Biblia de 42 liñas”. Este feito revolucionou non só a técnica da elaboración dos libros (de feito, a aparición da imprenta reduciu o tempo necesario para acabar un códice dos vinte e catro meses empregados polos amanuenses a apenas dous meses de traballo na imprenta), senón que, ademais, o uso e a implantación da imprenta suscita un novo reto ao Dereito de propiedade intelectual, por canto que permitiu e facilitou a distribución e a copia masiva das obras nun nivel até daquela descoñecido –incluso se calcula que antes da imprenta non existían máis de vinte mil exemplares en toda Europa–. Así pois, as novas técnicas de impresión das obras intelectuais fan xurdir a necesidade de protección das creacións intelectuais non xa só como obxectos materiais, senón como fontes de propiedade intelectual: nacen, pois, os dereitos de autor¹.

* Este traballo enmárcase dentro do Proxecto de Investigación: “Problemática jurídica actual de la pequeña y mediana empresa CPYME”. Referencia SEI 2007-67747/JJURI, cuxo investigador principal é o Dr. Juan Ignacio Font Galán.

¹ En efecto, o recoñecemento xurídico da autoría dunha obra literaria ou artística non vén determinada pola necesidade de tutela dos autores, senón pola dos impresores que, levando a cabo un labor editorial da obra, precisaban o monopolio da obra impresa por eles a fin de que ningunha nova edición fixera competencia á súa, poñendo así en risco o capital invertido. A tal fin, loitaban por conseguir do poder público un privilexio de impresión que impedía a sucesiva reprodución tipográfica da obra durante un tempo. A protección do autor realízase, pois, de forma indirecta, isto é, a través do editor. Só posteriormente pasa a protexerse a obra mesma, cando no 1709 o Estatuto inglés da reina Ana prohíbe a publicación de libros e outros escritos sen o consentimento dos autores ou os seus representantes, prevíndose, en caso de infracción, a confiscación dos libros editados sen licenza e o pagamento dunha multa en proporción ao número de folios impresos. *Vid.* AAVV., *Elementos de Derecho Civil, III Derechos Reales*, vol. I, dir. LACRUZ BERDEJO, Dykinson, Madrid, 2003, páx. 341.

Velaí que hoxe nos encontramos no nacemento dun novo momento histórico como resultado da aparición da “nova imprenta”: internet. En efecto, os novos soportes electrónicos do tipo CD-ROM ou DVD cunha capacidade de almacenamento de información moi superior aos soportes analóxicos tradicionais, a tecnoloxía numérica ou dixital, os novos medios de comunicación a distancia por medios telemáticos que permiten comunicarnos interactivamente e intercambiarnos ficheiros nun tempo imbatíbel, a implementación de redes con fíos ou sen fíos de banda larga, paralelamente ao desenvolvemento dos medios de comunicación tradicionais como a radio e a televisión facilitaron até límites inimaxinábeis a comunicación e o intercambio de información entre todos nós e fixeron xurdir unha nova era social, uns novos feitos que reclaman un novo dereito: a sociedade da información.² Resulta necesario, en efecto, reformular e repensar, igual que sucedeu nos tempos da aparición da imprenta, o réxime xurídico dos dereitos de autor a fin de dar resposta xurídica satisfactoria ao gran paradoxo que cohabita nela. Sucede que a sociedade da información se sustenta no principio fundamental do acceso por parte dos cidadáns á maior cantidade de información posíbel, isto é, o acceso ás obras intelectuais dos autores. Esta necesidade de coñecemento convértese nun dos principais produtos reclamados polos cidadáns e, por ende, nun dos máis importantes activos industriais da sociedade postindustrial transmilenaria³. Ao mesmo tempo, sen embargo, este acceso reclamado como dereito de todo cidadán ás obras intelectuais supón un serio perigo á explotación das obras do intelecto por parte dos seus creadores en termos de normalidade. A sociedade da información facilita, por tanto, unha distribución e coñecemento incríbel das copias dos autores entre todos nós, á vez que dificulta o control e a protección do dereito de autor.

O novo dereito de autor que está emerxendo como consecuencia dos novos feitos procedentes da sociedade da información ten que harmonizar, por tanto, tres intereses lexítimos pero á súa vez enfrontados. En primeiro lugar, e fundamentalmente, o novo dereito de autor debe tutelar os intereses dos autores e outros titulares de dereitos afíns aos dereitos de autor. En segundo lugar, débense ter moi presentes os intereses empresariais e do mercado xa que as autoestradas da información representan un novo medio idóneo para o desenvolvemento de novas actividades empresariais. A explotación das obras e prestacións protexidas supón agora un novo nicho de mercado bastante lucrativo. Se ben a necesaria autorización previa dos titulares dos dereitos de

² No Dereito comunitario, a expresión *sociedade da información* utilízase por primeira vez no estudo da Comisión Europea, denominado Libro Branco sobre “Crecemento, competitividade e emprego” (COM [93] 700 final, 5 de decembro de 1993).

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

propiedade intelectual para a dixitalización das súas obras e prestacións, así como para a súa introdución nas redes, pode supoñer un obstáculo que dificulte o desenvolvemento económico deste sector. E, en último lugar, teñen que respectarse os intereses dos usuarios e consumidores, no sentido de que o respecto dos dereitos de autor pode encarecer o acceso á información e, dada a posibilidade da codificación da información, pode producirse un encarecemento do acceso á cultura, incluso unha limitación da difusión da cultura a ámbitos estritamente privados en detrimento dos públicos⁴.

Con todo, carece de sentido a construción dunha sociedade da información, isto é, unha sociedade interconectada mundialmente por redes con fíos e sen fíos na que, por definición, o acceso ao coñecemento das distintas obras e creacións intelectuais supón o elemento esencial e definitorio desta nova era, se paralelamente non se promove e defende a necesaria creatividade e produción industrial (industria de contidos) fronte aos posíbeis ataques que á mesma se infrinxen polo emprego das novas tecnoloxías. Non só é que carece de sentido, senón que o éxito final da sociedade da información vai depender en boa parte dunha protección ponderada dos intereses de autores e industria por medio da lexislación sobre propiedade intelectual.

Agora ben, en realidade, o motor dinamizador do novo dereito de autor vén representado pola defensa do mercado e non tanto pola tutela dos lexítimos dereitos de explotación dos autores respecto da súa obra. Así hai quen vén afirmando que a nosa concepción do dereito de autor (no que se protexe a obra do autor por ser considerada unha prolongación da personalidade do autor) se vai transformando día a día, paso a paso, nun verdadeiro *copyright*, onde a obra intelectual é considerada antes como un obxecto economicamente rendíbel que como un reflexo da personalidade do seu autor⁵. En efecto, en EE.UU. téndese a tratar a obra intelectual como un simple conxunto de informacións que o público usuario ten dereito a reclamar, xa que se considera que o autor debe o resultado creativo antes ao acervo cultural común que ao seu propio carácter e esforzo creativo. Neste sentido, na Directiva 2001/29 podemos ler que os dereitos de autor e dereitos afíns aos dereitos de autor protéxense en tanto en canto esta protección fomenta “un aumento da inversión en actividades de creación e innovación”, necesario para desenvolver a industria europea e incrementar a súa competitividade, o que ao final “preservará o emprego e impulsará a creación de novos postos de traballo” (considerando 4º); ou que, como afirma o seu considerando 7º, “a

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

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

protección dos dereitos de autor e dereitos afíns aos dereitos de autor debe adaptarse e completarse na medida en que resulte necesario para o correcto funcionamento do mercado interior”. De aí que a regulación europea dos dereitos de autor só contemple a vertente económica, obviando calquera referencia ao Dereito moral (non pecuniario) do autor sobre a súa obra, isto é, os dereitos de explotación derivados dos dereitos de autor, obviando a harmonización da regulación dos dereitos morais de autor⁶. É máis, existe un verdadeiro propósito de converter a inversión empresarial nun fundamento adquisitivo de dereitos de autor equiparábel á propia creación da obra, situándose xa no mesmo nivel o “esfuerzo creativo” dos autores e intérpretes e as cuantiosas inversións necesarias para a produción e comercialización de tales obras do intelecto.

No proceso europeo do Dereito de autor cabe sinalar dúas etapas diferenciadas en función do cambio tecnolóxico e da protección dispensada aos autores respecto das súas obras.

– A primeira vén dada por cinco Directivas, ditadas na década dos noventa, que teñen a súa orixe no chamado “Libro Verde sobre os dereitos de autor e o reto da tecnoloxía” e na súa “Posta ao día”⁷. Esta primeira serie de Directivas caracterízase porque subxace unha consideración até certo punto negativa dos dereitos de propiedade intelectual, en tanto que obstáculo para a industria e para a libre circulación de bens e servizos⁸.

⁶ Os dereitos de explotación son aqueles dereitos patrimoniais que se outorgan aos autores para que poidan explotar economicamente as súas obras, e que se traduce na posibilidade de realizar en exclusiva determinadas actividades de difusión ou posta a disposición do público da obra, de tal maneira que a obra só pode ser difundida por terceiros contando coa autorización do autor. De entre os distintos dereitos de explotación que se coñecen, a Directiva só aborda os dereitos de reprodución, distribución, comunicación pública e transformación dunha obra (artigo 22 TRLPI dereito de colección). Con todo, resulta inxustificada a ausencia na Directiva 2001/29 dalgunha referencia ao dereito exclusivo do autor á transformación da súa obra. En efecto, a diferenza das precedentes Directivas parciais (así, a Directiva 91/250/CEE, relativa á protección xurídica dos programas de ordenador, artigo 4 a), cala sobre este asunto a pesar de que a dixitalización e a interactividade aumentan o risco de deformación das creacións protexidas. Esta ausencia de regulación pódese relacionar coa actitude abstencionista que, en xeral, manifestan as Directivas respecto ao dereito moral do autor. Téñase en conta que dentro do dereito moral dos autores respecto das súas obras inclúese a facultade do autor de “oporse a calquera deformación, mutilación ou outra modificación da mesma ou a calquera atentado á mesma que cause prexuízo á súa honra ou á súa reputación” (artigo 6 bis, 1º, Convenio de Berna para a protección das obras literarias e artísticas).

⁷ Os Libros Verdes son documentos de estudo e consulta auspiciados pola Comisión europea que anteceden en moitos casos as súas iniciativas lexislativas. En concreto, as aludidas Directivas dos anos noventa viñeron antecedidas polo Libro Verde sobre os dereitos de autor e o reto da tecnoloxía (CIN [88] 172 final, xuño de 1988), posto ao día sucesivamente en virtude do documento rubricado *Accions derivadas do Libro Verde–Programa de traballo da Comisión no ámbito do dereito de autor e dereitos afíns* (COM [90], 584 final, adoptado o 5 de decembro de 1990).

⁸ Referímonos, concretamente ás Directivas 91/250, sobre protección xurídica de programas de ordenador; 92/100, sobre dereitos de aluguer e préstamo e outros dereitos afíns a os dereitos de autor no

– A segunda fase vén protagonizada pola Directiva 2001/29, de 22 de maio de 2001, relativa á harmonización de determinados aspectos dos dereitos de autor e dereitos afíns aos dereitos de autor na sociedade da información, na que o lexislador europeo parece inclinarse por reforzar a protección do creador intelectual a efectos de potenciar unha industria europea da información autosuficiente e competitiva.

II A DIRECTIVA 2001/29/CE RELATIVA Á HARMONIZACIÓN DE DETERMINADOS ASPECTOS DOS DEREITOS DE AUTOR E DEREITOS AFÍNS AOS DEREITOS DE AUTOR NA SOCIEDADE DA INFORMACIÓN

No proceso de construción dun novo dereito europeo de autor propiciado polo desenvolvemento da sociedade da información faise necesario harmonizar determinados aspectos dos dereitos de autor e dereitos afíns para adaptalos aos cambios propiciados pola sociedade da información. Esta Directiva vén reformar a protección da propiedade intelectual e, máis especificamente, os dereitos de autor, por entender que son as actividades creativas as que posibilitarán a existencia dunha industria europea competitiva. Concretamente, a Directiva 2001/29 persegue fundamentalmente tres obxectivos.

En primeiro lugar, traslada á lexislación comunitaria os compromisos derivados dos últimos tratados internacionais relativos á propiedade intelectual, encamiñados a actualizar a protección internacional dos dereitos de autor e os dereitos afíns á era de internet, completando as disposicións do convenio de Berna co fin de adaptalas ao contorno dixital. Referímonos, concretamente, aos dous Tratados da Organización Mundial sobre Propiedade Intelectual (OMPI) de decembro de 1996 pola Conferencia Diplomática celebrada en Xenebra do 2 ao 20 do mesmo mes, sobre Dereito de Autor (polo que os autores pasan a beneficiarse de protección xurídica en caso de distribución, aluguer comercial e comunicación ao público das súas obras na rede e, ademais, asegúrase unha protección explícita para os dispositivos técnicos e para os sistemas de identificación de xestión de obras), e sobre Interpretación ou Execución e fonogramas, subscrito na mesma data (o cal atinxe aos dereitos afíns e mellora a protección dos artistas intérpretes ou executantes e dos produtores, de tal maneira que pasan a beneficiarse dos dereitos exclusivos de reprodución, distribución, aluguer comercial e posta a disposición do público das

ámbito da propiedade intelectual; 93/83 sobre coordinación de determinadas disposicións relativas aos dereitos de autor no ámbito da radiodifusión vía satélite e distribución por cable; 93/98 sobre harmonización do prazo de protección do dereito de autor e de determinados dereitos afíns e a Directiva 96/9 sobre a protección xurídica das bases de datos, polas que se pretendeu adaptar a regulación do dereito de autor ao impacto derivado das daquela novas tecnoloxías tales como a televisión por cable e por satélite e, particularmente, a tecnoloxía informática.

súas interpretacións/execucións e dos seus fonogramas na rede e, ademais, obteñen o recoñecemento do dereito a unha remuneración pola radiodifusión e por calquera outra forma de comunicación ao público con fins comerciais)⁹. En segundo lugar, o lexislador europeo mostra unha especial preocupación por asegurar que o mercado único non se fragmente polos diferentes niveles de protección que os Estados membros ofrecen, adaptando a lexislación comunitaria ao novo ambiente interactivo e informático. E, en terceiro e último lugar, a Directiva pretende fundamentalmente harmonizar e definir homoxeneamente as actividades de explotación, isto é, os dereitos (ou propiamente dito, facultades) de explotación dos autores respecto das súas obras contempladas parcialmente polas anteriores Directivas, co fin de adaptalas ás novas utilizacións da tecnoloxía, particularmente a copia dixital e as transmisións interactivas “á carta”.

Estes obxectivos intentan conseguirse mediante a harmonización xeral de tres dos dereitos de explotación derivados dos dereitos de autor: reprodución, distribución e comunicación ao público. Isto levouse a cabo a través dunha Directiva que se aproxima máis a un regulamento porque a súa precisión á hora de definir os dereitos e as súas excepcións deixa aos Estados unha marxe de actuación limitada.

1 O dereito de reprodución na Directiva 2001/29

Como pode un imaxinar, o dereito a reproducir a obra intelectual, isto é, o dereito a realizar unha copia da mesma, representa o primeiro dos dereitos de explotación derivados dos dereitos de autor. Desde a aparición da imprenta, recoñeceuse o dereito a obter unha reprodución da obra. Agora ben, a aparición e desenvolvemento das novas tecnoloxías provocou unha modificación na concepción do que deba entenderse por reprodución, que non se encontra suficientemente homoxeneizado entre os distintos estados que compoñen a Unión Europea. En efecto, en todas as lexislacións nacionais se recoñece o dereito dos autores a reproducir as súas propias obras, se ben o alcance do mesmo non é idéntico, sobre todo no que se refire aos actos de reprodución¹⁰. O problema estriba en saber se na definición de dereito de

⁹ A adhesión aos Tratados da OMPI lévase a cabo a través da Decisión do Consello, de 16 de marzo de 2000, relativa á aprobación en nome da Comunidade Europea do Tratado da OMPI sobre dereito de autor e do Tratado da OMPI sobre interpretación ou execución e fonogramas. Os convenios de París (para a protección da propiedade industrial) e Berna (para a protección das obras literarias e artísticas) constitúen as bases do sistema de Tratados da OMPI. Os Tratados posteriores ampliaron a protección ofrecida tendo en conta as evolucións técnicas e os novos ámbitos de interese (por exemplo, a *sociedade da información*).

¹⁰ Por poñer un exemplo, en Italia, a xa reformada Lei de Dereito de autor de 22 de abril de 1941, núm. 633, entendía que o dereito exclusivo de reprodución do autor respecto das súas obras tiña por obxecto toda copia da obra realizada “con calquera medio, como a copia a man, a impresión, a litografía, a gravación, a fotografía, a fonografía, a cinematografía e calquera outro procedemento de reprodución”.

reproducción se inclúen ou non actos como a dixitalización ou a carga e descarga por teleproceso dunha obra desde un ordenador.

A Directiva 2001/29 intenta poñer fin a tan acalorada discusión establecendo unha definición o máis ampla posíbel do dereito de reprodución, de tal maneira que abarque todos os posíbeis actos de reprodución. No artigo 2 da referida Directiva de 2001, en efecto, recoñécese ao autor e aos titulares dos dereitos afíns ao de autor “o dereito exclusivo a autorizar ou prohibir a reprodución directa ou indirecta, provisional ou permanente, por calquera medio e en calquera forma, da totalidade ou parte” dunha obra ou outra prestación protexida. O autor ten a facultade de consentir o seu exercicio excepto en determinados casos establecidos na Directiva e que se regulan no artigo 5. Con todo, a teor deste artigo 2 da Directiva, o dereito a reproducir toda obra intelectual comprende, por tanto, as seguintes condutas:

a) A reprodución directa ou indirecta ou realizada por calquera medio e en calquera forma

Esta distinción entre reprodución directa ou indirecta viña sendo xa contemplada por algunhas lexislacións europeas como a alemá, a francesa e incluso a propia lexislación española. A representación directa, que foi o primeiro concepto de representación que se deu, estaba ligada á imprenta e ao concepto de multiplicación: isto é, baseábase na fixación material da obra que permite a súa ulterior comunicación. Esta definición material do dereito de reprodución, sen embargo, tras o avance tan espectacular da técnica informática, ficou periclitada. Polo contrario, faise necesario desvincular a idea de “reprodución” da de “multiplicación” ou consecución dunha pluralidade de copias da obra. En efecto, a dixitalización dunha obra non comporta necesariamente unha translación da obra a un medio físico, senón a súa simple conversión a un código binario, isto é, a copia non só é intanxíbel, senón ademais imperceptíbel para os demais sentidos humanos. Resulta, por tanto, necesario preguntarse e harmonizar –a nivel europeo, ao menos– se esa reprodución dixital require ou non a autorización do autor.

A Directiva móstrase receptiva a aceptar as teses que avogan por recoñecer aos autores o dereito a autorizar ou prohibir as copias das súas obras por medios dixitais. Así, mediante o concepto de reprodución indirecta e, por se este instrumento non fora o suficientemente claro, mediante o concepto de “representación por calquera medio e en calquera forma” estende o ámbito de protección a aqueles supostos nos que a obtención dunha copia ou a representación da mesma se leva a cabo mediante a súa posta a disposición por medios incorporais, como sucede, por exemplo, ao descargarse arquivos utilizando internet ou ao transmitir en diferido un determinado evento protexido por dereitos de autor. Tan só resulta suficiente coa súa fixación ou incorporación a un medio distinto do que serviu para creala ou expresala

por primeira vez para que poida entenderse consumada a reprodución ou, mellor aínda, coa simple fixación nun soporte tal que permita ou teña a potencialidade de reproducir, crear copias da obra intelectual ou a súa comunicación a terceiros.

b) A reprodución provisional e permanente

En segundo lugar, a Directiva fala de “reprodución provisional e permanente” como conduta constitutiva do dereito de reprodución e, como tal, necesitada da autorización do autor. Con esta especificación quérese poñer fin á discusión amplamente debatida na Conferencia Diplomática de Xenebra de 1996 na que se dubidaba de se o dereito a consentir as reproducións da obra abarcaba ou non aquelas que, como sucede no mundo dixital, permiten a reprodución dunha obra ou parte da mesma por un período determinado de tempo¹¹. O problema estriba en que o uso de determinadas redes de telecomunicación, como internet, comporta a realización de múltiples copias efémeras desde que a información sae do provedor até que chega ao usuario final. Neste sentido, a Directiva chegou á conclusión de que as copias provisionais só son “libres” (isto é, só poden xerarse sen a autorización do autor) sempre que se cumpran os seguintes requisitos:

En primeiro lugar, a copia provisional poderá realizarse libremente se dita copia forma parte integrante e esencial dunha transmisión nunha rede dirixida por un intermediario a terceiras persoas ou de calquera outra utilización lícita que poida precisar igualmente ese tipo de reproducións transitorias. Por tanto, só son lícitas as copias provisionais transmitidas en rede sempre que se trate:

– de actividades de simple transmisión ou transporte de datos facilitados polo titular (artigo 5.1);

– de ficheiros *caché* (artigo 5.1), que consisten en copias temporais da información transmitida na rede polo usuario do servizo de intermediación, pero que serven só para acelerar e facilitar a transmisión dos datos.

E, en segundo lugar, serán libres as “reproducións efémeras” na medida en que carezan “dunha significación económica independente” (como expresamente o esixe o artigo 5.1).

c) Límites do dereito de reprodución: a excepción de copia privada

Ante a amplitude do ámbito obxectivo comprendido no novo dereito de reprodución das obras intelectuais, o lexislador europeo introduce no artigo 5.5 unha limitación importante á potestade e ao requirimento da necesidade de obter a au-

¹¹ Téñense en mente, por exemplo, aqueles programas informáticos obtidos da rede que desaparecen aos 30 días do disco duro do ordenador do usuario.

torización do autor para a obtención de copias de obras: a excepción de copia para uso privado. Até o presente, a reprodución libre de autorización a efectos do uso ou goce privado das creacións protexidas constitúe un dos límites institucionais da propiedade intelectual. Límite que vén sendo xustificando aducindo o respecto á vida privada e á intimidade do usuario da obra; se ben, pouco a pouco a realidade e o avance da técnica están minando os cimentos sobre os que se sustenta este “dereito á copia privada”. En efecto, os defensores do dereito a obter unha copia privada sen a autorización dos autores aducían que as reproducións para uso privado non entrañan unha mingua substancial ou intolerábel do contido económico do dereito de autor. E, á súa vez, que polo seu carácter privado ou doméstico, este tipo de uso resulta *per se* incontrolábel. Sen embargo, nin unha nin outra razón pode manterse en pé por moito tempo. En realidade, a copia privada non pode afirmarse que resulte inocua, vistos os datos sobre as descargas de ficheiros en internet, nin ademais se sustenta a suposta incapacidade de control das descargas por internet –posto que, por exemplo, a través da identificación do usuario que realiza a copia pódese facilmente ter coñecemento e localizado, ao menos, o ordenador que está levando a cabo unha descarga dunha obra intelectual sen o consentimento do seu autor–. É máis, a descarga de ficheiros por internet pode, incluso, ser restrinxida ou impedida por dispositivos técnicos introducidos ou autorizados polo propio titular da obra.

Pese a todo, a Directiva 2001/29 optou por manter a excepción de uso privado para a copia dixital. Esta excepción baséase na coñecida como proba das tres fases, creada no Convenio de Berna (artigo 9.2), pola que todo límite ou excepción ao dereito de propiedade intelectual (máis concretamente, toda excepción ao dereito de reprodución das obras intelectuais) debe, en primeiro lugar, estar nitidamente delimitada e concretada para “determinados casos”; en segundo lugar, non pode entrar “en conflito coa explotación normal da obra ou prestación”; e, por último, non debe prexudicar “inxustificadamente os intereses lexítimos do titular do dereito”. Se ben, este artigo 5.5 da Directiva 2001/29 non leva a cabo unha completa harmonización a nivel europeo da excepción de copia privada. Basicamente o que fai este artigo é incluír esta excepción como unha máis das excepcións ao dereito exclusivo de reprodución que os Estados membros da UE poderían introducir nas súas lexislacións nacionais. É máis, esta excepción en si mesma non resulta de obrigada transposición ás lexislacións dos distintos Estados membros, de tal maneira que o contido e a extensión da mesma quedan en boa parte á discreción de cada Estado membro.

En suma, da regulación contida na Directiva pódense extraer como conclusións que efectivamente se trata dunha excepción a un dereito exclusivo de autores e outros titulares de dereitos, ou dito doutra maneira, que non se trata dun dereito do usuario; que o usuario pode exixir en certos casos que esa excepción teña unha aplicación

efectiva (refírome á relación entre a copia privada e as medidas técnicas de protección); e que para que haxa copia privada ten que haber unha compensación equitativa¹².

2 O dereito de distribución na Directiva 2001/29

O dereito dos autores a autorizar ou prohibir a distribución das reproducións realizadas á súa obra representa, como pode un imaxinar, un dereito instrumental, complementario do dereito de reprodución e é o que menos ten sido afectado polo avance tecnolóxico¹³. Así pois, mantense o tradicional concepto de distribución acuñado a comezos do século XX. Segundo esa noción, continuada no artigo 4 da presente Directiva, o dereito de distribución consiste na facultade exclusiva do seu titular de poñer a obra a disposición do público a través de representacións físicas da mesma, xa sexan estas do propio orixinal ou copias da obra¹⁴. En suma, o dereito de distribución confire ao seu titular o poder de controlar o destino ou circulación das copias tanxíbeis da súa obra. Estamos, por tanto, ante o dereito de contido e carácter máis tipicamente patrimonial de entre os que conforman os dereitos de explotación derivados dos dereitos de autor, xa que só busca asegurar a comercialización e certo control na circulación da súa obra para garantirlle unha retribución económica que comprende o seu traballo intelectual ou artístico.

Tendo en conta este menor impacto das novas tecnoloxías sobre o dereito de distribución, a Directiva, no seu artigo 4, quixo harmonizar o dereito de distribución dos autores de todo tipo de obras en todos os casos nos que aínda non se fixera¹⁵; e, fundamentalmente, a importancia desta nova regulación radica en que se harmoniza o “esgotamento” do dereito de distribución en relación coa venda de exemplares dunha obra (*first sale doctrine*), debido a que algúns Estados membros non estableceran límites ao principio de esgotamento. En consecuencia, existían países que aplicaban o esgotamento internacional, de maneira que a primeira venda dun artigo en calquera lugar do mundo polo titular do dereito ou co

¹² Vid. CABRERA BLÁZQUEZ, F. J., «Regulación de la copia privada a nivel europeo y jurisprudencia reciente en materia de redes P2P», *@utor y Derecho*, 2006, páx. 2.

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

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

¹⁵ En efecto, as anteriores Directivas só estableceran de forma parcial a facultade exclusiva do autor para distribuír determinadas obras, como por exemplo, os programas de ordenador e as bases de datos (así o artigo 4 c] da Directiva 91/250, sobre protección xurídica de programas de ordenador; e o artigo 5 c] da Directiva 96/9 sobre a protección xurídica das bases de datos) ou ben, referíndose aos autores de toda clase de obras, só dotaran dunha regulación harmonizada algúns dos poderes incluídos neses dereitos (como sucede, por exemplo, coa Directiva 92/100, sobre dereitos de aluguer e préstamo).

seu consentimento esgotaba o dereito de distribución; en cambio, outros Estados defendían o esgotamento nacional e non recoñecían os efectos do esgotamento a vendas realizadas noutros Estados membros.

Este problema inténtase resolver a través da figura do “esgotamento comunitario”. En efecto, as normas comunitarias precedentes xa descartaban o esgotamento internacional e decantábanse exclusivamente polo esgotamento comunitario. O fundamento deste principio de esgotamento comunitario encóntrase na xurisprudencia do Tribunal de Xustiza da Comunidade Europea¹⁶, que conciliou o principio de libre circulación de mercancías na Comunidade coa protección do obxecto específico dos dereitos de propiedade intelectual, chegando á conclusión de que o dereito de distribución debe esgotarse coa primeira venda do artigo na Comunidade Europea, sempre que a venda sexa efectuada polo titular do dereito ou co seu consentimento.

Por aplicación da asunción do principio do “esgotamento comunitario do dereito de distribución”, a adquisición directa dos exemplares dunha obra transmitida directamente polo titular lexítimo ou mediando o seu consentimento en calquera dos Estados membros da Unión Europea considérase “primeira venda” na Unión Europea, co que se extingue o dereito de distribución para as vendas sucesivas (ou para calquera acto translativo do dominio)¹⁷ na Unión Europea. De tal maneira que, se nun momento posterior, se realiza unha distribución dos exemplares lexítimamente obtidos a outro Estado membro xa non haberá dereito de distribución do autor porque se terá esgotado. E ao contrario, isto é, se un titular adquire os exemplares fóra da Unión Europea, dita venda non é considerada primeira venda no ámbito da UE, porque non se admite o esgotamento internacional; e, en consecuencia, se revende ditas obras nun Estado da Unión Europea deberá

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

¹⁷ En efecto, o artigo 4.2 da Directiva establece o esgotamento a partir de “a primeira venda ou outro tipo de cesión da propiedade do obxecto”. Paralelamente, o artigo 6 do Tratado da OMPI sobre dereito de autor entende producido tal efecto “despois da primeira venda ou transferencia de propiedade do orixinal ou dun exemplar da obra con autorización do autor”. Así pois, o esgotamento do dereito de distribución prodúcese non só mediante a primeira venda, senón por calquera outro acto con tal de que se transfira o dereito de propiedade sobre o concreto exemplar, sen distinguir entre o alleamento a título oneroso ou gratuíto. Se ben, como establece o parágrafo segundo do artigo 4 da Directiva, o aluguer ou o préstamo non determina o esgotamento do dereito de distribución; de aí que a Directiva 92/9 reserve ao autor o dereito a controlalas e a ser remunerado por elas. *Vid.* MARCO MOLINA, J., «La armonización de la legislación sobre propiedad intelectual en las Directivas comunitarias», *op. cit.*, pág. 1052.

pagar os dereitos de distribución ao titular lexítimo dos dereitos de propiedade intelectual en dito Estado¹⁸.

3 O dereito de comunicación pública e o de posta a disposición *on demand*

A Directiva 2001/29, no seu artigo 3, outorga aos autores o “dereito” ou “facultade exclusiva” a “autorizar ou prohibir calquera comunicación ao público (...) incluída a posta a disposición do público das súas obras”. Como é sabido, as novas tecnoloxías posibilitaron a posta a disposición do público das obras protexidas e outros traballos afíns sen necesidade de materializalos nun soporte físico, nun exemplar. Ao contrario, o mundo informático posibilita a explotación incorporal ou a posta a disposición da obra ao público sen previa distribución de exemplares. Isto ocorre concretamente no caso da explotación en liña, a través de redes, de obras protexidas pola propiedade intelectual; en particular a realizada á carta, (*on demand*). Estas transmisións “á carta” comportan a peculiaridade de que unha obra ou traballo afín almacenado de forma dixital ponse a disposición das persoas interesadas de forma interactiva, é dicir, calquera usuario pode acceder á obra e solicitar a súa transmisión en forma de sinais dixitais ao seu ordenador a través de internet ou outra rede de alta velocidade, para a súa visualización ou descarga, dependendo da licenza aplicábel.¹⁹

Este novo acto de explotación non encaixa co concepto tradicional de comunicación pública requirida de autorización polos autores. Facíase necesario, ante tal baleiro xurídico, dar unha resposta xurídica adecuada por parte dos Estados membros. O dereito de distribución, en suma, non podía aplicarse porque só estaba pensado e só contemplaba as copias físicas e non cobre o acto de transmisión. Ao mesmo tempo, tampouco era posíbel aplicar o dereito de reprodución porque este non cubría o acto de transmisión en si mesmo. En efecto, pese a que pode chegar a comportar a realización de copias polo usuario, a transmisión á carta non pode ser cualificada como reprodución, posto que, dado o carácter só eventual desas copias, suscitaríase unha lagoa de protección no caso de que non chegaran a efectuarse. Por outra parte, a transmisión á carta tampouco pode ser tipificada como distribución, dado que difunde a obra sen poñer a disposición do público exemplares tanxíbeis da mesma.

Pese a todo, existía certa unanimidade por parte dos Estados membros en aceptar e asumir que as novas formas de explotación e comunicación dixital ao

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

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

público das obras intelectuais debían quedar sometidas a un dereito de control polos autores. Sen embargo, esta nova concepción do dereito de comunicación (ou, mellor, este novo dereito de comunicación ao público) distaba moito de ser uniforme por parte dos distintos Estados membros, pois máis ben se prevén unha serie de dereitos específicos de características dispares que forman parte integrante do dereito de comunicación ao público (dereito de execución e representación, dereito de comunicación ao público mediante son ou gravacións audiovisuais, dereitos de comunicación ao público por medios sen fíos, etc.)²⁰. Ademais as distintas lexislacións dos Estados membros sobre comunicación ao público non sempre protexen a mesma categoría de obras e traballos afíns, o que provoca lagoas xurídicas á hora de aplicarlas a esta nova forma de explotación “á carta”. A todo isto hai que engadir as discrepancias interpretativas respecto ao carácter “público” da comunicación das obras protexidas por dereitos de autor. Por iso, nalgúns Estados as transmisións á carta poderían considerarse comunicacións non dirixidas ao público e non quedar cubertas por este dereito²¹.

Ante tal confusión, a Directiva 2001/29 optou por establecer no artigo 3 o dereito exclusivo a favor dos autores “a autorizar ou prohibir calquera comunicación ao público das súas obras, por procedementos con fíos ou sen fíos, incluída a posta a disposición do público das súas obras de tal forma que calquera persoa poida acceder a elas desde o lugar e no momento que elixa”. Neste sentido, o lexislador europeo entende por “público” a suma de cada un dos individuos que de forma individualizada accede á mesma obra, isto é, a concorrencia dunha pluralidade de persoas non ligadas por vínculos persoais. En suma, pouco a pouco vaise consolidando a opinión de que o ámbito privado pertence só ao núcleo familiar.

Con tal concepción do carácter público da comunicación quérese excluír que se poida cualificar como privada a comunicación de arquivos mediante os sistemas “P2P”. En efecto, o carácter público establécese atendendo primariamente á actividade do difusor da obra, sendo indiferente o uso (privado ou público) que dela poida facer o seu destinatario. E, ademais, para que poida ser considerado como público, o acto de comunicación non se require que se realice de forma efectiva e simultánea entre distintas persoas, senón que é suficiente a simple potencialidade pública, isto é, a accesibilidade potencial do público á obra.

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

²¹ Incluso no plano internacional existían serias dúbidas acerca de se o dereito de comunicación pública establecido pola convención de Roma e Berna cubrían xa as transmisións en liña das obras e traballos afíns.

a) O dereito de comunicación ao público e as redes P2P

Xorde así o problema de se a excepción de copia ou de comunicación privada das obras intelectuais sen o consentimento dos autores resulta aplicábel ou non ao intercambio de ficheiros a través das redes *peer to peer*. Para dar resposta adecuada ao fenómeno das redes P2P hai que facer unha distinción entre a oferta (*upload*) dos ficheiros protexidos por dereitos de autor, por un lado, e a descarga de tales ficheiros (*download*) por outro, debido a que un e outro comportamento comportan unha diferente avaliación e cualificación xurídicas²².

En efecto, a oferta de ficheiros protexidos por dereitos de autor en redes P2P entraría dentro do concepto de “posta a disposición do público” de obras ou prestacións protexidas, co que necesitan a autorización do habente-causa. Pola súa parte, a persoa que descarga obras protexidas por dereitos de autor faino normalmente para o que na linguaxe común se chama uso privado, é dicir, para escoitalo na casa, no ordenador, no móbil ou o reprodutor MP3... todo isto sen ánimo de lucro, ao menos no sentido estrito da expresión. Así pois, xorde a dúbida de se a descarga pode beneficiarse por iso da excepción de copia para uso privado.

O problema complicase posto que, como xa se puxo de manifesto anteriormente, a introdución nos distintos ordenamentos da excepción de copia para uso privado non é obrigatoria, a teor da presente Directiva. Por tanto, a sanción da descarga por Internet dependerá primeiro de que se recollera ou non tal excepción de copia para uso privado no país correspondente²³. No caso de que a haxa, haberá que analizar se o concepto de “uso privado” cobre as descargas realizadas nunha rede *peer to peer*. Por exemplo, no Reino Unido non existía até a *Consolidated Act on copyright 2003* unha auténtica excepción de uso privado. Certo é que estableceran unha serie de supostos, que conforman a denominada *fair dealing defenses*, nos que estaba permitido o uso de obras e prestacións protexidas como sucedía nos supostos de investigación, estudo privado, crítica, comentario, noticias, varios usos educacionais, uso en librerías e arquivos ou na administración pública²⁴. Estas excepcións non cobren as actividades de intercambio de ficheiros en redes P2P, co que parece que no Reino Unido o tema está máis que claro²⁵.

²² Vid. CABRERA BLÁZQUEZ, F. J., «Regulación de la copia privada a nivel europeo y jurisprudencia reciente en materia de redes P2P», *op. cit.*, páx. 3 e ss.

²³ Se ben, aproveitando a necesaria transposición da Directiva nos seus respectivos ordenamentos, a maioría dos países do noso contorno adoptaron as súas lexislacións para excluír explicitamente as descargas non autorizadas desde páxinas web ou redes P2P.

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

²⁵ Aínda así, hai quen argumenta que a chamada excepción de interese público podería ser aplicábel

Á súa vez, a recente modificación da lei de dereitos de autor sueca introduciu unha clarificación á excepción de copia para uso privado: esta non confire un dereito a realizar copias dunha obra cando o orixinal (*förlagan*) foi preparado ou foi posto a disposición do público en violación dun dereito de comunicación pública²⁶.

En Alemaña, a lexislación anterior á transposición da Directiva²⁷ di que hai copia ilícita cando esta se realiza a partir dun orixinal que foi producido de maneira manifestamente ilícita. Pese a ter sido introducida para excluír as descargas do réxime da copia privada, esta regra causa unha certa inseguridade xurídica, xa que no caso de intercambio de ficheiros vía P2P a oferta é ilícita (como vimos), pero a copia ofrecida ao público non foi producida de maneira manifestamente ilícita, xa que en moitos casos se trata dunha copia privada do oferente. Con isto, o usuario que descarga podía (ao menos en teoría) acollerse á excepción de copia privada recollida no artigo 53 da lei de dereitos de autor alemá. Hai que dicir que na práctica xa houbo casos en Alemaña nos que se condenaron usuarios por oferta e descarga ilegal, como en Cottbus de 14 de maio de 2004²⁸. O 3 de xaneiro de 2006 efectuouse a transposición da Directiva²⁹. O artigo 53 considera ilícita non só a copia realizada a partir dun orixinal que foi producido de maneira manifestamente ilícita senón tamén cando a oferta en

ao caso. En efecto, no artigo 12 da *Consolidated Act* establécese por fin a excepción de reprodución para o uso privado, de tal maneira que “calquera está autorizado para facer ou ter feito, para fins privados, simples copias de traballos que foron feitas públicas se isto non se fai con propósitos comerciais” e, ademais, calquera está autorizado a “(v) facer simples copias en formato dixital doutros traballos (...) a menos que isto se faga exclusivamente para o uso persoal ou dos membros da súa casa (*make single copies in digital form of other works than computer programs and databases unless this is done exclusively for the persoal use of the copying person himself or his household*)”. *Vid. Copyright vs. Free Expression: The Case of Peer-to-Peer File-Sharing of Music in the United Kingdom*. *International Journal of Communications Law and Policy*, Vol. 10, 2005, dispoñíbel en: <http://ssrn.com/abstract=847905>.

²⁶ *Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk* (Lei sueca 1960:729 de 30 decembro de 1960 sobre dereitos de autor en obras literarias e artísticas), modificada por última vez o 1 de xullo de 2005. Unha versión consolidada en inglés está dispoñíbel en: <http://www.sweden.gov.se/content/1/c6/01/51/95/69b07709.pdf>

²⁷ *Urheberrechtsgesetz – Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 9. September 1965 (BGBl. I S. 1273) – Stand 13. September 2003* (Lei alemana de dereitos de autor e dereitos conexos de 9 de setembro de 1965, versión consolidada segundo a última modificación de 13 de setembro de 2003), dispoñíbel en: <http://www.urheberrecht.org/topic/Info-RiLi/final/UrhG-2003-kons.pdf>

²⁸ *Vid.* sentenza do AG Cottbus de 14 maio de 2004, Az.: 95 DS 1653 JS 15556/04 (57/04), dispoñíbel en: http://www.beckmannundnorda.de/urteil_filesharing.html

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

si é manifestamente ilícita. Así quedará claro que descargar copias de obras protexidas a través de sistemas de intercambio de ficheiros P2P sería ilegal. Todo hai que dicilo, o termo «manifestamente ilícito» contén un elemento subxectivo que probabelmente dará de que falar no futuro.

Austria tamén ten unha excepción de uso privado, pero coa seguinte salvidade: unha copia non se considera privada cando «é realizada co obxecto de poñer a obra a disposición do público. As copias realizadas para uso privado non deben ser utilizadas para poñer a obra protexida a disposición do público»³⁰. Isto é unha referencia clara ao intercambio de ficheiros en redes P2P, aínda que parece que o dereito de comunicación pública xa cubría suficientemente este suposto. En calquera caso, toda clarificación debe ser benvida.

En Italia houbo unha gran controversia ao respecto. Alí existe unha excepción de copia privada ampla, que é a copia realizada por unha persoa física para uso exclusivamente persoal sen ánimo de lucro e sen fins nin directa nin indirectamente comerciais, sempre tomando en consideración as medidas tecnolóxicas introducidas polos titulares de dereitos³¹. Pero existe tamén o chamado Decreto Urbani³². Este decreto (na súa primeira versión) incluía explicitamente sancións administrativas a quen realizara descargas de material protexido por dereitos de autor. Ao final, este decreto non incluíu esas sancións, en gran parte debido á oposición popular a esta norma. Aquí estamos falando de sancións impostas polo Estado. Isto non exclúe a eventual responsabilidade civil do que descarga ficheiros por infracción do dereito de reprodución.

Despois están os países que conservaron unha excepción de copia privada máis xeral e ampla. Nesta liña encontrámonos, por exemplo, coa lei de propiedade intelectual da República Checa, onde se fala de copia «para uso persoal». En Polonia, pola súa parte, reconécese a posibilidade de realizar «copias para uso persoal,

³⁰ *Bundesgesetz über das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Kunst und über verwandte Schutzrechte*, StF: BGBl. Nr. 111/1936 i.d.F. der UrhG–Novelle 2003 (Lei Federal austríaca sobre dereitos de autor e dereitos conexos, versión consolidada segundo a última modificación de 1 de xullo de 2003), dispoñíbel en: http://www.internet4jurists.at/gesetze/bg_urhg2a.htm

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

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

incluíndo o uso polo círculo de persoas que teñen unha relación persoal co usuario, en especial familia, parentesco ou relacións sociais»³³. En Holanda, pola súa parte, a lei fala de «un número limitado de reproducións só para práctica, estudo ou uso privado para fins nin directa nin indirectamente comerciais da persoa física que realiza a reprodución ou que solicita esa reprodución só para ela»³⁴. Segundo o artigo 122-5-2 do Código da propiedade intelectual francés³⁵, o autor non pode prohibir as copias ou reproducións estritamente reservadas ao uso do copista cando a obra foi publicada de maneira lícita. A lei de dereitos de autor belga vén dicir pouco máis ou menos o mesmo, pero especificando que se trata de reproducións efectuadas no círculo familiar e reservadas a este (artigo 22-1-5)³⁶. Nestes países, unha interpretación literal da lei podería levar a pensar que a descarga está cuberta pola excepción de copia privada.

Por último, convén destacar que antes da aparición da Directiva de comercio electrónico, a simple subministración de instalacións físicas para facilitar a comunicación non supón un acto de comunicación ao público. Con iso, tratábase de protexer os prestadores de servizos en liña das demandas por vulneracións de dereitos de autor que cometesen os seus usuarios. Isto foi suprimido da DDASI pola aprobación da Directiva de comercio electrónico que contempla a responsabilidade civil para os prestadores de servizos en liña, no artigo 12 e seguintes.

En suma, a dúbida sobre a aplicación ou non da excepción de copia privada ou da concepción pública da posta a disposición a través das redes P2P continúa e, finalmente, terán que ser os tribunais os que digan a última palabra en canto á interpretación de tales conceptos xurídicos indeterminados³⁷.

³³ Ver GRAHAM, A., “Private Use, Public Consequence? The Future of the Private Copy Ex5ception in Europe”, publicado en *Copyright World*, decembro 2004/xaneiro 2005, No. 146.

³⁴ *Wet van 23 september 1912, houdende nieuwe regeling van het auteursrecht (Auteurswet 1912) Geconsolideerde versie, geldig vanaf 01-02-2003* (Lei holandesa de dereitos de autor de 23 de setembro de 1912, versión consolidada segundo a última modificación de 1 de febreiro de 2003). Unha versión consolidada en inglés está dispoñíbel en: <http://www.ivir.nl/legislation/nl/copyrightact.html>

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

³⁶ *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins de 30 juin 1994* (Lei de dereitos de autor e de dereitos conexos de 30 de xuño de 1994), versión consolidada segundo a última modificación de 22 de maio de 2005, dispoñíbel en: http://www.juridat.be/cgi_loi/loi_F.pl?cn=1994063035

³⁷ Curiosamente os tribunais de dous países veciños como Bélxica e Holanda deron solucións contrapostas. En Bélxica (sentenza do Tribunal Rexional de Bruxelas de 26 de novembro de 2004, 04/8975/A) a sentenza dun caso que enfrontaba unha sociedade de xestión colectiva a un provedor de servizos de internet afirmaba de pasada que o intercambio de ficheiros infrinxe tanto o dereito de comunicación

como o de reprodución, é dicir, tanto a oferta como a descarga. En Holanda, un tribunal decidía en maio de 2004 (sentenza do tribunal de Haarlem de 12 de Maio de 2004, 85489/HA ZA 02–992, dispoñíbel (en inglés) en: http://www.solv.nl/rechtspraak_docs/District%20Court%20Haarlem%20120504.pdf) que o motor de busca *Zoekmp3* non infrinxía dereitos de autor, xa que simplemente listaba páxinas web desde onde se podía descargar ficheiros musicais sen a autorización dos titulares de dereitos. Ademais, o tribunal afirmou que o simple feito de descargar música sen compartila está cuberto pola excepción de copia privada. Por desgraza non podo dicir con seguridade se estes casos foron apelados ou están pechados.

En Francia houbo unha serie de sentenzas para todos os gustos. Se ben todas confirman que o *upload* infrinxe o dereito de comunicación pública dos titulares de dereitos, certas sentenzas consideraron ilegal a descarga, mentres que outras optaron por non ocuparse do tema ou simplemente o consideraron un caso de copia privada. Como dicíamos antes, segundo o CPI francés o autor non pode prohibir as copias ou reproducións estritamente reservadas ao uso do copista. A lexislación francesa non di nada en canto ás circunstancias de produción da citada copia privada. Isto último será por tanto interpretado polos tribunais caso por caso. A xurisprudencia francesa aínda no se pon de acordo. En abril de 2004 o tribunal de Vannes condenaba a 3 meses de prisión e a unha sanción pecuniaria a seis internautas que descargaran sen autorización dos habentes–dereito películas, música, vídeoxogos e programas informáticos (sentenza do *Tribunal de grande instance* de Vannes, de 29 de abril de 2004, *Ministère public, Fédération nationale des distributeurs de films (FNDF), Syndicat de l'édition vidéo et autres c/ Claude Le C., Michel Le M., Grégory L., et autres*. Dispoñíbel en : <http://www.foruminternet.org/telechargement/documents/tgi-van20040429.pdf>). A razón desta condena, a ausencia da citada autorización. Un razonamento simple, claro e bastante conciso. Sen embargo, nun caso similar o tribunal de Rodez daba a razón a un internauta en base á excepción de copia privada (sentenza do TGI de Rodez, de 13 de outubro de 2004, *Fédération nationale des distributeurs de films et autres c/ A. Delicourt*. Dispoñíbel en: <http://www.foruminternet.org/telechargement/documents/tcorrodez20041013.pdf>). O tribunal engadía que o artigo 311–1 do CPI prevé un canon sobre os CD–ROMs virxes nos que el gravara as obras en cuestión, co que houbera unha remuneración por copia privada. Esta sentenza foi confirmada polo tribunal de apelación de Montpellier (sentenza da *Cour d'appel* de Montpellier, 10 de marzo de 2005, *Ministère Public, FNDF, SEV, Twentieth Century Fox et a. c/ Aurélien D.*, dispoñíbel en: <http://www.juriscom.net/documents/camontpellier20050315.pdf>), aínda que está recorrido en casación.

Máis ou menos polas mesmas datas outro tribunal, esta vez o de Pontoise (sentenza do TGI Pontoise, 2 febreiro de 2005, *SACEM, SDRM, SPPF, SCPP c/ Alexis B.*, dispoñíbel en: <http://www.juriscom.net/documents/tgipontoise20050202.pdf>), si consideraba ilícita a descarga, recordando ademais que o programa de intercambio de ficheiros utilizado neste caso impoñía a apertura do disco duro do usuario a outros usuarios da rede P2P. Outras sentenzas non tomaron en consideración a cuestión da descarga, como a do Tribunal do Havre, na que se condenou o usuario só pola posta a disposición de ficheiros protexidos por dereitos de autor (sentenza do TGI Havre, 20 de setembro de 2005, *Monsieur L. T. c/ SACEM*, dispoñíbel en: <http://www.juriscom.net/documents/tgihavre20050920.pdf>). Hai que dicir que esta sentenza seguiu o procedemento chamado de comparación sobre a base dun recoñecemento anterior de culpabilidade [*Procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité* (tamén coñecida como *plaidier-coupable*)]. Segundo este procedemento, o Procurador da República (é dicir, o fiscal) propón ao xuíz unha pena aceptada polo inculpado tras recoñecer este a súa culpabilidade. Neste caso o Procurador da República non retivo como feito ilícito a descarga na súa proposta de pena. Finalmente atopámonos con dúas decisións contrapostas, unha do tribunal de Châteauroux (sentenza do TGI Châteauroux, 15 de decembro de 2004, *Ministère Public c/ Monsieur F. P.*, dispoñíbel en: <http://www.juriscom.net/documents/tgichateauroux20041215.pdf>) e outra do tribunal de Baiona (sentenza do TGI Bayonne, corr., *Ministère Public et SCPP c/ Monsieur D. T.*, 15 novembro de 2005, dispoñí-

b) Límites do dereito de comunicación pública: exclusión do esgotamento

Por último, en relación co dereito de comunicación ao público das obras protexidas por dereitos de autor, convén facer unha pequena referencia ao contido do terceiro parágrafo do artigo 5, polo que a retransmisión en liña dunha obra ou traballo afín protexido non esgota o dereito de comunicación ao público dunha obra ou traballo afín, independentemente do procedemento utilizado. A comunicación ao público devén, así, nun acto que se pode repetir tantas veces como se queira sempre que se obteña o consentimento do titular para cada acto de comunicación ao público. Con iso resólvese o problema de se existe esgotamento ou non deste dereito. Atendendo ao precepto hai que concluír que a prestación de servizos non dá lugar ao esgotamento do dereito de autor, ao contrario do que sucedía co dereito de distribución. Por tanto, a autorización polo titular da propiedade intelectual dun determinado acto de difusión incorporal da obra non extingue ou esgota o seu poder de control no sucesivo, de maneira que os posteriores actos de comunicación da mesma especie ou de calquera outra especie continúan sometidos á súa facultade de autorización e ao pagamento da correspondente remuneración.

Para que se produza o acto de comunicación pública ten que haber unha previa “posta a disposición ao público da obra”, é dicir, a oferta dunha obra nun medio de acceso ao público (integrado por persoas físicas); isto é a posta a disposición da obra permitindo o acceso a ela e que precede á fase da súa auténtica “transmisión á carta”. Cada un dos actos de comunicación que se realicen precisan de autorización polo titular, xa que estes dereitos non se esgotan coa primeira posta a disposición do público.

A inaplicación do esgotamento fundaméntase porque esta institución só se aplica naqueles casos nos que o dereito de propiedade intelectual quedou incorpora-

bel en: <http://www.juriscom.net/documents/tgibayonne20051115.pdf>). En ambos casos un usuario dunha rede P2P fora acusado non só de reprodución e posta a disposición ilegal de ficheiros de música, senón tamén do delito de receptación (*recel*). Segundo o código penal francés, a receptación é «o feito de disimular, detentar ou de transmitir unha cousa ou de facer de intermediario para transmitila, a sabendas de que esta cousa provén dun delito. Tamén constitúe receptación o feito, en coñecemento de causa, de beneficiar por calquera medio do produto dun crime ou dun delito » (artigo L. 321-1 do código penal francés: «*le recel est le fait de dissimuler, de détenir ou de transmettre une chose ou de faire office d'intermédiaire afin de la transmettre, en sachant que cette chose provient d'un délit. Constitue également un recel le fait, en connaissance de cause, de bénéficier, par tout moyen, du produit d'un crime ou d'un délit*»). O tribunal de Châteauroux condenou o usuario por descarga, posta a disposición do público e receptación. Sen embargo, o xuíz de Baiona determinou que non había lugar á receptación, sumándose á tese de que a descarga é un acto de copia privada. Por iso só condenou o internauta pola posta a disposición de ficheiros protexidos. Hai que dicir que ningún destes casos sentou xurisprudencia definitiva na materia.

do a un obxecto material (exemplar ou copia tanxíbel da obra) cuxo ulterior tráfico ou circulación non pode ser restrinxida polo titular da propiedade intelectual, so pena de entrar en conflito co dereito de propiedade que corresponde ao adquirente de cada un dos singulares exemplares ou representacións materiais da obra. En cambio, no caso da comunicación pública ou posta a disposición da obra efectuada sen distribución de exemplares ao público, non existe a referida xustificación para poñer trabas ao exercicio da propiedade intelectual³⁸.

Ao respecto cabe considerar qué ocorre coas reproducións que poden resultar do acto de posta a disposición, e se se produce esgotamento do dereito de distribución como resultado do proceso de comunicación pública. Nestes casos, débese deixar claro que o esgotamento se relaciona directamente co dereito de distribución de exemplares materiais das obras e, por tanto, só pode esgotarse o dereito cando as reproducións se incorporen a un soporte físico, sexa un CD, un disquete, etc. As reproducións en memoria RAM que teñen lugar no ordenador do usuario que recibe a obra para a súa visualización ou audición, non dan lugar ao esgotamento de dereito, xa que non hai copia ningunha que poida circular libremente polo mercado.

O dereito de posta a disposición *on demand*, regúlase no parágrafo 1 do artigo 3 da Directiva e engloba a explotación das obras á carta a través de redes de comunicación ou por calquera outro medio. Sen embargo, este dereito de posta a disposición ao público non inclúe novas formas de explotación de obras protexidas como a televisión de pago ou pago por visión, porque non se dá o requisito de “elección individual”, se ben estes supostos se engloban dentro do dereito de comunicación pública³⁹. O ordenamento comunitario optou pola división entre os chamados “servizos da sociedade da información”, que poñen obras a disposición do público e os servizos de radiodifusión tradicionais, que comunican obras ao público.

4 O réxime de infraccións e sancións na Directiva 2001/29

Queda en último lugar apuntar brevemente o artigo 8 da Directiva, rubricado “sancións e vías de recurso”. Esta disposición ten un contido máis programático que substantivo, pois límitase a recomendar aos Estados membros que establezan vías de recurso que garantan a efectividade da Directiva, así como un réxime de sancións que, ademais de efectivas, sexan disuasorias.

Se ben, en materia de infraccións convén apuntar que a Directiva si realizou

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

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

unha regulación autónoma, dirixida a completar a relación de infraccións que poida existir xa no Dereito dos Estados membros. Así, nos artigos 6 e 7 contéplanse as condutas infractoras. Fundamentalmente son dúas:

a) As chamadas medidas tecnolóxicas: aqueles dispositivos ou medios técnicos destinados a impedir ou restrinxir os actos sobre a obra protexida que non conte coa autorización do seu titular (así sanciónase a actividade de directa elusión, ou a fabricación ou comercialización de dispositivos ou instrumentos que teñan como finalidade principal permitir ou facilitar a elusión da autorización do titular).

b) A alteración ou supresión da información identificativa da obra e do seu titular, sancionándose tanto a propia conduta de supresión, como a distribución ou comunicación das obras ou prestacións nas que se suprimira ou alterara sen autorización a información para a xestión electrónica dos dereitos.

A ORIXINALIDADE DAS OBRAS PLÁSTICAS E AS NOVAS TECNOLOXÍAS

Prof. Dr. José Manuel Otero Lastres
Catedrático de Dereito Mercantil
Universidade de Alcalá de Henares
Avogado

I INTRODUCCIÓN

A pesar de que se escribiu moito sobre a “orixinalidade”, e de que se trata dun termo acollido desde o século XIX pola nosa lexislación sobre propiedade intelectual, creo que non exaxero ao afirmar que estamos ante un “concepto enigmático”, é dicir, ante unha expresión que ten unha “**significación escura e misteriosa e moi difícil de penetrar**”. Por outro lado, son tantas e tan variadas as creacións que cabe incluír na expresión “obras plásticas”, que non é fácil precisar os trazos conceptuais desta categoría de creacións protexíbeis pola Propiedade Intelectual. Se a isto se engade a sensación de inaprensíbel complexidade que evoca a expresión “novas tecnoloxías”, convirán comigo que fun bastante imprudente á hora de elixir o tema do meu relatorio, e que é moi probábel que asumira unha tarefa que excede da miña capacidade.

Pero se ousei afrontar este relatorio, non é porque sexa unha persoa arriscada á que lle gustan os retos, senón porque, desde que fixen a miña tese doutoral ao comezo da década dos 70, non deixei de sentir certa fascinación polo requisito da orixinalidade das obras plásticas. E como é certo que “sarna con gusto non pica”, aínda que se trata dun relatorio complicado, debo dicir que non sentín ningún proído especial mentres a preparaba, porque é un tema que me gusta. Outra cousa é o que lles faga sentir a vostedes. Por iso, se chegan a notar proídos ou, dito máis claro, se lles resulta aburrida a miña intervención, pídolles desculpas por adiantado e se a comechón é tan intensa que non a poden resistir, poden abandonar a sala con toda tranquilidade, xa que asumo que toda a culpa é miña.

Para finalizar estas palabras introdutorias, permítanme que lles adiante o esquema da miña intervención. O relatorio divídese en tres partes, cada unha das cales ten que ver coas tres cuestións que se enlazan no título da mesma.

Na primeira parte, propóñome realizar unhas consideracións preliminares sobre as obras plásticas, co obxectivo esencial de delimitar o tipo de creación que vou tomar en conta para analizar como xoga nela a orixinalidade.

Na segunda, farei unhas reflexións xerais sobre a orixinalidade, formulando tres cuestións fundamentais, a saber: se a orixinalidade é un trazo conceptual ou un requisito de protección; se existe un concepto unitario de orixinalidade para todas as obras protexíbeis pola propiedade intelectual ou, polo contrario, a orixinalidade ten un contido distinto en cada unha das tres grandes categorías de obras protexíbeis, as literarias, as artísticas e as científicas; e, finalmente, como debe entenderse a orixinalidade nas obras plásticas.

Na terceira e última parte da miña intervención, formularei que incidencia poden ter as novas tecnoloxías no requisito da orixinalidade nas obras plásticas, en concreto no proceso de creación das obras plásticas.

II CONSIDERACIÓNS PRELIMINARES SOBRE AS OBRAS PLÁSTICAS

1 As obras das artes plásticas e o TRLPI

De todos é sabido que as obras protexidas pola propiedade intelectual se dividen en tres grandes categorías, que son expresamente mencionadas polo TRLPI en diversos preceptos e, entre eles, nos artigos 1 e 5: as obras literarias, as obras artísticas e as obras científicas. Destas obras da propiedade intelectual, unicamente nos interesan agora as obras artísticas, por tanto, só farei referencias ás obras literarias e ás científicas no que sexa estritamente necesario para abordar o tema do meu relatorio.

Pois ben, como xa tiven ocasión de sinalar hai 30 anos (*vid. El Modelo Industrial*, ed. Montecorvo, Madrid 1.977, páxs. 362 e ss.) a expresión “obra artística” pode entenderse nun sentido amplo e nun sentido máis restrinxido. No seu sentido amplo, e por contraposición á obra científica e literaria, a obra artística é aquela creación do entendemento que se expresa por medios distintos da palabra escrita ou falada, como por exemplo, os sons, o debuxo, a pintura, a escultura, etc. Nun sentido máis restrinxido, a obra artística é entendida como sinónimo de “obra das artes plásticas” ou, máis sinteticamente, “obra plástica”, que consiste nunha configuración bidimensional ou tridimensional debida á fantasía artística, que se fai sensíbel a través de medios relacionados coa man do home. De acordo con esta concepción, son obras plásticas as creacións do entendemento expresadas por medio da pintura, a escultura, o gravado ou similares, como a obra da arquitectura. A este tipo de obras referíase o artigo 37 da vella Lei de Propiedade Intelectual de 10 de xaneiro de 1.879, en cuxo parágrafo primeiro se dispoñía “**Os cadros, as estatuas, os baixos e altos**

relevos, os modelos da arquitectura ou topografía, e en xeral todas as obras da arte pictórica, escultural ou plástica quedan excluídas da obriga do Rexistro e do depósito”.

No que agora nos interesa, e tendo á vista o apartado 1 do artigo 10 do TRLPI, cabe afirmar que son obras plásticas, no sentido restrinxido en que vou usar este termo, as **creacións orixinais artísticas** expresadas por determinados medios ou **soportes tanxíbeis coñecidos**, como a pintura, o debuxo e a escultura, **ou outros que se inventen no futuro**, comprendéndose entre elas, por esta razón, as enumeradas, entre outras, ao menos, nas letras e), f) e g) do apartado 1 deste artigo 10. En efecto, a letra e) menciona especificamente “**as esculturas e as obras de pintura, debuxo, gravado, litografía e as historietas gráficas, tebeos ou bandas deseñadas, así como os seus ensaios ou bosquexos e as demais obras plásticas, sexan ou non aplicadas**”. Que as creacións mencionadas na letra e) son “obras plásticas” é algo que non pode discutirse, como o demostra o feito de que ao final desta letra se empregue precisamente a expresión “**e as demais obras plásticas**”. Pola súa parte, aínda que non son expresamente cualificadas como “obras plásticas”, tamén cabería incluír as enumeradas nas citadas letras f) e g), que mencionan, respectivamente, “**os proxectos, planos, maquetas e deseños de obras arquitectónicas e de enxeñaría**”, así como “**os gráficos, mapas e deseños relativos á topografía, a xeografía e, en xeral, á ciencia**”. Finalmente, e como queira que a enumeración do artigo 10 do TRLPI é simplemente enunciativa, existen outras obras que, aínda que non son referidas en ningunha das letras de dito artigo, deben ser incluídas na categoría das obras plásticas, como consecuencia do medio de expresión a través do que se fan sensíbeis.

Entre estas obras, cabe recordar seguindo a GERMAN BERCOVITZ (*Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor*, ed. Tecnos, Madrid 1.997, p. 39), as de arte téxtil, xardinaría e as composicións de flores, a decoración de interiores, os escenarios, vestiarios, máscaras, así como as obras de escenografía en vivo e os caracteres tipográficos.

Pois ben, como queira que baixo a expresión “obras plásticas” caben realidades de moi distinta natureza, para non ter que efectuar constantes precisións en atención á obra de que se trate, vou tomar como referencia básica na miña intervención un prototipo de obra plástica, que é a creación orixinal expresada por medio da escultura, da pintura e do debuxo. No sucesivo, pois, cada vez que me refira ás obras plásticas estarei aludindo a este prototipo de obras.

2 A obra plástica que se toma como referencia: a obra da escultura, do debuxo e da pintura

Pero para chegar ao punto central da miña intervención, que é analizar a orixinalidade deste tipo de obras, non basta con sinalar o tipo de obra plástica que tomo como referencia. É preciso algo máis, que consiste en reflexionar sobre os trazos do concepto mesmo de “obra plástica”, o que, como imos ver máis adiante, nos vai ser de gran utilidade para precisar como debe entenderse a orixinalidade deste tipo de obras.

A este respecto, a primeira reflexión que debe efectuarse é que o TRLPI non considera nin o concepto amplo de obra artística, nin tampouco o concepto específico de obra plástica. O TRLPI límitase a determinar no citado apartado 1 do artigo 10 cal é o obxecto da propiedade intelectual. Sen embargo, deste precepto e dalgún outro pódense extraer as notas conceptuais da obra plástica, como imos ver seguidamente.

En efecto, aínda que o apartado 1 do artigo 10 do TRLPI non posúe o encabezamento típico das definicións legais (“Enténdese por...”), senón que precisa o obxecto da propiedade intelectual (“Son obxecto de propiedade intelectual...”), o certo é que nesta norma se determinan os trazos conceptuais da obra da propiedade intelectual e, por conseguinte, unha boa parte das notas do concepto da obra plástica. Recórdese que o apartado 1 do artigo 10 do TRLPI dispón textualmente: **“Son obxecto de propiedade intelectual todas as creacións orixinais literarias, artísticas ou científicas expresadas por calquera medio ou soporte, tanxíbel ou intanxíbel, actualmente coñecido ou que se invente no futuro...”**.

(i) Pois ben, a simple lectura desta norma permite afirmar que a primeira nota conceptual da obra da propiedade intelectual en xeral e da obra plástica en particular é que **ten que tratarse dunha creación do entendemento humano**. Así se desprende non só do propio apartado 1 do artigo 10 do TRLPI, que fala de “creacións”, senón tamén dos artigos 1 e 5 deste texto legal. Do artigo 1, porque considera como feito *xerador* da propiedade intelectual o feito mesmo da creación da obra; e do artigo 5, porque confire a **calidade de autor á persoa natural que crea a obra**.

Agora ben, aínda que toda obra da propiedade intelectual nace dun “acto de creación”, o acto de “crear” non é igual en todas as obras da propiedade intelectual. E é que, situados no momento mesmo de creación da obra, a actividade creativa que desenvolve o autor dunha obra da literatura non pasa polas mesmas fases que a que leva a cabo o autor dunha obra plástica. Como sinalou o profesor HENRI DESBOIS (*Le Droit d’Auteur en France*, 3ª ed. Dalloz, París 1978, páx. 12), non existe ningunha afinidade entre a expresión das obras literarias e a das obras plásticas, toda vez que os

modos de execución son completamente diferentes: na literatura, o autor sèrvese das palabras, nas obras plásticas, dos trazos e dos matices da súa paleta. E engade que a execución persoal, manual, que non ten ningunha importancia no ámbito da literatura, é a pedra de toque nas creacións artísticas. Neste sentido, o artigo 2 do antigo Regulamento de 3 de setembro de 1.880 para a execución da vella Lei de Propiedade Intelectual de 10 de xaneiro de 1879, expresábase con grande corrección cando dicía **“considerarase autor, para os efectos da Lei de Propiedade Intelectual, o que concibe e realiza algunha obra científica e literaria, ou crea e executa algunha obra artística, sempre que cumpra as prescricións legais”**. “Concibir e realizar” eran xa en 1.880 as fases da actividade creativa que desenvolvía o autor dunha obra literaria ou científica, mentres que as fases da actividade dos autores das obras plásticas eran como “crear e executar”. Pois ben, como destaca DESBOIS (ob. cit. páx. 13), é na execución persoal onde aparece con máis claridade a diferenza entre a creación de obra literaria e a da obra plástica.

(ii) A segunda nota conceptual da obra protexíbel pola propiedade intelectual é que ten **que ser expresada**; é dicir, a idea creativa ten que abandonar a esfera interna do autor e facerse perceptíbel polos sentidos. A este trazo conceptual refírese o apartado 1 do artigo 10 cando esixe que as obras estean **“expresadas por calquera medio ou soporte, tanxíbel ou intanxíbel, actualmente coñecido ou que se invente no futuro”**. Neste sentido, pódese afirmar que a “expresión” da obra á que se refire o apartado 1 do artigo 10 equivale á súa obxectivación, o que sucede cando a obra abandona o mundo das ideas e se individualiza dalgunha forma congruente coa súa natureza (*vid.* OTERO LASTRES, ob. cit. páx. 364). En canto aos medios ou soportes a través dos que se fai sensíbel a obra, o artigo 10 prevé que poden ser tanxíbeis (como un libro, un cadro, unha escultura ou unha partitura) ou intanxíbeis (como as palabras faladas ou a música improvisada), e, aínda que non o di expresamente, non é necesario que a obxectivación ou fixación da obra sexa duradeira. Por último, cabe destacar que os soportes nos que pode obxectivarse a obra poden ser xa coñecidos ou tratarse doutros que se inventen no futuro.

Se referimos esta nota conceptual ás obras plásticas referidas nas letras e), f) e g) do apartado 1 do artigo 10, pódese afirmar que a obra plástica que tomamos como prototipo se expresa a través de medios tanxíbeis coñecidos, que son, como xa dixemos, a escultura, o debuxo e a pintura, nos cales desemboca a concepción plástica executada na materia mesma que os incorpora. Con isto quèrese dicir que unha obra de escultura non é nin o anaco de mármore amorfo que existe antes de ser esculpido, nin tampouco a concepción ideal que ten o escultor na súa mente antes de executar a obra, senón que é ambas cousas á vez: a concepción plástica ideal que aparece executada na peza de mármore.

II A ORIXINALIDADE

Coas ideas xerais que acabo de expoñer sobre as obras plásticas, creo que xa estamos en condicións de tratar un dos puntos centrais da miña intervención, que é a análise da orixinalidade. Pero para fundamentar a tese que vou manter en canto á orixinalidade das obras plásticas, paréceme conveniente abordar previamente dous puntos de indiscutíbel significación. A saber: qué significado legal ten a orixinalidade e se existe ou non un concepto único de orixinalidade para todas as obras da propiedade intelectual. Vexamos ambas cuestións.

1 Significado da orixinalidade: trazo conceptual ou requisito de protección

Vimos con anterioridade que o *acto de creación* é un trazo conceptual indiscutíbel da obra da propiedade intelectual. Que sen creación do intelecto humano, non hai obra é algo que xa se desprendía de a nosa vella Lei de Propiedade Intelectual de 10 de xaneiro de 1.879, cuxo artigo 1 dispuña “**A propiedade intelectual comprende, para os efectos desta Lei, as obras científicas, literarias ou científicas que poidan darse á luz por calquera medio**”. E no mesmo sentido manifestábase o artigo 1 do seu Regulamento de 3 de setembro de 1880, o que definía a obra do seguinte modo: “**Entenderase por obras, para os efectos da Lei de Propiedade Intelectual, todas as que se producen e poidan publicarse polos procedementos da escritura, o debuxo, a imprenta, a pintura, o gravado, a litografía, o estampado, a autografía, a fotografía ou calquera outro dos sistemas impresores ou reprodutores coñecidos ou que se inventen no sucesivo**”. As expresións “poidan darse á luz por calquera medio” e “todas as que se producen” facían referencia inequívoca ao acto de xerar, de facer nacer a obra.

Agora ben, como pode observarse, nin o artigo 1 do Regulamento de 1.880 ao definir a obra da propiedade intelectual, nin o artigo 1 da Lei de 1.879 ao determinar as obras protexidas, se referían á “orixinalidade”. Cousa que si facía, en cambio, a vella Lei de 10 de xuño de 1.847 sobre a Propiedade Literaria, cuxo artigo 1 definía a propiedade literaria do seguinte modo: “**Enténdese por propiedade literaria para os efectos desta lei o dereito exclusivo que compete aos autores de escritos orixinais para reproducilos ou autorizar a súa reprodución por medio de copias manuscritas, impresas, litografadas ou por calquera outro semellante**”. No ámbito da lexislación sobre a propiedade literaria non só se fala de “escritos orixinais”, senón que nalgunha Real Orde posterior se pode encontrar algunha interpretación da palabra “orixinalidade”. Así, na Real Orde de 31 de xaneiro de 1.853 pola que se determina como ten que acreditarse a calidade de autor e de propietario de obras literarias, dáse permiso a D. Fernando Vera, autor dunha obra publicada en París e

titulada *Ensayos poéticos* para introducir en España 500 exemplares “**en atención a que a obra do Sr. Vera, cuxa calidade de autor e de propietario non ofrece a menor dúbida, é unha produción de mérito que pode contribuír a xeneralizar o bo gusto en poesía, e a afección aos estudos literarios entre a mocidade estudosa**”.

Pero aínda que é certo que, a diferenza da Lei de 1.847, os artigos 1 da Lei de 1.879 e do Regulamento de 1.880, non mencionaban a palabra “orixinal”, tamén o é que a Lei de 1.879 non descoñecía este termo. A palabra orixinal utilízase, ao menos, en tres dos seus preceptos. O primeiro é o número 3º do artigo 2 no que se establece que “**A propiedade intelectual corresponde: ... 3º Aos que refunden, copian, extractan, compendian ou reproducen obras orixinais respecto dos seus traballos, con tal que sendo aquelas españolas se fixeran estes con permiso dos propietarios**”. A segunda mención da palabra “orixinal” figura no artigo 10, e está referida precisamente ás obras plásticas, dispoñendo que “**Para poder copiar ou reproducir nas mesmas ou noutras dimensións, e por calquera medio, as obras de arte orixinais existentes en galerías públicas en vida dos seus autores, é necesario o previo consentimento destes**”. A terceira e última mención ten lugar na regulación das traducións, concretamente no artigo 13, que di así: “**os propietarios de obras estranxeiras serano tamén en España con suxeición ás leis da súa nación respectiva; pero só obterán a propiedade das traducións de ditas obras durante o tempo que gocen a das orixinais na mesma nación, consonte as Leis dela**”.

Unha atenta lectura destes preceptos permite afirmar que a expresión “orixinal” é empregada para cualificar unha obra primixenia e preexistente que se pon en relación coa obra subseguinte á que se refire o precepto en cuestión. Así, no número 3º do artigo 2 recoñécese a propiedade intelectual aos autores de obras derivadas (refundicións, extractos, compendios) que toman como referencia obras orixinais preexistentes. No artigo 10 esíxese o consentimento previo dos autores vivos para que os terceiros poidan copiar ou reproducir as súas obras de arte orixinais existentes en galerías públicas. E o artigo 13 determina a vida legal das traducións das obras estranxeiras en España en función da propia duración da protección das obras orixinais no seu propio país.

O que se acaba de dicir conduce a considerar a condición de “orixinal” á que se refiren os mencionados preceptos da Lei de 1.879 como unha **característica externa** dunha determinada obra, que é a obra primixenia preexistente, a que se toma como referencia, ben sexa para producir a partir dela obras (as obras derivadas), que é a hipótese contemplada no número 3º do artigo 2, ou ben para impoñer o requisito do consentimento previo do autor aos efectos da posíbel copia ou reprodución da obra de arte orixinal exposta nunha galería pública, que é o que dispón o mencionado artigo 10.

Así as cousas, xorde inmediatamente a pregunta de se a condición de “orixinal” á que se refiren os citados preceptos da Lei de 1.879 era só unha **característica externa** da obra ou **algo máis, como parecía selo no artigo 1 da Lei da Propiedade Literaria de 1.847**. Desde logo, por moito que se amplíe o sentido deste termo, creo que non cabe elevar a condición de “orixinal” a un trazo conceptual da obra protexida pola Lei de 1.879. Tanto o artigo 1 da Lei como o artigo 1 do Regulamento condicionaban a protección unicamente a que existise unha creación do intelecto humano que se tivese obxectivado nun soporte aprehensíbel polos sentidos. En ningún deles se concibe a obra da propiedade intelectual como unha creación que se non é orixinal non é obra.

Descartado, pois, que a condición de “orixinal” sexa un trazo do concepto de obra, queda por considerar se a Lei de 1.879 e o Regulamento o configuraron ou non como un requisito de protección. Ben miradas as cousas, non se pode negar que do feito de que a obra fose orixinal se derivaban consecuencias xurídicas relevantes. Así, no número 3º do artigo 2, é necesario o permiso do “propietario” da obra orixinal para que os que desexasen realizar calquera dos actos aos que se refire esta norma puideran levalos a cabo e, conseguintemente, adquirir, á súa vez, dereitos de propiedade intelectual sobre as súas propias obras derivadas da orixinal. E o mesmo cabe dicir da regulación contida no artigo 10, no que se fai depender do previo consentimento do autor da obra de arte orixinal exposta nunha galería pública, a posibilidade de copiar ou reproducir dita obra nas mesmas ou noutras dimensións. Copia ou reprodución que permite, á súa vez, ao autor da mesma adquirir dereitos de propiedade intelectual sobre o exemplar resultante da copia ou da reprodución.

Pero, cabe deducir de aquí que a orixinalidade era un requisito de protección da obra, no sentido de que só foran protexíbeis as creacións do entendemento orixinais? A ausencia de calquera mención á orixinalidade no artigo 1 da Lei de 1.879 e no artigo 1 do Regulamento de 1.880 podería inducir a crer que a orixinalidade non era un requisito de protección. Pero a esixencia da Lei de Propiedade Literaria de que os escritos protexíbeis fosen “orixinais”, unida ás circunstancias xurídicas que se derivaban, como vimos, nos artigos 2.3º e 10 no caso de que as obras fosen orixinais, invitan a soste que, para a Lei de 1.879, a orixinalidade era un requisito de protección das obras.

Que ocorre no vixente TRLPI? Desde a súa primeira redacción contida na Lei 22/1987, de 11 de novembro, de Propiedade Intelectual, até a vixente do TRLPI, o texto dos artigos 1, 5 e 10, que son os que agora nos interesan, permaneceu substancialmente inalterado. Recordemos brevemente o que dispoñen estes artigos.

No artigo 1 determínase o feito xerador da propiedade intelectual, establecendo que corresponde ao autor da obra polo só feito da súa creación. No artigo 5,

e aos efectos da atribución da condición de autor, prevese que se considera autor a persoa natural que crea algunha obra literaria, artística ou científica. Pola súa parte, no apartado 1 do artigo 10 dispón que son obxecto de propiedade intelectual todas as creacións orixinais literarias, artísticas ou científicas expresadas por calquera medio ou soporte, tanxíbel ou intanxíbel, actualmente coñecido ou que se invente no futuro. E no apartado 2 establece que o título dunha obra, cando sexa orixinal, quedará protexido como parte dela.

Pois ben, unha primeira aproximación ao texto destas normas permite sacar tres conclusións. A *primeira conclusión* é que os tres preceptos empregan o termo **creación**, xa sexa como substantivo como sucede nos artigos 1 e 10, xa sexa na súa forma verbal, como ocorre no artigo 5. Pero aínda que nos tres preceptos se emprega a mesma expresión, aínda que dúas veces en substantivo e outra como verbo, non se refire nos tres casos ao mesmo. Así, nos artigos 1 e 5, a expresión “creación” ou “crea” refírense a unha actividade do ser humano e, por tanto, teñen unha significación claramente subxectiva. En efecto, no artigo 1, a palabra creación refírese á acción de crear, a un feito que xera algo que, no noso caso, é a obra que nace do intelecto humano; e o mesmo sucede no artigo 5, no que se emprega o verbo “crea” para referirse á actividade dunha persoa natural consistente en xerar unha obra literaria, artística ou científica. En cambio, no apartado 1 do artigo 10 a palabra “creacións” emprégase en sentido obxectivo e como sinónimo de “obras do enxeño” que son resultado da actividade de creación levada a cabo polo autor.

A *segunda conclusión* é que destes tres preceptos o único no que se emprega a expresión “orixinal” é o artigo 10. Neste punto, hai que subliñar, dunha parte, que o artigo 10 do TRLPI segue a liña do artigo 1 da Lei da Propiedade Literaria de 1.847 no sentido de engadir a expresión “orixinais” ás creacións protexidas (escritos na Lei de 1.847 e toda clase de creacións no TRLPI); e, doutra, que se produce unha importante diferenza co artigo 1 do Regulamento de 1.880, que pode considerarse unha norma paralela á do apartado 1 do artigo 10, xa que, como dixemos, no artigo 1 do Regulamento de 1.880 non se mencionaba para nada a expresión “orixinais”.

Pois ben, sentado o anterior, debe advertirse que no TRLPI a expresión “orixinais” vai referida, no apartado 1, ás obras que son obxecto da propiedade intelectual e, no apartado 2, ao título da obra mesma. O que quere dicir que, de acordo cos termos do propio TRLPI, a orixinalidade, lonxe de predicarse da actividade mesma de crear, xerar ou producir unha obra do espírito, vai referida ao resultado desta actividade, que é a obra mesma. O que nos dá resposta, aínda que parcial, á pregunta que deixamos formulada: se o primeiro trazo conceptual da obra da propiedade intelectual é que exista un acto de creación e, segundo a propia Lei, a orixinalidade

non cabe referila ao acto mesmo de crear, senón á obra creada, hai que concluír que a orixinalidade non é un trazo ou nota do concepto mesmo de obra, senón outra cousa distinta. É dicir, o TRLPI non establece que ou hai “obra orixinal” ou non pode falarse nin sequera de obra. O que significa que pode haber creacións que son conceptualmente obras, pero que non son orixinais.

A *terceira conclusión* é que a expresión **orixinais** que se utiliza no artigo 10 non se emprega, como facía a vella Lei de 1.879, para referirse a unha característica externa dunha determinada obra, a obra preexistente, senón no mesmo sentido que o facía a Lei de Propiedade Literaria de 1.847, como un “algo máis” que deben ter as creacións para que poidan ser protexidas pola propiedade intelectual.

Centrándonos, pois, no apartado 1 o artigo 10, advírtese que esta norma vén dispoñer que “**son obxecto de propiedade intelectual todas as creacións orixinais**”. O que lido *a contrario sensu* quere dicir que non poden ser obxecto da propiedade intelectual as creacións que non sexan orixinais. E isto é, así mesmo, o que se desprende do apartado 2 deste mesmo artigo, no que se estende a protección ao título da obra “cando sexa orixinal”.

Pois ben, sentada esta terceira conclusión, xa temos a contestación ao que quedaba por responder: a orixinalidade é un requisito de protección da obra, segundo resulta do propio artigo 10.1 do TRLPI, que establece con toda claridade que o obxecto da propiedade intelectual son as “creacións orixinais”. Advírtese, en efecto, que así como o feito da creación serve de fundamento, como dispón o artigo 1 do TRLPI, para a atribución da propiedade intelectual ao autor, desde o punto de vista da obra, para que a mesma poida ser obxecto da propiedade intelectual, requírese, segundo o citado artigo 10.1 TRLPI, que a obra creada sexa **orixinal**. O que significa que a “orixinalidade” é un requisito que debe concorrer na obra para que a mesma poida converterse en obxecto da propiedade intelectual. Polo tanto, da interpretación conxunta dos artigos 1 e 10 do TRLPI despréndese que o acto de creación do autor é unha condición necesaria, pero non suficiente para beneficiarse da protección: a obra ten que ser froito dun acto de creación, pero este acto ten que ter necesariamente como resultado a produción dunha “obra orixinal”.

2 Concepto único ou distintos conceptos en función do tipo de obra

Calquera que coñeza o TRLPI sabe que emprega a expresión “orixinal”, ao menos, con dous significados diferentes. O primeiro é o que resulta, por exemplo, do artigo 11 que, ao regular as obras derivadas, sinala que estas obras tamén son obxecto de propiedade intelectual “**Sen prexuízo dos dereitos de autor sobre a obra orixinal...**”. Neste precepto, a expresión “obra orixinal” utilízase, ao igual que facía

o número 3º do artigo 2 da Lei de 1.879, para contrapoñela á de “obras derivadas”. Pero non é desta condición ou calidade de orixinal da que desexo falar, senón do segundo significado co que se utiliza a palabra “orixinalidade”, que é como requisito de protección, segundo resulta do tan citado artigo 10 do TRLPI.

O problema que desexo formularlles agora pode enunciarse así: parece claro que, ao falar de “todas as creacións orixinais literarias, artísticas ou científicas”, o apartado 1 do artigo 10 esixe o requisito da orixinalidade a todas estas obras. Pero, hai que entender a orixinalidade sempre nun único e mesmo sentido con independencia da clase de obra de que se trate?, ou preguntado doutro modo: hai que entender a orixinalidade da obra literaria da mesma maneira que a da obra científica e a da obra artística igual que a das outras dúas?

A resposta non é fácil, pero, na miña opinión, hai que contestar negativamente. Aínda que nos tres tipos de obras a orixinalidade presenta notas comúns, as diferenzas que teñen entre si os procesos de creación das obras literarias, as científicas e as artísticas, impiden que se poida falar dun requisito con idéntico contido en todas elas. En efecto, como direi máis adiante, a orixinalidade é requisito que presenta unha dobre face: é subxectivo na medida en que fai referencia á capacidade creativa dun suxeito, o autor, pero é tamén obxectivo porque é unha calidade que debe manifestarse na obra. Pero fóra desta coincidencia xeral, non creo que este dobre aspecto teña o mesmo significado nos tres tipos de obras citados.

Para expoñer con claridade o que veño de dicir permítanme que comece pola obra científica. De todos é sabido, que lonxe de existir unha soa ciencia, hai varias (ciencias naturais, ciencias exactas, ciencias sociais, etc) polo que hai que falar de diversos tipos de “obras científicas”, cada unha das cales presenta as súas propias características. Pero para non escurecer de maneira innecesaria a cuestión, creo que basta con sinalar que, na medida en que a obra científica contén ideas, datos e coñecementos de libre utilización, o realmente protexido da obra científica pola propiedade intelectual non son esas ideas, datos ou coñecementos, senón a forma en que se expresan os seus contidos. Como di o Profesor RODRIGO BERCOVITZ (ob. cit. páx. 165) “*as ideas expostas nun traballo científico non son protexíbeis polo dereito de autor. O traballo recibirá protección se ten, e na medida que teña, orixinalidade na súa exposición, non no seu contido senón na súa forma*”. Polo tanto, debido á falta de liberdade do autor para tratar as ideas e os coñecementos que expón na súa obra e que, na súa maior parte, xa lle veñen dados, na obra científica a marxe para a orixinalidade, tanto no aspecto subxectivo da creatividade como no obxectivo da plasmación da creatividade na obra, é bastante reducida. O que realmente se valora na obra científica é o rigor, a exhaustividade, a capacidade para ordenar, estruturar e

relacionar os coñecementos, e as conclusións extraídas de todo iso. E é que é tal a tiranía que adoitan exercer os datos e os feitos nas obras científicas que é moi estreita a marxe que ten o autor da obra para separarse das obras antecedentes. Razón pola que, neste tipo de obras, a capacidade creativa do autor ten moi pouca cabida, residindo a verdadeira orixinalidade da obra na composición e ordenación do seu contido, na forma persoal de expresalo e, nalgúns casos, no novo das conclusións obtidas. Por iso, a pesar de que existan múltiples coincidencias entre os contidos das obras científicas, non por iso deixan de ser orixinais. Ben entendido que non será fácil recoñecer nelas a orixinalidade, xa que esta queda reducida á disposición dos seus contidos e á forma máis ou menos persoal de expresalos.

Se da obra científica pasamos á obra literaria as cousas son distintas, xa que a orixinalidade ten aquí os seus propios matices. En efecto, como recordou o Profesor FERNANDEZ–NOVOA (“Creación e integridad de la obra artística”, en *Actas de Derecho Industrial*, t. XV, 1993, páx. 171) “na elaboración dunha obra literaria cabe diferenciar as tres seguintes etapas: o escritor concibe, en primeiro termo, o tema da súa obra; despois organiza os incidentes e as secuencias en torno ao tema central; e, finalmente, plasma e desenvolve todo iso en expresións concretas”. Pois ben, como imos razoar seguidamente, o autor da obra literaria pode desprezar toda a súa capacidade creativa e o seu talento nestas tres etapas de elaboración da obra. De tal sorte que canto maior sexa a creatividade achegada polo autor á súa obra, en maior medida se manifestará nela a orixinalidade.

A capacidade que ten o autor dunha obra literaria para concibir e idear o tema da súa obra é moi ampla. Nas obras de ficción é, en principio, ilimitada: se a obra de ficción é, como alguén dixo recentemente, recordar o que non sucedeu, pódese afirmar que o recordo do autor non ten límites. Pode imaxinar a historia que desexe e nese acto de concibir intelectualmente a historia, o autor pode poñer en xogo toda a súa capacidade de creación e o seu talento. E algo parecido sucede coas obras que non son de ficción: aínda que o autor debe suxeitarse dalgún modo aos ditados da realidade, é plenamente libre á hora de elixir o asunto que vai constituír o tema da súa obra. O autor goza tamén de toda liberdade á hora de organizar os incidentes e secuencias en torno ao tema da súa obra. Novamente nesta segunda fase da elaboración da súa historia pode desprezar toda a súa capacidade creativa, xa sexa de maneira absolutamente libre na obra de ficción, xa con máis ou menos fidelidade ao sucedido na obra de non ficción. Finalmente, a capacidade creativa do autor é así mesmo total á hora de elixir as expresións concretas coas que vai plasmar e desenvolver a súa obra.

Pois ben, se o autor desprezou unha gran capacidade creativa á hora de concibir o tema da súa obra; organizou cun elevado talento os incidentes e as secuencias

en torno ao tema da obra; e a isto se engade que, debido ao seu amplo e profundo coñecemento do idioma, o autor seleccionou coidadosamente as expresións a través das que narra a historia, é de todo punto indiscutíbel que na obra literaria de que se trate reflectirase un grao elevado de orixinalidade, entendida como a plasmación na obra da capacidade creativa e o talento do seu autor. Neste sentido, permítanme que recorde as palabras de MANUEL JOSE QUINTANA (*Vida de Cervantes. Apud Obras completas*; Ed. Rivadeneyra, Madrid 1852), quen, referíndose á orixinalidade do Quixote, escribía **“Non se sabe que admirar máis, se a forza de fantasía que puido concibilo, ou o talento divino que brilla na súa execución. Cando na conversación chega a amentarse este libro, todos á porfía se estenden no seu eloxio, e o doiro de loanzas xamais diminúe, como se saíra dunha fonte inesgotábel. Un enzalza a novidade e felicidade do pensamento; o outro, a verdade e beleza dos caracteres e costumes; este, a variedade dos episodios; aquel, a abundancia e delicadeza das alusións e os chistes; quen admira máis o infinito artificio e graza dos diálogos, quen a inestimábel fermosura do estilo e a propiedade da súa linguaxe. Todas estas dotes que espaxadas terían feito a gloria de moitos escritores, encontráronse reunidas nun home só e derramadas con profusión nun libro.”** E, máis adiante, engade: **“Nin o carácter que entóns tiña a ilustración, nin a calidade e mérito dos autores que á sazón sobresaían entre nós, nin, en fin, o ton xeral das nosas letras, nin aínda dos nosos gustos e usos, podían prometer unha produción tan orixinal e tan grande e ao mesmo tempo tan graciosa. Ela a nada se parece nin sofre cotexo ningún con nada do que entóns se escribía; e cando se compara o QUIXOTE coa época en que saíu á luz, e a Cervantes cos nomes que o rodeaban, a obra parece un portento, e Cervantes un coloso”**. Finalmente, para explicar a obra pon en boca do propio Cervantes, simuladamente, a seguinte frase que o resume todo: **“A Natureza presentoume a Don Quixote, a miña imaxinación apoderouse del e un feliz instinto fixo o demais”**.

Pois ben, se a orixinalidade é distinta nas obras científicas e nas obras da literatura, que son obras que se expresan polo mesmo medio, que é a palabra escrita ou falada, non debe estrañar que tamén presente algunha peculiaridade nas obras plásticas, que se expresan por medios radicalmente diferentes, como son a escultura, a pintura, o debuxo e outros medios similares. Pero como deste asunto é do que imos falar máis extensamente nos próximos minutos, aquí só desexo destacar que así como na obra literaria a capacidade creativa se reduce a imaxinar o tema da obra, a organizar os incidentes e secuencias que o rodean, e a elixir as palabras para contar a historia, na obra plástica a capacidade creativa está composta non só pola capacidade de ideación ou de concepción da obra, senón tamén por outro ingrediente que asume aquí un papel esencial que é a **capacidade de execución**.

De canto antecede despréndese, pois, que, na miña opinión, aínda que estamos ante un requisito único, a orixinalidade non se entende da mesma maneira nas obras científicas, nas literarias e nas artísticas. Polo tanto, aínda que se fale en xeral da orixinalidade, creo que non se debe prescindir das singularidades e diferenzas que presenta este requisito en cada unha destas tres grandes categorías de obras. Dito o cal, paso a expoñer as peculiaridades da orixinalidade nas obras artísticas, centrándome, como lles veño indicando, nas obras plásticas.

IV A ORIXINALIDADE NAS OBRAS PLÁSTICAS

1 Concepto de orixinalidade: a dobre face

Avancei con anterioridade que a orixinalidade é requisito que presenta unha dobre face ou, noutros termos, unha moeda con dúas caras: por un lado, fai referencia á “creatividade” e, por outro, á “orixinalidade” ou manifestación da creatividade na obra. Pois ben, como tratarei de demostrar seguidamente, ambas palabras son o anverso e o reverso dun único e mesmo requisito: a orixinalidade; ou, se se prefire, unha, “a creatividade”, é a “causa” ou o “antecedente” e a outra, a orixinalidade, o “efecto” ou o “consecuente”. Así, a palabra “creatividade” significa “facultade de crear” ou, o que é o mesmo, “capacidade de creación”. O que nos conecta co feito xerador da propiedade intelectual que é, segundo o mencionado artigo 1 do TRLPI, o feito da creación da obra. Pola súa parte, a palabra “orixinalidade” quere dicir “calidade de orixinal”, significando “orixinal”, dito dunha obra artística, “que resulta da inventiva do seu autor”; requisito que nos remite ao mencionado artigo 10 do TRLPI.

Como pode apreciarse, a palabra “creatividade” alude a unha calidade do suxeito que crea a obra, mentres que a palabra “orixinalidade” se refire a unha calidade que se manifesta no obxecto resultante do acto de creación, que é a “obra”. É dicir, a primeira destas palabras destaca unha calidade do autor: “creatividade” ou capacidade creativa, en tanto que a segunda: “orixinalidade”, subliña unha calidade da obra obxecto de protección, a saber, que é o resultado da inventiva do autor.

Até aquí sabemos que estamos ante un único requisito, pero contemplado desde dúas ópticas distintas pero íntima e indisolubelmente vinculadas: a óptica do autor, a través do termo “creatividade”, que equivale a “capacidade de creación”; e a óptica da obra, a través da palabra “orixinalidade”, que quere dicir “resultado da inventiva do seu autor”. Isto sentado, quedan por considerar e por resolver dous temas de extraordinaria importancia, a saber: cómo deben entenderse as palabras “creatividade” e “orixinalidade”, e se para acceder á protección da propiedade intelectual se esixe determinado grao de “orixinalidade”.

2 O significado das expresións “creatividade” e “orixinalidade” na obra artística

Para determinar o sentido destas dúas expresións hai que ter moi presente unha vez máis a súa significación gramatical. E iso porque, aínda que se trata de indagar o concepto que teñen estas expresións no dereito da propiedade intelectual, non pode esquecerse que as mesmas teñen un significado na nosa lingua, polo que a súa significación é, cando menos, o punto do que hai que partir para inquirir o sentido que teñen ditas palabras no dereito da propiedade intelectual.

(i) A “creatividade”, na medida en que fai referencia a unha capacidade do ser humano, é unha condición predicábel da persoa, pero nin a temos todos, nin os que a posúen a teñen no mesmo grao. En tanto que “capacidade”, a creatividade supón, como se desprende do Dicionario da lingua, unha **especial aptitude, un talento, que dispón a quen a posúe para o bo exercicio de algo**. Se proxectamos esta significación xeral da creatividade exclusivamente sobre a obra plástica a especial aptitude, o talento ou a disposición para facer ben unha obra artística hai que conectala, como sinalou na doutrina francesa o Mestre DESBOIS (*vid. Le Droit d'Auteur en France*, 3ª ed. Dalloz 1.978, páx. 72), inevitabelmente coa “**execución persoal**” do autor. Con isto quérese dicir que, na obra artística, a creatividade non implica só a capacidade de concibir intelectualmente a obra, senón que forma parte inseparábel da creatividade a propia capacidade que ten o autor de executar material e persoalmente a obra artística concibida por el. Como afirma DESBOIS (ob. cit. páx. 73), “o modo de execución material ocupa, na xénese dunha obra de arte, un lugar preponderante, mentres que non ten ningunha importancia nas obras literarias”. E seguidamente engade: “Importa pouco que o filósofo ou o novelista tomara por si mesmo a pluma, ditara o texto a unha secretaria ou a unha dactilógrafa, recorrido a un magnetófono: a redacción será a mesma e levará a marca da súa personalidade, calquera que fose o procedemento de fixación. Polo contrario, o mestre, que describe aos seus alumnos o tema dun cadro futuro, descendendo aos menores detalles da fisionomía do personaxe, real ou imaxinario, ou os matices dunha posta de sol, non poderá reivindicar a obra artística, se non manexou el mesmo o pincel e, segundo a expresión vulgar, «se puxo mans á obra»”.

O que antecede implica que hai “creatividade” onde concorren o talento para concibir intelectualmente a obra artística e unha especial aptitude para executala materialmente. Concepción ideal e boa execución material da obra son, pois, elementos integrantes e inseparábeis da “creatividade” referida ás obras artísticas. En consecuencia, a pura concepción ideal dunha obra artística sen a especial aptitude para executala persoalmente, non é un acto de creación xerador da propiedade in-

telectual da obra plástica no sentido do artigo 1 do TRLPI. E iso porque non pode haber creación artística alí onde falta o elemento esencial da “execución material” na “creatividade” do autor ou, o que é o mesmo, na súa “capacidade de creación”.

En resumo, referida ás obras artísticas, a “creatividade”, entendida como “capacidade de creación” e, polo mesmo, como capacidade de dar orixe ao feito xerador da propiedade intelectual, presupón unha **calidade que dispón o autor para o bo exercicio da concepción intelectual e da execución material da obra.**

(ii) En canto á “orixinalidade”, o primeiro que debe recordarse é que consiste nunha calidade predicábel do obxecto da propiedade intelectual que, como sinala o artigo 10 do TRLPI, é a obra. Xa dixemos que a “orixinalidade” está indisolubelmente unida á “creatividade” nunha relación de causa–efecto ou de antecedente–consecuente. De tal sorte que o exercicio polo autor da súa capacidade de creación tradúcese na “orixinalidade” da obra. Pero así como a noción de “creatividade” non formula problemas especiais, as cousas son diferentes respecto da “orixinalidade”. Até tal punto é isto certo, que hai poucos conceptos no dereito sobre os bens inmateriais que xeren tantas dúbidas e incerteza como o da “orixinalidade”.

Que isto é así demóstrao o feito de que incluso está en discusión se se trata dunha noción obxectiva, asimilábel á “novidade”; ou subxectiva, que fai referencia ao reflexo que teñen na obra, o esforzo e o traballo do autor, a personalidade do autor, o selo da súa individualidade, etc. Así, na nosa doutrina, hai autores, como o Profesor RODRIGO BERCOVITZ (ob. cit. páxs. 161 e ss.), que se inclina por entender a “orixinalidade” no sentido de que fai referencia á “novidade obxectiva da obra”. E sostén que “nas obras plásticas frecuentemente a novidade vén dada moito máis pola execución das mesmas que pola súa concepción, que adoita carecer de orixinalidade”. Pero hai outros, como o Profesor ROGEL VIDE (en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo V, vol. 4º A, Edersa, Madrid 1.994, páxs. 213 e ss.), que sosteñen que a orixinalidade debe ser entendida en sentido subxectivo e viría ser o reflexo da personalidade do autor na obra.

No meu xuízo, non é totalmente acertado assimilar a “orixinalidade” á novidade, porque esta é unha noción propia do dereito industrial que non se acomoda ben á propiedade intelectual. E iso, tanto se se entende a novidade no sentido de que “novo é o non coñecido no momento da solicitude do dereito” (noción propia do Dereito de patentes) como se se considera que é “novo o que se diferencia do existente no momento da creación” (noción de novidade que se manexou no dereito francés de debuxos e modelos industriais). Porque se se asimilara a “orixinalidade” á novidade, entendida en calquera destes dous sentidos, habería que denegar a protección do dereito de autor a dúas creacións iguais creadas independentemente por

dous autores, o que, como é sabido, non é admisíbel na propiedade intelectual. E é que a novidade ten como finalidade última impedir que se outorguen dous dereitos de propiedade industrial sobre dúas creacións idénticas a dous titulares distintos. O que é debido a que o dereito de propiedade industrial non só é exclusivo, como a propiedade intelectual, senón tamén –e a diferenza desta– excluinte. Isto significa que o titular do dereito, ademais de ser o único que pode explotalo (dereito exclusivo), pode prohibir a calquera terceiro a explotación dunha creación idéntica á protexida, aínda que dita creación idéntica fora creada independentemente (dereito excluinte). Cousa que, como é sabido, non sucede na propiedade intelectual, cuxo dereito non produce este efecto de bloqueo, derivado da súa característica de dereito excluinte, peculiar dos dereitos da propiedade industrial. Por iso, para que poida existir só un dereito sobre cada creación e con iso poida producirse este efecto excluinte, esíxese un requisito de carácter obxectivo e comparativo, como o da novidade, que acaba por conferir o dereito a un só dos solicitantes con exclusión de todos os demais. Ao dito cabe engadir que a propiedade intelectual, ao non exixir o rexistro obrigatorio da obras, carece da posibilidade, que si existe nos rexistros da propiedade industrial, de buscar as anterioridades prexudiciais para a novidade da obra.

Pero tampouco me parece totalmente satisfactoria a concepción subxectiva que concibe a orixinalidade, ben como o resultado do traballo e do esforzo persoal do seu autor (así sucede no dereito francés de debuxos e modelos, *vid.* OTERO LASTRES, ob. cit. páxs. 261 e ss.), ben como o reflexo da personalidade do autor que se manifesta na obra ou ben como o selo da súa individualidade. Esta concepción subxectiva da “orixinalidade” pode conducir a dúas situacións extremas que non poden admitirse. Dunha parte, na medida en que toda obra do intelecto humano é unha obra debida a unha persoa–autor e non a unha máquina ou a un animal, ten que ser sempre o resultado do seu traballo e do seu esforzo persoal e reflectirá necesariamente a marca da personalidade ou a individualidade daquel, sexa mínima, pouca ou moita. Como afirma o Profesor RODRIGO BERCOVITZ (ob. cit. pág. 161), “por definición, posto que son o produto dun quefacer espiritual individual”, as obras son “unha expresión da persoa que as concibe e realiza”. É dicir, se por “personalidade” se entende gramaticalmente a “diferenza individual que constitúe a cada persoa e a distingue doutra”, non cabe afirmar que a obra dunha persoa non manifesta a súa personalidade, a súa individualidade. Porque non parece que se poida admitir que existen obras debidas a unha persoa que non reflectan ningunha personalidade, cando é así que esta é un atributo necesario daquela. Por iso, se todas as obras, en canto procedentes dunha persoa, reflecten o traballo, o esforzo e a personalidade do seu autor, todas serían “orixinais” e iso conduciría inevitabelmente a recoñecer a protección da propiedade intelectual a calquera obra do intelecto humano. O que

suporía converter a “orixinalidade” nun requisito irrelevante, xa que en todas as obras debidas ao ser humano concorrería a “orixinalidade”. O extremo oposto ao que pode conducir a concepción puramente subxectiva da orixinalidade é que pode levar a reservar a protección da propiedade intelectual a moi poucas obras. En efecto, se a “personalidade” hai que entendela como o “conxunto de características ou calidades orixinais que destacan nalgunhas persoas”, daquela a noción de personalidade adquire un carácter “infrecuente”, no sentido de que, para posuír a “personalidade” que dá acceso á protección da propiedade intelectual, o autor ten que reunir un certo grao de características ou calidades que o fagan destacar dos demais. O que nos sitúa nun ámbito no que, lonxe de recoñecer a protección a todas as obras debidas ao intelecto humano, habería que reservala para as obras do intelecto dos autores cunha destacada “personalidade”. E neste caso, como sinala o Profesor RODRIGO BERCOVITZ (ob. cit. páx. 161) “a maior parte das obras que hoxe en día se recoñecen como merecedoras de protección deberían quedar desprotexidas, posto que carecen de semellante requisito”. Claramente se advirte que a concepción puramente subxectiva da orixinalidade tampouco debe ser acollida, porque pode ser entendida en dous sentidos radicalmente opostos que conducen a consecuencias extremas dificilmente admisíbeis.

Se non nos inclinamos pola concepción obxectiva da “orixinalidade”, que asimila este requisito ao da novidade, e tampouco somos partidarios da subxectiva, que concibe a “orixinalidade” como o resultado do traballo e do esforzo do autor e o reflexo na obra da súa personalidade, como debe concibirse a “orixinalidade”?, existe outra concepción distinta desas dúas que sexa admisíbel? Como tratarei de demostrar seguidamente, hai outra maneira de concibir a “orixinalidade”, que lle permite ter pleno sentido como requisito de protección e á que non se lle poden reprochar os defectos das outras dúas concepcións.

Examinamos con anterioridade os artigos 1, 5 e 10 do TRLPI que se refiren ao suxeito e ao obxecto da propiedade intelectual. Pois ben, se referimos todos eles ás obras plásticas, chégase á conclusión de que para que xurda a protección da propiedade intelectual requírese un autor que leva a cabo un acto que produza o efecto de facer xurdir unha obra que debe consistir nunha creación orixinal plástica.

Así as cousas, pódese afirmar que a “orixinalidade” é un atributo predicábel do obxecto da propiedade intelectual, que é a “obra”. E pódese afirmar tamén que, aínda que a orixinalidade é unha condición da obra, é, ao igual que a obra enteira en si mesma, o resultado dun acto humano atribuíbel directamente ao seu autor. Polo cal, non sería correcto sosteñer nin que a “orixinalidade” é unha noción só obxectiva polo feito de ser un atributo do obxecto da propiedade intelectual que é a obra, nin

tampouco que é unha noción puramente subxectiva, por ter como antecedente necesario a actividade creadora do suxeito que fixo nacer a obra orixinal. Como debe considerarse daquela a “orixinalidade”? Na miña opinión, e polo que veño de dicir, como unha noción ambivalente: obxectiva e subxectiva á vez. A “orixinalidade” é obxectiva na medida en que é unha característica da obra protexíbel e é subxectiva na medida en que en si mesma é unha consecuencia da capacidade creadora do autor.

Sentado o dobre carácter obxectivo e subxectivo da “orixinalidade”, queda por determinar qué debe entenderse por “orixinalidade”. Nunha primeira acepción gramatical, por “orixinalidade” enténdese “calidade de orixinal”, que é o sentido que ten que darse a esta expresión no citado artigo 11 do TRLPI cando contrapón o “orixinal” coa obra derivada. Na súa segunda acepción gramatical, que é a que aquí nos interesa, “orixinal”: “dito dunha obra científica, artística, literaria ou de calquera outro xénero”, quere dicir **“Que resulta da inventiva do seu autor”**.

Este significado da palabra “orixinal” volve confirmar o que xa resulta do artigo 10.1 do TRLPI, a saber: que se trata dunha condición predicábel da obra. Pero confirma algo máis, que nos sitúa no artigo 1 do TRLPI, e é que a “orixinalidade” alude a algo que aparece na obra, pero que procede dunha condición persoal do autor: que a obra resulta da súa “inventiva”. Por “inventiva” enténdese “capacidade e disposición para inventar” e “inventar” quere dicir “dito dun poeta ou dun artista: Achar, imaxinar, crear a súa obra”. Polo tanto, “obra orixinal” significa, no que agora interesa, **“obra que resulta da capacidade e disposición do artista para imaxinar e creala”**. Vemos, pois, que existe unha plena concordancia entre a significación gramatical da palabra “orixinalidade” e os artigos 1 e 10.1 do TRLPI: tanto a significación gramatical como estes dous preceptos, lévannos á mesma conclusión. E tal conclusión, á que xa aludimos con anterioridade, é que a “orixinalidade” é un atributo que se manifesta na obra, e que provén da “capacidade creativa” do autor.

Postas así as cousas, pódese afirmar que existe unha interrelación inseparábel entre “creatividade” e “orixinalidade”, de tal sorte que un autor sen capacidade creadora no ámbito das obras artístico-plásticas será practicamente imposíbel que produza unha obra con orixinalidade. E, ao contrario, un autor con gran capacidade creadora dese tipo de obras o normal é que cree obras dotadas dunha indiscutíbel orixinalidade. Todo o que me leva a afirmar que a orixinalidade é a manifestación na obra da capacidade creativa do autor.

Este concepto de “orixinalidade” é distinto da noción que concibe a orixinalidade de maneira obxectiva, toda vez que prescinde por completo de datos como o de se a obra foi ou non divulgada e o de se é ou non unha obra diferente a outras anteriores. E tamén difire da concepción subxectiva da “orixinalidade”, xa que non valora o tra-

ballo e o esforzo do creador nin tampouco se a obra reflicte ou non a súa personalidade. O único que ten en conta o concepto de orixinalidade que defendemos é se a obra pode ser considerada ou non como o resultado dunha capacidade creativa do seu autor; ou máis claramente: unha obra é orixinal se ***revela a existencia dunha “capacidade de creación”*** ou, o que é o mesmo, reflicte que foi **froito dunha capacidade persoal do autor integrada por unha calidade especialmente disposta para o bo exercicio da concepción intelectual e da execución material da obra artística.**

3 O grao de “creatividade” e de “orixinalidade” das obras plásticas

Como tal vez se terá podido deducir das reflexións que anteceden, os conceptos de “creatividade” e de “orixinalidade” que vin manexando levan implícita unha referencia á existencia de certa “graduación”. En efecto, “creatividade” significa, como xa sabemos, “capacidade de creación”; “capacidade” quere dicir “aptitude, talento, calidade que dispón a alguén para o bo exercicio de algo”; e por “creación” enténdese, na súa sexta acepción, “obra de enxeño, de arte ou de artesanía moi laboriosa ou que revela unha gran inventiva”. Pois ben, basta a simple lectura dos significados de todas estas palabras para descubrir de inmediato que se está falando dunha capacidade, a de crear obras de arte, que non posúen todos os homes e que os que están dotados dela, non a teñen en idéntica medida. E así como ninguén discute que todos os seres humanos non teñen as mesmas calidades, nin que cada calidade aparece en cada persoa con distinta intensidade, da mesma maneira non parece serio afirmar que todas as persoas teñen capacidade creativa e que, as que a posúen, a teñen no mesmo grao. A “creatividade” ou “capacidade creativa”, o mesmo que calquera outra calidade, posúena unhas persoas e outras non, e os que gozan de dita capacidade, téñena en diferente grao: uns máis e outros menos.

En canto á “orixinalidade”, se é así que consiste nunha calidade da obra consistente en que reflicte que foi froito dunha capacidade creativa dun autor especialmente dotado para o **bo exercicio** da concepción intelectual e da execución material da obra, é claro que nin todas as obras posúen, sen máis, orixinalidade, nin todas as que son orixinais mostran o mesmo grao. Pois ben, se, como razoamos, a “creatividade” e a “orixinalidade” están indisolubelmente interrelacionadas, até o punto de que esta é o reflexo na obra daquela, sendo a “creatividade” unha calidade propia dalgunhas persoas e que se manifesta nelas en distinto grao de intensidade, parece que debe concluírse que tamén a “orixinalidade” é un atributo dalgunhas obras e que admite graos.

Unha vez que se sentou a conclusión de que a “creatividade” e a “orixinalidade” admiten unha graduación, queda por determinar cal é o grao de creatividade e

de orixinalidade necesario para que unha obra poida ser protexíbel pola propiedade intelectual.

Desde logo, polo feito de que estamos ante obras das artes plásticas, o grao de “creatividade” ou capacidade creativa debe manifestarse, segundo vimos, non só na concepción intelectual da obra, senón tamén na execución material da mesma. É dicir, desde a óptica da “creatividade”, estamos buscando un certo nivel na capacidade do autor para unha dobre tarefa: concibir intelectualmente a obra e executala persoal e materialmente. E, no que concirne á “orixinalidade”, reflectindo esta a creatividade ou capacidade persoal do autor na concepción e execución da obra, é claro tamén que se busca na obra o reflexo dese “nivel” ou “grao” de capacidade creativa.

Pois ben, para determinar o “grao de creatividade” e de “orixinalidade” que buscamos, creo que o procedente é fixar o “limiar” que abre as portas da propiedade intelectual, sen que sexa necesario, unha vez traspasado o “limiar”, efectuar posteriores graduacións sobre a maior ou menor creatividade e orixinalidade. E iso, porque unha vez que a obra está dentro da propiedade intelectual, carece de relevo se o seu nivel de orixinalidade é superior ao requirido e até que grao chega. A determinación do limiar adquire, pois, un carácter decisivo, porque o que hai antes dese limiar ten pechado o acceso á propiedade intelectual, mentres que pasado o mesmo xa se está neste sector do ordenamento, sen que importe –insisto– que a obra presente un grao de creatividade e de orixinalidade moi superior ao que representa dito “limiar”.

Ao meu modo de ver, o “limiar” está situado, en canto á “creatividade”, en que o autor posúa unha “calidade especialmente disposta para o *bo exercicio* da concepción intelectual e da execución material da obra”. Se o autor non está especialmente cualificado para “facer ben” o de concibir intelectualmente a obra e executala materialmente, non chega ao grao de “creatividade” necesario para obter a protección da propiedade intelectual. E en canto á “orixinalidade”, o “limiar” está situado en que a **obra faga visíbel que é o resultado dunha boa concepción intelectual e dunha boa execución material por parte do seu autor**. A clave está, como pode observarse, na palabra “bo” ou “boa”, a cal, na súa cuarta acepción e como sinónimo de “grande”, significa “**que supera o común**”.

Fixado o grao de “creatividade” e de “orixinalidade” nunha capacidade de crear que supera o común e no reflexo na obra dunha capacidade de crear que supera o común, queda tamén sinalado o ámbito que queda fóra do “limiar”, a saber: todo o que non sexa froito desta “boa” –entendida no sentido de “superior ao común”– capacidade de creación reflectida na obra. O que inclúe tanto a total ausencia de creatividade e de orixinalidade, como a “creatividade” e a “orixinalidade” común ou regular.

V A INCIDENCIA DAS NOVAS TECNOLOXÍAS

1 Consideracións previas

Unha vez expostos os temas da noción de obra plástica e de como se entende a orixinalidade neste tipo de obras e qué grao debe alcanzar, queda por tratar o último dos puntos aos que alude o título do meu relatorio, que é inquirir a influencia que poden ter as novas tecnoloxías na orixinalidade destas obras.

Prescindindo de antecedentes máis remotos, e cinguíndonos ás obras plásticas, cabe sinalar que xa na primeira lei moderna que regula a propiedade intelectual se establece unha innegábel relación entre os dereitos dos autores destas obras e a posibilidade de reproducilas por medios técnicos. En efecto, a Lei francesa de 19–24 de xullo de 1.793 sobre Propiedade Artística e Literaria contén dous preceptos nos que se expresa claramente esta relación. Así, o artigo 1 desta lei dispuña que **“Os autores de escritos de calquera xénero, os compositores de música, os pintores e debuxantes que fagan gravar os seus cadros e debuxos, gozarán durante toda a súa vida do dereito exclusivo de vender, distribuír, as súas obras no territorio da República e cedelas, en todo ou en parte”**. E o artigo 7 establecía que **“Os herdeiros do autor dunha obra da literatura ou do gravado ou de calquera outra produción do espírito ou do enxeño, que pertenza ás Belas Artes, terán a súa propiedade exclusiva durante 10 anos”**.

Como pode advertirse (*vid.* GERMAN BERCOVITZ, ob. cit. páx. 27, nota 31) o dereito exclusivo de vender e distribuír as súas obras que se recoñece nestes dous preceptos aos “pintores e debuxantes que fagan gravar os seus cadros e debuxos” e aos “herdeiros do autor dunha obra do gravado”, enlázase co principal problema económico que tiñan daquela estes autores, que era a posibilidade de reproducir mecanicamente as súas obras unha vez que foran gravadas.

Vemos, pois, que desde o principio existiu unha estreita relación entre os dereitos patrimoniais que integran o contido do dereito de autor e a tecnoloxía, e que o dereito de propiedade intelectual foi respondendo aos retos que ía suscitando o desenvolvemento. Por esta razón, non debe estrañar que nos últimos tempos, na chamada precisamente “era da tecnoloxía”, se teña suscitado con maior intensidade a interrelación entre a propiedade intelectual e as novas tecnoloxías. Así se destaca no Preámbulo da Lei de 7 de xullo de 2006, pola que se modificou o TRLPI, no que se fala da **“evolución tecnolóxica e a súa incidencia no nivel de desenvolvemento da sociedade da información en España, atendendo neste último caso ás oportunidades que o avance da tecnoloxía dixital e das comunicacións supoñen para a difusión da cultura, para a aparición de novos modelos económicos e sociais,**

para o maior e mellor goce dos cidadáns, sen que nada disto teña que supoñer menoscabo na protección dos creadores”.

Pois ben, aínda que as novas tecnoloxías teñen unha indubidábel incidencia en diversos aspectos da propiedade intelectual, os principais problemas relaciónanse cos dereitos de explotación económica dos autores, e os dos artistas intérpretes e executantes de obras literarias e musicais. Pero isto non quere dicir que as novas tecnoloxías non afecten as obras plásticas. O que ocorre é que pola peculiaridade deste tipo de obras a incidencia é menos relevante que nos outros ámbitos. Esta incidencia pode observarse, aínda que con distinto alcance, en dous puntos: no proceso de creación da obra plástica e no proceso de explotación. Agora ben, como a orixinalidade, que é o tema central da miña intervención, ten que ver sobre todo co proceso de creación da obra plástica, vou finalizar a miña intervención expoñendo algunhas reflexións sobre a incidencia das novas tecnoloxías na orixinalidade deste tipo de obras.

2 As novas tecnoloxías e a orixinalidade das obras plásticas

Recordarán que lles dicía que, nas obras plásticas, a creatividade implica non só a capacidade de concibir intelectualmente a obra, senón que forma parte inseparábel da creatividade a propia capacidade que ten o autor de executar material e persoalmente a obra artística concibida por el. No ámbito da “creatividade” das obras plásticas cabe distinguir, por tanto, a capacidade do autor de concibir intelectualmente a obra e a capacidade de executala persoalmente. Unha destas capacidades sen a outra, mutila o proceso creativo. Un autor que conciba intelectualmente dun modo brillante unha obra plástica, pero que sexa incapaz de executala persoalmente con pleno dominio da técnica pictórica, escultórica ou do debuxo, non creará unha obra relevante. E ao contrario, un autor que sexa capaz de executar brillantemente unha obra, pero que careza de capacidade de concibila, tendo que partir necesariamente da doutro, será un excelente copista, pero non un verdadeiro autor.

Pois ben, as novas tecnoloxías, e penso sobre todo nos ordenadores, poden incidir nestes dous aspectos da creatividade. Cabe imaxinar, en efecto, programas de ordenador que axuden a “concibir” idealmente obras plásticas, e maiores son aínda as posibilidades de servirse dun ordenador para executar a obra xa concibida con ou sen axuda do ordenador. Qué sucede nestes casos? Cabe falar de “creación persoal”? Pódese reconecer capacidade creativa e, conseguintemente, orixinalidade á obra concibida ou executada ou concibida e executada coa axuda dun ordenador?

Algunha destas preguntas foron respondidas co seu habitual acerto polo Profesor RODRIGO BERCOVITZ (ob. cit. páx. 159), que afirma que non son obras protexíbeis as realizadas por unha máquina: os debuxos ou gráficos, ou a música, ou

a poesía, ou a tradución realizada por un ordenador. Nestes casos, di BERCOVITZ (loc. cit.), “a consideración de obra e a súa protección polo dereito de autor correspondería ao programa de ordenador, xa que este é o que contén todos os elementos determinantes da obra”. Pero seguidamente engade: “a cuestión pode resultar máis complicada se se chega a construír unha máquina, programa de ordenador ou robot, con auténtica capacidade creadora, isto é, cuxa capacidade creadora non estea previamente programada e, consecuentemente, non sexa totalmente previsíbel. En tal caso, o recoñecemento da existencia de obras, creadas por esa máquina, programa de ordenador ou robot, formularía o problema de determinar quen é o seu autor: o autor daquel ou a súa habente–causa, o propietario do *corpus mechanicum* ou exemplar da máquina ou robot?”

Este autor deixa a pregunta sen resposta, sen dúbida porque se trata dunha cuestión espiñenta e difícil. Eu podía facer igual ca el, incluso con maior lexitimidade, xa que el é un consumado Mestre da Propiedade Intelectual e eu un cultivador afeccionado e ocasional. Pero non quedaría a gusto se non lles expuxese a miña opinión, porque, ao fin e ao cabo, este é o punto central no que converxen todas as reflexións anteriores.

Pois ben, creo que a pauta para contestar esta complicada cuestión reside na marxe que exista para que interveña a creatividade humana. Se a intervención do ser humano consistiu en crear o programa ou a máquina, e todo o demais –isto é, a concepción ideal da obra plástica e a súa execución material–, é tamén consecuencia directa do programa ou da máquina, creo que non debe preocuparnos negarlle á obra producida, tanto a condición de creación do intelecto humano como o requisito da orixinalidade. A razón diso é a ausencia total de intervención do intelecto humano no proceso de creación da obra mesma: non hai propiedade intelectual porque non hai intervención ningunha do “intelecto humano” na concepción e execución da obra. Aínda que houbera intervención humana na obtención da máquina, o protexíbel será a actividade creadora de consecución da máquina mesma, por exemplo, por medio dunha patente ou por medio dun programa de ordenador, pero non pode haber protección pola propiedade intelectual para os obxectos resultantes da posta en funcionamento da máquina, porque neses obxectos non houbo a máis mínima intervención do intelecto humano.

As cousas son distintas se, aínda que interveña a máquina nos procesos de concepción ideal da obra e da súa execución, se produce tamén o concurso do intelecto do autor, xa sexa na concepción da obra, xa sexa na súa execución, xa en ambas cousas á vez. O problema que se formula daquela é o de valorar o alcance da súa intervención. Cando a participación persoal do autor é relevante, non debería existir

ningún problema para recoñecer a propiedade intelectual á obra plástica creada coa axuda da tecnoloxía. E tampouco no caso de que a participación persoal do autor sexa predominante en relación coa axuda da tecnoloxía. Teño moitas dúbidas de que a partir de aquí teña que recoñecerse a propiedade intelectual: se a participación do autor e da máquina é similar ou se a obra é debida na súa maior parte á intervención da máquina, creo que debe denegarse a protección da propiedade intelectual. Pero neste caso, e con isto finalizo a miña intervención, non tanto porque non estamos ante unha obra do intelecto humano canto porque non pode falarse de creatividade humana: faltan na medida requirida a capacidade ideal de concepción da obra plástica e a capacidade de execución persoal da mesma polo autor. E sen creatividade non existe orixinalidade e, por tanto, a obra non é protexíbel.

ASPECTOS XURÍDICOS DAS DESCARGAS DE MÚSICA EN INTERNET

Prof. Dra. Henar Álvarez Álvarez
Profesora Axudante de Dereito Civil
Universidade de Valladolid

I FORMULACIÓN INTRODUCTORIA

No presente traballo vou tratar de presentar unha perspectiva dunha cuestión tan espiñenta como é a da cualificación xurídica das descargas de música en internet.

Como se verá, as opinións sobre se é legal ou non o uso das redes P2P son variadas, pero cada unha defende un interese. Por un lado están os servidores de redes P2P e os usuarios, que apostan pola licitude das descargas de música de internet, e polo outro as discográficas e a maioría dos artistas, que avogan pola súa ilicitude.

Hai que ter presente que a protección dos dereitos de autor na sociedade da información cada vez vai adquirindo maior importancia, pois reproducense e distribúense creacións intelectuais, entre elas as obras musicais, sen o consentimento do autor e sen a súa correspondente contraprestación económica. No presente artigo analizo os medios xurídicos dos que dispoñemos para a protección dos dereitos de autor para evitar con iso a copia e o aproveitamento ilícito por terceiras persoas.

Os problemas xorden porque internet se converteu nunha ferramenta a través da que se poden levar a cabo certas actuacións que son dificilmente perseguíbeis. A pesar diso, non pode esquecerse o esforzo que están facendo os lexisladores dos diferentes países europeos principalmente a través da incorporación aos seus ordenamentos xurídicos das Directivas seguintes: 2000/31/CE de 8 de xuño de 2000 de Comercio electrónico (transposta ao Estado español a través da Lei 34/2002 de Servizos da Sociedade da Información e Comercio Electrónico), e a directiva 2001/29/CE do Parlamento Europeo e do Consello de 22 de maio de 2001, relativa á harmonización de determinados aspectos dos dereitos de autor e dereitos afíns aos dereitos de autor da sociedade da información (transposta coa Lei 23/2006, de 7 de xullo, pola que se modifica o Texto Refundido da Lei de Propiedade Intelectual –en diante LPI–).

Hai que ter presente que a descarga de música en internet pode facerse de tres maneiras:

- A través das páxinas nas que os titulares dos dereitos de autor cargan partes ou cancións enteiras a disposición de calquera usuario.
- Mediante os servidores P2P. Este segundo tipo é o que suscita máis problemas de ilegalidade.
- A través de tendas *on line* como *itunes*. É un sistema de licenzas de uso, nas que o usuario non adquire a propiedade da copia, senón só o uso persoal da mesma, xa sexa temporal ou permanente.

Así mesmo, o usufruto da música por internet pode ser temporal (simplemente escoitar a canción por internet) ou ben duradeiro (cando se descarga a canción no disco duro do ordenador).

Sen embargo, non podemos esquecer que o último ano as vendas de reprodutores de música MP3 se dispararon, igual que as descargas de música, tanto legais como ilegais. As vendas de CDs diminúen, mentres que as descargas de música por internet crecen.

II OS PROGRAMAS DE INTERCAMBIO DE ARCHIVOS MEDIANTE INTERNET P2P. NOVAS TECNOLOXÍAS E NOVAS MODALIDADES DE EXPLOTACIÓN MUSICAL

Unha cuestión que revolucionou o mercado da música é a tecnoloxía dixital. A dixitalización permite representar calquera información en forma de código binario, o que supón grandes vantaxes para a transmisión da música, pois as cancións pasan a ocupar pouco espazo, podendo incluso comprimirse, axilizando a circulación da música polas distintas redes. Así mesmo, grazas á dixitalización pódense realizar copias sen perder calidade¹, e facilita a utilización e o tratamento da información (é o caso dos CDs, DVDs, etc.). Iso comporta que se xeneralicen e se estendan os soportes dixitais e prevalezan sobre os analóxicos².

¹ A diferenza do que sucede coas copias realizadas en fotocopiadoras, gravadoras de audio, faxes ou outras máquinas similares, que cada vez que se van reproducindo perden calidade en comparación co orixinal.

² Cfr. ROMÁN PÉREZ, R. de: *Obras musicales, compositores, intérpretes y nuevas tecnologías*, Reus, Madrid, 2003, páxs. 264 e 265. Os sistemas analóxicos teñen un formato que non presenta a información en código binario.

O formato dixital denominado MP3 serve para reproducir de forma gratuíta as obras musicais³. É un formato de compresión de son que permite a codificación dixital e que fai factíbel polo seu tamaño o envío en alta calidade de pezas musicais, coa mesma calidade que un CD, pero a grande vantaxe do MP3 é que reduce o tamaño do ficheiro de cada canción sen perder calidade. Como son arquivos pequenos, as cancións comprimidas en MP3 pódense mover facilmente por internet e permite a descarga de arquivos a través de internet nun tempo razoábel⁴.

Á dixitalización hai que sumar internet, pois permite a transmisión de información dixitalizada en tempo real ou cunha escasa marxe de tempo, a pesar de que poidan existir grandes distancias xeográficas.

Así, as novas modalidades de explotación da música poden ser de tres tipos:

- A descarga (*download*), que implica descargar ou baixar información (neste caso unha canción) desde un servidor a un ordenador conectado a internet, e o usuario pode almacenar as cancións no disco duro do seu ordenador, noutra terminal, nun *pen drive*, etc. Despois de “baixar” a canción, o usuario pode escoitala as veces que desexe, e pode incluso facer copias da mesma, mandala a outras persoas, etc.
- O *streaming*: significa literalmente “que flúe”. Esta modalidade de explotación permite escoitar ou visualizar arquivos directamente. Trátase dun mecanismo máis inmediato que o *download*, pois non é necesario esperar a que o arquivo se descargue para poder escoitalo.
- Existe unha terceira modalidade de explotación, que é un híbrido ou mestura dos dous sistemas anteriores, que permite escoitar a música ao tempo que se efectúa unha copia da mesma.

A continuación hai que facer referencia ás redes *peer to peer*, P2P, “de amigo a amigo”, ou “de igual a igual”. As principais cuestións xurídicas que o fenómeno das redes P2P xerou son as seguintes: as demandas contra os operadores P2P (sexan centralizados ou descentralizados) e as demandas fronte aos usuarios de redes P2P.

Existen tres tipos de sistemas *peer to peer*: centralizados, semicentralizados e descentralizados.

³ O único gasto consiste na perda do tempo pola busca na rede da canción.

⁴ Esta innovación tecnolóxica non se contemplaba no texto da LPI de 1996.

1 Centralizados

Os usuarios que queren cambiar música conéctanse entre si a través dun servidor central administrado pola rede P2P, a través do que poden buscar as cancións que lles interesan. Cada ordenador é servidor e cliente á vez. Cada un dos ordenadores membros da rede P2P é non só emisor, senón tamén receptor de ficheiros de música. O usuario solicita unha canción ao programa e este encárgase de buscar entre outros internautas conectados en calquera parte do mundo a canción solicitada, que a gardan no seu disco duro. Tense acceso aos cartafoles do disco duro dos ordenadores doutros usuarios que instalaron o programa P2P. O servidor P2P non inclúe ningunha canción, o único que fai é funcionar como unha ponte entre dos ordenadores conectados a internet.

2 Descentralizados

Os usuarios poden conectarse entre si sen que sexa preciso utilizar un servidor ou ordenador central que faga de intermediario. Por iso, a diferenza dos sistemas centralizados, se un ordenador falla ou avaría, o sistema non se ve afectado.

Nos sistemas descentralizados, ao contrario do que sucede cos sistemas centralizados, non existe un sistema de índice central coas cancións que están na rede, senón que o programa busca a canción nos ordenadores que están conectados nese momento e, cando a encontra, comeza a transferencia dun usuario a outro.

O problema dos sistemas centralizados é que calquera ataque que se producese a dito servidor implicaría a anulación de todas as operacións. Esta vulnerabilidade das redes cun servidor central (porque basta con pechar o servidor para que se bloquee todo o sistema) evítase coas redes descentralizadas, aínda que nelas a busca e transferencia é menos eficiente.

3 Semicentralizados

Do anterior dedúcese que os mellores sistemas son os semicentralizados, que asumiron as vantaxes dos anteriores sistemas, conseguindo un equilibrio entre resistencia a ataques e eficiencia. Co sistema semidescentralizado e o descentralizado non existe un servidor central que permita a interconexión e o intercambio de arquivos, polo que basta con descargar o programa no ordenador que permitirá intercambiar arquivos musicais, e ademais non hai un servidor que pechar nin unha entidade que se poida perseguir legalmente.

Pero ademais hai un modelo ou sistema que podería cualificarse como **privado**: prodúcese cando hai un intercambio de ficheiros a través do correo electrónico, mediante un programa de correo electrónico, como o *Outlook*. O intercambio

realízase de forma individual, desde un ordenador a outro, non hai varios usuarios interconectados, nin un sitio web para facer descargas, senón que existe só unha comunicación directa entre usuarios individuais sen ningunha intermediación.

III CASO *NAPSTER*

Resulta tremendamente clarificador o estudo do caso *Napster* por ser o primeiro programa P2P que foi cuestionado ante os Tribunais.

En 1999 un estudante norteamericano de 19 anos de idade, chamado Shawn Fanning creou unha aplicación destinada ao intercambio de arquivos de MP3, primeiro entre un círculo reducido de amigos, pero rapidamente se estendeu, pois era a forma máis fácil e barata de obter cancións en formato MP3 a través de internet. Era o programa *Napster*⁵. Neste servidor os arquivos non se almacenaban polo prestador de servizos da sociedade da información, senón que se intercambiaban desde os discos duros dos ordenadores dos usuarios, polo que resultaba moi difícil perseguir todos os actos ilícitos, debido ao grande número de usuarios que utilizaban o programa *Napster*.

Hai que ter en conta que estes arquivos MP3 que circulan a través das redes P2P na súa gran maioría son obras protexidas polos dereitos de autor. *Napster* non vendía directamente os arquivos de MP3, senón que permitía a transmisión de arquivos de música MP3 entre os seus usuarios a través do proceso P2P, transferíndose copias exactas dos arquivos dun usuario a outro a través de internet de forma gratuíta. O usuario debía descargar o programa de software no seu ordenador persoal que proporcionaba *Napster*. Automaticamente o programa creaba no disco duro do ordenador un cartafol chamado *music*, e cando o usuario abría o programa, podía acceder á música doutros usuarios que estaban conectados e que tiñan tamén ese cartafol *music*. O programa axudábo a buscar a canción que quería a través dun potente buscador, que localizaba as cancións por título e por autor, mostrando quen dos usuarios conectados nese momento tiña as cancións, sinalaba qué usuario era máis conveniente para efectuar a transferencia máis rápida, clasificando cada usuario con color vermello, amarelo ou verde, dependendo da súa velocidade de conexión, e transfería copias dun arquivo MP3 a outro ordenador a través do *peer to peer*. O

⁵ Sobre o caso *Napster* *vid.* máis amplamente RAMOS SUÁREZ, F: “Legalidad o ilegalidad de los Programas o Software de búsquedas de archivos de música en Internet”, *AR: Revista de Derecho informático*, nº 52, novembro 2002; VILLALBA DIAZ, F. A.: “Algunos aspectos sobre los derechos de autor en Internet”, *AR: Revista de Derecho Informático*, nº 31, febreiro 2001; IGLESIAS LOZANO, I.: “Situación actual del sector de la música en España”, *ICE, Economía de la cultura*, nº 792, xuño-xullo 2001; GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *La reforma de la copia privada en la Ley de propiedad intelectual*, Comares, Granada, 2005, páxs. 235 e ss.

problema en principio é que a busca das cancións que se querían conseguir dependía dos usuarios que en cada momento se encontrasen conectados, pero isto non supoñía ningún inconveniente, pois o número de usuarios que habitualmente usaban este programa era bastante elevado, polo que na práctica encontrábanse sempre as cancións que se buscaban.

A pesar diso, producíase un intercambio ilegal de música na rede, infrinxindo o dereito de reprodución e o dereito de distribución, pois non se facía ningún desembolso en concepto de dereitos de autor, reducíndose notabelmente a venda de CDs orixinais, pois podía escoitar e gardar as cancións de forma gratuíta, polo que en decembro de 1999 a *Recording Industry Asociation of América* (RIAA), que agrupaba as compañías discográficas de EE.UU., demandou a *Napster.com*, solicitando 100.000 dólares por cada descarga dun tema protexido polas leis de *copyright*, xa que permitía intercambiar ficheiros de música MP3 aos seus usuarios a través de internet de forma gratuíta e sinxela⁶. Pero non só se pedía unha indemnización, senón que se impuxera a *Napster* a obriga de cesar na súa actividade de distribuír obras musicais protexidas polos dereitos de autor sen o consentimento dos seus titulares. Por iso se creou unha gran expectación deste caso, pois a resolución deste conflito era de vital importancia para o futuro tratamento dos dereitos de autor na Rede.

Napster argumentou as liñas da súa defensa no sentido de que só era un provedor, poñendo en contacto os usuarios, pero non realizaba copias dos arquivos de MP3 nin tampouco os difundía. Non almacenaba as cancións. Só era un intermediario que subministraba un software co que os usuarios si realizaban unha actividade ilícita, pero non *Napster*. Os usuarios non intercambiaban diñeiro entre eles, nin *Napster* competía no mercado discográfico do mesmo modo que o facían as copias piratas. Considerábase que era o mesmo que gravar nun casete unha canción difundida na radio, pero isto non é certo, xa que as entidades de radiodifusión pagan ás sociedades de xestión colectiva e ás compañías discográficas pola explotación que fan das obras protexidas polo dereito de autor. Así, este argumento non podía sosterse, pois *Napster* era responsábel dun acto ilícito se contribuía á súa realización, xa que sen o software de *Napster*, ningún usuario podía acceder ao disco duro do resto

⁶ Non obstante, non todos eran detractores de *Napster*, pois incluso artistas, como U2, Prince, Smashing Pumpkins, Red Hot Chili Peppers, Alanis Morissette, Public Enemy, Def Leopard ou Petter Gabriel se mostraban a favor de *Napster*, pois consideran que supón unha mellor remuneración para os artistas e unha perda do predominio das grandes discográficas. No mesmo sentido se mostraba a favor de *Napster* Peter Gabriel, quen consideraba que aínda que a distribución da súa música a través de internet sexa ilegal, aumentou a afluencia de público aos seus concertos, polo que obtivo máis beneficios que os que recibe pola venda das súas cancións, xa que as empresas discográficas son as que reciben a maior parte das ganancias e unha porcentaxe moi reducida queda para os autores. Polo contrario, quereláronse contra *Napster* Paul McCartney e Metallica.

dos usuarios para baixar as cancións. Ademais, *Napster* facilitaba apoio técnico para catalogar e buscar os produtos e arquivos MP3 a través de internet, creando incluso un *Chat* para que os usuarios manifestaran as súas opinións sobre a música, e sinalaba cal dos usuarios conectados era o máis conveniente para facer a descarga da canción polo tempo de conexión, a proximidade, etc.

Tamén os avogados de *Napster* defendían que se trataba dun suposto similar ao famoso caso *Betamax*, no que nos anos 70 en EE.UU. se demandou á compañía Sony por entender que se vulneraban os dereitos de propiedade intelectual ao permitirse gravar cun vídeo doméstico *Betamax* películas, programas de televisión, etc. Sen embargo neste caso o TS norteamericano sinalou que a reprodución doméstica deste tipo de obras non violaba ningún dereito de propiedade intelectual, pois os aparellos de vídeo permiten gravar, pero non son considerados responsábeis do que os usuarios realicen. O TS entendeu que “*unha nova tecnoloxía que pode ser utilizada para a pirataría ou outras violacións do copyright non pode ser prohibida mentres teñan substanciais usos non ilegais*”. Permitíase o sistema *Betamax* sempre que o uso principal fora lícito e se compensasen economicamente os titulares dos dereitos de autor. *Napster* pretendía que se aplicase este argumento ao seu caso, por utilizar unha tecnoloxía que ten algún uso legal.

Sen embargo, o programa *Napster* non funciona desta maneira, senón que ampara prácticas ilegais, e *Napster* era responsábel de todos os ficheiros que circulaban porque se facía a través do seu servidor.

Ademais *Napster* si se lucraba co seu servizo, pois aínda que non cobraba aos usuarios polos seus servizos (polos intercambios que efectuaban os usuarios), obtiña ganancias moi cuantiosas por outros medios, concretamente a través da publicidade e os *banners* que aparecían no seu *website*. Por tanto, indirectamente estíbese lucrando coas obras musicais ao cobrar a publicidade que aparecía na súa páxina web.

É por iso polo que a xustiza norteamericana considerou a *Napster* responsábel subsidiaria da actuación dos usuarios, ao coñecer a actividade ilegal e contribuír a ela. Pero o proceso non chegou á súa fin, xa que *Napster* foi adquirida por unha das empresas demandantes, concretamente unha empresa alemá (*Beterlsmann*) e na actualidade é un servizo de pago, pois os usuarios teñen que subscribirse, satisfacendo con iso os dereitos de propiedade intelectual dos artistas e permite só a descarga de obras licenciadas.

Así, *Napster* finalmente tivo que chegar a un acordo coas compañías discográficas a través do que comprou os dereitos das cancións, polo que se viu obrigada a cobrar aos usuarios unha cota mensual por utilizar o programa ou unha copia por

cada canción que descargasen. Sen embargo, como era de imaxinar, esta solución para *Napster* non foi rendíbel, xa que xurdiron outros programas P2P que conseguían eludir a lexislación infrinxida por *Napster* e que resultaban máis económicos para os usuarios, polo que se produciu a fuxida dos usuarios de *Napster* a outros programas. De feito na actualidade a pesar de seguir existindo dito portal na web, xa non é tan rendíbel.

Estes novos programas que xurdiron (*Winmx*, *soul seek*, *Gnutella*, *audiogalaxy*, *aimster*, *grecstok*, *streamcast*, *MusicCity*, *Scour*, *Freenet*, *eMule*, *KazaA*, etc.) burlaban a ilegalidade de *Napster*, pois conectaban os usuarios pero non deixaban rastro nos servidores ao ser sistemas descentralizados ou semicentralizados. Ademais, *Napster* permitía só o intercambio de cancións, mentres que en *eMule*, por exemplo, pódense descargar películas. Estes novos programas permiten o intercambio de cancións de forma anónima, ao operar sen ningún control central, imposibilitando que se persiga o feito ilícito realizado. Os usuarios poden conectarse directamente entre eles sen necesidade de acceder a través de ningún portal. Estes sistemas non necesitan dun servidor central, sendo máis rápidos, e permiten un maior número de usuarios ao mesmo tempo.

De feito, os sistemas descentralizados P2P foron demandados tamén en EE.UU. polas empresas discográficas, pero foron absoltos tanto en primeira como en segunda instancia, pola existencia dun 10% de usos lícitos, co posterior intercambio de arquivos lícitos entre os usuarios, e porque contra estes operadores P2P, a diferenza do que sucedía con *Napster*, non se podía facer nada para impedir os actos ilícitos, pois aínda que desactivasen todos os seus ordenadores, os usuarios poderían continuar intercambiando arquivos. O problema está en se existiría unha obriga de deseñar programas P2P que permitisen o control do intercambio de autorizado de arquivos, pois parece que premeditadamente os sistemas descentralizados creaban voluntariamente un software P2P que non tiña en conta as vulneracións dos dereitos de autor⁷.

IV CASO WEBLISTEN

Acabamos de ver o caso *Napster*. Pero vamos ver que tamén no noso país os titulares de dereitos de autor demandaron os responsábeis dos sistemas P2P. En efecto, polo que á xurisprudencia española se refire, varias resolucións dos nosos tribunais se pronunciaron e condenaron unha empresa que vendía cancións aos consumidores a través de internet, concretamente *Weblisten*.

⁷ Vid. máis amplamente neste sentido sobre os sistemas descentralizados GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J.J.: “La lucha de los titulares de derechos de autor contra las redes “peer to peer” (P2P)”, Pe. i.: *Revista de propiedad intelectual*, nº 18, 2004, páxs. 33 e ss.

O modo de operar de *Weblisten* era moi similar ao de *Napster*, pois o usuario podía descargar as cancións ofrecidas no catálogo de *Weblisten*, para o que previamente debía adquirir un bono para poder comprar as cancións. Existía a posibilidade de comprar un bono mensual co que se podían baixar todas as cancións que se quixeran, polo prezo de 4.900 pesetas, así como un bono *weekend*, polo prezo de 595 pesetas. Existían outros bonos segundo o número de cancións que o usuario descargase: bono de 500 pesetas para 12 cancións; bono de 1.000 pesetas para 30 cancións; bono de 2.500 pesetas para 100 cancións, e bono de 5.000 pesetas para 225 cancións. As cancións que se baixaban de *Weblisten* descargábanse no disco duro do ordenador do usuario e podía escoitalas tantas veces como quixera.

Sobre esta cuestión, a **SAP de Madrid de 16 de xullo de 2004**⁸ confirma a sentenza de primeira instancia e considera que a sociedade *Weblisten*, dedicada á actividade de reproducir e poñer a disposición do público, a través da súa páxina web, as gravacións musicais do repertorio dunha discográfica, incorre nunha infracción dos dereitos de propiedade intelectual así como nunha conduta de competencia desleal, e por iso condena a demandada a cesar na súa actividade e a indemnizar os danos e prexuízos acreditados, así como a informar desa condena na súa páxina web, con inserción dunha ligazón ao texto íntegro da sentenza.

En efecto, supón unha competencia desleal, de acordo co artigo 11.2 da Lei de competencia desleal, xa que a súa actividade comporta *“un aproveitamento indebido da reputación ou o esforzo alleo”*, que pouco ten que ver co principio sociopolítico do libre acceso á cultura. *“A demandada, para tratar de excluír da comparación o factor de concorrencia no mercado e salvarse do cualificativo de desleal, alega que as súas actividades son completamente distintas das da demandante —unha empresa discográfica—. E en certo modo leva razón, porque mentres que a demandante ten que levar a cabo unha serie de importantes tarefas —contratación de autores, intérpretes, técnicos, locais, máquinas, materias primas, etc.— até chegar ao produto final do disco, disposto para a súa distribución e comercialización, a demandada inicia o seu traballo bastante máis tarde cando —por así dicilo— o pan xa está cocido e só resta poñelo á venda. Sería inxenuo pensar que as empresas discográficas producen os discos para que outros —que non teñen que amortizar os gastos de inversións que aquelas tiveron que afrontar— leven de maneira fácil os beneficios daquel traballo sen un esforzo especial e co atractivo dunha posta a disposición dese produto a baixo prezo. Por tanto, aínda que é certo que a demandada non é competidora da actora no sentido estrito do termo, concorre con ela no mercado utilizando unha liña de traballo que a Lei trata de borrar: o aproveitamento indebido do esforzo alleo”*.

⁸ Base de Datos *La Ley* 513855/2004.

É dicir, a demandada *Weblisten* beneficiábase da actividade de promoción e publicidade levada a cabo polas produtoras de fonogramas, para ofrecer a adquisición dos mesmos fonogramas, aínda que nun formato distinto, a un prezo inferior ao custe do CD e nunhas condicións máis desvantaxosas para aquelas, pois os custes de produción e promoción soportado polas produtoras non os teñen estas páxinas web.

O mesmo se considera na **SAP de Barcelona de 29 de setembro de 2006**⁹, que condena a sociedade propietaria das webs www.conectamp3.com, www.redmp3.com, www.servidormp3.com e www.red-mp3.com, condenándoas a cesar na súa actividade prohibíndolles a súa realización no futuro, e a pagar unha serie de indemnizacións ás produtoras, así como a publicar o fallo da sentenza nas súas páxinas web durante un período de dous meses, non sendo necesario acudir á publicidade na prensa escrita como pretendían as demandantes porque a conduta infractora non tivo outra difusión que a que permite o acceso a aqueles sitios web.

Tal e como argumenta a **AP de Madrid na sentenza de 16 de xullo de 2004**, considérase que se vulneran os dereitos de propiedade intelectual porque *“cunha soa copia (supoñemos que comprada) dos distintos produtos da actora, a apelante leva a cabo un tipo de reprodución que permite facer chegar o contido daqueles produtos por vía internet a múltiples usuarios. Por poñer unha comparación, é como se o titular dun comercio de discos comprara un só exemplar dun determinado disco, fixera multitude de copias nunha copiadora de CDs, e co correspondente envasado os puxera á venda, conseguindo así vender centenaes de CDs mediante a compra inicial dun só”*. Ademais, *Weblisten* non contaba coa autorización dos titulares do dereito de propiedade intelectual para realizar tarefas de reprodución ou de comunicación pública (mediante a súa colocación en internet) das cancións, é dicir, non contaba coa autorización das produtoras discográficas.

E tamén se condenou a *Weblisten* por unha demanda interposta pola falta de autorización da produtora das cancións na **SAP de Barcelona de 27 de xuño de 2002**¹⁰. E iso porque poñer a disposición dos usuarios da rede que entran na súa web os fonogramas e autorizar a reprodución a quen o solicite mediante unha retribución económica, sen solicitar a autorización das produtoras dos fonogramas, viola os de-

⁹ JUR 2007\30923. “Desta forma, a demandada entra en concorrencia coas produtoras na venda destes mesmos fonogramas, cuxo custo de produción e promoción recaeron exclusivamente sobre ditas produtoras, ofrecendo a súa adquisición nunhas condicións económicas que a colocan nunha posición de vantaxe respecto daquelas, quen, por ter soportado os gastos de produción e promoción, ofertan os fonogramas a un prezo superior e nunhas condicións desfavorábeis, pois o comprador para adquirir as cancións de máis éxito ten que comprar o resto das que compoñen o CD”.

¹⁰ AC 2002\1551.

reitos exclusivos que lles recoñecen a estas últimas os artigos 115 e seguintes da LPI. Nesta Sentenza, a AP considera que a transformación e dixitalización dun fonograma en formato MP3 é un acto de reprodución, pois *“reproducir a obra é fixala ou incorporala a unha base material ou soporte físico, que simplemente posibilite aqueles fins”*.

Así mesmo, condenáronse penalmente varias persoas encargadas do sitio *Weblisten* por un delito de defraudación da propiedade intelectual previsto e penado no artigo 270.1 do CP á pena de seis meses de multa a razón de 5’5 euros diarios, así como á clausura das páxinas web de *Weblisten* (**Sentenzas do Xulgado do penal da Comunidade de Madrid de 31 de maio de 2005**)¹¹.

V A RESPONSABILIDADE DOS USUARIOS DAS REDES P2P

O cabalo de batalla contra as descargas de música en internet non acaba aquí, pois tamén se produciron intentos de exixir responsabilidade aos usuarios dos programas P2P. E iso porque os usuarios realizan dous actos que están reservados en exclusiva pola LPI aos titulares dos dereitos de autor: a reprodución e a comunicación pública (artigos 18 e 20 da LPI, respectivamente).

Posto que os sistemas P2P poñen a disposición dos usuarios os medios para que realicen a reprodución e comunicación pública, as compañías discográficas diríxense directamente aos usuarios do sistema, pois quen se serven deses sistemas *peer to peer* para obter copias de obras protexidas infrinxen dereitos de autor, polo que poden ser procesados civil e penalmente.

En internet coas descargas de música *on line* é moi difícil exercer un control do uso das obras protexidas polo Dereito de autor. E é que aínda que os usuarios realicen ou intercambien cancións para uso privado sen ánimo de lucro, para os titulares de dereitos de propiedade intelectual isto constitúe unha violación dos seus dereitos e un grave perigo.

No obstante tamén hai que ter presente que cos programas P2P é posíbel que o autor puxera libremente na rede outros arquivos, polo que o tráfico nestes casos sería legal.

Así as cousas, ademais de demandar os titulares dos sistemas P2P, en países do noso contorno demandáronse os usuarios das redes P2P. En EE.UU., a pesar de que nun principio os Tribunais se mostraron reticentes a pedir aos operadores de redes que facilitasen os datos dos seus clientes, considerouse que calquera prestador debe facilitar a identidade dos seus usuarios cando se presenten probas suficientes de

¹¹ JUR 2005\148916 e JUR 2005\135812.

que descargaron unha importante cantidade de obras protexidas a través das redes P2P. E noutros países europeos, como Italia, Dinamarca ou Alemaña, iniciáronse demandas civís contra usuarios individuais de redes P2P por intercambio de arquivos musicais. Incluso en Francia, condenáronse penalmente usuarios individuais por intercambiar ficheiros audiovisuais en internet (Sentenza do Tribunal de Grande Instance de Vannes de 29 de abril de 2004). Neste caso, realizouse un rexistro domiciliario e atopáronse no disco duro do ordenador dun dos usuarios 198 CDs postos a disposición dos usuarios no “cartafol compartido” de *KazaA*. Por iso, o Tribunal francés condenou cinco dos usuarios por un delito de reprodución ilícita a penas que van entre os 2.000 e os 5.800 euros e ao que compartía as 198 películas na rede P2P a tres meses de prisión¹².

Hai que ter presente que para poder demandar un usuario dunha rede P2P é preciso coñecer a súa identidade, pois normalmente na rede opérase por medio de pseudónimos ou de forma anónima. Débense solicitar os datos persoais aos prestadores de acceso e operadores de redes, grazas á dirección IP. En España, os operadores teñen obriga de comunicar as identidades dos seus usuarios de acordo co artigo 12.2 da Lei 34/2002, de 11 de xullo, de servizos da sociedade da información e de comercio electrónico, pois aínda que nun primeiro momento puidera parecer inconstitucional, non o é, xa que non é excesivo obrigar aos operadores de redes a que proporcionen o nome dos clientes que violan a propiedade intelectual a través das redes P2P¹³.

E aínda que se refire só á obriga de subministrar os datos nos casos de investigacións criminais ou para a salvagarda da seguridade pública e a defensa nacional (artigo 12.3), poñéndose a disposición dos tribunais ou do Ministerio fiscal que así os requiran, é tamén aplicábel aos ilícitos civís¹⁴.

Por tanto, para poder demandar o usuario dunha rede P2P é necesario que os titulares dos dereitos de autor logren identificar o usuario. Tarefa difícil e custosa. Para iso é imprescindible acudir aos provedores de acceso (Telefónica, Ono, etc.), que como acabo de sinalar poden identificar o usuario a través da dirección IP do ordenador do usuario que realiza o acto ilícito. Unha vez que ten a dirección IP debe localizar o provedor de acceso para que revele a identidade do usuario desa dirección¹⁵.

¹² Vid. máis amplamente GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ: *La reforma...*, cit., páxs. 253 e ss.

¹³ Cfr. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ: *La reforma...*, cit., páxs. 271 e 272.

¹⁴ Cfr. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ: *La reforma...*, cit., páx. 272.

¹⁵ Aquí tamén xurdirían problemas coa LO 15/1999, de protección de datos de carácter persoal, pois de acordo co artigo 11 da lei non se poden entregar datos de carácter persoal dun usuario, entre outras circunstancias, salvo que o estableza unha lei ou que o destinatario sexa un xuíz ou tribunal no exercicio das funcións que ten atribuídas.

Outra cuestión que debe considerarse é se os servidores P2P son responsábeis das actividades delituosas ou ilegais que cometan os usuarios. A Directiva 2000/31/CE de 8 de xuño de Comercio Electrónico e os artigos 13 e seguintes da Lei 34/2002, de 11 de xullo, de servizos da sociedade da información e de comercio electrónico, consideran que estes servidores son responsábeis sempre e cando:

- Teñan coñecemento da realización de actividades ilícitas a través dos seus programas.
- Cando interveñan de forma activa na súa comisión.
- Tamén cando impidan o control sobre os contidos. Polo que este tipo de servidores si serían responsábeis.

Desta maneira, o prestador de servizos de internet desde que teña coñecemento do feito ilícito está obrigado a retirar os datos do seu servidor ou facer que o acceso a eles sexa imposible, para evitar que os usuarios realicen copias de ficheiros MP3. Facendo responder a estes servidores é máis fácil conseguir a reparación dos danos causados que se houbese que acudir aos usuarios particulares.

Ademais, as redes P2P son responsábeis porque realizan unha comunicación pública (artigo 20 i) LPI), como se verá posteriormente.

VI LEGISLACIÓN ESPAÑOLA: ÚLTIMAS REFORMAS

O vixente texto refundido da Lei de Propiedade Intelectual aprobouse por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, e foi modificado recentemente pola LEC 1/2000 (trátase de modificacións estritamente de tipo procesual) e polas Leis 19/2006, de 5 de xullo pola que se amplían os medios de tutela dos dereitos de propiedade intelectual e industrial e se establecen normas procesuais para facilitar a aplicación de diversos regulamentos comunitarios, polo que introduce importantes modificacións na LEC (esta Lei responde á transposición da directiva 2004/48/CE, do Parlamento Europeo e do Consello, de 29 de abril de 2004, relativa ao respecto dos dereitos de propiedade intelectual e coñecida comunmente como Directiva antipirataría) e a Lei 23/2006, de 7 de xullo, pola que se modifica o texto refundido da Lei de Propiedade Intelectual, co obxecto de incorporar ao Dereito español a Directiva comunitaria 2001/29/CE, de 22 de maio, relativa á harmonización de determinados aspectos dos dereitos de autor e dereitos afíns aos dereitos de autor na sociedade da información¹⁶.

¹⁶ Hai que recordar que como noutras ocasións anteriores, o lexislador español non transpuxo a Directiva no prazo de tempo que tiña, pois debía terse levado a cabo antes do 22 de decembro de 2002. Nin que dicir ten que un dos puntos máis controvertidos ao longo da tramitación parlamentaria é o denominado canon por copia privada e a diferenciación de tratamento xurídico dos contornos analóxico e dixital.

Polo que aquí interesa, a Lei 23/2006 modificou os artigos 18, 19 e 20 da LPI, que tratan a reprodución, a distribución e a comunicación pública. Modifícase tamén o artigo 25 relativo á compensación equitativa de copia privada, e o artigo 31.2 da LPI que regula o límite de copia privada.

VII FACULTADE DE REPRODUCCIÓN E COPIA PRIVADA

Tanto a reforma da copia privada como do seu sistema de compensación foron unha das cuestións que máis problemas suscitou durante a tramitación parlamentaria da Lei 23/2006, de 7 de xullo, debido sobre todo á importancia económica que ten na era dixital. Ao respecto, tal e como sinala o preámbulo da Lei 23/2006, pretendeuse encontrar un punto de equilibrio que trate de harmonizar os intereses en xogo existentes.

Tras a reforma, a excepción de copia privada regúlase no artigo 31.2 da LPI. Este precepto prevé unha excepción, xa que permite reproducións das obras para uso privado, sempre que exista unha compensación adecuada. Dita compensación adecuada regúlase no artigo 25 LPI e verase no seguinte epígrafe.

Unha cuestión transcendental é determinar a diferenza entre o que é unha copia privada e o que non o é. A copia privada introduciuse na nosa LPI para legalizar unha situación xeneralizada na nosa sociedade, que era a copia non autorizada para uso privado das obras intelectuais. Polo que á música se refire, tratábase das copias que se realizaban en casete e que se pasaban a amigos. Trátase dunha práctica socialmente admitida e ademais hai que ter en conta que ao seu favor xoga o dereito de acceso á cultura. O problema xorde porque cando aparece internet estas copias xeneralízanse e pónense en perigo os cuantiosos beneficios das industrias discográficas, as cales apelan aos diferentes gobernos para que reformen a normativa existente sobre propiedade intelectual e se adapte ás novas esixencias nadas da sociedade da información.

O actual artigo 18 LPI determina que *“enténdese por reprodución a fixación directa ou indirecta, provisional ou permanente, por calquera medio e en calquera forma, de toda a obra ou de parte dela, que permita a súa comunicación ou a obtención de copias”*. Con esta nova redacción, pretende darse cabida aos sistemas P2P.

O suposto do *download* de arquivos musicais en formato MP3 a través de programas de ordenador formula problemas coa copia privada, pois un dos dereitos máis importantes que se lle confiren ao autor polo Dereito de propiedade intelectual é o de reprodución. E é que a descarga de cancións por parte do usuario de programas P2P podería vulnerar a excepción de copia privada do artigo 31.2 da LPI, pois o concepto de copia privada exclúe a utilización colectiva e lucrativa. Por tanto, xor-

den dúbidas sobre se a copia privada realizada polos usuarios a partir de cancións de outros está cuberta pola excepción do artigo 31.2 da LPI. É dicir, as dúbidas xorden sobre se a excepción de copia privada é aplicábel ou non ao intercambio de ficheiros a través das redes P2P.

Para un sector doutrinal e para as discográficas, produtoras, etc., as descargas de música a través de internet cos sistemas P2P son ilegais, pois considérase que o dereito de copia privada supón que a reprodución non sexa obxecto de utilización colectiva nin lucrativa. Sen embargo, consideran que no intercambio de música a través das redes P2P se pon a disposición dun número indefinido de usuarios unha obra, polo que non se cumprirían os requisitos de copia privada.

Entenden que se trata dun acto de posta a disposición, que é un dereito de explotación que lles corresponde aos autores e aos titulares de dereitos de propiedade intelectual, polo que as descargas supoñen un atentado contra os dereitos destes titulares, pois sen autorización destes, pónense a disposición as obras para un uso colectivo, que nada ten que ver co dereito de copia privada.

Para outro sector doutrinal e para as redes P2P e os seus usuarios, as descargas de música a través das redes P2P si estarían incluídas dentro do dereito de copia privada, polo que serían legais.

Así, aínda que a regra xeral establecida na Lei é que o exercicio dos dereitos de explotación está reservado a favor do autor, establécense unha serie de límites ou excepcións a este principio nos artigos 31 e seguintes, pois considérase que nalgúns casos conflictivos o interese privado debe sacrificarse en beneficio dos intereses xerais da comunidade¹⁷.

O artigo 31.2 LPI preceptúa que *“non necesita autorización do autor a reprodución, en calquera soporte, de obras xa divulgadas cando se leve a cabo por unha persoa física para o seu uso privado a partir de obras ás que accedera legalmente e a copia obtida non sexa obxecto dunha utilización colectiva nin lucrativa, sen prexuízo da compensación equitativa prevista no artigo 25 (...)”*. Por tanto permítese facer copias privadas sen autorización do autor.

A continuación voume referir ás características que debe ter unha reprodución concreta para que poida ser considerada como privada aos efectos do artigo 31.2 LPI.

1.— En primeiro lugar o precepto refírese ás **“reproduccións en calquera soporte”**, polo que comprende tanto as copias analóxicas como as dixitais. É dicir,

¹⁷ Cfr. LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho civil IV. Propiedad y derechos reales de goce*, Marcial Pons, Madrid, 6ª ed., 2006, páx. 285.

a nova regulación da copia privada dá cabida á efectuada mediante mecanismos dixitais.

2.– Cando se refire á “**autorización do autor**”, hai que considerala extensíbel tamén aos “demais titulares de dereitos afíns aos dereitos de autor”, por telo considerado así reiterada xurisprudencia e a doutrina¹⁸.

3.– En terceiro lugar, o artigo 31.2 LPI esixe que a reprodución sexa efectuada por unha **persoa física**, suprimíndose a mención ao “copista” que se recollía na redacción anterior do precepto.

En efecto, un dos acertos da reforma deste precepto en virtude da Lei 23/2006 é que xa non se utiliza o termo “copista” como na redacción anterior, pois abrírase un amplo debate doutrinal sobre quen debía ser considerado como tal. Por tanto, de acordo coa redacción actual, copia privada é aquela realizada por unha persoa física para o seu uso propio e persoal, polo que as persoas xurídicas non poden efectuar copias privadas.

4.– A copia obtida non pode ser obxecto de **utilización colectiva**. Ten que realizarse para **uso privado**. É un feito constatado na práctica que resulta totalmente imposíbel a prohibición de realizar copias privadas de discos ou de cancións. É dicir, acéptase a realización de copias privadas para fins particulares porque tecnicamente é moi difícil controlar este tipo de actividade. Por iso, permítese que calquera persoa as realice sen contar coa autorización do autor. Pero só se permiten as copias privadas e persoais, polo que non poden facerse copias para utilización colectiva e lucrativa.

Do que se trata é de que esa persoa física destine a reprodución para o seu uso privado. Así, non sería uso privado se o destina para reproducila na súa empresa ou no seu lugar de traballo e tampouco habería copia privada nos casos de reproducións que se fan en lugares abertos ao público (cibercafés).

Non obstante, dentro do concepto de uso privado si hai que incluír as reproducións que se realicen dentro do círculo familiar ou *cuasi* familiar¹⁹.

De todo o anterior dedúcese que o uso privado é algo distinto e máis amplo que o uso persoal. Non é privado nos casos nos que unha pluralidade de persoas fóra do ámbito estritamente doméstico poden acceder á obra.

¹⁸ Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ–CANO, R. e outros: *Las reformas de la Ley de propiedad intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, páx. 130.

¹⁹ Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ–CANO e outros: *Las reformas...*, cit., páx. 131.

Por iso, a reprodución de copias para a súa distribución, xa sexa onerosa ou gratuíta, a un número indeterminado de persoas alleas ao círculo familiar ou *cuasi* familiar supón que non poida darse a excepción de copia para uso privado. E iso a pesar de que a copia non se ofrezca ao público en xeral.

É dicir, o número de copias non pode ser ilimitado, pois prohibese no artigo 31.2 a utilización colectiva das mesmas. Pero, qué cantidade de copias se permite? A doutrina española sinalou que do artigo 31.2 LPI podería deducirse que, a partir dun determinado número de copias, as copias obtidas non satisfán un uso privado, pero non fixaron un número concreto. Neste sentido, a xurisprudencia alemá entendeu que non debe superar un máximo de sete, aínda que algún autor alemán considerou que é mellor rebaixalo á cantidade de tres, mentres que outros estiman que nalgúns circunstancias pode ser incluso maior²⁰. Trátase dunha carencia ou déficit da lei, polo que tería sido moi conveniente que o lexislador se tivera pronunciado expresamente ao respecto.

5.– Considérase que non son copias privadas aquelas reproducións destinadas a un **“uso lucrativo”**.

O uso lucrativo non pode considerarse existente nos casos nos que se descargue música a través de internet alegando que existe aforro do custo de adquirir un exemplar orixinal, pois se así se entendera, a excepción do artigo 31.2 LPI quedaría baleira de contido. É dicir, o ánimo de lucro implica que non se obteña calquera rendemento patrimonial. Así, non haberá ánimo de lucro cando unha persoa baixe música de internet e facilite as súas propias copias a outros usuarios da rede de forma gratuíta. Pero non habería excepción de copia privada porque hai utilización colectiva. Non obstante, sobre esta cuestión volverei cando me refira ao tratamento penal desta cuestión.

6.– Establece o artigo 31.2 da LPI que é requisito imprescindible que a reprodución se realice **“a partir de obras ás que se accedera legalmente”**. Encontrámonos co requisito do “acceso legal”, que constitúe a novidade máis importante da reforma e o punto máis problemático.

O problema encóntrase na ambigüidade desta expresión. Parece que quere dicir que debe partirse do orixinal, pero ao mesmo tempo non se atreve a dicilo expresamente.

²⁰ Cfr. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J.: “Napster. “copias robadas”, responsabilidad de los intermediarios y otros interrogantes para el derecho de autor en Internet”, Pe. i.: *Revista de propiedad intelectual*, nº 6, 2000, páx. 72; CRUZ RIVERO, D.: “Distribución de música a través de Internet. ¿Lucro o copia privada? (A propósito da Sentenza 309/06, de 14 de xullo de 2006, do Xulgado do penal nº 3 de Santander)”, *Revista de la Contratación Electrónica*, nº 76, 2006, páx. 55.

Ao respecto, os usuarios argumentan que non se pode demostrar que ao baixar música de internet se consiga un lucro con iso, pois realmente é un ánimo de aforro, non previsto na lei; e tampouco podería demostrarse o prexuízo para terceiro, porque non se pode probar que o usuario tivese comprado o disco na tenda, polo que a discográfica e a SGAE non terían sido prexudicadas.

O problema do “acceso legal” é que non se pode controlar se realmente existiu un acceso legal á obra²¹.

Non obstante, de acordo co teor do precepto, a legalidade ou ilegalidade depende do modo no que a persoa física que fai a reprodución accede á obra musical.

Agora ben, a primeira vista se os arquivos foron postos ilicitamente na rede P2P, parece que o lexislador entende que non se ten acceso legal, polo que non podería realizarse unha copia para uso privado. E o mesmo sucedería nos casos de descargas a partir dun sitio web ilegal. Pero se o usuario nestes dous casos se limita a gardalas para o seu uso persoal, non poñéndoas a disposición do público, serían copias privadas? a doutrina considerou que si, porque o soporte a partir do que se faga a copia pode ser ilícito, pero o acceso a dito soporte é legal, pois pagouse a cota de acceso a internet, e non hai unha ulterior posta a disposición do público, ao non almacenalo no cartafol compartido co resto dos usuarios²².

Pero o grao de coñecemento do que realiza a copia é transcendental, pois só haberá acceso legal á obra cando se ignore que foi posta no mercado ilicitamente. É dicir, se o usuario coñece que a copia que está realizando provén dun sitio web ilegal ou foi colgada ilegalmente na rede, non haberá excepción de copia privada.

Así mesmo, antes da reforma tamén se chegaba á mesma conclusión por parte da doutrina máis acreditada, que entendía que “*é irrelevante que a copia se faga dun orixinal ao que se teña acceso lícito ou non*”, pois ampárase na excepción de copia privada²³.

Do anterior dedúcese que cando unha persoa a través dunha rede P2P comparte música con outros usuarios da rede, non existe copia privada, xa que as reproducións estanse ofrecendo ao público, hai un acto de posta a disposición. As reproducións non son para uso privado, senón que se almacenan nunha parte do ordenador que está aberto aos demais usuarios para que se poida continuar a cadea de transmisión, polo que hai un uso colectivo, excédese o ámbito privado.

²¹ “E non parece unha boa idea aprobar leis que na práctica non se poden facer cumprir”. *Vid.* Neste sentido BERCOVITZ RODRÍGUEZ–CANO e outros: *Las reformas...*, cit., páx. 136.

²² Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ–CANO e outros: *Las reformas...*, cit., páxs. 134 e 135.

²³ *Vid.* GARROTE FERNÁNDEZ–DÍEZ: *La reforma...*, cit., páx. 261.

Por tanto, hai que diferenciar a actividade de descargar música da rede P2P, na que o usuario actúa como cliente, de cando actúa como servidor, porque transmite a outros arquivos do seu repertorio persoal. Neste último caso vulneraríanse os dereitos de propiedade intelectual, pero se o usuario non ten un cartafol para compartir co resto dos usuarios da rede P2P habería copia privada.

VIII A COMPENSACIÓN POR COPIA PRIVADA

O dereito de compensación por copia privada foi obxecto de reforma coa nova redacción do artigo 25 LPI, así como pola inclusión dun réxime transitorio para a compensación no ámbito dixital que se establece na Disposición Transitoria única da Lei 23/2006²⁴.

O artigo 25 da LPI recolle a compensación equitativa por copia privada, e sinala que *“a reprodución realizada exclusivamente para uso privado, mediante aparellos ou instrumentos técnicos non tipográficos, de obras divulgadas en forma de libros ou publicacións que a estes efectos se asimilen regulamentariamente, así como de fonogramas, videogramas ou de outros soportes sonoros, visuais ou audiovisuais, orixinará unha compensación equitativa e única por cada unha das tres modalidades de reprodución mencionadas, en favor das persoas que se expresan no parágrafo b) do apartado 4, dirixida a compensar os dereitos de propiedade intelectual que se deixaran de percibir por razón da expresada reprodución. Este dereito será irrenunciábel para os autores e os artistas, intérpretes ou executantes”*.

Neste sentido, é posíbel que ao autor ou intérprete se lle outorgue unha remuneración por existir un límite a algunha das súas facultades de explotación. Tal circunstancia sucede no caso da remuneración por copia privada. O compositor ou intérprete nestes casos non realiza unha facultade de explotación da súa obra, senón que se compensa o que deixan de percibir como consecuencia da reprodución privada das súas cancións.

A Lei 23/2006 modificou tanto o artigo 31.2 como o artigo 25 LPI cambiando a expresión *“remuneración equitativa”* pola de *“compensación equitativa”*. O cambio de terminoloxía é acertado. Este cambio débese a que as cantidades que se perciben polos titulares de dereitos de propiedade intelectual teñen como finalidade substituír os ingresos deixados de percibir pola confección de copia privada. Non se trata dun dereito de remuneración, senón unha compensación polos dereitos deixados de obter.

²⁴ Cando se pechou este traballo, estábamos inmersos no polémico proceso de aprobación da contía do canon dixital.

Pero a compensación será diferente se se trata de copia privada analóxica que se se trata de copia privada dixital.

En relación con iso, o artigo 31.2 da LPI permite que para uso privado calquera cidadán poida reproducir ou copiar unha canción sen necesidade de solicitar unha autorización previa aos titulares dos dereitos de autor. A cambio desta posibilidade é polo que se prevé no artigo 25 da LPI un réxime de compensación para os autores, artistas e produtores, que consiste en incorporar un canon ao prezo de venda dos soportes virxes capaces de realizar reproducións privadas (CDs, DVDs, etc.) ou aparellos de reprodución que son susceptíbeis de gravar ou almacenar ditas obras (reprodutores MP3).

Pero non deben pagar este canon as conexións ADSL, pois non son nin equipos nin soportes materiais aptos para a confección ou almacenamento de copias privadas senón que se trata de simples conexións. Tampouco están suxeitos ao pagamento de compensación os discos duros de ordenador, cuestión non exenta de polémica. Optouse por consideralo unha excepción ao pagamento da compensación porque a pesar de que o disco duro serve para almacenar datos, información e outros contidos non protexidos, tamén se utiliza para almacenar copias para uso privado de cancións protexidas pola propiedade intelectual. Sen embargo, en Alemaña, por exemplo, si se paga unha compensación. Polo que se refire aos discos duros portátiles, os lapis de memoria ou *pen drives*, considero que tamén estarían excluídos de pagar a compensación, polo mesmo argumento que se utiliza para os discos duros de ordenador. E iso porque non é xusto gravar todos os dispositivos que poderían ser idóneos para poder facer as copias, pois poden dedicarse a outras finalidades totalmente diferentes.

En canto a este dereito de compensación:

1– Os acredores da compensación, os que van recibir unha remuneración pola copia privada son os autores, os produtores de fonogramas e videogramas, e os artistas, intérpretes e executantes (apartado 4 b) do artigo 25 LPI).

2– Os debedores son os fabricantes ou os importadores dos soportes ou aparellos susceptíbeis de almacenar, gravar ou reproducir as cancións.

3– En canto ao canon a pagar (non é un imposto, pois non ten unha función remuneratoria ou estritamente recadadora, senón que pretende compensar, que non remunerar, unha práctica autorizada pola lei), son diferentes segundo se trate de aparellos analóxicos ou dixitais (artigo 25, apartados 5 e 6)²⁵. Os equipos,

²⁵ O canon para as copias dixitais é unha novidade da reforma. Pero o canon por copia privada nos sistemas analóxicos está vixente no noso ordenamento desde o ano 1987.

aparellos e soportes materiais de reprodución dixitais pagarán unha compensación que será aprobada polos Ministerios de Cultura e de Industria, Turismo e Comercio, cunha revisión bienal. O sistema de liquidación é trimestral, coincidindo cos trimestres naturais.

4– Establécese un listado de equipos e soportes suxeitos ao canon de copia privada. Evidentemente, non se aplica a remuneración por copia privada aos equipos ou soportes que non permitan a gravación das obras. Pero o canon a pagar será diferente o analóxico do dixital, cada un cos seus propios criterios e os seus modos de determinación.

5– A diferenza da pirataría, que é unha conduta ilegal, a copia privada é un modelo de compensación dun dano que está autorizado pola propia lei, polo que quen copia unha obra, satisfai o canon e o fai para o seu uso privado, non comete un delito. É unha compensación polas copias privadas que o usuario realiza das creacións suxeitas á propiedade intelectual.

6– O problema é que o canon págase aínda que non se utilice para vulnerar dereitos de propiedade intelectual: CDs que se compran para gravar fotos de viaxes, unidades gravadoras de DVD, etc.

7– A compensación faise efectiva a través das entidades de xestión; trátase dunha xestión colectiva xustificada en alcanzar a efectividade plena do dereito de remuneración de copia privada (apartado 8 do artigo 25 da LPI)²⁶.

IX A COMUNICACIÓN PÚBLICA

Acabamos de ver que o dereito de remuneración por copia privada recollido no artigo 25 da LPI (redacción Lei 23/2006) é unha compensación económica a favor dos artistas e produtores polos dereitos que deixan de percibir como consecuencia de que a lei limita o seu dereito de autorizar a reprodución ou copia das súas obras, ao permitir que os particulares poidan gravar no seu ámbito doméstico e para o seu uso privado as súas cancións. É claro por tanto que non poden darlle un uso comercial.

Sentado o anterior, os intercambios na rede, poden cualificarse como actos de comunicación pública?

²⁶ As entidades de xestión son organizacións privadas de base asociativa sen ánimo de lucro, que exercen facultades de mediación ou xestión, en nome propio ou alleo, dos dereitos de explotación e outros de carácter patrimonial, por conta e en interese dos titulares de dereitos de propiedade intelectual (Cf. GÓMEZ DE LEÓN LÓPEZ, L.: “Facultades de las entidades de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual”, *Diario La Ley*, nº 6584, 6 de novembro de 2006).

Podería dicirse que non existe un público e unha accesibilidade instantánea das obras. Ademais, hai que ter presente a liberdade de comunicación e de confidencialidade das comunicacións privadas.

Por iso, sobre esta cuestión considerouse antes da reforma que non se trata de comunicacións públicas, pois non existe unha pluralidade actual ou posíbel de destinatarios, xa que as comunicacións son exclusivamente entre dúas persoas, e realízanse só cando ambas están conectadas á rede. Así, as comunicacións de obras entre particulares serían actos de reprodución. Non obstante, considerouse tamén neste sentido que a solución sería a da cualificación da circulación de obras protexidas na rede como “comunicación pública” das mesmas, aínda que se produza entre dúas persoas privadas, co que se rompería a tradición lexislativa²⁷.

E isto é o que sucedeu, pois de acordo co artigo 20 LPI, a comunicación pública consiste en *“todo acto polo que unha pluralidade de persoas poida ter acceso á obra sen previa distribución de exemplares a cada unha delas”*. Sen embargo, non será comunicación pública *“cando se celebre dentro dun ámbito estritamente doméstico que non estea integrado ou conectado a unha rede de difusión de calquera tipo”*. Así mesmo, de acordo co novo parágrafo i) do apartado 2 do precepto, si é acto de comunicación pública *“a posta a disposición do público de obras, por procedementos con fíos ou sen fíos, de tal forma que calquera persoa poida acceder a elas desde o lugar e no momento que elixa”*. E aquí é onde se inclúen as redes P2P.

É dicir, antes existía a dúbida sobre se a subida automática que realiza o software do programa P2P constitúe ou non unha comunicación pública, pois podería pensarse que non se trataría dun acto de comunicación pública porque non existe propósito nin finalidade de ofrecer esa copia ao público en xeral. Para evitar estas dúbidas, incluíuse este novo apartado no artigo 20 LPI.

Por tanto, a posta a disposición polos usuarios de cancións que se encontran no seu cartafol compartido a través da rede P2P para que o resto dos usuarios as descarguen, supón un acto de comunicación pública, ao establecelo expresamente o novo apartado i) do artigo 20.2 da LPI.

É dicir, o simple feito de ofrecer unha canción protexida polos dereitos de propiedade intelectual a través dun programa P2P ao resto dos usuarios supón un acto de comunicación pública.

Así, posto que só excepcionalmente se permite que terceiras persoas diferentes do titular dos dereitos de autor poidan realizar unha copia sen ánimo de lucro e

²⁷ Cfr. LACRUZ MANTECÓN, M. L.: “Aventuras de la propiedad intelectual en el país de Internet”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº 1, 2001, páxs. 74, 75 e 83.

para uso persoal, se alguén permite que terceiras persoas copien do seu disco duro do ordenador arquivos musicais que pertencen a outra persoa, está realizando unha conduta prohibida pola LPI.

E é que a simple posta en internet da obra nun sitio web ou no cartafol compartido do disco duro do ordenador do usuario fai que sexa potencialmente gozada e reproducida por un número indeterminado de persoas. Isto afecta os dereitos de explotación exclusivos da obra, sen que sexa preciso verificar se efectivamente algunha persoa accedeu a esa páxina web e descargou a canción en cuestión.

Ademais, para que a copia privada sexa legal, é preciso que se utilice na esfera íntima, prohibíndose a utilización colectiva da obra. Tamén é preciso que non teña carácter lucrativo (isto tería repercusións penais, como se verá posteriormente).

X DELITOS RELATIVOS Á PROPIEDAD INTELLECTUAL

O Código Penal castiga aqueles actos e condutas delituosas que vulneran a propiedade intelectual. Regúlase nos artigos 270 e seguintes do Código penal, na súa redacción dada pola LO 15/2003, de 25 de novembro.

Hai que ter en conta que en ocasións a conduta realizada non ten unha entidade suficiente para ser castigada penalmente, aínda que si o sexa civilmente. Pero noutras ocasións, con independencia da licitude ou ilicitude da descarga de música a través de internet desde o punto de vista civil, poderían cumprirse os requisitos do tipo penal do artigo 270 do CP, en cuxo caso se incorrería nun delito.

De acordo co número primeiro do artigo 270 do CP, *“será castigado coa pena de prisión de seis meses a dous anos e multa de 12 a 24 meses quen, con **ánimo de lucro** e en prexuízo de terceiro, reproduza, plaxie, distribúa ou comunique publicamente, en todo ou en parte, unha obra literaria, artística ou científica, ou a súa transformación, interpretación ou execución artística fixada en calquera tipo de soporte ou comunicada a través de calquera medio, sen a autorización dos titulares correspondentes dereitos de propiedade intelectual ou dos seus cesionarios”*.

Este precepto agravou a pena en relación coa redacción anterior, xa que agora en todo caso se impón a pena de prisión, ademais da de multa. Ademais, tras a nova redacción do precepto pola LO 15/2003, actualmente os delitos contra a propiedade intelectual poden perseguirse sen denuncia da persoa agraviada, tendo lexitimación activa as entidades de xestión de dereitos intelectuais ou agrupacións de autores²⁸.

²⁸ Cfr. CRUZ RIVERO: D.: “Distribución de música a través de Internet. ¿Lucro o copia privada? (A propósito da Sentenza 309/06, de 14 de xullo de 2006, do Xulgado do penal nº 3 de Santander)”, *Revista de la Contratación Electrónica*, nº 76, 2006, páxs. 45 e 46.

Do previsto no artigo 270 do CP derivase que o fundamental para incorrer na conduta típica é o ánimo de lucro, polo que hai que determinar se os usuarios das redes P2P incorren en dito ánimo cando descargan música de internet.

En canto a este ánimo de lucro, parte da doutrina penal afirmou que quen pon a disposición de terceiros un arquivo “*obtén certos privilexios á hora de, á súa vez, conseguir arquivos, polo que, efectivamente, na maior parte dos casos, non se pode cuestionar que actúa coa intención de obter algunha vantaxe*”. Pero a doutrina penal neste punto non é unánime e tamén se considera que existen importantes argumentos en contra de entender que o ánimo de lucro ten unha acepción tan ampla²⁹.

Ademais, ao meu xuízo, o usuario límitase a obter unha copia para uso privado, polo que non pode considerarse que cometa un delito, aínda que simultaneamente o obtido estea a disposición de terceiros.

Neste sentido, resulta clarificadora a **SAP da Coruña de 13 de novembro de 2006**³⁰, que condenou por un delito continuado contra a propiedade intelectual previsto e penado no artigo 270 do CP. Tratábase dun establecemento situado en Santiago de Compostela, denominado “O Copión”, que se dedicaba a realizar copias de fonogramas de obras musicais sen autorización e contra a vontade dos titulares de dereitos de propiedade intelectual. O acusado gravaba no disco duro dos ordenadores do seu establecemento copias de fonogramas de obras musicais que descargaba en formato MP3 desde internet, sen pagar remuneración ningunha nin contar con permiso dos titulares dos dereitos. Tamén baixaba copias das portadas orixinais dos fonogramas. Nos ordenadores había máis de 35.000 arquivos de música en formato MP3. No local, e a disposición do público, tiña listados que contiñan o título e o intérprete dos fonogramas. Así as cousas, as persoas que quixeran algunha canción, cubrían unha folla de pedido coas cancións que solicitaban e aos poucos días tiñan o seu CD gravado. Por iso a Asociación Fonográfica e Videográfica Española (AFYVE) denunciou esta actividade.

Neste caso, tal e como considerou a Audiencia, “*a súa actividade non ten amparo posíbel na realización de copias privadas (...). O acusado províase gratuíta e masivamente de arquivos musicais a través de internet e despois e con ánimo de lucro distribuía esas gravacións musicais entre a clientela do establecemento, xa fora na maioría dos casos mediante a gravación por el ou o seu persoal dos arquivos musicais nos CDs,*

²⁹ Cfr. máis amplamente GÓMEZ TOMILLO, M.: *Responsabilidad penal y civil por delitos cometidos a través de Internet. Especial consideración del caso de los proveedores de contenidos, servicios, acceso y enlaces*, Thomson, Aranzadi, Cizur Menor, 2ª ed., 2006, páxs. 65 e 66.

³⁰ JUR 2007\46043.

ou permitindo nalgún outro que os clientes accederan aos arquivos que el descargara, forma esta de distribución ilícita que nada ten que ver coa copia privada, cuxa esencia é a utilización para uso privado da obra reproducida, o que non se produce ao ser este aprovisionamento de copias de fonogramas a base da actividade comercial que se levaba a cabo no establecemento". E iso a pesar de que o prezo do CD gravado fora similar ou o mesmo ao que se vendía no establecemento un CD virxe, pois de acordo coa xurisprudencia do TS nos delitos patrimoniais o ánimo de lucro *"debe ser entendido en sentido amplo como propósito de enriquecemento, ganancia económica, proveito ou vantaxe, sendo indiferente que o ánimo de lucro era propio ou alleo, é dicir, que actúe con propósito de obter beneficio para si mesmo ou para un terceiro, sendo tamén indiferente que o móbil ou causa última sexa a simple liberalidade, a pura beneficencia ou o ánimo contemplativo*". E é que o acusado beneficiábase economicamente de forma clara da actividade de gravación, pois atraía o público ao seu establecemento, aínda que o prezo polos CDs gravados fora similar ao dos CDs virxes que vendía.

Por tanto condenouse o demandado á pena de 20 meses de multa, a razón dunha cota diaria de catro euros, e a que indemnizase a AFYVE en 6.799,32 euros, e á SGAE na cantidade que se fixase en execución de sentenza (cando esta entidade rozase os materiais ocupados no ordenador). Tamén é condenado a que cese a actividade ilícita e prohíbeselle que a retome, e ordénase a retirada e destrución das copias ilícitas atopadas e o comiso dos ordenadores. Sen embargo, non se estima procedente a publicación da sentenza nun Diario oficial, atendendo ao tempo xa transcorrido desde que a actuación ilícita tivo lugar e a que non se tratou de feitos de transcendencia xeral.

Neste suposto era claro o ánimo de lucro, pero non o é tanto noutros casos. E iso porque no noso Dereito o ánimo de lucro non pode interpretarse tan amplamente que se chegue a considerar que existe simplemente con obter calquera proveito. O CP foxe desta situación, pois réxese polos principios de proporcionalidade e de intervención mínima. E aínda que o TS nalgunha ocasión interpreta o lucro como calquera beneficio ou utilidade, fíxoo en relación cos delitos de roubo ou furto, pois neses casos, por exemplo, se se rouba unha xoia, non pode dicirse que non existía ánimo de lucro porque era para propio uso e non para vendela. Neste caso hai un incremento no patrimonio do autor do roubo, pero sen embargo, por realizar copias de música non se aumenta o patrimonio.

E é que en moitos supostos xulgados polas Audiencias Provinciais, considerouse que non existe ánimo de lucro con relevancia penal, en función do principio de intervención mínima, polo que debería acudirse tan só á vía civil. Así, só os actos con ánimo de lucro de distribución ou comunicación pública, así como os de repro-

dución ou plaxio, serán puníbeis se danan severamente os dereitos de explotación en exclusiva da propiedade intelectual. Neste sentido, existen numerosas sentenzas que consideraron que de acordo co principio de intervención mínima do Dereito penal, a conduta non é puníbel, por falta de gravidade suficiente³¹:

– SAP de Barcelona de 15 de xuño de 2004³², que revogou a sentenza condenatoria porque só se encontraron en poder do acusado 2 CDs, 2 discos de vinilo e 2 casetes.

– SAP de Ourense de 13 de abril de 2005³³, que a pesar de que se probara que o acusado vendía copias de CDs piratas na vía pública, foi absolto porque só lle foron incautadas 20 copias.

– SAP de Barcelona de 30 de xaneiro de 2006³⁴, que considerou que a conduta non era penalmente relevante porque só se lle incautaron ao acusado 58 CDs e 20 DVDs.

– SAP de Barcelona de 21 de xullo de 2006³⁵, que absolveu unha persoa que vendía copias piratas na rúa e lle foran intervidos 69 CDs e 40 DVDs.

– SAP de Burgos de 26 de novembro de 2004³⁶, que revogou a sentenza de primeira instancia condenatoria, porque só se lle incautaran ao acusado 166 CDs.

– SAP de Zaragoza de 17 de febreiro de 2005³⁷, considerou irrelevante o número de copias incautadas, a pesar de que eran 15 DVDs e 89 CDs.

– Polo contrario, a SAP de Barcelona de 7 de abril de 2005³⁸ condenou o acusado ao que se lle interviñeran 50 DVDs e 50 CDs.

– Tamén se ditou sentenza condenatoria pola AP de Madrid en Sentenza de 11 de outubro de 2006, pois incautáranselle ao acusado 39 DVDs de películas e 57 CDs de cancións³⁹.

³¹ *Vid.* máis amplamente CRUZ RIVERO: “Distribución de...”, cit., páxs. 65 e ss.

³² ARP 2004\511.

³³ JUR 2005\158124.

³⁴ JUR 2006\120520.

³⁵ JUR 2007\56083.

³⁶ JUR 2005\126300.

³⁷ JUR 2005\76718.

³⁸ ARP 2005\280.

³⁹ JUR 2007\54471.

– Igualmente se condenou por un delito contra a propiedade intelectual na SAP de Madrid de 9 de xuño de 2006, ao sérenlle incautados 81 DVDs de películas⁴⁰.

Como se ve, non hai criterio unánime nas Audiencias Provinciais.

Por tanto, importantísimo é o principio de intervención mínima nestes casos. Ademais, se se aplicase unha teoría tan ampla do ánimo de lucro, non podería haber dereito de copia privada, xa que toda copia sempre sería delituosa porque sempre proporciona algunha utilidade, sendo só legais aquelas copias que se realizan e que non serven para nada ao que descarga a música.

Noutros países do noso contorno, como Francia e Alemaña, condenáronse usuarios de redes P2P en sede penal⁴¹. Sen embargo, no noso país tal cousa non sucedeu, pois na recente **Sentenza do Xulgado do Penal de Santander de 14 de xullo de 2006**⁴² absolveuse un usuario dun delito continuado contra a propiedade intelectual dos artigos 270, 271 b) e 272 do CP, de acordo coa consideración do ánimo de lucro no seu sentido máis estrito que acabo de expoñer, pois aínda que o imputado obtiña copias de álbums musicais a través de descargas de internet, e mediante a súa intervención en *chats* ofrecía ou cambiaba a outros usuarios de internet sen mediar prezo, “*a súa intención non é en ningún caso comercializar co material audiovisual do que dispón, senón simplemente facerse con copias de produtos que lle interesan ben a través de descargas da rede ou ben mediante o intercambio con outros usuarios de internet*”, polo que se considera que non existe o elemento subxectivo do dolo que resulta imprescindible neste tipo de delitos defraudatorios da propiedade intelectual, nos que non cabe a súa comisión por simple negligencia, por ser necesario o ánimo de lucro.

⁴⁰ JUR 2007\33284.

⁴¹ Cfr. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA: “La lucha...”, cit., páx. 57. Ademais, hai que ter en conta que Francia reformou recentemente a súa lexislación sobre propiedade intelectual para transpoñer a Directiva de 2001 a través da Lei nº 2006-961, de 1 de agosto de 2006 “*relative au droit d’auteur et aux droits voisins dans la société de l’information*”, establecendo multas de 38 euros por cada canción que se descargue para uso privado sen permiso, así como multas de 150 euros para quen poñan a disposición doutros internautas esas obras mediante un sistema de intercambio gratis de ficheiros. Ademais, as persoas que teñan programas informáticos que permitan desactivar as proteccións de ficheiros sometidos ao pagamento de dereitos de autor terían multa de até 750 euros. Así mesmo, para os programas *peer to peer*, poden ser condenados até a tres anos de cadea e 300.000 euros de multa. Neste sentido, retirouse unha emenda que legalizaba as redes P2P a cambio do pagamento dunha licenza global, pois os autores das obras non recibían ningunha remuneración. Sen embargo parecía que Francia nun primeiro momento ía legalizar de forma expresa as descargas desde redes P2P, pero ao final non prosperou esta idea.

⁴² JUR 2006\250526.

Segundo o xuíz, esta conduta entra en conexión “*coa possibilidade que o artigo 31 da Lei de Propiedade Intelectual establece de obter copias para uso privado sen autorización do autor; sen que se poida entender concorrente ese ánimo de obter un beneficio ilícito. Entender o contrario implicaría a criminalización de comportamentos socialmente admitidos e ademais moi estendidos nos que o fin non é en ningún caso o enriquecemento ilícito, senón o xa referido de obter copias para uso privado*”. Así, considerouse que non existía ánimo de lucro con relevancia penal, pois a conduta do acusado levábase a cabo sen mediar prezo, e cando existía algún tipo de contraprestación, consistía simplemente no intercambio de álbums musicais. Esta sentenza está pendente de apelación por Promusicae, a asociación de produtores de música, pero a súa denuncia non vai contra usuarios de sistemas como *eMule* ou *Kazaa*, senón contra unha actividade de venda de compilacións piratas, máis que contra a descarga de contidos.

Desta maneira, nesta sentenza do Xulgado do Penal de Santander considérase que o ánimo de lucro e o dano, aínda que en potencia, ao titular dos dereitos debe ser relevante, polo que non se condena o acusado penalmente. O feito de aforrar o custe de uns CDs destinados á colección privada do acusado non é puníbel no noso Dereito. Pero iso non significa que non poida sancionarse esta conduta de acordo coa LPI. Ao meu xuízo, non se dá a excepción de copia para uso privado que establece o artigo 31.2 LPI, pois as copias realizadas destinábanse ao intercambio con outros usuarios, que excedía do seu ámbito familiar ou *cuasi* familiar. Por iso, como se atenta contra os dereitos de explotación exclusiva da propiedade intelectual, o acusado debería resarcir o dano producido aos titulares de dereitos de autor en virtude do artigo 140 LPI.

En canto ao cálculo do beneficio das entidades demandadas coa actividade ilícita, podería seguirse o criterio que utilizou a **AP de Barcelona en Sentenza de 29 de setembro de 2006**⁴³: debería partirse da información subministrada polas compañías telefónicas a través das que se cobraba a compensación económica por descarga, pero descontando a estes rendementos os gastos reais. Á hora de resarcir polo enriquecemento inxusto, a cantidade deberá repartirse entre as produtoras de fonogramas de forma proporcional en función do número de fonogramas descargados.

Desta maneira, a copia sería ilícita cando se realiza sobre obras musicais protexidas polo dereito de autor e dereitos conexos coa finalidade de conseguir un lucro para o suxeito que evade a obriga de efectuar os correspondentes pagos.

Do anterior derívase que:

– Non é delito gravar un CD para oílo un mesmo ou no seu ámbito familiar. Permítese o dereito á copia para uso persoal.

⁴³ JUR 2007\30923.

– Facer unha copia dun CD para darlla a outra persoa ou mandar cancións por e-mail para algún autor é unha conduta penalmente perseguíbel. Sen embargo, para poder perseguir este tipo de condutas faría falta un gran despregamento de medios moi custosos, e habería dificultades coa proba. Pero ao meu xuízo o aforro que supón copiar a obra en lugar de adquirila non cumpre o requisito do ánimo de lucro, se temos en conta o principio de intervención mínima que rexe no Dereito penal. Polo que só deberían castigarse en sede penal as condutas máis graves⁴⁴.

Por tanto, a pesar de que se fagan copias e se distribúan a cambio de prezo, en virtude do principio de intervención mínima do Dereito penal a conduta non ten entidade suficiente para ser reprobábel penalmente, aínda que si o sería civilmente.

– A utilización dunha copia dun CD de música nunha festa privada non é penalmente perseguíbel, a pesar de que se aforre o importe do exemplar orixinal. O ánimo de lucro non é relevante. En cambio, se se utiliza esa copia nunha discoteca, si habería delito, pois non se pode difundir música sen permiso do autor.

– É ilegal colgar nun portal de internet (como *Napster*) ficheiros de música a disposición dos demais sen pagar dereitos de autor. Pois aínda que se poidan descargar as cancións de forma gratuíta, existe ánimo de lucro porque se obteñen ingresos a través da publicidade que se colga na páxina web.

XI CONCLUSIÓNS

Hai que ter en conta que moitas das copias que realizan os usuarios a través de programas P2P son legais, ben porque xa vencera o prazo de duración do dereito pecuniario de autor, e por tanto son de libre utilización, ou ben porque os autores autorizaran a estas compañías para que as súas obras sexan copiadas.

Ademais, posto que a conciencia social é que a transmisión de arquivos protexidos polo dereito de autor a través das redes P2P debería permitirse, habería que realizar unha educación cívica ou social que amparase os dereitos de autor para concienciar a sociedade das descargas ilegais de música.

Pero tampouco hai que esquecer que moitos artistas comezan a autoproducir a súa música, para evitar o enriquecemento e o predominio das compañías discográficas, polo que os distribúen a través de internet. Incluso algún considerou que a solución está en que os artistas vendan directamente a música aos seus fans (Courtney Love), pois moitas veces as discográficas non perseguen protexer os dereitos de autor, senón máis ben evitar unha nova forma de competencia.

⁴⁴ Cfr. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA: “La lucha...”, cit., páx. 59.

De acordo coa lexislación vixente copia privada unicamente é aquela que se faga “a partir de obras ás que accedera legalmente”. O problema viuse que está na vaguidade da definición, o que orixina inseguridade xurídica. Haberá que esperar a que sexan os tribunais os que determinen qué debe entenderse por “acceso legal”.

A inclusión do novo dereito de posta a disposición faise para considerar como comunicación pública non autorizada e por iso ilegal, a subida de datos que se realiza de forma automática cando a través das redes P2P se realizan descargas de música.

Baixar arquivos non é ilegal, de feito págase un canon do artigo 25.1 LPI por realizar esta conduta. O problema está na subida de arquivos.

Se se trata de arquivos que teñen licenza libre ou están no dominio público, a subida é legal.

As dúbidas fórmulanse cos arquivos que se soben pero que están protexidos polos dereitos de autor. Aquí volvemos co concepto de comunicación pública. Para solucionar esta cuestión, a reforma da LPI introduciu o novo artigo 20.2. i) que ilegaliza esta conduta.

En canto á posta a disposición incompleta da obra, que se realiza en programas como *eMule*, a descarga dunha canción realízase desde varios ordenadores, cada ordenador descarga un anaco da canción. Por iso podería pensarse que quen sobe cancións non está difundíndoas. Para paliar estas dúbidas, habilmente o lexislador reformou o artigo 18 LPI ao sinalar que se entende por reprodución “*a fixación directa ou indirecta, provisional ou permanente da totalidade ou parte dunha obra nun medio que permita a súa comunicación e a obtención de copias de toda ou parte dela*”.

De acordo co artigo 270 do CP é necesario para cometer delitos contra a propiedade intelectual que exista ánimo de lucro. Pero as persoas que descargan cancións a través de internet non incorren no tipo penal. E iso porque non pode interpretarse o ánimo de lucro de forma tan ampla que exista simplemente por obter unha ganancia ou utilidade, pois o CP réxese polos principios de intervención mínima e proporcionalidade.

Non obstante, a pesar de non constituír un ilícito penal, sería posíbel que algún xuíz civil considerase que as copias que se obteñen a través das redes P2P son copias ilícitas e podería condenar a pagar as indemnizacións que prevé a LPI.

O máis conveniente sería deixar de perseguir os usuarios das redes P2P e buscar outros sistemas de remuneración dos autores.

A reforma crea inseguridade xurídica, non é nada clara, e deixa todo en mans dos xuíces.

XII PROPOSTAS DE SOLUCIÓN

Podería instaurarse o que GARROTE denominou “dereito de simple remuneración”, é dicir, o establecemento dun canon ou tarifa plana que grave a actividade dos que se están beneficiando do uso das redes P2P: os operadores de sistemas P2P, as compañías de teléfonos, provedores de acceso, prestadores de aloxamento, etc. Esta tarifa plana sería compatíbel co dereito de compensación que cobran os titulares de dereitos de autor pola excepción de copia privada cando non se volve compartir na rede P2P⁴⁵.

A solución pasa por respectar os dereitos de propiedade intelectual, e para iso o máis conveniente é establecer un sistema de pagamento mediante subscrición. Coa tarifa que se cobre aos usuarios destinaríase unha porcentaxe aos produtores e aos artistas.

Ademais, sería conveniente que as plataformas P2P crearan filtros para previr o intercambio de arquivos non autorizados ou protexidos polos dereitos de autor. É dicir, que se crease un software que detectase cando un usuario quere descargar unha canción dun disco duro doutro usuario, e se ese tema non está protexido pola normativa de propiedade intelectual, permitiríase a transferencia do arquivo, mentres que debería bloquearse a operación automaticamente se a canción estivese protexida polos dereitos de autor.

Tamén poderían utilizarse mecanismos anti-copia, como por exemplo a encriptación ou cifrado da obra, de forma que esta só poida ser accesíbel mediante un contrasinal. Tamén poderían utilizarse copias de funcionalidade limitada que non permitan certo tipo de usos, a restrición de acceso á obra protexida a partir dunha data concretada con carácter previo ou unha vez alcanzado un número concreto de utilizacións ou a obtención de certificados dixitais que permitan a identificación do usuario⁴⁶.

En definitiva, internet representa un grande reto para os dereitos de autor. Incluso algúns consideran que internet é a fin dos dereitos de autor, pois non hai que esquecer que a pesar do caso *Napster*, hai outros sitios web similares que seguen funcionando na actualidade e son utilizados por un grande número de usuarios: *eMule*⁴⁷, *Ares*, etc. Eu non considero que internet sexa a fin dos dereitos de autor: simplemen-

⁴⁵ Cfr. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ: *La reforma...*, cit., páx. 316.

⁴⁶ Así o considerou SERRANO GÓMEZ, E.: “*Napster* y la propiedad intelectual: ¿una relación imposible?”, *Actualidad Civil*, XLVIII, 2001.

⁴⁷ *eMule* publicita na súa páxina que “non está desenvolto con ningún ánimo de lucro”, para gardar as costas.

te, a lexislación deberá adaptarse e evolucionar para seguir protexendo estes dereitos. Dificultades similares se produciron co nacemento da fotografía, da televisión, das fotocopiadoras, as videogravadoras, as radiogravadoras, e sempre os dereitos de autor se foron protexendo a pesar das novas tecnoloxías. Ante retos tan difíciles chegouse a solucións satisfactorias, polo que haberá que buscar unha solución. O máis lóxico será que os programas P2P sigan operando na rede pero que os usuarios remuneren os autores.

Conclúo dicindo que internet non é a fin dos dereitos de autor, senón que debe cumprir a finalidade destes dereitos, que é non só a de remunerar os autores, senón tamén a propagación da cultura ao maior número de persoas posíbel.

DELITOS CONTRA A PROPIEDAD INTELECTUAL: INTERPRETACIÓN DO ÁNIMO DE LUCRO

Luz María Puente Aba

Doutora en Dereito

Investigadora Parga Pondal

Universidade da Coruña

A Lei de Propiedade Intelectual (Real Decreto Lexislativo 1/1996, de 12 de abril) concede uns dereitos de explotación exclusiva aos autores dunha obra literaria, artística ou científica; por conseguinte esta Lei prohíbe que calquera suxeito, por exemplo, reproduza, distribúa ou comunique publicamente unha obra allea sen consentimento do titular ou titulares dos correspondentes dereitos de propiedade intelectual. O problema fórmase cando acudimos ao Código penal (artigo 270) e observamos que as condutas sancionadas, constitutivas de delitos contra a propiedade intelectual, son exactamente as mesmas que prohíbe o Real Decreto Lexislativo 1/1996, isto é, calquera actividade como a reprodución, a distribución ou a comunicación pública, que supoña unha forma de explotación da obra protexida sen autorización do seu autor. É obvio que non se poden castigar os mesmos comportamentos nun e outro corpo normativo posto que, por definición, a intervención penal só se reservará para os ataques máis graves e intolerábeis contra os bens xurídicos máis fundamentais, e precisamente por iso as sancións penais son moito máis gravosas que calquera outras existentes no ordenamento xurídico. Polo tanto resulta necesario incluír, no tipo penal, algún elemento que achegue unha maior dose de ofensividade e gravidade ás condutas prohibidas, para facelas merecedoras da pena prevista.

O que fixo o lexislador foi exixir, no Código penal, que os comportamentos prohibidos se realicen “con ánimo de lucro” e “en prexuízo de terceiro”. Coa introdución destas cláusulas inténtase restrinxir a sanción penal aos casos máis graves de vulneración dos dereitos de propiedade intelectual; sen embargo, non pode afirmarse que a solución prevista fose satisfactoria. En efecto, no Dereito penal o ánimo de lucro foi interpretado tradicionalmente como “intención de obter unha vantaxe pa-

trimonial”¹, e este dato apenas serve para efectuar unha delimitación entre ilícitos civís e penais: na maioría das ocasións, a vulneración dos dereitos de explotación exclusiva do titular da propiedade intelectual realízase coa intención de obter algún tipo de vantaxe económica, ou noutras palabras, é inherente á actividade de explotación dunha obra a obtención de algunha clase de vantaxe patrimonial.

Polo tanto, aquí proporase manter no ámbito penal unha interpretación restritiva do ánimo de lucro, entendido non simplemente como a “intención de obter unha vantaxe patrimonial”, senón exixir que haxa unha intención de lograr unha “vantaxe patrimonial significativa”. Así, quedaría reservada a aplicación do Dereito penal a aqueles casos en que a usurpación dos dereitos de explotación exclusiva do autor vai dirixida á obtención de ganancias relevantes. A continuación exemplificarase esta interpretación en relación con algunhas das condutas prohibidas no Código penal, examinando así mesmo a posición dos nosos Tribunais ao respecto.

En primeiro lugar, farase referencia ás condutas de reprodución. O autor dunha obra ten o dereito exclusivo a decidir sobre a súa reprodución, e polo tanto ninguén poderá reproducir a obra protexida sen solicitar previamente autorización ao autor. O artigo 31 da Lei de Propiedade Intelectual establece uns supostos excepcionais nos que será lícito copiar obras protexidas sen necesidade de solicitar permiso ao autor; así, destaca a chamada excepción de copia privada: será lícito copiar unha obra se a reprodución é efectuada por unha persoa física para o seu uso privado, e sen que a copia sexa obxecto de utilización colectiva nin lucrativa.

Deste modo, por exemplo, excluíriase do ámbito da excepción de copia privada a acción de reproducir unha obra protexida nun establecemento comercial, e así o pon de relevo a xurisprudencia civil². Isto débese, por unha parte, a que o artigo 10 do Real Decreto 1434/1992 exclúe expresamente da consideración de copia privada toda aquela reprodución efectuada nun establecemento mercantil; e por outra parte, a que realmente a copia si está sendo obxecto dunha utilización lucrativa, posto que o titular do establecemento obtén unha ganancia a cambio de realizar a copia. Polo

¹ Vid. VALLE MUÑIZ, J.M., *El delito de estafa. Delimitación jurídico-penal con el fraude civil*, Bosch, Barcelona 1987, páxs. 274 e ss.; DE LA MATA BARRANCO, N., *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación*, PPU, Barcelona 1994, páx. 243–246; GARCÍA ARÁN, M., *El delito de hurto*, Tirant lo Blanch, Valencia 1998, páxs. 127–131; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *El delito de robo con violencia o intimidación en las personas*, Tirant lo Blanch, Valencia 2002, páx. 71; BRANDARIZ GARCÍA, J.A., *El delito de robo con violencia o intimidación en las personas*, Comares, Granada 2003, páx. 119–120; PASTOR MUÑOZ, N., en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, Atelier, Barcelona 2006, páx. 219.

² Vid. a título de exemplo as sentenzas civís seguintes: SAP A Coruña 130/1999, 10 marzo; SAP Asturias 316/2004, 15 xullo; SAP Barcelona 284/2004, 2 xuño.

tanto, este tipo de reproducións esixen a correspondente solicitude de autorización aos titulares dos dereitos de propiedade intelectual.

Así, partindo deste exemplo, o interrogante que xorde é o seguinte: se este tipo de copias xa son ilícitas posto que son obxecto de utilización lucrativa, pode afirmarse tamén que estamos ante unha conduta delituosa? Noutras palabras, o uso lucrativo, determinante da ilicitude civil, equivale ao ánimo de lucro propio da infracción penal?

A resposta a esta pregunta non foi unánime na xurisprudencia penal. Así, por unha parte existen sentenzas penais que consideran delituosa a conduta descrita, e entenden que o ánimo de lucro propio do tipo penal existe simplemente polo feito de que o titular do establecemento cobra diñeiro a cambio de realizar a copia (SAP Madrid 311/2003, 14 maio; SAP A Coruña 250/2006, 13 novembro). Polo contrario, existen outras sentenzas que absolven a quen realizan este mesmo comportamento, xa que estiman que a ganancia obtida polo titular do establecemento consiste só na contraprestación debida polo uso do aparello reprodutor (SAP Valladolid 341/2000, 19 abril); nesta liña, tense afirmado que para apreciar o ánimo de lucro propiamente delituoso, sería necesario que o titular do local comercial tivese a obra orixinal, e periodicamente procedese a copiala e vendela a todo aquel que o solicitase, co obxectivo de obter ganancias resultantes dunha reprodución masiva (SAP Castellón 56/2003, 27 febreiro). Na liña do que se propuxo ao inicio deste traballo, resulta máis adecuada esta interpretación restritiva, de modo que só haberá ánimo de lucro en sentido penal cando hai intención de obter ganancias relevantes, máis alá do percibido como simple compensación polo uso da máquina reprodutora.

Seguindo aínda coas condutas de reprodución de obras protexidas sen consentimento do seu autor, cabe referirse brevemente aos supostos en que se comparten as obras a través de internet: trátase do emprego de plataformas ás que se pode acceder libremente, e onde se expoñen e intercambian arquivos que conteñen as obras protexidas. Á marxe da posíbel ilicitude de diversas modalidades deste comportamento, o que aquí interesa destacar é que non haberá ánimo de lucro penalmente relevante se non se esixe ningún tipo de contraprestación nestes intercambios, senón que cada persoa expón as obras, ou as intercambia, ou copia as que se atopan expostas, sen que ninguén esixa remuneración ningunha. Precisamente a sentenza do Xulgado penal nº 3 de Santander, 309/2006, 14 xullo, tratou este mesmo asunto, e entendeu que todos estes comportamentos eran atípicos penalmente porque non existía intención de comercializar as obras.

En segundo lugar, despois de examinar as condutas de reprodución, farase unha breve referencia a outros comportamentos prohibidos que supoñen xa realmen-

te unha comercialización das obras protexidas sen autorización do seu autor. Trátase das condutas de distribución, comunicación pública, importación ou exportación: pola súa propia natureza, son actividades que denotan xa a intención de comercializar a obra ou que supoñen realmente unha auténtica comercialización; por iso, a elas é inherente a presenza de ánimo de lucro, isto é, a intención de obter ganancias patrimoniais, que en moitos casos se obterán de forma efectiva. Dado que o ánimo de lucro será daquela unha característica propia deste tipo de comportamentos, cómo se poderá decidir cando a realización dunha destas actividades constitúe un ilícito civil, e cando é unha infracción penal?

Neste punto, tamén existen dúas liñas xurisprudenciais diferentes nos nosos Tribunais penais. Por unha parte, hai sentenzas que consideran delituosa calquera clase de explotación de obras protexidas sen consentimento do seu autor, entendendo que o ánimo de lucro existe porque hai intención de obter algún tipo de ganancia pola realización da concreta actividade efectuada, xa sexa venda, aluguer, etc. (SAP Valencia 2/2004, 10 xaneiro; SAP Cuenca 31/2005, 13 abril). Polo contrario, existe outra corrente xurisprudencial que, con base no principio de intervención mínima, se mostra a favor de exixir unha especial relevancia ao ánimo de lucro para catalogar a conduta como delituosa (SAP Ourense 29/2005, 13 abril; SAP Barcelona 7 abril 2006); así, non bastaría coa intención de obter calquera ganancia patrimonial (ou a súa obtención efectiva), por mínima que sexa, senón que se esixe a intención de obter un lucro significativo: isto ocorre cando se constata o desexo de obter ganancias importantes, a explotación das obras é de carácter masivo e incluso se conta cunha certa infraestrutura mercantil, con vocación de permanencia, que permita asegurar a continuación da conduta ilegal e a posibilidade de adquisición dun lucro relevante. Sen dúbida, esta última é a interpretación preferíbel do ánimo de lucro, posto que doutro modo nunca sería posíbel distinguir entre unha infracción da Lei de Propiedade Intelectual e unha conduta delituosa.

En suma, e como xa se adiantou ao principio, a conclusión é que o concepto de ánimo de lucro, no ámbito dos delitos contra a propiedade intelectual, debe ser interpretado como intención de obter vantaxes patrimoniais significativas, o que determina que a vulneración dos dereitos de explotación exclusiva sexa dunha gran entidade e que as expectativas económicas do titular dos dereitos se vexan seriamente afectadas.

A PROTECCIÓN DA PROPIEDAD INTELECTUAL FRONTE ÁS IMPORTACIÓNS PARALELAS E AS EXPORTACIÓNS NON AUTORIZADAS

Eva María Souto García

Bolseira FPU

Facultade de Dereito

Universidade da Coruña

I A REGULACIÓN PENAL DAS IMPORTACIÓNS PARALELAS

Unha das cuestións que suscitou maior debate arredor da protección penal que se outorga aos dereitos de autor é a relativa ás comunmente denominadas “importacións paralelas”. Tipificadas no artigo 270.2 do actual Código Penal –en diante CP–, as “importacións paralelas” agreden directamente o dereito de distribución das obras que asiste aos titulares e cesionarios dos dereitos de autor.

Para entender a conduta que se sanciona no citado artigo, ten que partirse de que aos titulares e cesionarios destes dereitos se lles recoñece, por parte do ordenamento xurídico, a capacidade de decidir cando e como desexan comercializar e distribuír as súas obras. Neste sentido, a importación e a exportación son formas de distribución das obras¹. A conduta consistente na importación de obras procedentes doutros países sen a correspondente autorización dos titulares e cesionarios pode afectar ese dereito, sempre e cando se cumpran determinados requisitos.

Tal e como se encontra redactado na actualidade o artigo 270.2 do CP, comete o delito quen con ánimo de lucro e sen a autorización do titular ou cesionarios dos dereitos de autor adquire exemplares de procedencia lícita ou ilícita nun país non pertencente á Unión Europea, ou ilícitos dentro do territorio da UE. Polo xeral, o prezo de adquisición das obras no estranxeiro é inferior ao establecido no mercado español, polo que coa súa conduta os importadores paralelos obteñen unha marxe de

¹ Vid. MIRÓ LLINARES, F., *La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*, Dykinson, Madrid 2003, páx. 408.

beneficio superior ao que conseguirían se acudisen aos distribuidores establecidos en territorio nacional². Os dereitos de explotación que asisten aos titulares e cesionarios vense entón afectados, posto que a conduta descrita vulnera a súa capacidade de decidir cando e como desexan distribuír as obras que crearon ou cederon para a súa explotación³.

É certo que os dereitos de autor, como todos os dereitos, teñen que aterse a uns límites impostos polas leis. No caso dos dereitos de autor, a Lei de Propiedade Intelectual –Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril e en diante LPI– establece que en todo o circuíto da Unión Europea o titular ou cesionario perde o dereito de exclusiva tras a primeira venda⁴. Baste pensar, por exemplo, na venda por parte dunha discográfica dunha cantidade de CDs a uns grandes almacéns. Unha vez efectuada dita venda, os grandes almacéns poden vender ao público as copias, e poden facelo en todo o territorio europeo –artigo 19.2 LPI–. A Unión Europea considérase a estes efectos un mercado único interior⁵. De aí que o CP non sancione a conduta

² E non só iso, senón que ademais poden ofrecer o produto en España a un prezo tamén inferior ao establecido no mercado. Como os custos de adquisición son menores, os importadores poden permitirse ofertar o produto máis barato, diminuindo desta forma o volume de vendas a quen obtiveron licitamente os produtos. Como explica GIMBERNAT, os importadores paralelos buscan noutros mercados os produtos para logo revendelos a un prezo tamén máis barato. Vid. GIMBERNAT ORDEIG, E., “Las llamadas importaciones paralelas y el artículo 270. 2 del Código Penal”, no *Nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al prof. Doc. Torío López*, Comares, Granada 1999, páxs. 727 e 728 en nota ao pé 2. Non obstante, iso non implica que sempre teña que ser así. Se o prezo fose o mesmo, o delito tamén se cometería, pois teríase vulnerado igualmente o dereito de explotación exclusiva. É máis, a marxe de beneficio sería incluso maior, pois o produto venderíase ao prezo común, sendo os gastos de adquisición mínimos.

³ Vid. MIRÓ LLINARES, F., *La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*, cit., pág. 420.

⁴ Vid. os artigos 19.2, 109. 2 e 117.2 da LPI. Véxase ademais a Directiva CEE 92/100, en cuxo artigo 9 se establece que os dereitos de explotación se esgotan só no ámbito territorial da Unión Europea. Concretamente o artigo 9. 2 di: “O dereito de distribución relativo a un obxecto dos contemplados no apartado L non se esgotará na comunidade, salvo no caso de primeira venda na comunidade de dito obxecto por parte do titular ou co seu consentimento”. Sobre este artigo 9.2 da Directiva pronúnciase o Tribunal Supremo (Sala do Civil) en sentenza de 29 de novembro de 2006 dicindo “o texto da Directiva non facía senón recoller neste punto a doutrina do Tribunal da Comunidade, baseada, como é lóxico, na consideración do mercado interior como mercado unitario, dentro do que non cabe falar propiamente de importacións nin exportacións. O que quere dicir que, interpretando ese precepto *sensu contrario*, as importacións paralelas, procedentes de terceiros países (alleos á Comunidade) de produtos sobre os que recaían dereitos de propiedade intelectual, incluídos os dereitos de autor, deberán contar coa autorización do titular en España do dereito de distribución”. Pode verse ademais a SAP de Madrid de 1 de decembro de 2005.

⁵ Vid. GIMBERNAT ORDEIG, E., “Las llamadas importaciones paralelas y el artículo 270. 2 del Código Penal”, cit., pág. 735 ou RODRÍGUEZ MORO, L., “La nueva protección penal de la propie-

de quen importe a España exemplares de procedencia lícita adquiridos noutro país da Unión Europea. Por suposto, se a procedencia fora ilícita si se consideraría ilícita a importación, pois a orixe ilícita das obras contamina xa a conduta posterior. Por exemplo, se o dono dunha librería de Madrid importa de Italia exemplares dun libro publicado por unha editorial non autorizada para iso, a conduta sería delituosa. Seríao, tamén, cando se compran exemplares dun CD orixinal que foron roubados e o importador compra estes produtos coñecendo a orixe ilícita.

Polo que respecta ás importacións realizadas desde un país alleo á Unión Europea, non se distingue se as copias importadas son lícitas ou ilícitas. O diferente trato que se outorga a estas importacións respecto das importacións efectuadas en territorio europeo vén determinado polo feito de que o esgotamento do dereito é territorial e non universal⁶. Así pois, nestes casos non haberá esgotamento do dereito e, en todo caso, necesítase a autorización do titular ou os cesionarios para a acción de importación. Pouco importa que os CDs, DVDs ou obras literarias sexan copias lícitas e adquiridas en centros autorizados para a súa venda, pois estas transfórmanse en ilegais por causa da importación non autorizada⁷. O que importa non é a orixe “pirata” ou non das copias importadas, senón o resultado de que se introduzan nun territorio, onde non poden ser comercializadas sen a autorización dos lexítimos titulares da propiedade intelectual⁸.

Por exemplo, unha discográfica é cesionaria dos dereitos de distribución das obras dun determinado cantautor en España. Quen desexe vender estes CDs nas súas tendas debe acudir a esta discográfica subministradora. Esta contrata coas tendas unhas condicións de venda, entre as que se inclúe o prezo de venda no territorio español. En principio, as tendas interesadas deben adquirir as copias a través desta distribuidora autorizada e someterse ás súas condicións. Se un dos interesados en vender na súa tenda os CDs importa dun país non europeo os exemplares e comercialízaos en España comete o delito do artigo 270.2, incluso cando adquire as copias dun distribuidor estranxeiro autorizado. Neste sentido, se unha discográfica vende os CDs dun grupo musical en EE.UU. e España, quen desexe importar os discos ten que facelo igualmente coa autorización da discográfica. De non facelo, comete o delito do

dad intelectual”, en *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, Instituto de Dereito Industrial da Universidade de Santiago, Marcial Pons 2004, páx. 338.

⁶ Vid. GIMBERNAT ORDEIG, E., “Los delitos contra la propiedad intelectual”, en *Cuadernos de Derecho Judicial, Delitos contra la propiedad*, Consello Xeral do Poder Xudicial, Madrid 1995, páx. 229.

⁷ Vid. GIMBERNAT ORDEIG, E., “Los delitos contra la propiedad intelectual”, cit., páx. 226.

⁸ Vid. GIMBERNAT ORDEIG, E., “Las llamadas importaciones paralelas y el artículo 270. 2 del Código Penal”, cit., páx. 732.

artigo 270.2. É certo que o titular é o mesmo, pero a el correspóndelle decidir como e en que medida comercializa os seus produtos en cada país. A modo de exemplo, é posíbel que esa mesma discográfica oferte o produto a prezos diferentes nun e outro territorio, sendo máis barato o prezo no país do que se importan os exemplares. O importador obtería así un beneficio extra se os comercializase en España tras a importación, pois os custos de adquisición son máis baixos.

Como pode observarse, os exemplos expostos refírense á adquisición por importación de copias lícitas. O motivo da elección dos exemplos non é casual, senón intencionado. Debe sinalarse que a actual redacción sobre as “importacións paralelas” introduciuse tras a reforma operada pola Lei 15/2003. Antes de dita reforma, o CP non especificaba nada sobre a orixe lícita ou ilícita das obras importadas. Debido a esta falta de precisión, parte da doutrina penal entendía que o tipo penal só resultaba de aplicación cando as obras adquiridas tiñan unha orixe ilícita⁹. E esta opinión non só era compartida por un sector doutrinal, senón que o propio Tribunal Supremo tivo a ocasión de pronunciarse ao respecto. Segundo a STS de 2 de abril de 2001, a importación de obras lícitas non se podía sancionar conforme ao artigo 270 do CP. Polo tanto, xurisprudencialmente negábase esta posibilidade. O lexislador, sen embargo, en 2003 decántase pola posición contraria e reforma o artigo 270.2 da forma que expuxo¹⁰.

E iso permite pensar que probabelmente o que pretende o lexislador penal é precisamente sancionar a importación das copias lícitas e non as ilícitas, xa que esta última conduta xa sería de por si delituosa¹¹. E sería por considerar que a importación implica ou unha participación delituosa na reprodución ilícita –se houbo acordo previo– ou un encubrimento –se o importador non se beneficia pero auxilia o responsábel da duplicación– ou unha receptación –se o importador obtén un beneficio coa introdución das copias en España–¹².

⁹ Vid. GÓMEZ BENÍTEZ, J.-M./QUINTERO OLIVARES, G., *Protección penal de los derechos de autor y conexos*, Civitas, Madrid 1988, páx. 105, CARMONA SALGADO, C., “El tipo básico del nuevo delito contra la propiedad intelectual”, en *Comentarios a la Legislación penal, Revista de Derecho Público*, Tomo XIII, Ed. Derechos Reunidos, Madrid 1991, páx. 150 ou MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia 2002, páx. 478.

¹⁰ Na doutrina apoiaban xa esta idea antes da reforma autores como MIRÓ LLINARES, F., *La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*, cit., páx. 409, para quen falar das “importacións paralelas” consistía en falar de importacións sen autorización de obras lícitas.

¹¹ Vid. MIRÓ LLINARES, F., *La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*, cit., páx. 409.

¹² Vid. GIMBERNAT ORDEIG, E., “Los delitos contra la propiedad intelectual”, cit., páx. 228.

II. A REGULACIÓN PENAL DAS EXPORTACIÓNS NON AUTORIZADAS

Até o momento a análise realizada sobre o artigo 270.2 refírese unicamente ás accións de “importación paralela”. Non se fixo mención ningunha da posibilidade de sancionar as “exportacións paralelas”, pero de feito existe. Segundo o artigo 270.2 castigarase a “quen intencionadamente exporte ou almacene exemplares das obras, producións ou execucións ás que se refire o apartado anterior sen a referida autorización”.

Como sucedía coas “importacións paralelas” antes da reforma de 2003, podería pensarse que a conduta de exportar sen autorización só adquire relevancia penal cando o que se exporta son obras ilícitas. E iso, por dúas razóns. En primeiro lugar, porque o artigo 270.2 fala de “obras, producións ou execucións ás que se refire o apartado anterior”. Dita referencia pode entenderse como obras plaxiadas ou piratas e, por tanto, ilícitas¹³. E, en segundo lugar, porque a precisión que se fai sobre as obras lícitas tras a reforma só se realiza sobre as importacións. Diso derivaríase a interpretación *a sensu contrario* de que só a exportación de obras de orixe ilícita sería delituosa.

Non obstante, é posíbel facer certas matizacións que levan á solución contraria. Así, non hai porque entender que as obras ás que se refire o artigo 270.2 teñen que ser obras “piratas” ou plaxiadas, senón que se fai referencia ao obxecto do delito do tipo básico do artigo 270.1 do CP. Para determinar dito obxecto hai que recorrer ao artigo 10 da LPI, isto é, as “creacións orixinais literarias, artísticas ou científicas expresadas por calquera medio ou soporte”¹⁴. Seguindo esta interpretación, o que se exportaría serían as creacións ás que alude a LPI.

Respecto do segundo motivo, hai que sinalar que tamén sería posíbel pensar que se realmente o lexislador tivese querido excluír as exportacións non autorizadas das obras lícitas, teríao feito. Como o CP só fala de exportación sen autorización, e nada engade sobre se se trata de exportacións de obras lícitas ou ilícitas, nada impide a súa inclusión. Hai que ter en conta, ademais, que a aclaración feita polo lexislador responde a un determinado feito. A modificación é contraria á anteriormente citada sentenza do Tribunal Supremo de 2 de abril, na que se excluía o delito en caso de

¹³ Esta interpretación foi utilizada polo Tribunal Supremo na sentenza de 2 de abril de 2001. Na doutrina pode verse MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., páx. 478, quen sostivo que só se incluía a importación de obras ilícitas até a reforma do Código Penal pola LO 15/2003. Así mesmo o entendeu a Audiencia Provincial de Barcelona de 16 de setembro de 1998.

¹⁴ E así o entendían, entre outros, GIMBERNAT ORDEIG, E., “Las llamadas importaciones paralelas y el artículo 270. 2 del Código Penal”, cit., páx. 739 e MIRÓ LLINARES, F., *La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*, cit., páxs. 415, 416 e 417.

importación de obras lícitas. Pode deducirse por tanto que o lexislador se ocupa expresamente das importacións non autorizadas porque ese foi o caso que na práctica se suscitou. O máis lóxico sería pensar que de producirse na práctica un caso similar pero de exportación, a resposta por parte do lexislador sería a mesma.

Á vez, é evidente que as obras de orixe ilícita son exportadas sen autorización, pois a súa propia orixe ilícita vicia a posterior conduta de exportación. Daquela, se o artigo 270.2 se refire unicamente ás obras ilícitas, por que facer mención á falta de autorización? Parece o máis correcto deducir que o lexislador, ao facer mención da falta de autorización, está pensando nas obras de orixe lícita. As adquiridas ilícitamente xa non presentan dúbida respecto á falta de autorización. Se, como sostén parte da doutrina, o artigo 270.2 ten como obxecto as obras piratas ou plaxiadas, para que engadir a necesidade da falta de autorización por parte dos titulares ou cesionarios? Tería bastado con falar unicamente da exportación¹⁵. En definitiva, podería pensarse que no que estaba pensando o lexislador era precisamente nas obras lícitas exportadas sen autorización.

Pero a inclusión pode xustificarse tamén desde a perspectiva do ben xurídico protexido. Se se parte da idea de que o que se pretende protexer é o dereito de explotación dos dereitos de autor entendido como o dereito de distribución, o máis lóxico sería sancionar as “exportacións paralelas” da mesma forma que as importacións non autorizadas de obras lícitas. Importación e exportación son caras dunha mesma moeda. A vulneración do dereito dos titulares e cesionarios prodúcese na mesma maneira tanto se se importan as obras lícitas como se se exportan. Non parece existir motivo ningún para a diferenza de trato¹⁶. Ao mesmo tempo, e da mesma maneira que a importación sen autorización de obras de orixe lícita non se castiga no ámbito da Unión Europea, tampouco debería facerse respecto da exportación. E non só porque así se equipara o tratamento da importación e a exportación, senón tamén porque así o dispoñen as leis mercantís.

O único motivo que podería dalgunha forma xustificar a exclusión da exportación non autorizada pasaría por atender a razóns de política criminal. Como se

¹⁵ De feito, e respecto da conduta de importación VEGA VEGA opinaba que requirir a falta de autorización constituía un requisito superfluo. O autor parte da base de que só se incluían as obras ilícitas e, por iso, engadir que a conduta de importación debía facerse sen autorización non era unha indicación necesaria. *Vid.* VEGA VEGA, J-A., *Derecho de autor*, Tecnos, Madrid 1990, pág. 215. Sen embargo, ben podería supoñerse que non se trata dunha precisión innecesaria, senón todo o contrario. Como se explica no texto, pode entenderse que o lexislador quería incluír as importacións e exportacións de obras lícitas.

¹⁶ *Vid.* MIRÓ LLINARES, F., *La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*, cit., pág. 426.

expresa o Tribunal Supremo e parte da doutrina, a inclusión das obras lícitas como obxecto do delito destes delitos no CP non é respectuosa co principio de “intervención mínima” e “carácter secundario” do Dereito Penal¹⁷. Por iso, unha forma de corrixir este feito, é restrinxir ao menos o tipo penal ás obras ilícitas no caso das exportacións. En aras do respecto dese carácter secundario da protección penal, sería recomendábel aceptar as argumentacións antes ofrecidas para xustificar a exclusión das “exportacións paralelas”.

En conclusión a todo o dito, o único certo é que ambas interpretacións son viábeis e todos os argumentos válidos. Só no caso das “importacións paralelas” se resolveu a dúbida, polo que haberá que esperar a que o lexislador ou a xurisprudencia se pronuncien ao respecto. E, aínda que o máis lóxico sería que o lexislador dése a mesma resposta a unhas e outras, ante a falta dunha previsión expresa ou resolución xurisprudencial nada é aínda definitivo en relación coas “exportacións paralelas”.

BIBLIOGRAFÍA

- CARMONA SALGADO, C., “El tipo básico del nuevo delito contra la propiedad intelectual”, en *Comentarios a la Legislación penal, Revista de Derecho Público*, Tomo XIII, Ed. Derechos Reunidos, Madrid 1991.
- GIMBERNAT ORDEIG, E., “Los delitos contra la propiedad intelectual”, en *Cuadernos de Derecho Judicial, Delitos contra la propiedad*, Consello Xeral do Poder Xudicial, Madrid 1995.
- GIMBERNAT ORDEIG, E., “Las llamadas importaciones paralelas y el artículo 270. 2 del Código Penal”, en el *Nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al prof. Doc. Torío López*, Comares, Granada 1999.
- GÓMEZ BENÍTEZ, J-M/QUINTERO OLIVARES, G., *Protección penal de los derechos de autor y conexos*, Civitas, Madrid 1988.
- MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia 2005.
- MIRÓ LLINARES, F., *La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*, Dykinson, Madrid 2003.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia 2002.

¹⁷ Vid. RODRÍGUEZ MORO, L., “La nueva protección penal de la propiedad intelectual”, cit., páx. 337.

RODRÍGUEZ MORO, L., “La nueva protección penal de la propiedad intelectual”, en *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, Instituto de Dereito Industrial da Universidade de Santiago, Marcial Pons 2004.

VEGA VEGA, J-A., *Derecho de autor*, Tecnos, Madrid 1990.

CONTRATO DE CREACIÓN PUBLICITARIA E PROPIEDAD INTELECTUAL

Francisco José Torres Pérez
Profesor Asociado de Dereito Mercantil
Universidade de Vigo

I CUESTIÓNS XERAIS RELATIVAS Á PROPIEDAD INTELECTUAL NO CONTRATO DE CREACIÓN PUBLICITARIA.

O contrato de creación publicitaria está regulado na Lei 34/1988, Xeral de Publicidade (en diante LXP). Son dous os artigos que, como sucede co resto dos contratos alí referidos, se dedican á súa regulación de forma xeral e que deixan ampla liberdade aos operadores¹; o artigo 22 que define o contrato, incorpora os suxeitos que poden intervir e o obxecto do mesmo, e o artigo 23, no que figuran criterios respecto á protección da obra publicitaria e a cesión de dereitos que nacen coa mesma.

O artigo 22 cita o anunciante ou as axencias como posíbeis comitentes² e a calquera persoa física ou xurídica como creativo. A relación contractual pode adoptar un esquema diverso que terá incidencia na titularidade sobre a obra.

Pode unir o anunciante directamente coa axencia e que sexa a axencia (persoa xurídica) ou persoas vinculadas laboralmente á mesma (asalariados) as que se encarguen de crear a obra publicitaria ou parte dela. Se existe unha intervención común de varios suxeitos estaríamos ante un suposto de obra en colaboración tal e como a define o artigo 7 do RD 1/1996, polo que se aproba o Texto Refundido

¹ Hai que ter en conta que, pese á xeneralidade da LXP, dita lei constitúe unha norma especial na materia. Co cal, determinadas cuestións tratadas nela, que poidan separarse da normativa xeral existente (poñamos, como exemplo, a cesión dos dereitos de explotación sobre a obra publicitaria) teñen que ser reguladas pola lei especial.

² A natureza xurídica deste contrato é a do contrato de obra do artigo 1544 CC; neste sentido, *vid.* SAIZ GARCÍA, C., “Las obras audiovisuales de carácter publicitario e o dereito de autor”, *ADI*, Tomo XIX, 1998, páx. 259. Por tanto, o resultado final, acorde coas instrucións do comitente (normalmente o anunciante), é definitivo para a correcta execución do contrato.

da Lei de Propiedade Intelectual (en diante TRLPI). Como veremos, o feito de que a obra sexa creada por un autor/es pertencente/s ao seu cadro de persoal será fundamental para determinar cal é o réxime de cesión de certos dereitos que existen sobre esa obra.

Tamén o anunciante pode encargar a creación a unha persoa física que ac-túe á marxe de calquera axencia; elaborada a obra ou parte da mesma, o anunciante destínaa ao mercado concertando o oportuno contrato de difusión publicitaria cun medio de comunicación ou, incluso, encargando a execución desa campaña a unha axencia de publicidade por medio do conseguinte contrato de publicidade. A titularidade sobre os dereitos derivados da propiedade intelectual recaería sobre ese autor que cedería a explotación desa obra ao anunciante.

E, por último, pode relacionarse o anunciante coa axencia e esta, á súa vez, cun creador que non pertenza ao seu cadro de persoal. Estaríamos ante un suposto de encargo a un creativo (non asalariado) por parte da axencia de publicidade. Hai que sinalar que a titularidade do dereito moral sobre a obra recae sobre o creador pero a cesión dos dereitos de explotación faise a favor da axencia (comitente) que á súa vez os cederá ao anunciante³.

O obxecto do contrato non ten por que versar sobre a totalidade da obra. No propio artigo 22 establécese que a creación poida recaer sobre unha parte da obra. Neste sentido, é indiferente que o encargo veña constituído por unha campaña publicitaria, por parte desa campaña ou que se encargue un determinado elemento publicitario para a súa realización (slogan, o deseño dun personaxe...) ⁴. En todos estes casos encontráronos ante un contrato de creación publicitaria e, se a obra derivada do encargo posúe certos requisitos, poderá ser protexida desde o punto de vista do dereito de autor.

II A PROTECCIÓN DA CREACIÓN PUBLICITARIA

Para que ese elemento publicitario sexa susceptible de protección polo dereito de autor, o artigo 23, I da LXP incorpora unha remisión aos requisitos establecidos na normativa xeral existente na materia contida no TRLPI.

³ Nestes casos a axencia adoita actuar en nome do anunciante co que dita cesión se fará a favor do mesmo. Un suposto máis complexo sería a intervención da axencia en nome propio no que a cesión sería a favor da axencia que, á súa vez, autorizaría o anunciante a usar tal obra ou elemento publicitario encargado.

⁴ Sobre a dificultade que xera a protección do slogan publicitario; *vid.* JIMÉNEZ DE PARGA, R., "Otras modalidades de publicidad desleal: la publicidad confusionista y la protección de las creaciones publicitarias", *Revista de Autocontrol*, nº 63, pág. 10.

Así, o elemento publicitario creado con ocasión do contrato será susceptible de protección se cumpre cos dous requisitos do artigo 10 TRLPI: o da orixinalidade e a expresión de dita creación en calquera medio ou soporte⁵.

Respecto ao requisito da orixinalidade da obra publicitaria, sinalaremos, de forma breve, varias cuestións xa tratadas amplamente pola doutrina⁶.

Por obra publicitaria orixinal entendemos aquela que “acheга algo distinto e se diferencia en algo das existentes”⁷. A orixinalidade pode ter unha dobre vertente; unha obra é orixinal cando é reflexo da personalidade creadora do seu autor (vertente subxectiva)⁸ ou cando dita creación implica unha variación respecto ás obras preexistentes (vertente obxectiva)⁹. A altura creativa exixíbel a efectos de protección tamén foi obxecto de comentario; esta pode ser de pouco alcance, se ben canto menor sexa o grao de orixinalidade dunha obra (pouca altura creativa) o campo de protección será tamén menor xa que calquera obra parecida e independente poderá ser considerada distinta¹⁰.

O requisito da creación orixinal ten que verse complementado cunha expresión formal da obra a través de calquera medio ou soporte actualmente coñecido ou non. Dita expresión será o que realmente se protexe —e é o que se denomina como

⁵ *Vid.* artigo 10 TRLPI “Son obxecto de propiedade intelectual todas a creacións orixinais literarias, artísticas ou científicas expresadas por calquera medio ou soporte, tanxíbel ou intanxíbel, actualmente coñecido ou que se invente no futuro”.

⁶ *Vid.* TATO PLAZA, A., “La protección de las creaciones publicitarias: análisis de la jurisprudencia y de la doctrina del jurado de autocontrol de la publicidad”, *Revista de Autocontrol*, nº 59, páxs. 2–3; LEMA DEVESA, C., “La propiedad intelectual en la publicidad”, *Comunicación y Estudios universitarios, Revista de Ciències de la Informació*, Núm. 7, 1997. páxs. 87–89. JIMÉNEZ DE PARGA, R., “Otras modalidades...”, *op. cit.*, páxs. 9–10.

⁷ JIMENEZ DE PARGA, R., “Otras modalidades...”, *op. cit.*, páx.9.

⁸ Neste sentido haberá que determinar se unha obra presenta certa marca de autor que a singularice e destaque do resto como resultado das ideas particulares ou individuais do creador; *vid.* TATO PLAZA, A., “La protección...”, *op. cit.*, páx. 2, cita, en concreto, a formulación contida na Sentenza da Audiencia Provincial de Barcelona de 26/09/1996 (“caso *La Vanguardia*”).

⁹ A efectos de acreditar dita variación con obras precedentes habería que aplicar un criterio de prioridade temporal, solicitando ás partes que acrediten a data de creación dunha peza publicitaria; *vid.* TATO PLAZA, A., “La protección...”, *op. cit.*, páx. 3, cita, en concreto, a Resolución de 1 de xuño de 2000 do Xurado da Publicidade (“caso *Supradyn*”).

¹⁰ Neste sentido; BERCOVITZ RODRÍGUEZ–CANO, R., “Comentario del artículo 10 de la LPI” en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. BERCOVITZ–RODRÍGUEZ CANO, R. (Coord), 2ª edic. Madrid, 1997, páx. 163.

resultado publicitario¹¹– diferenciándose da idea publicitaria que non é susceptible de protección desde o punto de vista do dereito de autor, xa que non foi exteriorizada suficientemente¹². É por iso que a protección da idea publicitaria ten que facerse por outras canles diferentes ás previstas no dereito de autor¹³.

A protección tamén diverxe segundo o tipo de obra publicitaria que tratemos. Temos que facer referencia ao dobre réxime previsto no TRLPI. En dita norma podemos diferenciar o réxime específico aplicábel ás obras audiovisuais (Título VI do Libro I do TRLPI –artigos 86 a 94–) do réxime xeral ao que están suxeitas as demais obras de enxeño susceptibles de protección. A obra publicitaria pode incluírse dentro das obras audiovisuais naqueles casos nos que participe dos requisitos marcados no artigo 86 TRLPI¹⁴, natureza da que forman parte os típicos anuncios publicitarios emitidos en televisión ou *spots*¹⁵.

De ser así, seríanlle aplicábeis as disposicións contidas no citado título VI, con dous puntos relevantes no seu réxime xurídico; o de titularidade destas obras e a presunción de cesión en exclusiva dos dereitos sobre estas obras ao produtor. En orde

¹¹ Vid. TATO PLAZA, A., “La protección...”, *op. cit.*, páx. 3.

¹² O problema será determinar cal é a fronteira entre idea e expresión. Serán susceptibles de protección os borradores e proxectos publicitarios sempre que exista, cando menos, un esquema ou argumento detallado aínda que non sexa unha obra acabada; *vid.* JIMÉNEZ DE PARGA, R., “Otras modalidades...”, *op. cit.*, páxs. 11–12.

¹³ Por exemplo, no contrato que une a axencia co anunciante e en virtude dun pacto de confidencialidade (sobre a base do artigo 16 LXP), ambos intervinientes se obrigan a non utilizar, para fins distintos dos pactados, as informacións subministradas durante o proceso de contratación; *vid.* OTERO LASTRES, J.M., “Otras modalidades de publicidad desleal: la imitación, la publicidad confusionista y la protección de las ideas publicitarias”, *Revista de Autocontrol*, nº 117, páx. 10. Así mesmo o feito de divulgar esta información podería ser un acto de competencia desleal (artigo 13 da Lei 3/1991, de Competencia Desleal).

¹⁴ A catalogación como obra audiovisual susceptible de protección dependerá do cumprimento dos seguintes requisitos: será unha creación orixinal, que debe conter imaxes asociadas (como secuencia animada de imaxes en movemento con ou sen son) expresadas (o que define unha obra audiovisual non é a fixación nun soporte senón os efectos visuais e sonoros do procedemento empregado) e mostradas (para acceder á obra necesítase dun medio de proxección) sendo irrelevante a natureza do soporte material no que estean fixadas (calquera soporte inventado ou que estea por inventar); neste sentido, *vid.* GARCÍA RUBIO, M^a. P., “El concepto de obra audiovisual en el artículo 86 y concordantes de la LPI”, *Creaciones audiovisuales y Propiedad Intelectual*, Colección de Propiedad Intelectual (Coord. Rogel Vide, C.), Madrid, 2001, páxs. 19–23.

¹⁵ Dentro do concepto “obra audiovisual” a cualificación como obra publicitaria non depende tanto do seu destino (como nas obras cinematográficas ou as obras televisivas) ou do seu soporte (obras videográficas) senón que depende da súa finalidade. A obra audiovisual publicitaria vén caracterizada por “... servir de reclamo ao tráfico de bens e servizos ofertados polos empresarios...”; *vid.* SAIZ GARCÍA, C., “Las obras audiovisuales...”, *op. cit.*, páx. 246.

á titularidade sobre estas obras, o réxime previsto é o das obras en colaboración (ou coautoría). A lei cita unha lista de profesionais que polo simple feito de crear unha parte desa obra son considerados como autores (artigo 87 TRLPI)¹⁶. Como obra en colaboración que é, no réxime xeral (previsto no artigo 7 TRLPI) figuran uns principios básicos aplicábeis a estas situacións, que, de forma resumida, teñen como finalidade garantir o exercicio dos dereitos de todos os coautores esixindo unha actuación conxunta para tomar decisións que teñan que ver coa obra¹⁷.

III A CESIÓN DE DEREITOS SOBRE A OBRA PUBLICITARIA

Son dúas facetas as que forman parte do dereito de autor; o dereito de paternidade ou autoría sobre a obra (dereito de natureza moral) e unha faceta patrimonial que está constituída polos dereitos de explotación sobre a creación¹⁸. O feito da creación, tal e como se establece no artigo 1 TRLPI, fai que o autor adquira orixinalmente todos os dereitos sobre a obra; pero, mentres o dereito moral sobre a obra é inalienábel e intransmisíbel¹⁹, os dereitos de explotación económica son susceptíbeis de transmisión²⁰, en concreto, e no que se refire á obra publicitaria, de cesión en exclusiva tal e como se establece na LXP²¹.

¹⁶ Segundo o citado artigo considéranse autores das obras audiovisuais o director–realizador, os autores do argumento, da adaptación e os do guión e os diálogos. Así como os autores das composicións musicais creadas especialmente para esa obra.

¹⁷ O réxime legal supletorio que marca o artigo 7º do TRLPI para estes casos é o da comunidade de bens previsto no Código Civil, con todo o criticábel que pode ser aplicar esa normativa (pensada para unha situación temporal e de simple conservación dos bens adscritos a esa comunidade) a unha situación na que os coautores teñen a facultade de explotar economicamente a obra.

¹⁸ A complexidade do contrato subxace á hora de afondar en cales son os fins económicos de cada un dos intervinientes no mesmo. Por un lado a empresa anunciante que quere reservarse a explotación económica da publicidade que financia. Por outro a axencia que quere utilizar libremente a creación que, na maioría das ocasións xorde debido á súa iniciativa. Por último, o anunciante que ve reforzada a súa posición de acordo co dereito de autoría sobre a obra. Neste sentido, *vid.* SAIZ GARCÍA, C., “Las obras audiovisuales...”, *op. cit.*, páxs. 250–251.

¹⁹ Aínda que o dereito moral de autoría é irrenunciábel o que si soe existir é a cesión dunha faceta concreta dese dereito permitindo que os traballos se publiquen a nome da empresa (axencia); *vid.* RODRÍGUEZ ESPÍN, P., “Comentario del artículo 14 de la LPI” en *Comentarios...*, *op. cit.*, pág. 228.

²⁰ Como ben sinalou a doutrina, estamos ante unha transmisión limitada, pois afecta unicamente os dereitos de explotación, mantendo o autor o dereito moral (dereito de paternidade) do artigo 14 TRLPI; neste sentido, *vid.* LEMA DEVESA, C., “La propiedad intelectual...” *op. cit.*, pág. 90.

²¹ A utilización da expresión “cesión en exclusiva” no texto do TRLPI foi criticada por non implicar unha sucesión translativa ou alleamento, consecuencia derivada da regulación da cesión nos artigos 1526 e ss., do CC. A “cesión” que contempla dita lei é un suposto de sucesión constitutiva na que o transmitinte non perde a titularidade do seu dereito pero constitúe certos dereitos a favor de terceiros

Esta cesión ten as seguintes características;

No artigo 23, II da LXP encontramos unha presunción de dita cesión. É dicir, os dereitos de explotación da obra publicitaria presumiranse, salvo pacto en contrario, cedidos ao anunciante.

Con esta mención, o articulado da LXP sepárase do teor da regra xeral contida no TRLPI no que consta que, para que sexa operativa esta cesión, deberá outorgarse expresamente con ese carácter (artigo 48, I TRLPI)²². Por tanto, no caso de obras publicitarias, a transmisión dos dereitos de explotación económica opera a favor do anunciante en virtude da propia lei, excepto que exista un pacto en contra no propio contrato de creación publicitaria²³. Neste punto a LXP prevalece, como norma especial que é, respecto ao previsto de forma xeral no texto do TRLPI²⁴.

Así mesmo, os dereitos de explotación son cedidos en exclusiva ao anunciante. Dita exclusividade, en virtude dos mandatos contidos no artigo 48 TRLPI, faculta o cesionario (anunciante) para: explotar a obra con exclusión de calquera outra persoa, outorgar autorizacións non exclusivas a terceiros e perseguir violacións que afecten esas facultades que se lle conceden.

Temos que sinalar que, naqueles casos nos que o réxime aplicábel a esa obra fora o de obra en colaboración sería necesario solicitar o consentimento de todos os coautores para divulgar a obra común (artigo 7º TRLPI). Como sinalamos anteriormente, as hipóteses máis habituais serán as de obra audiovisual publicitaria (artigo 88 TRLPI) ou ben a creada por persoas vinculadas laboralmente á axencia de publicidade (artigo 51 TRLPI), co que nos encontraríamos, en ambos casos, ante supostos de presunción da cesión en exclusiva de dereitos²⁵.

que limitan a súa esfera de actuación; neste sentido, DELGADO PORRAS, A., *Panorámica de la protección Civil y Penal en materia de Propiedad Intelectual*, Madrid, 1988, páxs. 58–59.

²² De feito hai autores que promulgan a derogación tácita do artigo 23 da LXP pola disposición derogatoria do TRLPI; *vid.* SAIZ GARCÍA, C., “Las obras audiovisuales...”, *op. cit.* páx. 250.

²³ *Vid.* LEMA DEVESA, C., “La propiedad intelectual...”, *op. cit.*, páx. 90.

²⁴ A norma prevista no artigo 48 do TRLPI ten un carácter supletorio e xeral; nela encontramos unha regulación da cesión exclusiva aplicábel a aqueles supostos nos que non exista unha norma especial que regule dita cuestión (como é o caso do artigo 23, II LXP) ou naqueles casos nos que existan defectos no acordo entre as partes ou a norma especial; neste sentido, *vid.* RODRÍGUEZ TAPIA, J. M., *La cesión en exclusiva de derechos de autor*, Madrid, 1992, páx. 78. Por tanto, esta característica da LXP supón unha excepción á normativa do TRLPI; *vid.* MARTÍN GARCÍA, M^a., *La Publicidad: su incidencia en la contratación*, Madrid, 2002, páx. 156.

²⁵ Hai que sinalar que existen supostos no propio TRLPI que, de forma análoga á citada para as creacións publicitarias, implican cesión en exclusiva, salvo pacto en contrario; por exemplo, a existencia

Para finalizar, no texto da LXP encontramos tamén uns límites a esa cesión (artigo 23, II *in fine*): o pactado no contrato e os que deriven dos fins previstos no mesmo²⁶. As partes poderán modular as características desta transmisión, ben espacial ou temporalmente; circunscibindo a utilización dos dereitos sobre a obra cedida a un determinado territorio (emisión dun *spot* ou anuncio nunha ou varias cadeas de ámbito estatal), ou por un período de tempo pactado (utilización da obra para unha campaña ou ocasión designada)²⁷.

dunha relación laboral (artigo 51,2 TRLPI) determina cesión en exclusiva de dereitos do autor asalariado ao empresario e o contrato de produción de obra audiovisual (artigo 88.1 TRLPI) onde os autores ceden tales dereitos aos produtores.

²⁶ Respecto á limitación derivada da finalidade do contrato de creación, o que adquire o dereito a usar a obra publicitaria faino só a fins de publicidade. Deducimos que o creativo (salvo pacto en contra) conservaría o dereito a usar a obra publicitaria e a cedela para fins distintos aos estritamente publicitarios; neste sentido, *vid.* DE LA CUESTA RUTE, J. M^a., *Curso de Derecho de la Publicidad*, Pamplona, 2002, páx. 318.

²⁷ Se o anunciante vulnera esta limitación contractual, e destina a obra a unha campaña que non estaba prevista, a axencia podería impedir tal utilización; *vid.* LEMA DEVESA, C., “La propiedad intelectual...”, *op. cit.*, páxs. 90–91.

NOTAS SOBRE AS LICENZAS *CREATIVE COMMONS*

Luis Rodríguez Moro

Prof. Contratado Interino de Substitución de Dereito Penal

Facultade de Dereito

Universidade da Coruña

Xa non resulta a ninguén estraño facer referencia ao prematuro desfase temporal no que cae, cada vez con máis frecuencia, calquera regulación que se faga, tanto en sede civil como penal, da propiedade intelectual. Tampouco resulta nada estraño concretar o principal motivo dese desfase na aparición, cada vez máis constante e crecentemente acelerada, de novas tecnoloxías e nos usos que destas se derivan, que deixan obsoletas moitas das previsións legais vixentes. Parece que a regulación da propiedade intelectual se ve abocada a un proceso de readaptación, extraordinariamente continua, aos novos tempos –e así debe ser– a esas novas tecnoloxías e a esas novas formas de explotación que xurdiron con estas.

Internet supuxo, sen dúbida, a innovación máis revolucionaria dos últimos tempos nesta materia. A dixitalización separou as obras dos formatos tradicionais e Internet permitiu que circulen mundial e inmaterialmente a través da rede, aínda que tamén agudizou en enorme medida os riscos de quebra de dereitos de propiedade intelectual. A leis reguladoras deste tipo de propiedade teñen que adaptarse a esta nova situación, permitila, polas grandes posibilidades que ofrece, pero buscando unha solución de equilibrio que respecte tanto os intereses dos titulares de dereitos da propiedade intelectual como os intereses da sociedade, centrados nun mellor acceso á cultura¹.

I CONCEPTO E ORIXE

Creative Commons é unha organización sen ánimo de lucro que xorde en EE.UU. a finais de 2002² e que ofrece un sistema máis flexíbel de dereitos de pro-

¹ O certo é que as leis xa se foron reescribindo para adaptárense a tecnoloxías xurdidas no pasado. Así, fixérono ás gravadoras de vídeo e casete, aos primeiros anos da dixitalización, aos CDs e DVDs e ás gravadoras de ambos formatos, e finalmente acabarán por adaptárense ás novas posibilidades de explotación e difusión de contidos intelectuais que actualmente ofrece o universo internet.

² *Creative Commons* foi fundada pola unión de grandes talentos en ciberleis, en edición de webs de

propiedade intelectual a disposición dos autores, un sistema especialmente adaptado a moitas das novas formas de explotación das obras que xurdiron coa aparición de internet. O seu obxectivo principal é achegar unha serie de ferramentas a aqueles creadores que queren que terceiras persoas utilicen e/o modifiquen a súa obra baixo determinadas condicións. Así, facilita ese labor a estes autores poñendo á súa disposición un sistema estandarizado³ de “licenzas” que permiten e prohiben determinados usos sobre as súas creacións.

Desde o momento no que un suxeito finaliza unha obra, desde que levanta o lapis ou a brocha dando o último trazo a un debuxo ou unha pintura ou desde que retira as súas mans tras dar a forma definitiva a unha escultura xorde a propiedade intelectual sobre dita creación. Así o establece a práctica totalidade de lexislacións do noso contorno cultural sobre propiedade intelectual. En España, a Lei de Propiedade Intelectual vixente, o Real Decreto Lexislativo 1/1996, de 12 de abril (no sucesivo LPI), recólleo no seu artigo 1, ao sinalar que “*a propiedade intelectual dunha obra literaria, artística ou científica corresponde ao autor polo só feito da súa creación*”⁴.

Esta declaración supón, en primeiro lugar, un recoñecemento de autoría; basta con ter creado a obra para obter a condición de autor sen que sexa necesario a súa inscrición en rexistro ningún. En segundo lugar, o artigo 1 da LPI supón tamén un recoñecemento de dereitos. Desde o momento en que o autor levanta ese lapis ou retira as súas mans dando fin á súa escultura, xorden no seu favor todos os dereitos de propiedade intelectual que a LPI concede aos autores, tanto os dereitos morais como os patrimoniais.

Xorde desde ese momento o *copyright*⁵ (dereitos de propiedade intelectual) sobre a obra, mesmo que aínda non apareza o seu símbolo identificativo ©, tamén denominado *notice*. Con el aparece, igualmente, e de forma automática, o coñecido “todos os dereitos reservados”, algo que, en principio, parece lóxico xa que o autor,

dominio ou en produción audiovisual que se coñeceron na Universidade de Harvard. Eles son Eric Saltzman, Eric Eldred, James Boyle, Michael Carroll e Lawrence Lessig, o seu presidente e membro máis coñecido, Catedrático da Universidade de Stanford, avogado e autor de obras de enorme importancia como *El futuro de las ideas*, *El Código* ou *Por una cultura libre*.

³ Con este termo, XALABARDER PLANTADA, “Las licencias *Creative Commons*: ¿una alternativa al *copyright*?” en *UOC Papers, Revista sobre la sociedad del conocimiento*. Nº2, Barcelona, 2006, páx. 4.

⁴ Vid. por todos, BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO (coord), *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual*, Ed. Tecnos. (2ª edición), Madrid, 1997, páxs. 25 a 27.

⁵ A referencia que se faga nesta obra ao *copyright* serao ao *copyright* tradicional que até agora se vén utilizando, é dicir, o que desde o primeiro momento declara que todos os dereitos de autor están reservados.

único que pode consentilo⁶, aínda non autorizou expresamente o exercicio de ningún dos dereitos de propiedade intelectual que a LPI lle permite ceder.

Sen embargo, desta forma presuponse que os autores non queren ceder nin autorizar ningún dos seus dereitos. Se isto é o que realmente desexan, o sistema de *copyright* cumpre as súas expectativas de modo satisfactorio desde o primeiro momento no que nace a obra. Pero, qué ocorre cos autores que si queren que se fagan copias das súas obras ou que estas se modifiquen baixo algunhas condicións?. Estes autores xa non o teñen tan fácil ante a aparición automática e por defecto do *copyright* e os seus “dereitos reservados”, e até hai pouco tiñan escasos medios cos que facer constar cales eran eses dereitos que cedían aos usuarios e cales non.

A organización *Creative Commons* ideou un sistema de licenzas gratuítas e de fácil uso que permite protexer os intereses e dereitos de propiedade intelectual deste segundo grupo de autores e na medida en que estes o estimen adecuado. Xeran un espectro de liberdades máis alá do que establecen por defecto as leis do *copyright*⁷ e permiten que sexa o autor o que efectúe o balance ou moderación entre interese público e privado⁸.

Sen embargo, o uso das licenzas *Creative Commons* aínda está dando os seus primeiros pasos, aínda está en proceso de expansión. Como se sinalou *supra*, as licenzas naceron en EE.UU. e, nun primeiro momento, só foron redactadas en inglés, para os autores americanos e con referencia ás leis estadounidenses de propiedade intelectual. Non obstante, a intención da organización é conseguir a aplicabilidade das súas licenzas en todos os países do mundo. Neste punto é onde se encontra agora a organización. A finais de 2006 eran xa 25 países os que adaptaran as licenzas ás súas lexislacións, entre eles España, e 15 países os que estaban traballando niso. No noso país, este proceso de adaptación das licenzas comezou en febreiro de 2003, e foi levado a cabo pola Universidade de Barcelona. En outubro de 2004, as licenzas *Creative Commons* xa se encontraban adaptadas tanto en castelán como catalán⁹. Dita adaptación require, por un lado, a súa tradución ao idioma do país en cuestión e, por outro, a súa adaptación á xurisdición de dito país, xa que aínda que existan Tratados internacionais sobre a materia, as lexislacións gardan algunhas diferenzas entre si

⁶ O artigo 17 da LPI reconece o exercicio exclusivo dos dereitos patrimoniais ao autor da obra.

⁷ Cfr. LESSIG, *Por una cultura libre*. Ed. Traficantes de sueños. Madrid, 2005, páx. 280.

⁸ Cfr. XALABARDER PLANTADA, “Las licencias *Creative...*”, *cit.*, páx. 6.

⁹ Vid. LABASTIDA I JUAN, Presentación en XALABARDER PLANTADA, “Las licencias *Creative Commons*: ¿una alternativa al *copyright*?” en *UOC Papers, Revista sobre la sociedad del conocimiento*. Nº 2, Barcelona, 2006, páx. 2.

que en ocasións son de fondo¹⁰. Para iso, buscáronse na Lei española as institucións xurídicas e supostos de feito que a lei norteamericana non contempla, para lograr a corrección das licenzas e a cobertura exhaustiva de todos os supostos aplicábeis¹¹.

II AS LICENZAS *CREATIVE COMMONS*

Unha licenza, en referencia a obras de propiedade intelectual, é un documento, escrito ou electrónico, no que se deixa constancia de todo aquilo que se permite e non se permite facer cunha obra e baixo que condicións¹². As licenzas levan o nome da organización: “*Licenzas Creative Commons*” e existen varias: algunhas ceden algún dereito, outras varios e outras cédenos practicamente todos¹³. Existen seis tipos de licenzas.

A máis permisiva é a chamada licenza de “*Recoñecemento*”, que consente que os usuarios poidan facer calquera uso ou acto de explotación da obra e baixo calquera finalidade. Permítese, por tanto, a súa reprodución, distribución, comunicación pública, transformación e interpretación, aínda que sempre, e aquí reside a única esixencia, que se faga constar o autor da creación, é dicir, que se recoñeza a paternidade da obra. Esta condición de recoñecemento do autor é unha esixencia de mínimos, prevista para as seis licenzas *Creative Commons* dispoñíbeis.

Pola súa parte, a máis restritiva é a chamada licenza de “*Recoñecemento – Sen obra derivada – Non comercial*”. Con ela, a obra non poderá ser modificada, polo que non se cede o dereito de transformación. O que si se permite é reproducir, distribuír, comunicar publicamente e interpretar a obra, aínda que sempre que ditos usos se efectúen sen finalidades comerciais; estarían prohibidas, por exemplo, a venda dos

¹⁰ Así, DE LA CUEVA, “Por qué las licencias *Creative Commons* son legales en España” (documento en liña), <http://www.derecho-internet.org/node/272>. (Data de consulta: 30 de marzo de 2007), o cal sinala que por este motivo son xuristas ou avogados de cada Estado os encargados de levar a cabo este proceso de adaptación das licenzas.

¹¹ Cfr. DE LA CUEVA, “Por qué las...” (documento en liña), <http://www.derecho-internet.org/node/272>, quen menciona algúns exemplos, como o dereito de *display* norteamericano que non ten vida autónoma no noso Dereito, polo que non houbo que traducir nin incluír dita licenza. Polo contrario, incorporáronse ás licenzas as categorías de obras propias do noso sistema como as obras en colaboración, colectivas e as obras independentes, non existentes en Norteamérica, polo que houbo que readaptar o contido das licenzas para incluír estas obras. Tamén se efectuou unha específica mención ás bases de datos, ausentes nas licenzas americanas.

¹² En termos similares, VV.AA., *Copyleft. Manual de uso*, Ed. Traficantes de sueños. Madrid, 2006, pág. 45.

¹³ LENORE, “*Creative Commons. Otro copyright es posible*” en *Revista Ladinamo*, nº 06, sept-out, 2003, pág. 48, denomina este sistema de licenzas como “*pequenas ou grandes renuncias á propiedade intelectual en favor da libre circulación de ideas e saberes*”.

exemplares, volver publicar a obra ou cobrar por comunicala. Non obstante, respecto dos usos permitidos habería que recoñecer en todo caso o autor da obra.

Entre ambas licenzas encóntranse outras catro: a que permite calquera uso con calquera finalidade, lucrativa ou non, salvo a transformación da obra, licenza “*Recoñecemento – Sen obra derivada*”, a que permite todos os usos, tamén a transformación, sempre que se efectúen sen finalidades comerciais, licenza “*Recoñecemento – Non comercial*”, e as dúas licenzas *copyleft*, que permiten todos os usos e transformacións da obras pero esixen, neste último caso, que as obras derivadas teñan que ver a luz baixo os mesmos termos de licenza que o traballo orixinal, é dicir, non se pode devolver a obra ao sistema de *copyright* tradicional¹⁴. A diferenza entre ambas licenzas radica en que unha permite os usos comerciais, licenza “*Recoñecemento – Compartir igual*”, e a outra prohíbeos, licenza “*Recoñecemento – Non comercial – Compartir igual*”¹⁵.

A forma de obtención e utilización das licenzas é moi sinxela. O autor que quere explotar a súa obra a través de internet con este tipo de licenzas deberá acudir á páxina web de *Creative Commons*¹⁶ e solicitar a licenza que desexa seguindo unha serie de pasos. O proceso finaliza cun texto (en código HTML) no que se recollen os usos autorizados polo autor cuns símbolos iconográficos claros que os identifican, acompañado por unha breve descrición de tales usos autorizados e os que non e baixo qué condicións¹⁷. Só hai que copiar ese texto e colocalo xunto a nosa obra publicada en internet, para que deixe constancia ao público dos dereitos que cedemos e, por

¹⁴ Cfr. LENORE, “*Creative Commons...*”, cit., páx. 48.

¹⁵ A parte destas licenzas comúns ou xerais existen outro tipo de licenzas máis específicas que non son aplicábeis por igual a todas as obras nin a todos os países. Vid. XALABARDER PLANTADA, “Las licencias *Creative...*”, cit., páx. 7. Así, por exemplo, a *Sampling licenses*, permite o uso de fragmentos de obras para refundilos nunha obra nova, esencial para samplear música. A *Developing nations* permite o libre uso de obras en países en vías de desenvolvemento aínda que conservando os seus dereitos en países desenvolvidos. Pola súa parte, a *Public Domain* permite que o autor decida que a súa obra caia directamente no dominio público. Dita licenza non podería ser aplicábel en España, xa que a LPI establece un prazo mínimo obrigatorio de duración dos dereitos de explotación da obra que é toda a vida do autor e setenta anos despois da súa morte (artigo 26 da LPI). Na actualidade estase traballando nunha licenza para liberar textos educativos.

¹⁶ Aquí, en España, o autor terá que acudir á páxina española da organización <http://es.creativecommons.org>. A dirección estadounidense é <http://creativecommons.org>.

¹⁷ Este nivel de lectura iconográfico das licenzas é coñecido como *Commons Deed*. Existen outros dous niveles de lectura das licenzas *Creative Commons* que proporciona a organización. O *Legal Code*, que sería a licenza tal que a redactaría un avogado ou profesional da propiedade intelectual, e o *Digital Code*, que sería un nivel de lectura só comprensíbel para as máquinas, especialmente para os motores de busca que poden identificar as obras identificadas baixo unha licenza *Creative Commons*.

tanto, dos usos que autorizamos. A descrición da licenza acompáñase do símbolo de *Creative Commons* (cc) e, en ocasións, pola expresión “algúns dereitos reservados”.

Como pode comprobarse, estas licenzas xorden principalmente para a explotación de obras a través de internet, pero tamén están dispoñíbeis para ser incorporadas nas edicións en formato tradicional, libros ou discos, que se queiran facer das obras. Habería que copiar os termos da licenza e o símbolo de *Creative Commons* en todos os exemplares, sexan libros ou discos, editados da obra.

Resulta incuestionábel o alto grao de seguranza xurídica que se alcanza coa utilización de tales licenzas, tanto para o autor como para os usuarios. O primeiro sabe con total certeza qué dereitos concretos está cedendo e baixo qué condicións. Os segundos saben qué usos poden facer coas obras que chegan ás súas mans ou que se encontran na rede, sen necesidade de ter que inquirir cal é o titular dos dereitos da obra nin de pedir constantemente permiso¹⁸.

As licenzas *Creative Commons* están previstas, en principio, para calquera tipo de obra. Sen embargo, é a propia organización a que non recomenda a súa utilización para o caso de obras de software, aínda que iso sexa posíbel. Para este campo creativo recomendan as licenzas elaboradas pola *Free Software Foundation* e a *Open Source Initiative*, en especial a *General Public License* (Licenza Xeral Pública ou GNU GPL), deseñada por Richard Stallman para software libre. Estas licenzas fan referencia ao código fonte, o que resulta necesario para a modificación das obras de software en caso de que a licenza que se queira utilizar permita a modificación da obra. Esta posibilidade non a cubre ningunha das licenzas *Creative Commons*.

III LICENZAS *CREATIVE COMMONS* E NORMATIVA ESPAÑOLA DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Como se puido apreciar no apartado anterior, as licenzas *Creative Commons* permiten unha serie de usos sobre as obras que se corresponden basicamente cos dereitos patrimoniais de autor, ao menos cos dereitos recoñecidos expresamente no artigo 17 da LPI; os de reprodución, distribución, comunicación pública e transformación, aínda que as licenzas tamén adoitan autorizar o exercicio do dereito a interpretar a obra. Con respecto a estas facultades de explotación, o mencionado artigo 17 sinala que “*corresponde ao autor o exercicio exclusivo*” de todas elas e, ademais, “*que non poderán ser realizados sen a súa autorización*”.

¹⁸ En termos similares a DE LA CUEVA, “Por qué las...” (documento en liña). <http://www.derecho-internet.org/node/272>. LESSIG, *Por una cultura...* cit., pág. 279, sinala que desta forma faise “*máis fácil aos creadores a determinación dos graos de liberdade que outros teñen á hora de tomar e construír sobre as súas obras*”.

Proclámase, por tanto, a *exclusividade* de tales dereitos en favor do autor, pero tamén o seu carácter *dispoñíbel*, é dicir, que o autor se así o desexa poderá autorizar a terceiras persoas a que realicen ou exerciten todos ou algúns deses dereitos, os cales si poderán ser realizados *coa* súa autorización (artigo 17, a *sensu contrario*). O autor é dono da súa obra e, por tanto, pode prohibir ou permitir con respecto a ela o que queira. Por tanto, o autor que identifica as súas obras con licenzas *Creative Commons* nas que permite tales usos sobre as súas obras, non está facendo outra cousa que exercitar os seus dereitos exclusivos de carácter patrimonial do artigo 17 e seguintes da LPI. Unicamente fai uso das facultades que a lei lle concede, só que en lugar de declarar que “todo está prohibido” sinala que algo, que pode autorizar, “está permitido”¹⁹.

Situación distinta prodúcese cos dereitos morais de autor, xa que o artigo 14 da LPI decláraos “*irrenunciábeis e inalienábeis*”, polo que o autor non pode dispoñer deles libremente. As licenzas *Creative Commons* tan só se refiren a estes dereitos nun suposto, con respecto ao dereito moral recollido no número 3º do mencionado artigo 14; o dereito que todo autor ten a “*exixir o recoñecemento da súa condición de autor da obra*”, tamén coñecido como dereito á paternidade da obra. Pois ben, as seis licenzas *Creative Commons* recollen unha cláusula de “Recoñecemento” coa cal, permítanse os usos que se permitan, sempre se terá que deixar constancia de quen é o autor da obra. Se esta se reproduce ou distribúe, sexa ou non de forma lucrativa, haberá que mostrar o seu autor nos créditos. Polo tanto, as seis licenzas *Creative Commons* respectan o dereito moral do artigo 14.3 da LPI²⁰.

Por todo iso, podemos concluír que este sistema de licenzas garda un total respecto aos termos legais establecidos en LPI.

Desta forma poderíamos diferenciar dous tipos de obras: as obras baixo o *copyright* tradicional, respecto das que, en principio, está prohibido calquera uso, e as obras baixo licenzas *Creative Commons*, respecto das que, en principio, algúns usos están permitidos, deixando constancia expresa de cales e baixo qué condicións. Sen embargo, isto non quere dicir que as obras identificadas con este tipo de licenzas non teñan *copyright*, senón ao contrario. Estas obras seguirán tendo un titular, que é quen fai uso dos seus dereitos de *copyright*. O que pasa é que o fai de maneira diferente a como se viña facendo. Respecto de todos aqueles dereitos que non cede non renuncia á súa condición de titular polo que será protexido polas leis do *copyright* na medida en que sexan vulnerados²¹.

¹⁹ Vid. DE LA CUEVA, “Por qué las...” (documento en liña). <http://www.derecho-internet.org/node/272>.

²⁰ Así, XALABARDER PLANTADA, “Las licencias *Creative...*”, *cit.*, páx. 8 e DE LA CUEVA, “Por qué las...” (documento en liña). <http://www.derecho-internet.org/node/272>.

²¹ Así, por exemplo, se un suxeito autoriza a reprodución e distribución do seu libro sempre que se faga

Estas licenzas non pretenden destruír nin loitar contra o *copyright* pois nin sequera renuncian a el²², simplemente optan por exercitalo de forma distinta²³. Por suposto, as empresas produtoras de obras intelectuais e moitos autores preferirán o *copyright* tradicional, preferirán prohibir os usos sobre as súas obras e só concedelos a terceiros a cambio dunha remuneración económica porque investiron moito diñeiro e consideran que esta é a mellor forma para recuperalo. Sen embargo, quen prefira que determinados usos sobre as súas obras se efectúen sen contraprestación, sexan grandes ou pequenas empresas, coñecidos ou descoñecidos autores, tamén o pode facer e a lei ampáraos. Agora teñen máis ferramentas para facelo efectivo. Tal vez o fagan por convicción cultural, pola defensa dunha cultura máis liberada, máis aberta, máis de dominio común. Neste terreo é onde se encontra o movemento da cultura libre *copyleft*²⁴, dentro do que se incardinan estas licenzas como postura máis moderada. Tal vez o fagan por conseguir unha máxima expansión da súa obra. E quizais tamén o fagan, e así será en moitos casos, por pura promoción, porque cren que desta forma se poden tirar maiores rendementos económicos. Non esquezamos que con ferramentas tecnolóxicas difusoras de contidos intelectuais tan rápidas e efectivas como internet, nalgúns casos o máis importante é dar a coñecer a obra ao público, que este poida gozala incluso gratis, o que a longo prazo pode acabar concedendo moitos beneficios, xa que canto máis coñecida é a obra máis amplo é o conxunto de persoas potencialmente dispostas á súa adquisición comercial.

sen finalidades comerciais, a súa copia e venda ao público a cambio dun prezo por un terceiro suporía a infracción dos dereitos de explotación do seu autor, o que podería implicar responsabilidades penais en caso de que se deran os elementos requiridos nos tipos penais. *Vid.* XALABARDER PLANTADA, “Las licencias *Creative...*”, *cit.*, páx. 10.

²² *Vid.* XALABARDER PLANTADA, “Las licencias *Creative...*”, *cit.*, páx. 4, quen sinala que as licenzas “*baséanse, precisamente, no réxime da propiedade intelectual: sen esta propiedade recoñecida previamente pola lei, os autores no poderían outorgalas*”.

²³ Parécenme ilustrativas, a este respecto, as palabras de Glenn Otis Brown, director executivo de *Creative Commons* cando sinala que “*non temos ningún problema coa xente que gaña diñeiro co copyright. Si temos problemas coas restricións que o copyright impón a moitos creadores que desexan ceder o seu traballo, total ou parcialmente*”, para finalizar declarando que “*non pretendemos ser unha panacea, nin destruír o copyright, senón cubrir a demanda dunha ferramenta para compartir o teu traballo*” en LENORE, “*Creative Commons...*”, *cit.*, páx. 49. En termos similares, LESSIG, *Por una cultura...* *cit.*, páx. 281 e 283.

²⁴ Que xorde na década dos 90 como reacción ao estrito sistema protector que é o *copyright* no marco das evolucións tecnolóxicas.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ–CANO. R. (coord), Comentarios a la Ley de propiedad intelectual, Ed. Tecnos. (2ª edición), Madrid, 1997.
- DE LA CUEVA, J. “Por qué las licencias Creative Commons son legales en España” (documento en línea). “<http://www.derecho-internet.org/node/272>”. (Data de consulta: 30 de marzo de 2007).
- LABASTIDA I JUAN, I, Presentación en XALABARDER PLANTADA, R. “Las licencias Creative Commons: ¿una alternativa al copyright?” en UOC Papers, Revista sobre la sociedad del conocimiento. Nº 2, Barcelona, 2006.
- LENORE, V. “Creative Commons. Otro copyright es posible” en Revista Ladinamo, nº06, sept–out, 2003.
- LESSIG , L. Por una cultura libre. Ed. Traficantes de sueños. Madrid, 2005.
- VVAA, Copyleft. Manual de uso. Ed. Traficantes de sueños. Madrid, 2006.
- XALABARDER PLANTADA, R. “Las licencias Creative Commons: ¿una alternativa al copyright?” en UOC Papers, Revista sobre la sociedad del conocimiento. Nº 2, Barcelona, 2006.

EN TORNO AO CONCEPTO DE COMUNICACIÓN PÚBLICA NO ÁMBITO DOS ESTABLECEMENTOS HOTELEIROS

Pablo Fernández Carballo–Calero

Doutor en Dereito pola Universidade de Boloña
Área de Dereito Mercantil
Universidade de Vigo

I FORMULACIÓN INICIAL

A utilización de aparellos de televisión e radio nas habitacións de hotel e as súas posibles implicacións en materia de actos de comunicación pública foron obxecto dun animado debate doutrinal e xurisprudencial no noso país nos últimos anos. Desde a perspectiva do dereito interno, a cuestión centrouse en determinar se a difusión de contidos audiovisuais en habitacións hoteleiras podía ser ou non cualificada como un acto de comunicación pública, coas súas correspondentes consecuencias. A problemática, só aparentemente resolta pola Sentenza da Sala Primeira do Tribunal Supremo de 10 de maio de 2003, foi definitivamente resolta coa Sentenza do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas de 7 de decembro de 2006. En virtude da mesma “a distribución dun sinal por un establecemento hoteleiro aos clientes aloxados nas súas habitacións, efectuada por medio de televisores, constitúe un acto de comunicación ao público no sentido do artigo 3, apartado 1º, da Directiva 2001/29/CE [Directiva do Parlamento Europeo e do Consello, de 22 de maio de 2001, relativa á harmonización de determinados aspectos dos dereitos de autor e dereitos afíns aos dereitos de autor na sociedade da información], sexa a que for a técnica empregada para a transmisión da sinal”.

II O CONCEPTO DE COMUNICACIÓN PÚBLICA

A efectos do que aquí interesa, o artigo 20.1 do Real Decreto Lexislativo 1/1996, de 12 abril, polo que se aproba o Texto Refundido da Lei de Propiedade Intelectual –modificado por Lei 23/2006, de 7 de xullo–, define a comunicación pública como “todo acto polo que unha pluralidade de persoas poida ter acceso á obra sen previa distribución de exemplares a cada unha delas”, engadindo a continuación que “non se considerará pública a comunicación cando se celebre dentro dun ámbito

estritamente doméstico que non estea integrado ou conectado a unha rede de difusión de calquera tipo” –delimitación positiva e negativa respectivamente–.

Analizando dito concepto observamos que a comunicación pública implica, en primeiro lugar, un acto realizado ou autorizado polo autor. En efecto, o artigo 17 da LPI reserva ao autor o exercicio dos dereitos de explotación da súa obra, mencionando entre eles o de comunicación pública; en consecuencia, de acordo con RIVERO HERNÁNDEZ, “calquera outra forma de comunicación pública sen ou contra a súa vontade debe entenderse ilícita por violar un dereito exclusivo do autor, coas consecuencias pertinentes, salvo excepcións concretas”. [*Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2ª. ed., Tecnos, Madrid, 1997, páxs. 373–374]. Convén sinalar que a comunicación pública é un acto que pode presentar manifestacións diversas, entre outras, a execución dunha obra musical, a proxección dunha obra cinematográfica ou a representación dunha obra de teatro. Cando a natureza da creación permita a súa comunicación a través de diferentes formatos ou mecanismos, cada acto concreto de comunicación pública será autónomo e independente dos demais e requirirá unha autorización específica.

Inherente á noción de comunicación pública é o feito de que os destinatarios da obra representada, exposta ou difundida poidan ter acceso á mesma; neste sentido, sería absurdo falar de “comunicación” sen a existencia duns receptores a quen fose dirixida e que estivesen en condicións de asimilar o seu contido. De acordo co concepto manexado, para que exista comunicación pública basta coa posibilidade de acceso por parte do público, non sendo necesario que ese acceso se produza de maneira efectiva.

Ademais, a obra debe ser accesíbel a unha pluralidade de persoas; non resulta correcto neste caso identificar o termo “pluralidade” cun número determinado de persoas –sempre maior que un, evidentemente–, senón que a pluralidade é un dato variábel que debe medirse en relación co tipo de obra e co mecanismo de comunicación empregado. Graficamente sinala o último autor citado que “non ten o mesmo auditorio un traballo científico obxecto de comunicación nun seminario ou nun congreso de especialistas que unha conferencia sobre a novela contemporánea”; do mesmo modo que, mentres “a radio ou a televisión miden a súa audiencia por millóns, certas exposicións teñen poucas decenas de visitantes, e o acceso a bases de datos dalgúns ordenadores quizá conta os clientes por unidades”. [*Comentarios...*, páx. 375].

Finalmente, a referencia ao acceso á obra “sen previa distribución de exemplares” supón que os seus destinatarios a aprecien directamente cos seus sentidos, sen contar coa axuda de copias ou exemplares, tal e como sucede nos casos de reprodución.

O parágrafo 2º do artigo 20.1 exclúe da comunicación pública aquela que “se celebre dentro dun ámbito estritamente doméstico que non estea integrado ou conectado a unha rede de difusión de calquera tipo”. En realidade, trátase de supostos nos que as circunstancias que rodean a comunicación aconsellan subtraela da exclusividade e autorización do autor.

A lei española utiliza a expresión “ámbito estritamente doméstico”, mentres que outros ordenamentos do noso contorno, como o francés, elixiron o termo “círculo familiar”; incluso, lexislacións como a italiana decantáronse por elaborar unha lista de lugares ou ambientes que deberían quedar á marxe do concepto estudado.

Como pode advertirse facilmente, a dificultade radicará en determinar onde acaba a comunicación privada e onde comeza a pública [neste sentido RODRIGUEZ TAPIA–BONDÍA ROMÁN, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 1997, páx. 113] ou, dito con outras palabras, cal é o concreto alcance do termo “estritamente doméstico”, pois diso dependerá a necesidade de satisfacer unha concreta cantidade a efectos de dereitos de autor.

Na nosa opinión, a utilización do adverbio “estritamente” impide considerar como doméstica a comunicación dirixida a persoas que unicamente compartan entre si vínculos profesionais, políticos ou ideolóxicos; de todas formas, tendo en conta que “doméstico” é máis amplo que familiar, non poden excluírse do ámbito doméstico os amigos e persoas que frecuentan con certa habitualidade ou asiduidade o fogar da persoa ou familia que convoca a reunión [RIVERO HERNÁNDEZ, *Comentarios*, p. 379], e iso a pesar de que non compartan unha relación de parentesco.

A efectos de considerar a comunicación como doméstica a nosa lei non esixe a gratuidade da mesma. Sen embargo, polo que concirne a este punto, e dado que os límites entre a comunicación de ámbito estritamente doméstico e a comunicación pública serán na maior parte dos casos difusos, o carácter oneroso da comunicación podería ser un factor que inclinase poderosamente a balanza cara a súa cualificación como “pública”.

A operatividade da excepción comentada esixe, non só que a comunicación se celebre nun ámbito estritamente doméstico, senón tamén que o mesmo “non estea integrado ou conectado a unha rede de difusión de calquera clase”. Neste sentido, só cabe engadir que o feito de difundir unha comunicación doméstica –a través dunha rede de calquera tipo– desvirtuaría a súa natureza orixinaria.

III *ITER* XURISPRUDENCIAL E CUESTIÓNS CONTROVERTIDAS

A natureza “pública” da comunicación realizada nas habitacións de hotel dotadas de aparellos de televisión e radio parte, no ámbito da xurisprudencia do Tribunal Supremo, das teses defendidas na Sentenza de 11 de marzo de 1996. En liñas xerais, o Alto Tribunal considerou actos de comunicación pública aqueles que se desenvolven nas habitacións dos hoteis, estimando que a noción de público concurría nestes casos dada a posibilidade de acceso sucesivo ás mesmas por parte dunha colectividade de persoas. De acordo coa sentenza, non habería que distinguir as dependencias destinadas a vestíbulo e as que serven de dormitorio xa que, aínda que por unha parte destacaba a privacidade das habitacións en canto son ocupadas nun determinado momento por unha persoa concreta, consideraba que dita situación non era permanente “desde o momento en que cabe o acceso, máis ou menos dilatado ao longo do tempo, doutras persoas que utilizan e gozan das instalacións reprodutoras de son, conforme un servizo máis dos prestados e que se integra na propia estrutura de explotación comercial do establecemento”.

Esta postura, que a pesar de recoñecer a “nota de privacidade” das habitacións hoteleiras negaba o seu carácter “estritamente doméstico”, foi modificada posteriormente mediante sentenza de 24 de setembro de 2002 [dita sentenza foi á súa vez declarada nula pola sentenza do Tribunal Supremo de 21 de decembro de 2002, por incumprimento do deber procesual de poñer en coñecemento das partes a formación da Sala destinada a vulgar o litixio]. Neste caso o Tribunal Supremo establece que a comunicación a través de televisores instalados nas habitacións dos hoteis non é comunicación pública e non orixina, por tanto, o deber de pagar dereitos de autor. En apoio da súa decisión o órgano fai súa a tese exposta na sentenza do Tribunal Constitucional de 17 de xaneiro de 2002, que, declarando a inconstitucionalidade do artigo 557 da Lei de Xuizamento Criminal, cualificara as habitacións de hotel como domicilios a efectos constitucionais, por ser lugares nos que os hóspedes despregan toda a súa privacidade. De acordo co Tribunal Supremo, a consideración que o Tribunal Constitucional efectúa das habitacións de hotel, en canto lugares nos que o cliente exercita a súa privacidade, motiva que a difusión en ditos espazos de contidos audiovisuais protexidos pola propiedade intelectual non constituía un acto de comunicación pública. O Tribunal Supremo por tanto, ao defender o ámbito estritamente doméstico da comunicación realizada en habitacións hoteleiras, defende á súa vez que o dereito constitucional á inviolabilidade do domicilio despreague os seus efectos no ámbito civil.

Así as cousas, o Alto Tribunal volve tomar partido na contradición previamente exposta e sinala na súa sentenza de 31 de xaneiro de 2003 que a comunica-

ción nas habitacións dos hoteis si é comunicación pública. De acordo co Supremo “se ben en sentenza desta Sala de 24 de setembro de 2002 se excluíu da obriga do pagamento dos dereitos de autor a comunicación a través dos televisores instalados nas habitacións dos hoteis con apoio na Sentenza do Tribunal Constitucional de 17 de xaneiro de 2002 [...] debe terse en conta o ámbito estritamente penal a que se contrae dita resolución constitucional (STC 10/2002), que en nada altera o carácter de servizo prestado aos seus clientes polos establecementos hoteleiros ao instalar nas súas habitacións aparellos televisores, servizo que loxicamente repercute no prezo das estancias nesas habitacións, sendo o beneficio que reporta á empresa hoteleira a prestación dese servizo individualizado o que xustifica a esixencia dos dereitos que agora se reclaman. Por iso non procede seguir mantendo o criterio sustentado na sentenza de 24 de setembro de 2002”.

En virtude da sentenza, por tanto, o dereito constitucional á inviolabilidade do domicilio non posúe o mesmo alcance no ámbito civil que no ámbito penal. O fundamento radica en que a instalación de aparellos de televisión nas habitacións de hotel repercute no prezo das mesmas polo que, ao xerar un beneficio para a empresa hoteleira, ten que orixinar o pagamento dunha serie de cantidades en concepto de dereitos de autor. Para o Tribunal, en definitiva, o alcance constitucional do dereito á inviolabilidade do domicilio “en nada altera o carácter de servizo prestado aos seus clientes polos establecementos hoteleiros ao instalar nas súas habitacións aparellos televisores”.

Este *vía crucis* xurisprudencial chega á súa fin, na esfera do dereito interno, coa sentenza do Tribunal Supremo de 10 de maio de 2003 [xa que, como sinala BERCOVITZ RODRIGUEZ–CANO, “aínda que en principio unha soa sentenza non crea xurisprudencia, cabe manter razoabelmente que si a crea unha soa sentenza cando a mesma é ditada polo Pleno da Sala, ademais por unanimidade, e convocada co fin manifesto de poñer termo ao debate doutrinal previamente existente, incluso no seo da propia Sala”, *vid.* “Televisión en las habitaciones de hotel”, *Aranzadi Civil* núm. 17/2006]. A Sala Primeira do noso Tribunal, constituída en Pleno, dita unha sentenza cuxo obxectivo primordial é o de finalizar cunha liña vacilante e claramente contradictoria. Neste sentido, o Supremo manifesta que non hai comunicación pública cando nas habitacións dos hoteis se contempla a televisión ou se escoita a radio utilizando aparellos instalados nas mesmas para goce dos clientes.

Para xustificar a súa decisión, o Alto Tribunal argumenta que os dormitorios hoteleiros deben considerarse recintos estritamente domésticos pois “aínda que sexa de forma temporal, en ditas dependencias desenvolven as persoas actividades inherentes á súa intimidade e personalidade, como se se tratase dos seus propios domi-

cilios, ao corresponder a espazos exclusivos e excluíntes para os demais”. Desde esta nova perspectiva, “se as habitacións resultan residencias privadas, con equivalencia ao domicilio no ámbito penal, ningunha razón, nin lóxica nin xurídica, impide así consideralas a efectos civís”.

O motivo sinalado –que reproduce en esencia o exposto na sentenza de 24 de setembro de 2002– vén acompañado dun novo fío argumental, en virtude do que unicamente hai acto de comunicación se media alteración ou transformación dos sinais captados. No presente caso –afirma o Tribunal– non se produciu un efectivo acto de comunicación, senón un acto de recepción dunha comunicación emitida por unha entidade televisiva, que xa satisfai os dereitos estatais correspondentes. De acordo con esta visión do problema, a simple recepción non equivale a comunicación pública [postura defendida na doutrina por DE FRANCO PAZ, “Propiedad intelectual y comunicación pública: comentario a la sentencia del Tribunal Supremo núm. 439/2003 –Sala de lo Civil, Pleno, de 10 de mayo de 2003”, *Revista de Derecho Privado*, novembro de 2003], polo que, para que esta última poida ser apreciada, é preciso que o hotel teña instalado a súa propia rede de difusión a efectos de poder volver transmitir ás habitacións privadas [vid., en sentido radicalmente contrario, VALBOA GUTIÉRREZ, “La comunicación pública de creaciones intelectuales en establecimientos”, *Aranzadi Civil*, Vol. II, 1994, para quen “a difusión ou emisión de obras a través da televisión ou da radio son en si mesmos actos de comunicación do artigo 20 LPI, pero son, á vez, presuposto necesario para que as obras protexidas poidan ser de novo comunicadas publicamente a través da súa recepción nos establecementos públicos”. páx. 104].

Un último apuntamento: o feito de que o Tribunal Supremo utilice os dous argumentos previamente expostos encerra en si mesmo unha clara contradición. En efecto, se tal e como afirma o Tribunal, non existiu comunicación pública –pois a simple recepción, na súa opinión, non equivale a esta última–, non vemos a oportunidade de efectuar unha disertación en torno ao carácter estritamente doméstico da comunicación realizada nas habitacións dos establecementos hoteleiros. Dito con outras palabras, se non hai comunicación pública, resulta totalmente innecesario xustificar o carácter estritamente doméstico das habitacións de hotel, pois o parágrafo 2º do artigo 20.1 –segundo o que, recordemos, “non se considerará pública a comunicación cando se celebre nun ámbito estritamente doméstico que non estea integrado ou conectado a unha rede de difusión de calquera tipo”– fai referencia a supostos nos que si hai comunicación, aínda que a mesma, ao menos a efectos legais, non deba considerarse pública.

IV UNHA VISIÓN DEFINITIVA DO PROBLEMA: A SENTENZA DO TRIBUNAL DE XUSTIZA DAS COMUNIDADES EUROPEAS (SALA TERCEIRA), DE 7 DE DECEMBRO DE 2006

A problemática analizada chegou á súa fin coa Sentenza do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas de 7 de decembro de 2006, que resolve unha serie de cuestións prexudiciais en torno á interpretación do artigo 3 da Directiva 2001/29/CE do Parlamento Europeo e do Consello, de 22 de maio de 2001, relativa á harmonización de determinados aspectos dos dereitos de autor e dereitos afíns aos dereitos de autor na sociedade da información. As dúbidas foron suscitadas pola Audiencia Provincial de Barcelona no marco do litixio que enfrontaba a Sociedad General de Autores e Editores de España (SGAE) e a entidade Rafael Hoteles, S.A.

No que concirne ás cuestións primeira e terceira, o órgano xurisdiccional remitente solicita esencialmente que se dilucide se a distribución dun sinal a través de aparellos de televisión aos clientes aloxados nas habitacións dun establecemento hoteleiro constitúe un acto de comunicación ao público no sentido do artigo 3, apartado 1, da Directiva 2001/29, e se a instalación de televisores nas habitacións de dito establecemento constitúe por si un acto deste tipo.

Partindo do elevado nivel de protección que a Directiva outorga aos dereitos de propiedade intelectual, o Tribunal de Xustiza considera que o concepto de comunicación ao público debe entenderse nun sentido amplo. Ademais de recalcar que “o termo público fai referencia a un número indeterminado de telespectadores potenciais”, o órgano citado utiliza para resolver a cuestión formulada os conceptos de “público sucesivo” e “público novo” que, ao seu entender, concorren nos hoteis. En efecto, o Tribunal comunitario non só afirma que “normalmente a clientela dun establecemento deste tipo se renova con rapidez”, senón tamén que as comunicacións efectuadas nos hoteis “se dirixen a un público que non coincide co previsto para o acto de comunicación orixinal da obra, é dicir, a un público novo”. Por todo iso conclúe que “a distribución dun sinal por un establecemento hoteleiro aos clientes aloxados nas súas habitacións constitúe un acto de comunicación ao público, sexa a que for a técnica empregada para a transmisión do sinal”.

Polo que respecta á cuestión de se a instalación de aparellos de televisión nas habitacións dun establecemento hoteleiro constitúe por si un acto de comunicación ao público, o Tribunal límitase a sinalar que, de acordo co artigo 8 do Tratado da OMPI, “a simple posta a disposición das instalacións materiais necesarias para facilitar ou efectuar unha comunicación non equivale en si mesma a unha comunicación no sentido da [mencionada] Directiva”.

Xa internándonos na segunda cuestión, a Audiencia Provincial de Barcelona formula se o carácter privado dos dormitorios dun establecemento hoteleiro impide que a comunicación dunha obra en tales habitacións, efectuada por medio de televisores, poida considerarse un acto de comunicación ao público. O Tribunal Comunitario volve responder en contra dos intereses do sector, sinalando que tanto o artigo 3.1 da Directiva 2001/29 como o artigo 8 do Tratado da OMPI non esixen a autorización do autor para as retransmisións en lugares públicos ou abertos ao público, senón para os actos de comunicación polos que se permite ao público acceder á obra, sendo irrelevante o carácter privado ou público do lugar non que se produce a comunicación.

Así as cousas, o órgano comunitario –despois de descartar que a súa postura vulnere o Convenio Europeo para a Protección dos dereitos Humanos e das Liberdades Fundamentais– conclúe que “o carácter privado dos dormitorios dun establecemento hoteleiro non impide que se considere que a comunicación dunha obra en tales habitacións, efectuada por medio de televisores, constitúe un acto de comunicación ao público no sentido do artigo 3, apartado 1, da Directiva 2001/29”.

V CONSIDERACIÓNS FINAIS

A Sentenza do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas de 7 de decembro de 2006 pecha definitivamente o debate arredor dunha cuestión que, só de forma aparente, fora resolta polo Tribunal Supremo na súa Sentenza de 10 de maio de 2003. Ao respecto, o órgano comunitario, ademais de subliñar que non corresponde aos Estados membros precisar o contido do concepto de “público”, sinala que “o teor dunha disposición de Dereito comunitario que, como as da Directiva 2001/29, non conteña unha remisión expresa ao Dereito dos Estados membros para determinar o seu sentido e o seu alcance, debe ser obxecto normalmente dunha interpretación autónoma e uniforme en toda a Comunidade”.

A oportunidade de perfilar e matizar o concepto de comunicación pública no ámbito dos establecementos hoteleiros xorde como consecuencia das tres cuestións prexudiciais que a Audiencia Provincial de Barcelona formula mediante auto de 7 de xuño de 2005 no marco do litixio que enfrontou a Sociedad General de Autores de España (SGAE) e a entidade Rafael Hoteles, S.A.

Unha vez aclarado que a Directiva 2001/29 non define qué debe entenderse por “comunicación ao público”, o Tribunal de Xustiza defende un concepto amplo de dita expresión, utilizando no caso concreto da comunicación nas habitacións de hotel as nocións de “público sucesivo” e “público novo”. En efecto, son estes os piares que utiliza o órgano comunitario para argumentar que a clientela dos hoteis forma un “público” aos efectos da Directiva analizada.

En relación coa primeira destas nocións, non parece necesario facer uso da mesma, xa que, tal e como apunta BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, “basta referirse ao concepto de público simultáneo, posto que os clientes que ocupan as habitacións dun hotel en cada momento constitúen un número aberto de persoas indeterminadas” [“Televisión en las habitaciones...”]. Máis interesantes resultan as reflexións relativas á noción de “público novo”, indicando o Tribunal que as transmisións efectuadas polos establecementos hoteleiros diríxense a un público que non coincide co previsto para o acto de comunicación orixinal da obra. Con apoio na *Guía sobre o Convenio de Berna*, o Tribunal de Xustiza destaca que “a partir do momento en que se efectúa esta captación para destinala a un auditorio aínda máis vasto, a veces con fins de lucro, é unha nova fracción do público receptor a que pode beneficiarse da escoita ou da visión da obra, co que a comunicación da emisión a través de altofalante ou instrumento análogo non constitúe xa a simple recepción da emisión mesma, senón un acto independente mediante o que a obra emitida é comunicada a un público novo”.

Así as cousas, digamos que a comunicación nas habitacións de hotel é pública porque amplía o círculo de destinatarios previstos inicialmente, estendéndoa a usuarios distintos daqueles posuidores de aparellos receptores que captan os programas individualmente ou nun ámbito familiar.

Dito isto, pouco importa que as habitacións dos hoteis poidan revestir un carácter privado, pois o dereito do autor de poñer a obra a disposición do público e, por tanto, de comunicala ao público, quedaría desprovisto de contido se non comprendesen á súa vez as comunicacións realizadas en lugares privados.

En definitiva, a posibilidade que se ofrece aos clientes dos hoteis de ver a televisión ou de escoitar a radio nas súas habitacións constitúe un acto de comunicación pública que orixinará o pagamento das cantidades correspondentes en concepto de dereitos de autor. Atrás queda unha parte da xurisprudencia do Tribunal Supremo que, equivocadamente, centrou os seus esforzos en defender o carácter privado das habitacións de hotel, carácter que, como sinalamos, non é incompatíbel co exercicio de actos de comunicación pública.

PROPIEDAD INTELECTUAL OU DEREITO DE AUTOR? UN PROBLEMA TERMINOLÓXICO

Prof. Dr. Rafael García Pérez
Profesor Axudante de Dereito Mercantil
Universidade da Coruña

Nos países anglosaxóns o termo *intellectual property* veuse usando desde hai case 150 anos para facer alusión a un ámbito xurídico que abarca o dereito de autor, as patentes, os deseños e as marcas, así como outros dereitos afíns a eles¹. O dereito de autor recibe, sen embargo, o nome de *copyright*, literalmente dereito de copia ou dereito a facer copias, así denominado porque nun primeiro momento tiña un contido moito máis reducido que o actual: concedía aos autores o dereito exclusivo a facer copias dos seus libros².

En cambio, no Dereito español, fronte ao anglosaxón, o termo “propiedade intelectual” véñse usando como equivalente a “dereito de autor”, como mostra, sen ir máis lonxe, a nosa Lei de Propiedade Intelectual, e outras moitas normas:

– A propia Constitución, que no artigo 149.1 sinala que “o Estado ten competencia exclusiva sobre as seguintes materias: 9ª Lexislación sobre propiedade intelectual e industrial.”

– O Código Civil (artigos 10.4, 428 e 429).

– A Lei de Axuizamento Civil (artigos 52 e 727).

– O Código Penal, que diferencia entre os delitos relativos á propiedade intelectual e os relativos á propiedade industrial.

– A Lei Orgánica do Poder Xudicial, que na recente reforma que regula os xulgados do mercantil atribúelles competencias en materia de propiedade industrial e intelectual.

¹ Cfr. BENTLY, L./SHERMAN, B., *Intellectual Property Law*, Oxford University Press, 2001, páx. 1.

² Vid. LEAFFER, M., *Understanding Copyright Law*, 3 ed., 1999, páx. 2.

– A Lei Concursal (artigo 91) e a Lei de Protección Xurídica do Deseño Industrial (na exposición de motivos e varios artigos), ambas de 2003.

– A Lei de Servizos da Sociedade da Información e de Comercio Electrónico (artigo 3), etc.

A diferenza terminolóxica entre o Dereito anglosaxón e o español sería anecdótica de non ser porque no Dereito dos bens inmateriais ten unha relevancia fundamental, moito maior que noutros ámbitos do Dereito, o fenómeno de integración e harmonización supranacional por medio de Tratados ou, no seo da UE, Directivas e Regulamentos. E é neste punto onde as diferenzas terminolóxicas poden dar lugar a confusións e malentendidos. É obvio que a influencia dos EE.UU. no ámbito internacional derivou en que os Tratados adoiten coñecerse coa súa denominación inglesa, que incorpora o termo *intellectual property* e que, como consecuencia desta influencia e da inercia na tradución do termo, os Tratados pasaran ao español coa denominación *propiedad intelectual*, pero non referíndose agora, por suposto, ao seu sentido tradicional de dereito de autor, senón ao máis amplo de dereito dos bens inmateriais³. Claro exemplo diso é o importantísimo *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, que se coñece en español como o *Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio*.

Este fenómeno reproducíuse no Dereito da UE, onde pode apreciarse cómo o termo *intellectual property* se vén traducindo como propiedade intelectual. Valia como exemplo a Directiva relativa ao respecto dos dereitos de propiedade intelectual⁴, que curiosamente aclara no seu artigo 1 que “aos fins da presente Directiva, o termo *dereitos de propiedade intelectual* incluírá os dereitos de propiedade industrial”.

Sen embargo, no Dereito comunitario, o termo *copyright* traducíuse como dereito de autor, como proban, entre outras, a Directiva relativa á harmonización de determinados aspectos dos dereitos de autor e dereitos afíns aos dereitos de autor na sociedade da información⁵ ou a Directiva relativa á harmonización do prazo de protección do dereito de autor e de determinados dereitos afíns⁶.

³ En puridade, o coherente tería sido traducir *intellectual property* doutra maneira, como por exemplo fai SÁNCHEZ ÁLVAREZ na súa tradución ao libro de LANDES e POSNER *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, que titula *La estructura económica del Derecho de propiedad intelectual e industrial* (Fundación Cultural del Notariado, 2006), se ben logo aclara nunha nota que “no presente libro emprégase o termo *propiedade intelectual* na súa acepción anglosaxona, de modo que non equivale a dereito de autor senón que tamén comprende a propiedade industrial” (páx. 7).

⁴ Directiva 2004/48/CE do Parlamento Europeo e do Consello, de 29 de abril de 2004.

⁵ Directiva 2001/29/CE do Parlamento Europeo e do Consello, de 22 de maio de 2001.

⁶ Directiva 1993/98/CEE do Consello, de 29 de outubro de 1993.

No momento presente encontrámonos, polo tanto, cunha situación terminolóxica confusa, o que, se non é aconsellábel en ningún ámbito, moito menos o é en Dereito, onde a precisión é tan importante. Imponse, pois, tomar algún tipo de medida que contribúa a evitar os malentendidos e desterrar o conflito en torno ao termo propiedade intelectual. Unha opción que se barallou é a de diferenciar entre a “propiedade intelectual en sentido estrito” (dereito de autor) e “propiedade intelectual en sentido amplo” (dereito dos bens inmateriais). Sen embargo, esta solución é un tanto confusa e, se ben pode valer como remedio provisional, non parece adecuado ter que estar diferenciando constantemente coa utilización dun apelido como “en sentido amplo ou estrito”⁷. Máis aconsellábel parece a outra solución posíbel: xa que o castelán nos ofrece dúas posibilidades para denominar o que en inglés se chama *copyright*, isto é, o termo *propiedad intelectual* ou o de *derecho de autor*, parece recomendábel renunciar ao primeiro e empregar o segundo, o que disiparía as confusións. Empregaríamos, deste modo, o termo *dereito de autor* para referirnos á propiedade intelectual en sentido estrito, e á propiedade intelectual en sentido amplo denominaríamola “dereito dos bens inmateriais”⁸ ou ben, se nos resignamos a adoptar a denominación que se está impoñendo no plano internacional, como *intellectual property*, que traduciríamos ao castelán como *propiedad intelectual*⁹.

⁷ O Prof. GÓMEZ SEGADE, que ten reflexionado en diversas ocasións sobre os problemas terminolóxicos provocados pola expresión “propiedade intelectual”, tamén rexeita que a solución ao problema descrito sexa distinguir entre propiedade intelectual en sentido amplo e estrito (*vid.* “El acuerdo ADPIC como nuevo marco para la protección de la propiedad industrial e intelectual”, en *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, Tomo XVI, 1994–95, páx. 35).

⁸ “Dereito dos bens inmateriais” constitúe unha expresión atractiva como supraconcepto que comprende o dereito de autor e o dereito da propiedade industrial. MASSAGUER expresou a súa preferencia por este termo fronte ás alternativas de “Dereito da propiedade industrial” e “Dereito da propiedade intelectual”. *Vid.* “Aproximación sistemática general al Derecho de la competencia y de los bienes inmateriales”, *Revista General de Derecho*, núm. 544–545, 1990, páx. 257, n. 45.

⁹ A expresión xa está calando en parte da nosa doutrina. VICENT CHULIÁ, por exemplo, titula “La propiedad intelectual” a lección do seu manual dedicada á protección xurídica das invencións, os signos distintivos e o dereito de autor. *Vid.* *Introducción al Derecho Mercantil*, 18 ed., Tirant, 2005, páx. 727 e ss. Noutros países tamén se está producindo un achegamento cara o termo “propiedade intelectual” como expresión comprensiva do dereito de autor e da propiedade industrial, como mostra o significativo cambio de denominación do prestixioso Instituto Max Planck de Munich (hoxe *Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht*).



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

