

Boletín de
**derecho
de autor**

Volumen XXXV
n.º 2,
abril-junio 2001

EDICIONES
UNESCO



El entorno
numérico:
la responsabilidad
en materia
de derecho de autor

**Versión
electronica**

Convenciones internacionales: acontecimientos recientes

Convenio para la Protección de los Productores de Fonogramas contra la Reproducción no Autorizada de sus Fonogramas

- 3 *Adhesión de Santa Lucía*
- 3 *Adhesión de la República de Kazajstán*

Doctrina

- 4 Responsabilidad legal de los proveedores de Internet por infracciones de los derechos de autor bajo la legislación alemana y europea, por Markus Stephanblome
- 40 La protección internacional de las bases de datos no creativas, por Frank Gotzen

Actividades de la UNESCO

- 54 INFOética 2000

Noticias e informaciones

- 65 El derecho de autor en Marruecos, por Ahmed Hidass
- 84 La nueva Ley del Líbano sobre derecho de autor, por Micheline Ferran

El *Boletín de derecho de autor* se publica cuatro veces al año en español, francés e inglés por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, 7, place de Fontenoy, 75352 París 07 SP.

En cooperación con la Comisión Nacional de la Federación de Rusia para la UNESCO y con el Comité Estatal de Prensa, la edición rusa se publica por la Editorial Progreso, Zubovski Bulvar 17, Moscú GSP-3, 119847, Federación de Rusia.

La edición china se publica en cooperación con la Administración Nacional de Derecho de Autor de China, 85 Dongsí Nan Daijie, Beijing 100703, República Popular de China.

Directora de la publicación: Milagros del Corral Beltrán
Redactor: Evgueni Guerassimov
Redactora adjunta p. i. : Caroline Descombris

Los autores son responsables de la elección y presentación de los hechos contenidos en los artículos firmados y de las opiniones expresadas en ellos, que no reflejan necesariamente las de la UNESCO ni comprometen a la Organización.

Los textos pueden reproducirse y traducirse libremente (salvo cuando estén reservados los derechos de reproducción y traducción) a condición de mencionar el autor y la fuente. Las peticiones de reproducción o traducción de artículos cuyos derechos de publicación estén reservados, así como la correspondencia relativa a asuntos de redacción, deben dirigirse al redactor, *Boletín de derecho de autor*, División de Creatividad, Industrias culturales y Derecho de Autor, UNESCO, 1, rue Miollis, 75732 París Cedex 15 (Francia). Tel. 33.1.45.68.47.02; fax: 33.1.45.68.55.89; E-mail: E.Guerassimov@unesco.org
Se invita a los lectores a enviar sus observaciones sobre cualquiera de los artículos u otros materiales publicados en este *Boletín de derecho de autor*. Igualmente se recibirá con agrado toda sugerencia sobre artículos y autores.

Todas las publicaciones de la UNESCO (libros, revistas y documentos), incluidos los títulos agotados, existen en microfichas. Diríjase directamente al Servicio de Micrografía, Sección de los Archivos y de la Micrografía (DIT/IR/AM), UNESCO, 7, place de Fontenoy, 75352 París 07 SP, Francia.

Composición: Susanne Almeida-Klein

© UNESCO, 2001

CONVENCIÓN INTERNACIONALES ACONTECIMIENTOS RECIENTES

Convenio para la Protección de los Productores de Fonogramas contra la Reproducción no Autorizada de sus Fonogramas

Adhesión de Santa Lucía

El 2 de enero de 2001, el instrumento de ratificación al Convenio para la Protección de los Productores de Fonogramas contra la Reproducción no Autorizada de sus Fonogramas, aprobado en Ginebra el 29 de octubre de 1971, fue depositado por el Gobierno de la República de Santa Lucía en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

De conformidad con su Artículo 11, Párrafo 2, el Convenio entrará en vigor para Santa Lucía el 2 de abril de 2001, o sea, tres meses después de la fecha en que el Director General de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual hubo informado a los Estados, con el Artículo 13, Párrafo 4, del depósito de su instrumento.

La adhesión de Santa Lucía eleva a sesenta y cinco el número total de Estados que han depositado un instrumento de ratificación, de aceptación o de adhesión referente a dicho Convenio.

Adhesión de la República de Kazajstán

El 3 de mayo de 2001, el instrumento de ratificación al Convenio para la Protección de los Productores de Fonogramas contra la Reproducción no Autorizada de sus Fonogramas, aprobado en Ginebra el 29 de octubre de 1971, fue depositado por el Gobierno de la República de Kazajstán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

De conformidad con su Artículo 11, Párrafo 2, el Convenio entrará en vigor para Kazajstán el 3 de agosto de 2001, o sea, tres meses después de la fecha en que el Director General de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual hubo informado a los Estados, de acuerdo con el Artículo 13, Párrafo 4, del depósito de su instrumento.

La adhesión eleva a sesenta y seis el número total de Estados que han depositado un instrumento de ratificación, de aceptación o de adhesión referente a dicho Convenio.

DOCTRINA

Responsabilidad legal de los proveedores de Internet por infracciones de los derechos de autor bajo la legislación alemana y europea

Markus Stephanblome

Indice

Introducción	4
La legislación en Alemania	6
Causas de demanda legal en materia de derechos de autor	6
Responsabilidad limitada bajo el Estatuto de los Teleservicios	8
Las Directivas de la Union Europea	30
La Directiva de la Sociedad de la Información	30
La Directiva sobre Comercio Electrónico	32
Conclusión	36

Introducción

Se trata de un problema de causalidad. A menudo observamos que una obra protegida por el derecho de autor ha sido copiada, distribuida o divulgada sin permiso, o que ha sido utilizada de otras formas calificables de infracción. Sin embargo, a menudo no es tan visible el verdadero infractor. ¿Cuáles son los actos que han causado la existencia de una nueva copia de la obra, su distribución o su divulgación? ¿Y quién tiene que afrontar la responsabilidad legal por ello?

Durante mucho tiempo los tribunales y la ley no se han ocupado de estos asuntos. Básicamente, los infractores eran aquellos que hacían la copia, la vendían, etc.

El único tema de causalidad surgía en relación a infracciones secundarias, contribuyentes o subsidiarias como, por ejemplo, proporcionar los medios técnicos que permitieran la infracción.

Actualmente, los medios digitales agregan una dimensión a estos asuntos y vuelven borrosa la línea entre infracciones primarias y secundarias: las obras – cualquiera que sea su finalidad –, al convertirse a soporte digital, se convierten en datos, un sustrato que se puede mover, copiar, transformar y volver a convertir a una forma comprensible para el ser humano. Puesto que los medios digitales introducen un estrato adicional entre una persona y la obra, y como este nuevo estrato está controlado sólo por mecanismos técnicos, trabar relación con la obra en sí misma se convierte en una actividad humana remota.

Esto hace mucho más difícil discernir cuáles son los actos que realmente constituyen una infracción a la obra que representan los datos, o que contribuyen a ello. Este aspecto se ha vuelto particularmente importante para aquellos que proporcionan la mayor parte de los contenidos y que se llevan la parte del león de la infraestructura técnica en el entorno actual de la información digital, a saber, los proveedores de servicios en Internet.

Las primeras decisiones en Alemania señalaban que, normalmente, los tribunales declaraban responsables a los proveedores de servicios *on line* por cualquier contenido ilegal encontrado en sus equipos de almacenamiento de datos. El operador de un servidor de correos fue declarado responsable por los programas protegidos por el derecho de autor transmitidos a su servidor por los usuarios, sin que él supiera que existían violaciones específicas de las normas de derechos de autor.¹ Este operador tenía el deber de garantizar que no se produjeran violaciones de los derechos de autor a través de su servicio.

Sin embargo, debido al crecimiento de Internet y al progreso de la tecnología, también ha crecido la cantidad de datos disponibles en sistemas de acceso público. Por esto, en Alemania la responsabilidad del proveedor de servicios *on line* no se ha dejadado en manos de los tribunales para que resuelvan según los principios de responsabilidad subsidiaria y contribuyente. Al contrario, se han aprobado limitaciones legales a la responsabilidad legal del proveedor. En este artículo se analizan las limitaciones estatutarias a la responsabilidad legal de los proveedores en infracciones de derechos de autor de obras almacenadas en o procesadas a través de la infraestructura técnica de un proveedor. Por otro lado, se analizan las disposiciones relevantes sobre este tema en la Directiva sobre Comercio Electrónico ya aprobada, así como la propuesta de Directiva de la Sociedad de la Información de la Unión Europea, y los cambios que es necesario introducir en la legislación alemana.

La legislación en Alemania

Causas de demanda legal en materia de derechos de autor

Posibles infracciones

Lo más importante en el contexto digital son los derechos del autor para crear copias de su trabajo (§ 16 UrhG),² el derecho de ejercicio digital (§ 15 (2) UrhG) y el derecho a publicar obras derivadas (§ 23 UrhG). Además, los derechos morales de la primera publicación (§ 12 UrhG), de atribución (§§ 13, 39, 63 UrhG) y de integridad (§ 14 UrhG) están sujetos a posibles violaciones en Internet.

Los proveedores de Internet (aun cuando la mayoría de las veces no sean ellos la causa principal de infracción de uno de estos derechos) pueden ser responsables cuando proporcionan servicios en la red, porque su responsabilidad organizativa y financiera por el servicio o por su influencia en el tipo y alcance de la infracción puede ser suficiente para declarar una responsabilidad subsidiaria.³

Derechos de reproducción

Al almacenar una copia de una obra digital en su servidor, un proveedor de contenidos o un servidor de servidores podría ser declarado responsable bajo la § 16 UrhG por esa copia y por copias creadas por los usuarios en su memoria RAM y en sus discos duros cuando navegan⁴, o copias en sus discos duros cuando bajan los archivos. Los proveedores de acceso y de servicios pueden ser responsables por cualquier copia ilegal hecha por sus clientes utilizando sus instalaciones técnicas, así como por copias que ellos mismos crean en el proceso técnico de transmisión de datos. Finalmente, cualquiera que cree un sitio en la Red estableciendo enlaces con copias ilegales (ya se trate de propietarios de páginas personales o de motores de búsqueda de operadores comerciales) también puede ser responsable por otras copias infractoras.

Ejercicio público

Al ofrecer la copia de una obra en un servidor para visualizar o bajar archivos, los proveedores de contenido (incluyendo cualquier propietario de un sitio Web) se enfrentan a una responsabilidad potencial si no han asegurado el derecho de distribución pública digital de la obra. A pesar de que la Ley de Derechos de Autor en Alemania no aborda explícitamente la divulgación digital de obras a través de medios de comunicación *on line*, y aunque no queda claro si este derecho queda recogido bajo el derecho de emisión (§ 15 (2) N° 2 UrhG), está argumentado que dicho derecho está contemplado al menos en el derecho de ejercicio público (§ 15 (2) UrhG). El derecho de emisión es sólo uno de los tipos recogidos en la lista no excluyente de la § 15 (2) UrhG, que comprende cualquier divulgación pública de

una obra carente de un soporte en papel.⁵ Los proveedores de acceso y de servicios pueden ser declarados responsables porque proporcionan los medios técnicos para una distribución pública digital. Finalmente, establecer enlaces con un sitio Web que distribuye obras públicamente también puede acarrear responsabilidad legal.

Derechos morales

También puede existir responsabilidad legal por la publicación de obras derivadas en la Red bajo la § 23 UrhG, por la primera publicación de una obra (§ 12 UrhG), la publicación sin nombrar al autor (§ 13 UrhG) o la distorsión de la obra (§ 14 UrhG).

Acciones en el ámbito de los derechos de autor

Las infracciones de las normas de derechos de autor acarrear una responsabilidad penal y civil.

- Bajo las §§ 106, 108 UrhG, existe una responsabilidad penal por la violación intencional (incluyendo el intento) del derecho de reproducción y de ejercicio público en el ámbito privado y comercial.
- Bajo la § 97 (1) UrhG, la parte perjudicada puede requerir al infractor que ponga fin a una violación en curso y que se abstenga de infracciones futuras. Esto incluye el cierre de un sitio Web que contenga copias ilegales. En caso de intención o negligencia, el titular de los derechos también puede exigir un pago por perjuicios, las ganancias del infractor o un pago apropiado por el permiso. La violación intencional requiere, o bien tener conocimiento de que se trata de una violación o de la posibilidad de una violación, y asentir a ello. La negligencia es un incumplimiento del deber, por ejemplo, de asegurarse de la vigencia del permiso o de los derechos de autor. Esto incluye el deber de confirmar la validez de una concesión de permiso. Por lo tanto, bajo la ley general de derecho de autor, el proveedor de Internet se enfrenta al deber potencial de estudiar la legalidad de cualquier obra ofrecida en su sitio Web o transmitida a través de sus servicios con el fin de evitar perjuicios económicos y responsabilidades penales. Además, es posible que se obligue al proveedor a cerrar una parte de sus servicios que contienen material ilegal y a asegurarse contra futuras violaciones, incluso aunque no haya cometido falta.⁶
- Otras soluciones en el terreno civil con relación a las copias ilegales incluyen la destrucción, cesión o cualquier otra solución necesaria, a discreción de los tribunales, de acuerdo con la § 98 UrhG. Lo mismo es válido para los mecanismos utilizados en la creación de aquellas copias bajo la § 99 UrhG. Si bien las copias digitales infractoras sólo tendrían que ser borradas, las medidas de destrucción con relación al equipo técnico del proveedor pueden ser más drásticas si éste ha sido utilizado casi exclusivamente para el almacenamiento o transmisión de

materiales ilegales. Este argumento se puede formular, por ejemplo, con respecto a un servidor de MP3.

La suma de todas estas responsabilidades potenciales ha conducido a una limitación expresa por la vía normativa.

Responsabilidad limitada bajo el estatuto de los teleservicios

Las disposiciones legales en Alemania sobre la responsabilidad de un proveedor de Internet no son específicas en cuestiones de derechos de autor. Han sido redactadas de manera suficientemente general para cubrir todo tipo de responsabilidad por los contenidos *on line*. Aun así, la interpretación de los términos generales de las normas tiene que variar según el tipo de violación que acarrea la responsabilidad legal. En este caso, las disposiciones serán analizadas en relación con sus efectos en los derechos de autor. Sin embargo, las decisiones del tribunal en otros tipos de violaciones son útiles, especialmente porque hasta hace poco han sido escasas las decisiones que han abordado la responsabilidad de los derechos de autor bajo las disposiciones relativamente recientes.

El estatuto de los Teleservicios y el Tratado Nacional sobre Servicios de Medios de Comunicación

Hay dos fuentes legales que son relevantes en este tema: el Estatuto federal de los teleservicios⁷ («Teledienstegesetz»; TDG) y la ley nacional uniforme aprobada en el Tratado estatal sobre los servicios de medios de comunicación («Mediendienst Staatvertrag» DMStV). Estos dos cuerpos de regulaciones son el resultado de un acuerdo, después de un debate constitucional entre el legislativo federal y los Estados acerca de sus respectivas competencias legislativas, donde se trataba de discernir si los servicios prestados en Internet constituyen una emisión. Los datos *on line* se bajan según la demanda de los usuarios y son distribuidos a un usuario a la vez, mientras que las emisiones se reciben simultáneamente.⁸ Al final, las legislaciones federal y estatal aprobaron disposiciones casi idénticas en la § 5 del TDG y la § 5 del MDStV. Los tribunales las interpretan de forma similar aunque haya diferencias en la redacción, porque las disposiciones establecen que «el objetivo de esta ley consiste en crear condiciones económicas uniformes para los diversos usos de la información y de los servicios de comunicación electrónicos», § 1 del TDG. Esta interpretación cuenta con el apoyo de la historia legislativa.⁹

Por eso, la mayoría de los tribunales (y este artículo) se centran en las disposiciones federales del TDG.

Alcance de las disposiciones del Estatuto de los Teleservicios

El estatuto de los Teleservicios limita la responsabilidad legal del proveedor en la § 5 del TDG. Se puede aplicar a todos los proveedores de servicios dentro del significado del estatuto. Se define a los proveedores de servicios como «entidades individuales y empresariales o no empresariales que facilitan o proporcionan acceso a sus teleservicios o a los de un tercero» § 3 N° 1 del TDG.

Los teleservicios son «todos los servicios de información y comunicación electrónicas destinados al uso individual de datos combinables como caracteres, imágenes o sonidos y basado en una transmisión por telecomunicación», § 2 (1) del TDG. Como tal, la § 2 (2) n° 3 del TDG menciona expresamente «los servicios para el uso de Internet o de otras redes».

Por lo tanto, todas las formas de proveedores de servicios en Internet disfrutan de la responsabilidad legal limitada bajo la § 5 del TDG, en cuanto su función está relacionada con los contenidos y no es puramente técnica.¹⁰ Los proveedores puramente técnicos de telecomunicación sujetos a la ley de telecomunicaciones¹¹ quedan excluidos bajo la § 2 (4) n° 1 del TDG. Sus servicios tienen un contenido definido tan remotamente que no existe peligro de responsabilidad relacionada con los contenidos. De esta manera, las empresas telefónicas o los operadores de enrutadores no están sujetos a la ley de teleservicios, mientras que los proveedores de contenido, los proveedores de servidores y los proveedores de acceso sí lo están. Resulta irrelevante saber si los teleservicios implican el pago de un canon (§ 2 (3) del TDG) o si son comerciales. Por lo tanto, incluso los propietarios privados de páginas quedan incluidos en la definición de proveedores de contenido.

Responsabilidad limitada bajo la § 5 del TDG

La § 5 del TDG (Responsabilidad) estipula:¹²

- «(1) Los proveedores de servicios son responsables, según las disposiciones legales generales, por los contenidos propios que ponen a disposición de los usuarios.
- (2) Los proveedores de servicios sólo son responsables por contenidos de terceros que ponen a disposición de los usuarios si tienen conocimiento de estos contenidos, están técnicamente capacitados para impedir su utilización y se puede esperar razonablemente de ellos que lo hagan.
- (3) Los proveedores de servicios no son responsables por los contenidos de terceros, a los que sólo proporcionan acceso. El almacenamiento automático y provisional de contenidos de terceros respondiendo a la demanda de un usuario se considerado equivalente a proveer acceso.
- (4) El deber de impedir el acceso a contenidos ilegales bajo las disposiciones generales de la ley no ha sido modificado si el proveedor de servicio tiene conocimiento de esos contenidos en cumplimiento del requisito de privacidad de las telecomunicaciones bajo la § 85 de la Ley de Telecomunicaciones, si es

técnicamente capaz de impedir el acceso y si se puede esperar razonablemente que así lo haga.»

Visión general de la § 5 del TDG

Lo estipulado en la § 5 del TDG limita cualquier responsabilidad potencial de un proveedor de servicios en cualquier ámbito de la ley, independientemente del tipo de acción judicial emprendida. Se aplica a la responsabilidad civil, penal y administrativa¹³ y, por lo tanto, a cualquier tipo de responsabilidad por derechos de autor, incluyendo acusaciones penales, daños y prohibiciones judiciales.¹⁴ Se suele ver en ella una disposición especial que rige la causalidad: la § 5 contesta a la pregunta de si la acción de un proveedor se puede considerar causante de la violación.¹⁵

La § 5 (1)-(3) del TDG establece tres categorías de proveedores de servicios (a menudo definidos como proveedores de contenido, de servidores y de acceso). Se trata de categorías funcionales, es decir, un solo proveedor de servicios puede pertenecer a más de una categoría si realiza más de una función, por ejemplo, proporcionando acceso a datos en Internet y al mismo tiempo ofreciendo los contenidos propios en su propio servidor. Con respecto a cada una de esas funciones, la responsabilidad del proveedor puede variar.

De la misma manera, los mismos contenidos pueden crear diferentes tipos de responsabilidad para diferentes proveedores de servicios: puede que estén disponibles a través de un proveedor de servidores y que sean transmitidos a través de la Red por medio de un proveedor de acceso.

Las tres categorías estaban destinadas a captar todos los posibles servicios presentes en Internet relacionados con contenidos.¹⁶ Con el fin de no dejar brechas ni producir solapamiento, se deben interpretar los requisitos en la § 5 (1)-(3) del TDG como complementarios y excluyentes. Los contenidos son los contenidos del propio proveedor o los de terceros – distinción entre la § 5 (1) y la § 5 (2)-(3) – y están disponibles para ser usados o proporcionan acceso a ellos – distinción entre la § 5 (1)-(2) y la § 5 (3).

Estos dos elementos determinan las tres categorías de provisión de servicios:

- *Proveedores de contenidos, § 5 (1) del TDG.* Los proveedores de contenidos: (a) proporcionan contenidos propios; y (b) los hacen disponibles. Han creado los contenidos o han asumido la responsabilidad por ellos y los almacenan en sus propios equipos o los mantienen bajo su control. Cualquiera que cree un sitio Web en su propio servidor o en un espacio alquilado en la Red a un servidor de servidores pertenece a esta categoría.

La § 5 (1) tiene una función esclarecedora: reafirma la plena responsabilidad de los proveedores de contenidos según las disposiciones generales.¹⁷ Las disposiciones generales en el contexto de los derechos de autor son las acciones contra las infracciones de derechos de autor mencionadas más arriba. No hay razón alguna para un privilegio de responsabilidad porque – como en los medios

on line – todos son responsables por los contenidos que pueden controlar plenamente.¹⁸ Incluso una gran cantidad de información, por ejemplo, en el contexto de una organización, no constituye una excusa. Una organización puede crear un sistema de seguimiento adecuado o decidir no mostrar la información. De otra manera, tiene que aceptar el riesgo de ser declarada responsable por los contenidos.

- *Servidores de servidores, § 5 (2) del TDG.* Los servidores de servidores: (a) proporcionan contenidos de terceros; y (b) los hacen disponibles. Almacenan los contenidos de otra entidad (normalmente los de un cliente) dentro de sus propias instalaciones o de instalaciones alquiladas. Los típicos servidores de servidores son, por ejemplo, el operador de un servidor que alquila espacio de almacenamiento a operadores de sitios Web, o el operador de un grupo de noticias no moderado que acepta artículos de los usuarios de Internet.

La § 5 (2) excluye cualquier responsabilidad por los contenidos si: (a) el proveedor no tiene conocimiento del contenido ilegal; o (b) impedir el uso es técnicamente imposible o no se puede esperar razonablemente del proveedor. El razonamiento es que un servidor de servidores normalmente no puede controlar los contenidos en su servidor. En la mayoría de los casos, la cantidad de datos almacenados y la frecuencia de los datos que ingresan serán demasiado grandes para establecer un control de mecanismo manual, sobre todo si el servidor de servidores no sube los contenidos, sino que ha dado a sus clientes acceso directo. El control automático, por ejemplo a través de programas de filtros, no es capaz de llevar a cabo la difícil tarea de distinguir entre material legal e ilegal. Puede que los datos en formatos poco habituales, o los datos comprimidos o encriptados, ni siquiera sean legibles para el proveedor. Además, el seguimiento privado no es un objetivo deseado en el razonamiento de la política pública. Gran parte de las comunicaciones en la red son privadas, o se trata de información secreta que no se puede revelar al proveedor. También se puede alegar que ser bloqueado por el proveedor es una violación del derecho de expresión. Finalmente, aunque el proveedor pueda identificar el material infractor, puede que sea demasiado aparatoso o imposible eliminarlo sin bloquear el acceso a todo el dominio del servicio.

Por esto, en lugar del deber de hacer un seguimiento de cualquier contenido, la ley sólo requiere gestionar los contenidos conocidos respetando la legislación. Eso quiere decir que el proveedor es plenamente responsable por los daños a partir del momento en que descubre o se le notifica acerca del material infractor, si no lo elimina inmediatamente, aunque sea técnicamente posible y se pueda esperar razonablemente que así lo haga. Esta responsabilidad existe en cuanto el servidor tenga conocimiento de la infracción, y no depende de un dictamen del tribunal de que ha habido infracción.

- *Proveedores de acceso, § 5 (3) del TDG.* Los proveedores de acceso: (a) proporcionan contenidos de terceros; y (b) se limitan a facilitar el acceso. Sus servicios

consisten básicamente en transmitir datos sin almacenamiento permanente. El típico proveedor de acceso conecta al usuario final a la red desde el punto local hasta el corazón de Internet.

Al igual que los servidores de servidores, los proveedores de acceso no pueden y no deberían hacer un seguimiento de los datos transmitidos a través de sus conexiones. Pero, aunque supieran que regularmente se envían datos ilegales a través de sus líneas, no podrían separar esos datos del resto del flujo. Como no almacenan los datos permanentemente, a diferencia de los servidores de servidores, no pueden controlar los datos. Por esto, el proveedor de acceso está exento de cualquier responsabilidad, aun cuando conozca la ilegalidad de los contenidos.

Por ficción legal de la 5 (3) 2 del TDG, también se declara proveedor de acceso al almacenamiento en la memoria caché, si bien durante un breve periodo los contenidos almacenados están disponibles para ser usados. El razonamiento es que el proveedor de datos guardados en la memoria caché no puede controlar automática y provisionalmente datos almacenados, de la misma manera que un servidor de servidores puede controlar datos almacenados permanentemente. La situación se parece más al contacto provisional del proveedor de acceso con los datos. Y, técnicamente, cualquier proveedor de acceso almacena pequeños conjuntos de datos durante un breve período mientras los transmite de un nodo al siguiente.

- *Responsabilidad estricta, § 5 (4) del TDG.* La § 5 (1)-(3) del TDG comprende cualquier tipo de responsabilidad para los tipos de proveedores definidos. Para la ley de derecho de autor esto comprende básicamente la responsabilidad basada en faltas – daños bajo la § 97 I UrhG y cargos penales bajo la § 106 UrhG – y la responsabilidad estricta de cesar y abstenerse de futuras violaciones bajo la § 97 I UrhG.

La § 5 (4) del TDG, aunque no es muy clara en su redacción, restablece parte de esta responsabilidad estricta:¹⁹ Estipula que «el “deber de impedir el acceso” permanecerá sin modificar» por las limitaciones de la § 5 del TDG si el proveedor sabe de la violación y se puede esperar razonablemente que impida el acceso. A primera vista, el «deber de impedir el acceso» podría significar cualquier tipo de responsabilidad²⁰ porque una vez ausentes las disposiciones sobre responsabilidad limitada, la violación intencional o por negligencia de este deber conduce a acusaciones penales y daños contra los derechos de autor. Sin embargo, para ser precisos, la responsabilidad penal o de daños ya existe cuando se muestran los contenidos ilegales en la Red. Para empezar, éstos son el resultado de la violación de la prohibición de infringir activamente los derechos de autor, y no por el deber de impedir dicha violación una vez que ya ha ocurrido. El deber de poner fin a una violación de los derechos de autor, no obstante, es decir, de impedir el acceso, se impone para proteger al propietario de los derechos en el futuro y no para no compensarlo ni castigar al infractor por el

pasado. Por esto, el deber no requiere falta y no existe antes de que se produzca una infracción. La § 5 (4) del TDG se aplica sólo a esta responsabilidad estricta.

Para los proveedores de contenidos, esta disposición queda sin efecto. De todos modos, se les considera responsables bajo las disposiciones generales, § 5 (1) del TDG. Y no hay razón para interpretar la § 5 (4) del TDG como una limitación de la responsabilidad estricta de los proveedores de contenidos a aquellos casos en que el proveedor tiene conocimiento y se puede esperar razonablemente que prohíba su uso. La § 5 (1) del TDG era sólo para clarificar que los proveedores de contenidos son plenamente responsables en cualquier sentido. La historia legislativa incluso señala que la § 5 (1) del TDG sólo se aplica a la responsabilidad basada en faltas, para empezar.²¹ Entonces, la responsabilidad estricta «permanecería sin modificar» en cualquiera de los casos, incluso sin que lo estipule la § 5 (4) del TDG.

Para los servidores de servidores, la disposición tampoco es un cambio, porque la § 5 (4) del TDG es casi idéntica en sus requisitos a la § 5 (2) del TDG. El principio de que se debe tener el conocimiento necesario para restablecer la responsabilidad, cumpliendo las disposiciones de privacidad de las telecomunicaciones, no tiene efecto en la § 5 (2) del TDG, según la cual cualquier conocimiento es suficiente para abolir el privilegio de responsabilidad.

Por lo tanto, la § 5 (4) del TDG funciona básicamente como una excepción para los proveedores de acceso.²² Los proveedores de acceso quedan exentos de cualquier responsabilidad basada en faltas bajo la § 5 (3) del TDG, si bien aún se les puede requerir que pongan fin a una infracción de la que han tenido conocimiento si es técnicamente posible hacerlo y si se puede razonablemente esperar que el proveedor cumpla. Como hemos señalado más arriba, la mayoría de las veces será imposible filtrar los contenidos ilegales de una conexión con el usuario, aunque el proveedor tenga conocimiento de ello. Sin embargo, la disposición al menos capta los casos más claros: no permite que la § 5 (3) del TDG cubra una conducta intencionalmente ilegal por parte de un proveedor de acceso, y puede requerir al proveedor, por ejemplo, que elimine la conexión a Internet de un usuario que utiliza permanentemente su conexión con objetivos evidentemente ilegales.

Casos

En diversos casos no se han podido identificar adecuadamente los tipos de proveedor o distinguir entre las disposiciones sobre responsabilidad estricta y responsabilidad basada en faltas.

- «Compuserve» y la § 5 (3) del TDG. El caso más notorio fue el de Compuserve en primera instancia.²³ El director general de Compuserve Alemania fue procesado bajo las disposiciones penales por proveer intencionalmente acceso público

a pornografía dura y por proveer acceso por negligencia a material peligroso para menores de edad al establecer una conexión para los clientes alemanes de Compuserve con sus grupos de noticias y foros de juego en Estados Unidos.

Cinco grupos de noticias contenían pornografía infantil y seguían accesibles a través de Compuserve Alemania, incluso después de una prohibición inicial al acceso al servidor de Estados Unidos, atendiendo a la notificación del fiscal. Y diversos foros gestionados por contratistas independientes en un servidor de Compuserve USA proporcionaban a los usuarios alemanes juegos peligrosos para menores de edad.

En el juicio, los expertos declararon que técnicamente no había una manera de evitar estos contenidos por parte de Compuserve Alemania, que simplemente proporcionaban una conexión para los clientes alemanes de Compuserve USA con Estados Unidos. A pesar de que después de ese testimonio incluso el fiscal pidió la absolución, el juez condenó al acusado como cómplice de Compuserve USA y rechazó cualquier responsabilidad limitada bajo la § 5 del TDG. El fallo declaraba que Compuserve Alemania no era un proveedor de acceso porque no tenía sus propios clientes ni proporcionaba acceso directo a Internet, sino únicamente vinculaba a los clientes de Compuserve USA con las instalaciones de Estados Unidos. Y, puesto que Compuserve USA era un servidor de servidores y las dos empresas eran parte del mismo conjunto, se les declaró responsables conjuntos bajo la § 5 (2) del TDG por los grupos de noticias y bajo la § 5 (1) del TDG por los juegos.

El juicio fue duramente criticado y perdió en la apelación.²⁴ Desde luego, los errores de la empresa matriz no podían implicar una responsabilidad del subsidiario. El subsidiario no tiene poder para controlar las decisiones de la empresa matriz y, por lo tanto, debe considerarse una entidad separada en lo que concierne la responsabilidad. Compuserve Alemania sólo podría haber eliminado el acceso a todos sus usuarios. Pero según la § 5 (3) del TDG, no se le exigía tomar esa medida. Dado que sólo proporcionaba acceso a datos de terceros, quedaba exento de responsabilidad penal. Ésta era precisamente la situación en que la razón legal de la § 5 (3) del TGD pedía una limitación: era técnicamente imposible registrar los contenidos ilegales de la transmisión de datos y no se podía esperar razonablemente que Compuserve Alemania cerrara el conjunto de sus servicios. No existe el requisito de que un proveedor de acceso tenga sus propios clientes²⁵ o que proporcione acceso directo a Internet para estar sujeto a la responsabilidad limitada, si bien un típico proveedor de acceso podría cumplir con esas exigencias.

- «Tolerantes Brandenburgo» y la § 5 (3), (4) del TDG. Otro caso que demuestra la vacilación de los tribunales en la aplicación de la § 5 del TDG estuvo relacionado con una acción privada de un miembro de la CDU/CSU y del Parlamento alemán contra el Ministro de Educación, Juventud y Deporte del Estado de Brandenburgo.²⁶ «Tolerantes Brandenburgo», el sitio Web del Ministerio, con-

tenía artículos de jóvenes autores sobre temas como la violencia, el extremismo de la ultraderecha y la discriminación de las mujeres, textos extraídos de un concurso literario del gobierno. Uno de los artículos se titulaba «La CDU adopta posiciones fascistas». A pesar de la notificación de la demanda del querrelante, se mantuvo el artículo en el sitio Web.

El tribunal no emitió un mandato contra el Ministerio. Aplicó una defensa de «mercado de opiniones» que los tribunales habían desarrollado para las emisiones televisivas. Siempre y cuando estuviese claro a partir de la emisión que el autor de las emisiones no apoyaba las declaraciones y que recogía una diversidad de opiniones de todas las partes, no podía ser responsable de declaraciones a título individual. Para apoyar la decisión, el tribunal mencionó la exención de responsabilidad recogido en la § 5 (3) del TDG.

En primer lugar, esta cualificación del Ministerio como proveedor de acceso era claramente equivocada. Los artículos eran almacenados en su servidor y, por lo tanto, quedaban disponibles para ser usados.²⁷ De modo que la actuación del Ministerio quedaba contemplada en la § 5 (1) o (2). Tal vez la razón por la que el tribunal no mencionó la § 5 para empezar, sino sólo para apoyar su resultado, es que se sentía incómodo con su cualificación del Ministerio bajo la § 5 (3) del TDG. Dado que el Ministerio tenía conocimiento a través de una notificación y que podría haber fácilmente impedido el acceso, no había limitación de responsabilidad (ya fueran los artículos contenido de terceros²⁸ debido a la exención de responsabilidades del sitio Web (§ 5 (2) del TDG), o los propios contenidos del Ministerio como resultado del concurso literario (§ 5 (1) del TDG).

En segundo lugar, aun cuando el Ministerio sólo hubiera proporcionado acceso, por ejemplo, vinculándose a otro servidor, se habría restablecido la responsabilidad mediante la § 5 (4) del TDG. Si hubiese habido un deber estricto de bloquear el acceso bajo las disposiciones generales, la § 5 (3) se habría visto anulada por la excepción de la § 5 (4) al conocerse el contenido y existir una razonable posibilidad de que el artículo fuera eliminado.

Sin embargo, dado que la § 5 del TDG sólo es una limitación y no implica responsabilidades en sí, la excepción del «mercado de opiniones» aún podía ser utilizada para defenderse de la acusación de difamación, de modo que, al final, la aplicación correcta de la § 5 del TDG no habría cambiado el resultado del caso.²⁹

- «*Online-Casino*» y la § 3 n° 1 del TDG. Otro caso es el de un casino *on line* en el servidor de una empresa venezolana de juegos de azar. No había obtenido el permiso necesario de las autoridades alemanas y, por lo tanto, era ilegal en cuanto accedieran a ellas los usuarios alemanes. El acusado había obtenido el registro de nombre del sitio Web de InterNIC³⁰ y operaba un servidor de dominio de nombres para la dirección del sitio accesible desde Alemania. Además servía como contacto permanente para InterNIC.

El tribunal de primera instancia³¹ dictó una prohibición, declarando sin razones que se podía aplicar la § 5 (2) del TDG, pero que el acusado tenía conocimiento y se podía esperar razonablemente que cesara sus acciones, de modo que la responsabilidad no era limitada. Añadía que al menos la § 5 (4) restablecía la responsabilidad estricta de abstenerse de apoyar al casino.

Ambas apreciaciones eran incorrectas. La § 5 no era en absoluto aplicable. Un proveedor de servicios, bajo la § 5 del TDG, debe hacer disponible o proveer acceso a sus propios teleservicios o a los de terceros, § 3 n° 1 del TDG. Obtener un registro del nombre no proporciona acceso a los teleservicios. Y un servidor de nombre de dominio funciona como un directorio: proporciona una revisión automática de las direcciones IP numéricas para el nombre de un sitio Web. No establece una conexión en sí misma y, por lo tanto, no es un servicio para proveer acceso.

La apelación³² reconocía que la § 5 del TDG no era aplicable, pero daba una razón equivocada: la § 5 (1)-(3) del TDG se aplicaba únicamente a responsabilidades basadas en faltas, y no al deber de abstenerse de proporcionar servicios en Internet. Sin embargo, el tribunal quería sacar conclusiones a partir de la categorización del proveedor. Desde luego, no podía situar al acusado bajo ninguna de las tres categorías, puesto que éstas combinan los elementos contenidos en la definición de proveedores de servicios según la § 3 n° 1 del TDG, y el acusado no coincidía con esta definición (s.a.). Al final, acabó declarando que bajo la § 5 (4) del TDG se aplicaban las disposiciones generales. De modo que el resultado era correcto. Sin embargo, la § 5 (4) del TDG no tiene relevancia en este caso. Como excepción a la § 5 (1)-(3) del TDG, sólo puede tener sentido si una de estas disposiciones se aplica desde el comienzo. Al igual que los otros párrafos de la § 5 del TDG, no se aplica si el acusado ni siquiera es un proveedor de servicios. Las disposiciones generales rigen el caso independientemente del TDG.

- *La suspensión de la investigación del proveedor y la § 5 (4) del TDG.* pesar de no ser un fallo del tribunal, la política del Fiscal general en el proceso judicial de los proveedores de servicios de Internet, reflejada en sus razones para suspender la investigación,³³ aumentó la inquietud entre los proveedores de servicios.

A través de varios proveedores alemanes, los usuarios podían tener acceso a artículos de un periódico radical de izquierdas que incurría en un delito al publicitar a asociaciones terroristas y estimular y apoyar públicamente delitos de carácter penal. El fiscal general notificó a los proveedores y posteriormente investigó a quienes no habían bloqueado inmediatamente el acceso al material ilegal. El juicio terminó por cuestiones de procedimiento, pero el fiscal general declaró su opinión sobre la responsabilidad penal de los proveedores de servicios en Internet.

Según él, la § 5 (3) TDG no exime a los proveedores de acceso de la res-

ponsabilidad penal porque, según la § 5 (4), el deber de bloquear contenidos ilegales bajo las disposiciones generales (incluyendo la legislación penal) permanece sin modificar. La § 5 (3) no se vuelve superflua debido a esta interpretación. Solamente aclara que un proveedor de acceso no está obligado a controlar los contenidos.

Sin embargo, la historia legislativa y la redacción de las normas sugieren lo contrario (s.a.). La § 5 (4) del TDG estaba destinada a ocuparse sólo de la responsabilidad estricta y no, a la vez, de disposiciones legales.

Elementos de la § 5 del TDG

Con el fin de categorizar a los proveedores de servicios y evaluar el nivel de limitación de la responsabilidad, hay cuatro elementos importantes: (i) saber si el proveedor pone los contenidos a disposición o sólo brinda acceso a ellos; (ii) saber si se trata del contenido de un proveedor o del contenido de terceros; (iii) saber si el proveedor tiene conocimiento del contenido ilegal; y (iv) saber si es técnicamente posible y si se puede esperar razonablemente que el proveedor bloquee el acceso.

Facilitar o proveer acceso

El primer elemento decide si el acusado no es en absoluto responsable como proveedor de acceso según la § 5 (3) del TDG, o si es responsable según la § 5 (1), (2) del TDG como proveedor de contenidos o de servidores.

Definición. Hacer disponibles los contenidos normalmente significa almacenarlos en las propias instalaciones del proveedor públicamente accesibles a través de los medios de comunicación *on line*. Se considera que los contenidos en el servidor de terceros están disponibles gracias al proveedor sólo si de alguna otra manera pueden ser asignados al proveedor.³⁴ A partir del razonamiento de la § 5 (2) del TDG – el proveedor puede controlar conscientemente pero desactivar fácilmente los datos en cuanto tome conocimiento de ello – se exige que los contenidos sean asignados al proveedor si éste puede controlarlos individualmente.

Por el contrario, proveer una conexión a datos en el servidor de terceros que el proveedor no puede desactivar individualmente – porque sólo puede activar o desactivar el conjunto de las conexiones – sólo se califica como proveedor de acceso. La función es de mero conducto y se centra en el aspecto de los servicios técnicos.³⁵

Ejemplos. El alquiler de un espacio Web – por ejemplo, poner el propio sitio Web en el servidor de otro y mantener el acceso para cambiar el sitio de vez en cuando – inculparía tanto al propietario del sitio Web como al proveedor del espacio Web según la § 5 (1), (2). Ambos pueden controlar individualmente el sitio Web y se considera que ambos lo hacen disponible.

Colocar los artículos de terceros en el propio sitio equivale a hacerlos disponibles, puesto que se pueden quitar fácilmente. Aquello hace del Ministerio en

«Tolerantes Brandenburgo» (s.a.), al publicar un artículo difamatorio de un concurso literario juvenil en su página principal, un servidor de servidores o incluso un proveedor de contenidos y no – como sostenía el tribunal – un mero conducto.

Un proveedor también hace disponibles los contenidos en el servidor de terceros si la otra parte es un subsidiario y el proveedor puede ejercer suficiente control a través de mecanismos de gestión comercial. Sin embargo, en ningún caso un subsidiario pone a disposición contenidos sólo porque los almacena su empresa matriz. El subsidiario no se encuentra en posición alguna para controlar dichos contenidos.³⁶ La decisión del tribunal en el caso «Compuserve» (s.a.), de que Compuserve Alemania hizo disponibles los contenidos de su empresa matriz en Estados Unidos, fue anulada en la apelación.

Excepción estatutaria en la § 5 (3) 2 del TDG. La § 5 (3) 2 del TDG establece una excepción a la definición: a pesar de que técnicamente el almacenamiento intermedio (*proxy*) caería bajo la definición de contenidos que se hacen disponibles, porque el proveedor almacena contenidos en su propio servidor y tiene acceso sin limitaciones a estos contenidos, la ley dice que este servicio es equivalente a brindar acceso. Almacenar información en la memoria caché es el «almacenamiento automático y provisional de los contenidos de terceros respondiendo a una demanda del usuario». Su objetivo es proveer acceso eficazmente. Facilita y agiliza el acceso a servidores remotos. Sin embargo, para alcanzar este objetivo, el proveedor hace lo que normalmente sólo hacen los proveedores: almacenar los contenidos de terceros en su servidor. Cada vez que un usuario demande a un sitio Web de un servidor remoto a través de su proveedor de servicios, el proveedor bajará el sitio y lo almacenará provisionalmente en el servidor *proxy*. El próximo usuario que demande el mismo sitio puede tener rápido acceso a esta copia, sin tener que pedir nuevamente la página de su ubicación original. Al servidor remoto sólo se le preguntará si su contenido ha cambiado entre tanto y la copia almacenada se actualizará. En cuanto la capacidad del servidor *proxy* se encuentre saturada, los ficheros menos usados serán eliminados.

Dado que el proveedor no ejerce una influencia sobre qué sitios se pedirán y almacenarán, y dado que los sitios sólo permanecen en el servidor hasta que son eliminados o reemplazados, el proveedor no puede ejercer el mismo nivel de control que tiene un servidor de servidores de datos permanentemente almacenados. Por esto, la ley excluye al proveedor de responsabilidad como proveedor de acceso. Sin embargo, en cuanto los contenidos permanezcan en el servidor durante más tiempo, la ficción legal de la § 5 (3) 2 del TDG se difumina con relación al elemento provisional y el proveedor cae dentro del alcance de la § 5 (2) del TDG.³⁷

Enlaces. No queda explícitamente recogido en las normas si los enlaces a un sitio Web que contiene material ilegal pueden determinar la responsabilidad del propietario del sitio del enlace. Existe un consenso general en torno a que la § 5 del TDG se

puede aplicar a los enlaces porque rige la responsabilidad por los contenidos en la Red, y los enlaces representan una manera típica de tener acceso a los contenidos.³⁸ Sin embargo, hay diversas opiniones sobre cómo categorizar los enlaces.

Algunos comentaristas sugieren que un enlace siempre se ha considerado como provisión de acceso.³⁹ Es comparable a una cita y una mera ayuda técnica para un usuario que, de otra manera, escribiría por sus propios medios la dirección. El propietario del sitio donde aparece el enlace no puede influir en los contenidos del sitio Web del enlace y queda excluido de toda responsabilidad bajo la § 5 (3). Este enfoque dejaría sin sancionar incluso a un enlace intencional con un determinado fichero ilegal en el sitio Web de terceros.

Otros establecen diferencias sobre la base del contexto del enlace.⁴⁰ Según este enfoque, un proveedor de enlaces que señala conscientemente a determinados contenidos ilegales en otro sitio Web hace de este contenido el suyo propio y, por lo tanto, se debe considerar que hace disponible ese contenido. El proveedor efectivamente integra el contenido del otro sitio Web en su propio sitio al situarlo a sólo un clic de distancia. Este análisis interrelaciona dos elementos diferentes en la categorización de proveedores. Al establecer un enlace con un sitio bajo circunstancias específicas, el contenido del sitio del tercero puede convertirse en el «contenido propio» del que proporciona el enlace (ver más abajo). La opinión mencionada aquí concluye que esto también debe significar que quien proporciona el enlace hace disponible su contenido, porque el mero brindar acceso al propio contenido lógicamente no es posible. Por lo tanto, un proveedor de enlaces quedará sujeto ya sea a la § 5 (3) del TDG, sin responsabilidad alguna (si se considera al enlace una mera cita), o a la § 5 (1), con plena responsabilidad (si concurren circunstancias específicas por las que se transforma el contenido de terceros en contenidos propios).

Una diferenciación más apropiada entre estos dos extremos sería como sigue:

- Al menos el primer nivel de enlaces jamás puede limitarse a brindar acceso.⁴¹ El propietario del enlace normalmente puede entrar en el enlace y analizar el contenido ofrecido en su página, al menos cuando la página que muestra el enlace en sí no es generada por el usuario y la página del enlace es estática. Ésta no es la típica situación de brindar acceso sin influir en los datos del enlace. Aunque el proveedor de enlaces no pueda determinar el contenido de la página del enlace, sí puede controlar el propio enlace. Y el hecho de que los contenidos buscados cambien o no puedan ser revisados en su totalidad también suele suceder para los servidores de servidores, y es despachado mediante el principio de conocimiento y expectativa razonable de la § 5 (2) del TDG.

No hay ninguna razón por la que alguien debería estar exento de responsabilidad, teniendo conocimiento y pudiéndose esperar razonablemente que desactive el acceso a los contenidos ilegales si puede sencillamente eliminar el enlace.⁴² Por eso, normalmente la responsabilidad existe, ya sea que el contenido del enlace es del propio proveedor o es el contenido de terceros (§ 5 (1) o (2) del TDG).

Sin embargo, la cantidad de contenidos a los que se puede acceder a través de un cadena de enlaces aumenta espectacularmente en niveles de enlaces más remotos. Con el fin de no inculpar a un proveedor de los enlaces en todo el Internet en caso de que se ponga en su conocimiento, se le debería conceder el privilegio de responsabilidad según la § 5 (3) del TDG.⁴³

Por lo tanto, la mayoría de los comentaristas limitan la responsabilidad, según la § 5 (1) (2) del TDG directamente con el sitio Web del enlace, sin que exista responsabilidad por enlaces posteriores contenidos en la página del enlace.⁴⁴ Sin embargo, ésta no es una solución flexible. El nivel de enlaces no puede indicar el nivel de control sobre los contenidos de las páginas de enlace. El criterio para excluir la responsabilidad del proveedor bajo la § 5 (3) del TDG tiene que consistir en saber si la estructura del enlace se ha vuelto demasiado compleja como para denominar a los contenidos del enlace como «hecho disponible». De otra manera, un proveedor podría eximirse de responsabilidad sencillamente estableciendo un enlace con una página que contiene un solo enlace, o incluso un enlace automático con la página ilegal.

Durante el juicio «Vergleichende Werbung»,⁴⁵ un tribunal de primera instancia ignoró este problema. Se trataba de una publicidad comparativa ilegal en el sitio Web de la empresa hermana del acusado en Estados Unidos, a la que se podía acceder desde la página principal del acusado en Alemania mediante una cadena de tres enlaces: siguiendo el enlace *Página principal en inglés en Internet* y tras seleccionar *Centro antivirus* aparecía un artículo cuya última palabra (*descúbralo*) servía como enlace con el contenido ilegal. La prohibición preliminar se formuló sólo sobre la base de que el contenido ilegal era accesible a través del sitio Web del acusado. En este caso, habría sido adecuado al menos pensar en las circunstancias del enlace y el grado de lejanía del contenido ilegal antes de procesar al acusado según la § 5 (1) del TDG.

- El mismo razonamiento se aplica incluso al primer enlace, si el control ya está limitado al sitio Web con que se establece directamente el enlace, ya sea porque la página objetivo es dinámica, por ejemplo, un diario o periódico *on line*, o bien porque el sitio que muestra el enlace se genera automáticamente respondiendo a la demanda del usuario, por ejemplo, mediante un motor de búsqueda. En estas circunstancias, el propio enlace o su objetivo no puede ser controlado individualmente, lo cual conduce otra vez al razonamiento del proveedor de acceso.⁴⁶ Un tribunal reconoció recientemente este enfoque para las marcas comerciales contenidas en los enlaces de un motor de búsqueda, independientemente de si la página del enlace era generada automáticamente según la demanda del usuario o formaba parte de un catálogo sistemático.⁴⁷

Contenidos propios o de terceros

Un proveedor puede mostrar contenidos que son propios o de terceros. Esta cualificación es la que decide si el proveedor es totalmente responsable según la § 5 (1) del

TDG o si puede eludir la responsabilidad según § 5 (2) del TDG, siempre y cuando se cumplan las demás exigencias de esta disposición.

Definición. Los contenidos propios son aquellos contenidos creados por o para el proveedor de servicios, o creados por terceros pero mostrados como propios por el proveedor al tratar esos contenidos o al referirse a ellos de modo que se identifica objetivamente con esos contenidos.⁴⁸

Para apropiarse de los contenidos de terceros, el proveedor tiene que haber hecho algo más que almacenar los contenidos en su servidor. Los contenidos deben ser comparables con los propios contenidos, es decir, que no planteen al proveedor ninguno de los problemas que obligaron al legislador a introducir los privilegios en la § 5 (2), (3) del TDG. La condición más importante es que el proveedor haya escogido individualmente esos contenidos y los haya hecho propios.⁴⁹

Se han avanzado ciertos criterios como indicadores de que el proveedor ha hecho propios los contenidos:

- El proveedor puede aclarar expresamente, o al menos dar la impresión objetiva de que considera el contenido almacenado como propio o asume plena responsabilidad por ello.⁵⁰
- Puede que el proveedor no haya dejado claro en su sitio Web que los contenidos fueron creados o mostrados por terceros, y puede que esto no sea visible en esas circunstancias.

El tribunal de primera instancia del caso «Compuserve» incorporó el dato ausente, a saber, que los foros que contenían juegos peligrosos para menores de edad en los servidores de Compuserve USA eran operados por terceros, como motivo para declarar a Compuserve responsable según la § 5 (1) del TDG por contenidos propios. El fallo fue apelado sobre la base de que Compuserve Alemania sólo estaba proporcionando acceso a Compuserve USA.

En la decisión sobre el caso «Último minuto»⁵¹, un tribunal de apelación prohibió al acusado publicitar ofertas de viaje de diversas agencias de viaje en su sitio web como ofertas de «último minuto». La fecha del viaje no estaba fijada dentro de los 14 días siguientes y, por lo tanto, la publicidad era engañosa. Se declaró plenamente responsable al acusado puesto que el tribunal consideró que la frase era publicidad propia del acusado, a pesar de que se refería a la oferta de viaje de terceros, pero sin mencionar las agencias de viaje individuales en su sitio Web.

- Aunque sea obvio que los contenidos provienen de otras fuentes, puede que el proveedor no se haya distanciado lo suficiente de los contenidos de terceros, o que los haya aprobado.⁵²
- Puede que el proveedor tenga control final de los contenidos (no solamente técnicos, porque cada servidor de servidores puede controlar los contenidos en su servidor, sino en relación con la responsabilidad final de eliminar o cambiar los contenidos). El operador de un sitio *shareware*, por ejemplo, que decide si mostrar o no cada programa individualmente, puede ser declarado totalmente res-

ponsable según la § 5 (1) del TDG por copias ilegales de programas que no están destinados a ser distribuidos gratuitamente.

- A veces también se emplean razonamientos económicos para el análisis. La razón por la que el tribunal de primera instancia en el caso «Compuserve» intentó declarar culpable a la empresa fue que el grupo Compuserve en su conjunto se beneficiaba al proveer acceso a los contenidos ilegales.

Los enlaces. También en relación con el aspecto de suministrar contenidos propios, los enlaces no están claramente regulados en la ley. Generalmente, un proveedor de enlaces sostendrá que el contenido del enlace es contenido de terceros. Sólo unos pocos comentaristas piensan que los contenidos de enlaces generalmente son contenidos propios.⁵³ Sin embargo, una regla de este tipo establecería una responsabilidad demasiado drástica y pondría en peligro el enlace como uno de los elementos básicos de la estructura de hipervínculos de Internet.

Por lo tanto, sólo bajo instancias especiales se considera que los proveedores de enlaces han hecho propios los contenidos de la página del enlace. Algunas reglas básicas están recogidas en la decisión «Unipool».⁵⁴ Se declaró responsable al acusado por vincular su página principal al sitio en inglés de Unipool, que contenía publicidad engañosa de un producto vendido por el acusado. El tribunal reconoció que los enlaces normalmente son citas y que no hay responsabilidad ni deber que controlar. Sin embargo, en este caso los contenidos del enlace se habían convertido en los contenidos propios del acusado.

- Uno de los hechos que el tribunal examinó fue que el sitio del enlace complementaba la oferta del acusado. El objetivo del sitio de informar acerca del producto y publicitarlo sólo se podía lograr en conexión con el enlace. No se trataba sólo de una comodidad adicional para el usuario, sino de una parte integral del propio servicio del acusado.

Por lo tanto, es preciso analizar el enlace en su contexto, es decir, el contenido de la página que ofrece el enlace, las declaraciones adjuntas, el texto o foto que constituyen el enlace y el enlace buscado. ¿Se trata de un enlace directo con el fichero ilegal o se dirige a una página principal general?⁵⁵ Además, la función del enlace dentro de la estructura del sitio Web es importante. ¿El enlace dirige al usuario fuera del sitio o acaso forma parte integral del mismo sitio?

- Además, el tribunal del caso «Unipool» observó que el sitio de enlace aparecía bajo el mismo nombre de dominio que el sitio que mostraba el enlace. Se diría que dos operadores que tienen el mismo dominio al menos deben estar asociados. Sostenía que los enlaces *in line* (incluyendo un comando en el código fuente del sitio que ordena al navegador descargar automáticamente un sitio Web de terceros e integrarlo en el sitio que se está consultando) y generalmente los enlaces que ocultan el hecho de que parte de los contenidos provienen de terceros, también deben ser considerados contenidos propios.

En primera instancia del caso «Compuserve» ya se dejó sentado que tiene importan-

cia el hecho de que los contenidos de terceros parezcan ser del proveedor. Si la página de enlace parece formar parte del sistema del proveedor y el proveedor no deja claro que él no es responsable de los contenidos con los que enlaza, los tribunales estarán más dispuestos a aplicar la § 5 (1) del TDG.

- Sin embargo, si los tribunales tienen la impresión de que el objetivo del enlace era suministrar acceso a contenidos ilegales específicos, a menudo ni una cláusula de exención de responsabilidad impedirá que declaren responsabilidad total.

En otro caso de responsabilidad por enlaces,⁵⁶ el tribunal falló a favor de daños por difamación. El sitio del acusado tenía un enlace con una página Web que había reunido únicamente artículos negativos sobre el demandante, lo cual fue considerado difamatorio. A pesar de que el enlace iba acompañado de una exención de responsabilidades («cada autor respectivo es responsable por lo que escribe»), el tribunal opinó que los contenidos eran contenidos propios del acusado (a pesar de que no mencionó la § 5 del TDG).

- Otro argumento es el de la filiación comercial. A pesar de aplicarse equivocadamente en el caso «Compuserve», donde se declaró responsable a un subsidiario por los actos de la empresa matriz, los tribunales tienen la tendencia a declarar culpable a una empresa que enlaza con contenidos ilegales de una empresa afiliada. En «Vergleichende Werbung», (s.a.) una empresa alemana fue declarada responsable según la § 5 (1) del TDG por publicidad comparativa en la página de enlace de su afiliado en Estados Unidos, si bien el usuario debía pasar por diversos enlaces antes de llegar a la publicidad ilegal, porque el usuario identificaba al afiliado con la empresa alemana.

De manera más general, si el proveedor tiene una influencia significativa en el contenido o si tiene un especial interés en él, por ejemplo, debido a su afiliación a otra entidad comercial, puede que caiga en la categoría de proveedor de contenidos más fácilmente.

- Desde luego, la § 5 del TDG no puede limitar la responsabilidad por un enlace que ya viola la ley mediante el propio elemento de enlace – si el texto o la imagen en que el usuario puede pulsar para seguir el enlace ya es en sí una violación. Forma parte del sitio Web original y el dueño del sitio Web es plenamente responsable por sus propios contenidos. En uno de los casos «FTP-Explorer»,⁵⁷ el acusado estableció un enlace con un sitio para descargar archivos al que se podía acceder escribiendo la palabra «FTP-Explorer». El demandante era dueño de la marca comercial «Explorer» y consiguió que se prohibiera al acusado utilizar su marca comercial. Dado que el acusado también argumentó sobre la base la § 5 del TDG, el tribunal estimó necesario rechazar la disposición diciendo que el acusado había hecho del sitio de terceros su propio contenido con el solo hecho de crear el enlace. Este comentario no sólo era equivocado, sino también innecesario. Ya que el tribunal había establecido que el enlace era hacer uso de la marca comercial, el acusado era un infractor primario. La pregunta no era si

el acusado era responsable por el uso de terceros de la marca comercial al ofrecer la descarga de un programa con ese nombre. Si en algo la § 5 del TDG influye en este caso, el tribunal debería haber considerado su objetivo subyacente cuando decide si un enlace ya puede ser un uso de marca comercial, por oposición a una mera cita del nombre de programas de terceros.

Tener conocimiento

Tener conocimiento de los contenidos ilegales es un requisito para ser declarado responsable bajo la § 5 (2) y (4) del TDG y, dado que en los casos de prohibición el conocimiento normalmente se produce, a más tardar, por la acción legal, su principal importancia reside en las acciones contra daños limitadas por la § 5 (2) del TDG.

La normativa exige tener verdadero conocimiento, en lugar de una mera falta del deber de vigilar. Fue diseñada específicamente para excluir cualquier deber de controlar el contenido de terceros. A pesar de que puede estimular a los proveedores a «hacer la vista gorda» conscientemente, al menos cubre las violaciones intencionales y da una solución al propietario de los derechos de autor de una copia ilegal en un servidor al notificar e informar de ello al proveedor.

Objeto del conocimiento. En la legislación alemana, la exigencia de estar informado sobre los contenidos difiere de un ámbito a otro. Se supone una intención penal en cuanto el acusado conozca los hechos que la ley define para declarar responsabilidad penal, mientras que el conocimiento bajo la legislación delictual implica tener conocimiento de la ilegalidad de la conducta.

Por lo tanto, ahí donde el conocimiento es una exigencia de la normativa que declara la causa de la acción, debe ser interpretado de acuerdo a las reglas del respectivo ámbito legal. Sin embargo, con relación a la § 5 (2) del TDG, que se aplica a cualquier forma de responsabilidad, el objeto de conocimiento no es evidente.

En general, los tribunales sólo exigen estar informados sobre el contenido en sí mismo,⁵⁸ es decir, el hecho de que un fichero individual reside en el servidor de un proveedor o en un sitio Web de enlaces, etc. El proveedor debe juzgar si el contenido es ilegal o no. De otra manera, hasta el proveedor más experimentado y diligente sería castigado por conocer la ley.

Sin embargo, a menudo las violaciones de derechos de autor distan mucho de ser evidentes, aunque el proveedor esté informado del fichero individual en su servidor. Para juzgar la legalidad de un fichero, el proveedor tiene que conocer no solamente la ley, sino también datos adicionales sobre la creación de la obra, el autor, los permisos vigentes, etc.

Muy recientemente, la decisión en el caso «AOL-MIDI» abordó la cuestión de estar informado en el contexto de los derechos de autor.⁵⁹ AOL fue condenada a pagar daños al propietario de unos derechos de autor por mantener copias ilegales de sus archivos MIDI en un foro musical. Éstos eran cargados por usuarios y preparados para ser descargados después de que agentes voluntarios los verificaban para

AOL. El campo de «Propiedades» de los archivos no incluía una noticia de derechos de autor y los agentes no habían mirado el código de los archivos que contenían la noticia.

El acusado fue juzgado según la § 5 (2) del TDG porque había puesto a disposición pública archivos que eran descargados por terceros. Por lo tanto, la responsabilidad por daños exigía tener conocimiento de ello. Según el tribunal, el tener conocimiento no tiene que aplicarse al hecho de ilegalidad sino sólo al contenido. El conocimiento de la canción individual y de su nombre es suficiente. Sin embargo, el tribunal continuó y declaró que el proveedor tenía que suponer que los archivos de música popular aún estaban protegidos por derechos de autor y que sólo muy rara vez consentiría un autor hacerlos disponibles para que se pudieran bajar gratuitamente, y que sus agentes (el conocimiento de éstos debe atribuirse al proveedor) deberían haber sido capaces de detectar la notificación de derechos de autor en el código. Por lo tanto, la § 5 (2) del TDG parece requerir algún tipo de falta por parte del proveedor, además del mero conocimiento de que un determinado archivo existe en su servidor, lo cual se podría redactar de la siguiente manera: si la ilegalidad de un archivo no se deduce de la apariencia del propio archivo sino que requiere conocer datos adicionales – como los relativos a las infracciones de derechos de autor – el proveedor sólo es responsable si hubiese podido reconocer aquellos datos.

En este caso, el proveedor tenía que saber que la mayor parte de la música popular en Internet son copias ilegales y, por lo tanto, tenía el deber de analizar estos datos, que podrían haber mostrado la infracción. Los agentes del proveedor no verificaron con suficiente diligencia los archivos en busca de notificaciones de derechos de autor que, de otra manera, habrían reconocido, de modo que el proveedor habría reconocido la naturaleza ilegal del archivo, y se supone que debía tener conocimiento según el sentido de la § 5 (2) del TDG.

Sólo esta interpretación puede preservar el objetivo de la limitación de responsabilidad del proveedor que ha sido aprobada. Si fuera suficiente el conocimiento de la mera existencia de un archivo individual con derechos de autor, la responsabilidad del proveedor se encontraría donde estaba antes de la limitación legal: un servidor de servidores para archivos de música, gráficos o de programas de terceros debería respetar el deber de analizar cada archivo, incluso con relación a circunstancias que no se desprenden del propio archivo. Sin embargo, el objetivo del Estatuto de los tele-servicios consistía en excluir el deber de vigilar debido a su impracticabilidad. Significaría sencillamente el final de numerosos servicios de servidores.

El grado de conocimiento. Las opiniones también difieren a propósito del grado de certidumbre que se requiere en el hecho de estar informado. Mientras los comentarios oficiales⁶⁰ del TDG señalan que el *dolus eventualis* – el acusado ve un hecho como posible y lo aprueba en caso de que sea verdad – es suficiente, la mayoría de los comentaristas exigen certidumbre en la información que se tenga.⁶¹

En el caso «AOL-MIDI», un tribunal declaró que el *dolus eventualis* sería sufi-

ciente, no en relación con el hecho de que hay un fichero individual en el servidor, sino en relación con los hechos que constituyen su naturaleza infractora.

Avisos. El legislador no estableció un procedimiento de notificación. Se consideraba implícito en la exigencia del conocimiento: se puede obtener el material infractor notificando al proveedor, y así informar sobre el material como prerrequisito para declarar responsabilidad bajo la § 5 (2) del TDG.

Dado que conocer el material infractor es la única exigencia en ese plano, cualquiera puede notificar al proveedor, tanto los organismos gubernamentales como los propietarios de los derechos de autor o terceros. La falta de una notificación oficial o formal descansaba sobre el supuesto de autolimpieza de la red.⁶² Lamentablemente, también abrió la puerta al mal uso a través de demandas sin fundamento para quitar sitios. Para limitar este peligro potencial, algunos comentaristas opinan que la notificación tiene que ser lo bastante concreta para activar la exigencia de estar informado: debe permitir al proveedor encontrar fácilmente el contenido. Y en el marco de los derechos de autor sugieren que la notificación contenga datos factuales que permitan el análisis de los derechos de autor existentes.⁶³ Al final, todos estas inquietudes se pueden abordar con la exigencia de estar informados mencionada más arriba. El proveedor sólo es responsable si el aviso le hace enterarse del contenido de ficheros concretos y, en el contexto de los derechos de autor, de datos adicionales suficientes para activar el requisito de tener conocimiento. Si eso es lo que hace, el aviso está justificado. Si, por el contrario, el aviso no es lo bastante definido, ignorarlo no implica ninguna responsabilidad porque el aviso no ha proporcionado suficientes hechos para constituir un conocimiento de parte del proveedor. Por eso, queda excluido el mal uso a través de demandas sin fundamento para quitar sitios.

El carácter razonable

Según la § 5 (2) y (4) del TDG, los proveedores serán responsables sólo si están técnicamente capacitados y se puede esperar razonablemente de su parte que impidan el uso de contenidos ilegales. El énfasis está en el carácter razonable, porque siempre será técnicamente posible impedir el acceso a contenidos ilegales mostrados por el proveedor (en el peor de los casos sencillamente renunciando a todos los servicios que proporciona). Sin embargo, la evaluación de lo que es técnicamente posible sigue siendo importante para decidir lo razonable. Puede que sea posible desmantelar todo un servidor, pero esperar razonablemente de su parte que bloquee el uso de contenidos ilegales en el servidor dependerá de si es técnicamente posible separar y eliminar los contenidos individualmente.

La prueba para determinar el carácter razonable es saber si al pesar los intereses públicos relevantes y los de las partes privadas el perjuicio de bloquear el acceso a todos los contenidos ilegales es desproporcionadamente alto si se compara con la importancia de los derechos violados y de la solución adoptada.⁶⁴

Se deben evaluar los siguientes factores:

- ¿Cuáles son los intereses en juego del dueño o titular de los derechos de autor, qué importancia tiene y hasta qué punto están en peligro debido al contenido ilegal?
- ¿Qué intereses del proveedor están en juego, qué importancia tienen y hasta qué punto se verán dañados por medidas necesariamente adoptadas para bloquear el contenido ilegal?
- ¿Serán eficaces las medidas para proteger los intereses de los dueños de derechos de autor y el interés público?⁶⁵

A pesar estos factores, debemos recordar que los intereses de las partes no se encuentran en los mismos planos: el quehacer del proveedor ya es una infracción, de modo que sólo si el perjuicio fuera desproporcionado, se puede esperar que el proveedor no bloquee los contenidos ilegales.⁶⁶

Los intereses de los dueños/titulares de derechos de autor. El dueño o titular de derechos de autor tiene un interés en proteger sus derechos económicos y morales en la obra registrada. Es importante el beneficio económico potencial de la obra y las pérdidas potenciales por divulgación digital ilegal. ¿Cuánto vale una copia de la obra? ¿Es eficaz una distribución en Internet? ¿Es popular el sitio Web? ¿Es probable que se divulguen copias a otros sitios Web? Con respecto a una aplicación de un derecho moral, se debe prestar atención a la pérdida de la reputación así como al nivel de divulgación.

Los intereses públicos se encuentran en correlación con los intereses privados. El respeto por los derechos de autor y la garantía de que los propietarios de derechos reciban los beneficios económicos de sus obras estimulan a los autores a producir nuevas obras. Y existe un interés público en proteger los derechos de autor extranjeros protegidos por tratados internacionales y en estimular a otros países para que protejan los derechos de los autores alemanes en el extranjero.

Desde luego, el propietario de los derechos debe tener un interés en que este proveedor en concreto elimine el contenido. Dado que los servidores de servidores y los proveedores de acceso son sólo infractores secundarios, no se puede esperar razonablemente que emprendan una acción si el demandante, con mala fe, se niega a perseguir a los infractores directos.⁶⁷

Los intereses del proveedor. Dado que los derechos del proveedor ya han sido atendidos al evaluar la causa subyacente de acción – por ejemplo, una defensa de la libertad de expresión sería aceptable en la demanda de derechos de autor –, los intereses que se deben considerar aquí son fundamentalmente económicos,⁶⁸ o el interés por mantener otros contenidos legales.

- Existe una preocupación con relación al coste de evaluar la ilegalidad de los contenidos.⁶⁹ Especialmente en el caso de las violaciones de derechos de autor esto puede resultar oneroso, ya que requiere información factual adicional sobre

el autor y permisos potenciales (s.a.). He aquí otro factor bajo el cual los tribunales pueden abordar el mal uso del aviso. Algunos comentaristas incluso exigen a la parte notificadora que proporcione pruebas de la ilegalidad para permitir al proveedor evaluar la ilegalidad sin más investigación factual o legal, si se trata de infracciones contra los derechos de autor.⁷⁰

Con relación a los enlaces, este factor se apoya en un argumento de política pública. Los enlaces son deseables en Internet porque la interconectividad que producen proporciona una gran parte del valor de la Red para los usuarios. Esto es especialmente cierto en el caso de los motores de búsqueda y de los índices. Ningún proveedor debería ser obligado a eliminar enlaces sobre la base de la mera sospecha, también porque, a diferencia de un servidor de servidores, en caso de responsabilidad, el proveedor de enlaces no tiene recursos contra el infractor primario.⁷¹

- Otro de los costes es el de eliminar el contenido ilegal en la práctica. En el caso «CDBench» el tribunal de apelaciones⁷² declaró que los costes necesarios para eliminar un programa de *software* de un sitio espejo FTP no eran razonables. La universidad acusada operaba un servidor FTP en el que periódicamente copiaban diversos archivos de programas gratuitos con objetivos docentes y de investigación. El demandante reclamaba derechos de marcas registradas por los programas contenidos en uno de esos archivos y quería que se eliminara del servidor del acusado. El tribunal ya había negado la validez de la marca comercial, pero continuó para decir que la responsabilidad también quedaba excluida según la § 5 del TDG. La eliminación final sólo era posible en el sitio original y la importancia del paquete de *software* no justificaba un filtraje individual cada vez que el sitio volvía a ser copiado.
- Las consecuencias en otros contenidos (legales) del mismo servicio también pueden volverse una medida irrazonable. Técnicamente, puede que bloquear el acceso a determinados contenidos provoque el cierre de toda una área, por ejemplo, un grupo de noticias en el que de vez en cuando se muestran copias ilegales. En el caso «CDBench», citado más arriba, la Universidad podría haber dejado de imitar los archivos de *software*, pero con eso habría eliminado un gran número de paquetes de programas copiados legalmente.

No se puede esperar de un proveedor que detenga una gran parte del servicio debido a infracciones relativamente pequeñas si el proveedor tiene intereses comerciales, científicos u otros en proporcionar esos servicios. Este interés corresponde al interés público de libre flujo de datos y accesibilidad a contenidos legales.

En la mayoría de estos casos, sería incluso técnicamente posible bloquear contenidos individuales, si bien los costes serían desproporcionadamente altos debido a la cantidad de datos procesados. Por otro lado, ahí donde se pueda llevar a cabo un filtrado automático, esto se puede esperar razonablemente.

Un ejemplo en que un tribunal de apelaciones exigió al acusado que empleara un filtro fue la decisión en el caso «Último minuto». El tribunal pensó que un programa podía identificar fácilmente aquellos avisos y agencias de viaje de «Último

minuto» que no ofrecían un viaje dentro de los próximos 14 días y, por lo tanto, violaban la ley de competencia.

Sin embargo, los algoritmos de filtraje o son ineficaces o filtran más de lo que deben. Y si la legalidad de los contenidos no puede ser evaluada a partir del solo archivo (como suele suceder en el caso de copias que violan los derechos de autor) los filtros no sirven.

- Además, se debe tener en cuenta que un proveedor puede ser responsable ante sus clientes por contrato si desactiva los contenidos. Esto no significa que el proveedor quede exento de cualquier responsabilidad sólo porque no verificó que el contrato le permitiría cumplir con los requisitos legales. Sin embargo, la responsabilidad contractual potencial cobra importancia para evaluar si se podría esperar del proveedor que elimine materiales cuando tiene dudas acerca de su legalidad.

Efectividad de las medidas para suprimir un sitio. Si las medidas adoptadas por el proveedor no pueden proteger adecuadamente los intereses de los propietarios de derechos de autor y siguen siendo un peso para el proveedor, es razonable esperar que no se adoptarán.

Normalmente, el simple hecho de que los contenidos ilegales se puedan encontrar en otra parte en Internet no anula la eficacia de la orden de suprimir un sitio de la Red. El sistema establecido por la § 5 del TDG implementa una política tal que, si cada proveedor se ve obligado a desactivar el acceso a sus contenidos ilegales, el acceso en general a estos sitios se puede bloquear o al menos volverse muy difícil.

Sin embargo, el argumento cobra cierta fuerza si estas alternativas incluyen a los proveedores extranjeros que no pueden ser obligados a cumplir con la legislación alemana. A veces el material ilegal se puede obtener de anfitriones extranjeros utilizando proveedores de acceso alemanes que están libres de cualquier responsabilidad según la § 5 (3) del TDG. Así, si el precio de desactivar el acceso es extraordinariamente alto, si la medida será ineficaz porque se puede tener acceso a través de servidores extranjeros, y si no es probable que los servidores extranjeros también cumplan, puede que la medida sea irrazonable.

Uno de los argumentos que difícilmente se pueden formular es que existe la posibilidad de burlar las medidas de protección técnicas o que una protección superior sólo dará a los piratas informáticos un incentivo para intentar burlarlas.⁷³

Sin embargo, en el caso «CD Bench», el tribunal mencionó el fácil acceso al sitio original como una razón de la ineficacia de las medidas de bloqueo en el sitio espejo.

Las directivas de la Unión Europea

Dos directivas de la Unión Europea contienen disposiciones sobre la responsabilidad de los proveedores en Internet por infracciones de derechos de autor.

La Directiva sobre la Armonización de Ciertos Aspectos de los Derechos de Autor y Otros Derechos Relacionados en la Sociedad de la Información prescribe una mínima protección de las obras con derechos de autor, incluyendo la distribución *on line*. Al mismo tiempo, estipula excepciones concretas para los proveedores de servicios que posiblemente interfieran con los derechos de autor, pero sólo con el objetivo técnico de transmitir copias a través de su red. Hasta ahora, esta Directiva es sólo una Posición Común del Consejo Europeo y tendrá que someterse a una segunda lectura en el Parlamento Europeo.⁷⁴ Su objetivo es proporcionar una norma mínima uniforme y fiable para la protección de los derechos de autor en toda la Unión Europea para eliminar barreras comerciales y potenciar el Mercado Interno.

La Directiva sobre Comercio Electrónico, al igual que el Estatuto de los Teleservicios en Alemania, limita la responsabilidad del proveedor en general. Ha sido aprobada y publicada,⁷⁵ y ha dado a los Estados Miembros un plazo de 18 meses para adoptar las disposiciones. El objetivo de esta Directiva consiste en lograr la necesaria uniformidad en criterios de responsabilidad de los proveedores de servicios con el fin de evitar diversos grados de responsabilidad en diferentes países de la Unión Europea, lo cual desincentivaría las actividades transfronterizas. Además, la Directiva se propone estimular la aceptación de los servicios *on line* mediante la seguridad.⁷⁶

Se explicarán las disposiciones de ambas directivas, además de su impacto en cómo las disposiciones sobre responsabilidad en materia de derechos de autor en Alemania tendrán que ser cambiadas para cumplir con las directivas:

La Directiva de la Sociedad de la Información

Posibles infracciones

La Directiva de la Sociedad de la Información en su actual redacción deja claro que la divulgación digital de obras a través de medios *on line* es un derecho exclusivo bajo la ley de derechos de autor. La Directiva pone fin a las especulaciones acerca de este derecho, que no está expresamente recogido en la Ley de Derechos de Autor en Alemania. La legislación alemana tendrá que incluir la frase «poner a disposición del público [de los titulares de derechos de autor] las obras de tal manera que el público pueda acceder a ellas desde un lugar y una hora elegida individualmente por ellos» (Art. 3 (1)). De forma alternativa, los tribunales pueden considerar que ese derecho está cubierto por el actual derecho de ejercicio público, según la § 5 (2) UrhG.

Exenciones

Los proveedores de servicios *on line* quedan exentos de una infracción directa del derecho de reproducción bajo el Art.5 (1): esta disposición establece una política de mantenimiento de la infraestructura técnica para la transmisión de obras liberadas de los derechos de autor. Permite «actos provisionales de reproducción [...], que son transitorios o incidentales, y parte integrante y esencial de un proceso tecnológico cuyo único objetivo es: (a) facilitar la transmisión en una red entre terceros gracias a un intermediario; o (b) que se haga uso legal de una obra o de otros temas, y que no tienen una importancia económica independiente».

Por otro lado, la Directiva deja claro, en el pár. 27 de los comentarios introductorios de la Posición Común, que proporcionar las instalaciones técnicas para una divulgación pública no se considera una divulgación por parte del propio proveedor, de modo que el proveedor debería estar libre de cualquier responsabilidad por infracción del derecho de ejercicio público sólo porque presta la infraestructura técnica.

A pesar de que la Directiva de la Sociedad de la Información parece estrechamente relacionada con la responsabilidad del proveedor bajo el Estatuto de los Teleservicios y la Directiva sobre Comercio Electrónico, tiene otro enfoque. El Estatuto de los Teleservicios y la Directiva sobre Comercio Electrónico protege al proveedor de una responsabilidad secundaria por contenidos donde el usuario de esos servicios es el principal infractor. La Directiva de la Sociedad de la Información exime a cualquier persona (proveedor o usuario final) de un número limitado de actos que, de otra manera, serían infracciones primarias, por ejemplo, la copia de obras con el fin de transmitir las a través de una red informática. Estos actos quedan recogidos dentro del contexto de proveer acceso (mero conducto) y almacenamiento provisional de datos. Sin embargo, la Directiva de la Sociedad de la Información protege a una persona que copia una obra con el fin de transmitirla, lo cual podría ser una infracción a los derechos de autor, aunque el emisor esté autorizado para utilizar la obra, mientras que la Directiva sobre Comercio Electrónico protege al proveedor cuya infracción consiste en proporcionar la infraestructura tecnológica para copiar la obra para un usuario ilegal. Y la Directiva de la Sociedad de la Información decide si el almacenamiento provisional de obras con derechos de autor es permisible o si siempre será una copia no autorizada, mientras que la Directiva sobre Comercio Electrónico decide si el proveedor es responsable por violación de los derechos de autor del propietario del sitio almacenado.

En Alemania no se han aprobado disposiciones como las de la Directiva de la Sociedad de la Información. Tendrán que ser añadidas a las actuales exenciones de derechos de autor.

En la enmienda de la Ley de Derechos de Autor, el legislador alemán debería tener en cuenta la amplia intención de la Directiva: eximir todas aquellas violaciones de los derechos de autor que son copias sólo si se mira muy detenidamente. En el mundo del almacenamiento electrónico de datos, trabajar con datos siempre significa copiar datos, como necesidad técnica, incluso con sólo desplegarlos en pantalla. Por

esto, la Directiva exime las copias provisionales durante un proceso tecnológico sin valor económico independiente, siempre y cuando al final del proceso exista una transmisión o un uso legal. Esta fórmula es el «¡No mirar demasiado detenidamente!» de la Directiva. Una copia de los datos sólo debería importar bajo la ley de derechos de autor si de alguna manera corresponde a una copia de una obra (o partes de ella) en el mundo real. Esta opinión también explica la conclusión aparentemente circular de que se debería permitir la reproducción si su objetivo consiste en facilitar un «uso legal»: las copias «pequeñas» tecnológicamente necesarias están permitidas sólo si su uso en el mundo real fuese autorizado como tal por el usuario o si la ley lo permite. Cuando el titular de los derechos de autor deja a sus visitantes mirar su sitio, todas las copias «pequeñas» están permitidas, desde el servidor original, pasando por un cierto número de servidores de Internet hasta el proveedor de Internet del visitante, hasta sus *proxys*, la memoria del ordenador del visitante (RAM principal, memoria RAM vídeo, memoria RAM virtual y el caché del navegador en el disco duro). El objetivo de todas estas copias es sencillamente desplegarse en la pantalla del usuario, dándole un uso legal. Sólo si el usuario final se propone guardar una copia de la obra en pantalla en sus carpetas de documentos, pensaríamos que ha hecho una copia del mundo real que debería juzgarse según las leyes de derechos de autor.

La Directiva sobre Comercio Electrónico

La Directiva sobre Comercio Electrónico adopta un enfoque similar a las disposiciones vigentes en Alemania en la regulación de la responsabilidad de los proveedores de servicios *on line* en infracciones secundarias. Declara una responsabilidad limitada independiente de la causa subyacente de acción y categoriza a los proveedores de manera similar.

No se menciona a los proveedores de contenido (§ 5 (1) del TDG) porque no disfrutan de una responsabilidad limitada. Los servidores de servidores (§ 5 (2) del TDG) están sujetos al Art.14. Los proveedores de acceso (§ 5 (3) del TDG) se rigen por el Art.11. El almacenamiento provisional, considerado como provisión de acceso según la § 5 (2) (3) del TDG está en parte regido por una disposición adicional en el Art.13.

Alcance de la Directiva

El grupo objetivo de la Directiva (los proveedores de servicios de la Sociedad de la Información) queda definido en el Art.2 (a), (b) en referencia al Art. (2) 1 de la Directiva sobre un Procedimiento para la Transmisión de Información en el Campo de las Normas y Regulaciones Técnicas⁷⁷ como «cualquier servicio normalmente proporcionado a cambio de una remuneración, a distancia, por medios electrónicos y respondiendo a la demanda individual de un receptor de servicios».

En cualquier caso, esta definición – al igual que la definición del Estatuto de los Teleservicios – abarca al típico proveedor comercial de servicios en Internet. El alcance de la Directiva es más estrecho que el del Estatuto de los Teleservicios. Es mucho más detallado y define una lista de servicios específicos que no están regidos por sus disposiciones. Tampoco se aplica al propietario de una página principal privada.⁷⁸ Ejemplos de servicios cubiertos son los servicios de empresa a empresa y los servicios de empresa a consumidor, transacciones electrónicas de bienes, periódicos electrónicos, profesionales independientes, motores de búsqueda, vídeo por demanda, provisión de acceso a Internet y tableros de anuncio.

Así, el Estatuto de los Teleservicios ya rige la actividad de los servicios que es preciso regular para cumplir con la Directiva.

Meros conductos (Art.12)

Definición

Los meros conductos son los proveedores de un servicio de la Sociedad de la Información que «consiste en la transmisión en una red de comunicación de información proporcionada por el receptor el servicio, o la provisión de acceso a una red de comunicación».

La categorización del TDG de los proveedores de acceso recoge ambas partes de esta definición: proveer acceso a una red de comunicación está regido por la provisión de acceso a contenidos del TDG (§ 5 (3) del TDG). Y la transmisión de información de un usuario a otro no es más que proveer al receptor acceso a la información transmitida.

Requisitos para la exención

Un mero conducto no es responsable según el Art.12 si: «(a) no inicia la transmisión; (b) no selecciona al receptor de la transmisión; y (c) no selecciona ni modifica la información contenida en la transmisión». Estos requisitos deben asegurar que el proveedor realiza una función puramente técnica y que no tiene nada que ver con los contenidos transmitidos.

La § 5 (3) del TDG no contiene estas restricciones. Se podría argumentar que bajo la interpretación funcional de la § 5 del TDG un proveedor que inicia la transmisión o escoge al receptor o los contenidos no estaría bajo el alcance de la § 5 (3) del TDG porque es más que una mera provisión de acceso. Pero puesto que como proveedor no puede poner a disposición esos contenidos bajo la § 5 (1), (2) del TDG, y como la § 5 del TDG fue elaborada para abarcar todos los servicios posibles, parecería necesario establecer una excepción a la exención incondicional de la responsabilidad de los proveedores de acceso.

Almacenamiento provisional de datos a corto plazo

Al igual que la § 5 (3) del TDG, el Art.12 (2) ve los servicios de almacenamiento provisional como mero conducto. Sin embargo, el Art. 12 (2) distingue entre almacenamiento provisional a corto plazo con el solo fin de transmitir (lo cual está contemplado en el Art.12), y almacenamiento provisional *proxy* para múltiples demandas del mismo sitio Web por parte de diferentes usuarios (regido por el Art.13).

Con el fin de que la § 5 (3) del TDG se adapte a la Directiva no es necesario cambiarlo. Basta si el requisito de «provisional» se interpreta restrictivamente, excluyendo cualquier almacenamiento que exceda la duración de la transmisión de datos al usuario individual.

Prohibiciones

Al igual que la § 5 (4) del TDG, el Art.12 (3) deja sin modificar la responsabilidad de mero conducto bajo una prohibición judicial.

Almacenamiento provisional *proxy* (Art. 13).*Definición*

La regulación sobre almacenamiento en memoria caché del Art.13 es una cualificación de mero conducto bajo el Art.12. Se aplica a los proveedores de transmisión que, además, practican el «almacenamiento automático, intermedio y provisional [...] con el único objetivo de hacer más eficaz la transmisión de la información a otros receptores del servicio que lo demanden».

Esta forma de almacenamiento provisional no ha encontrado una expresión explícita en el TDG. Según algunos comentaristas, la § 5 (3) 2 del TDG podría interpretarse como facilitador de almacenamiento *proxy*, si bien de acuerdo con la historia legislativa los contenidos de un servidor *proxy* al cabo de un tiempo quedarían incluidos bajo la § 5 (2) del TDG. Por lo tanto, el almacenamiento provisional bajo la § 5 (3) del TDG debería ser interpretado como almacenamiento provisional a corto plazo y se debe establecer una nueva categoría de almacenamiento provisional *proxy* para cumplir con la directriz.

Requisitos de la exención

Un operador de un servidor de almacenamiento en memoria caché *proxy* queda exento de responsabilidad (Art.13) si no influye en los contenidos (a), cumple con los requisitos de actualización, de acceso y de datos estadísticos (b), (c), (d), y desactiva el acceso al saber que se han dado órdenes de eliminar o desactivar el contenido original.

El razonamiento para no modificar los contenidos es el mismo que bajo el

Art. 12 (mero conducto). El hecho de que el proveedor tenga que desactivar el acceso al tener conocimiento se parece al requisito del TDG de que los servidores de servidores tengan conocimiento del problema, pero da al proveedor *proxy* un nivel muy superior de seguridad legal al proporcionar una fácil protección a partir de hechos fácilmente reconocibles.

Es muy sorprendente que el cumplimiento con los requisitos de actualizar, dar acceso y datos estadísticos haya sido incluido entre los requisitos para la exención. Estos requisitos no tienen ninguna relación con los razonamientos de responsabilidad por contenidos ilegales. Existen únicamente en interés de los servidores de servidores y proveedores de contenidos, porque los requisitos aseguran que sus sitios Web están presentados adecuadamente al usuario final y que los datos estadísticos sobre el número de accesos es correcto. Depender del castigo a los proveedores por contenidos ilegales es una estrategia poco habitual para que los operadores *proxy* se adapten a los intereses de otros proveedores, porque el objetivo de la responsabilidad del proveedor de servicios en Internet es la protección de los titulares de derechos de autor cuyos derechos son violados.

Prohibiciones

Al igual que la § 5 (4) del TDG, el Art. 13 (2) deja sin modificar la responsabilidad de los proveedores *proxy*. Servidor de servidores (Art. 14).

Definición

Bajo el Art. 14, servidor de servidores significa «almacenamiento de la información proporcionada por un receptor del servicio».

El alcance de «almacenamiento» es más estrecho que el de «poner a disposición de» en la § 5 (2) del TDG. En el caso del típico servidor de servidores, los términos pueden ser congruentes, si bien la limitación al almacenamiento físico real reducirá la interpretación del término del TDG, por ejemplo, con respecto a la responsabilidad por los enlaces. Se puede considerar que el propietario ha hecho disponible el contenido del enlace, pero no lo ha guardado.

De la misma manera, un «receptor del servicio» no comprende a tantas personas como la figura de «terceros» si los tribunales no interpretan generosamente la figura de receptor como cualquiera que de alguna manera encuentra el servicio del proveedor. El autor de un artículo de un grupo de noticias, por ejemplo, puede no ser un receptor de un proveedor que (a través del servicio de noticias) muestra aquel artículo en otro servidor distinto al que el autor está suscrito. ¿Será este proveedor plenamente responsable por violar los contenidos del artículo o contará como mero conducto, a pesar de que ya ha guardado los contenidos en su servidor? La interpretación de este término por los tribunales tendrá que demostrar si «terceros», tal como lo entiende el Estatuto de los Teleservicios, se corresponde adecuadamente con el término «receptor» bajo el Art. 14.

Exención de responsabilidad

El servidor de servidores quedará exento de responsabilidad siempre y cuando no conozca el carácter infractor del contenido o, al saberlo, rápidamente deshabilita el acceso a la información. En relación a las demandas por daños, basta tener conciencia de los hechos que incurren en la ilegalidad visible. En todos los otros casos, se requiere tener un conocimiento real de la ilegalidad.

La § 5 (2) del TDG brinda la misma protección, pero sólo requiere «tener conocimiento de los contenidos» para acabar con la exención. Según lo interpretan los tribunales, esto no incluye tener conocimiento de la ilegalidad ni de hechos por los cuales la ilegalidad es visible. Será preciso cambiar esta interpretación a la luz de la nueva directiva.

La § 5 (2) del TDG establece un requisito adicional: la posibilidad y carácter razonable de la medida para desactivar el acceso. El Art.14 no contiene esta exigencia. Sin embargo, se deduce de los principios generales que no se puede pedir a un proveedor que adopte medidas técnicamente imposibles o impracticables. Sin embargo, queda por verse si los tribunales alemanes confirmarán el requisito de carácter razonable en su alcance actual o si tendrá que ser limitado a casos extremos.

Según el Art. 14 (2), no existe una exención de responsabilidad si el receptor del servicio actúa bajo la autoridad o el control del proveedor. La legislación alemana contempla aquello bajo los principios legales generales. La decisión «AOL-MIDI» (s.a.), que declara a AOL responsable por sus agentes ha demostrado que esta disposición ya es ley.

Eliminación del deber de realizar un seguimiento (Art. 15)

El Art. 15 prohíbe expresamente a los Estados Miembros imponer a los proveedores el deber general de realizar un seguimiento de la información o de buscar decididamente hechos que señalen la existencia de actividades ilegales.

El Estatuto de los Teleservicios no ha establecido tal deber y la historia legislativa deja claro que ésa no era la intención del legislador. Sin embargo, los tribunales tienen tendencia a ser más favorables a este deber. Como demuestra la decisión «AOL-MIDI», puede que rebajen las exigencias de tener conocimiento del hecho con el fin de establecer eficazmente un deber de realizar un seguimiento de ámbitos en los que un proveedor tendría que sospechar posibles violaciones. Actualmente, esto queda expresamente prohibido por el Art. 15.

Conclusión

Si los tribunales alemanes observaran más detenidamente cada uno de los delicados elementos de la § 5 del TDG, las disposiciones sobre la responsabilidad del proveedor podrían ofrecer un sistema amplio de claras normas de responsabilidad para la

infraestructura de la moderna tecnología de la información. Hasta ahora, se ha creado mucha confusión en relación a la categorización de los proveedores y a la cuestión del conocimiento, que tendrán que ser clarificados por futuras decisiones. Sin embargo, parte de los problemas de interpretación pueden atenderse mediante disposiciones expresas en la Directiva sobre Comercio Electrónico. La directiva adopta el mismo enfoque estructural que el Estatuto de los Teleservicios y sólo introducirá algunos cambios estatutarios necesarios, por ejemplo, en relación al almacenamiento provisional y el alcance del principio de mero conducto.

La Directiva de la Sociedad de la Información aún tendrá que ser aprobada e integrada en la Ley de Derechos de Autor de Alemania. Su impacto dependerá de si el legislador en Alemania consigue hacer del enfoque de «no mirar demasiado detenidamente» una fórmula operativa.

Notas

1. AG Nagold, CR 1996, 240.
2. Ley de Derechos de Autor y Derechos Relacionados de Alemania (*Urheberrechtsgesetz*), 9 de septiembre, 1965, BGBl. I, p. 1273, según la enmienda del 6 de julio, 1998, BGBl. I, p. 1827.
3. Lütje in Hoeren/Sieber, *Handbuch Multimedia Recht*, diciembre. 1998, Rn 180.
4. Schwarz, *Urheberrecht und unkörperliche Verbreitung multimedialer Werke*, GRUR 1996, 836, 840; a cargo de Lütje, *infra* Rn 189.
5. LG Munich I, 30 de marzo, 2000, JurPC Web-Dok. 73/2000.
6. Lütje, *infra* Rn 173.
7. *Gesetz über die Nutzung von Telediensten*, 13 de junio, 1997, BGBl. I, p. 1870.
8. Ver Klöck, *Bundeskompentenz für ein Multimedia-Recht?*, CR 1999, 456.
9. Bettinger/Freytag, *Privatrechtliche Verantwortlichkeit für Links*, CR 1998, 545, 547.
10. BT-Drs. 13/7385, 9 de abril, 1997, p. 19; Sieber in Hoeren/Sieber, *Handbuch Multimedia Recht*, diciembre, 1998, Rn 245.
11. Telekommunikationsgesetz, 25 de julio, 1996, BGBl. I, p. 1120.
12. Traducción no oficial del autor de este artículo.
13. Sieber, *infra* Rn 219.
14. Bettinger/Freytag, *infra* en pp. 546 y ss.
15. Bettinger/Freytag, *infra* en p. 548.
16. Sieber, *infra* Rn 249.
17. BT-Drs. 13/7385, § 5 (1) TDG.
18. Sieber, *infra* Rn 256.
19. Sieber, *infra* Rn 300; Bröhl Georg M., *Rechtliche Rahmenbedingungen für neue Informations- und Kommunikationsdienste*, CR 1997, 73, 76; Engel-Flechsig/Maennel/Tettenborn, *Das neue Informations- und Kommunikationsdienstegesetz*, NJW 1997, 2981, 2984.
20. Freitag, *Haftung der Internet-Service-Provider beim Hosting*, NET-Investor 12/98.
21. BT-Drs. 13/7385, § 5 (1) TDG.

22. Bettinger/Freytag, *infra* en p. 548.
23. AG Munich, 28 de mayo, 1998, CR 1999, 117.
24. LG Munich I, 8 de diciembre, 1999, CR 2000, 117.
25. Ernst, *Comment on* AG München, NJW-CoR 1998, 362, 364.
26. LG Potsdam, Jul 8, 1999, CR 2000,123.
27. Schmitz, *Comment on* LG Potsdam, CR 2000, 124, 125.
28. Según Schmitz, *infra*
29. Si no se sigue a Schmitz, *infra* en p. 125, que lee una excepción de responsabilidad estricta en la defensa del «mercado de opiniones» de BGH NJW 1986, 2503, 2504.
30. Internet Network Information Center.
31. LG Hamburgo, 16 de septiembre, 1998, NJW-CoR 1998, 302.
32. OLG Hamburgo, 4 de noviembre, 1999, U 274/98 (315 O 318/98).
33. Fiscal General de la División Penal del Tribunal Supremo (Bundesgerichtshof), Suspensión de la investigación contra los proveedores de Internet, NJW-CoR 1998, 175.
34. Sieber, *infra* Rn 271.
35. Sieber, *infra* Rn 285 y ss.
36. Sieber, *infra* Rn 288; Ernst, *infra*; Hoeren, *Ist Felix Somm ein Krimineller?*, NJW 1998, 2792, 2793.
37. BT-Drs. 13/7385, p. 20; Lütje, *infra* Rn 171; Engel-Flechsigt/Maennel/Tettenborn, *infra* en p. 2985.
38. Bettinger/Freytag, *infra* en p. 546 y ss.
39. Koch, *Zivilrechtliche Anbieterhaftung für Inhalt in Kommunikationsnetzen*, CR 1997, 193, 200.
40. Lütje, *infra* Rn 168.
41. Bettinger/Freytag, *infra* en p. 550.
42. Bettinger/Freytag, *infra* en p. 549.
43. Sieber, *infra* Rn 273.
44. Sieber, *infra* Rn 267.
45. LG Ffm, 27 de mayo, 1998, CR 1999, 45.
46. Sieber, *infra* Rn 275.
47. LG Munich I, 20 de septiembre, 2000, 7HK O 12081/00, www.netlaw.de/urteile/lgm_19.htm.
48. Comparar BT-Drs. 7385, p. 19; Sieber, *infra* Rn 259.
49. Sieber, *infra* Rn 261 y ss.
50. Spindler, *Haftungsrechtliche Grundprobleme der neuen Medien*, NJW 1997, 3193, 3196.
51. OLG Munich, 26 de febrero, 1998, CR 1998, 300.
52. Sieber, *infra* Rn 264; Spindler, *infra*, p. 3196; alegado por by Ernst, *infra* en p. 364.
53. Flechsig/Gabel, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit im Netz durch Einrichten und Verhalten von Hyperlinks*, CR 1998, 351, 354.
54. LG Lübeck, 24 de noviembre, 1998, NJW-CoR 1999, 428.
55. Ernst, *Comment on* LG Lübeck, NJW-CoR 1999, 430.
56. LG Hamburgo, 5 de diciembre, 1998, CR 1998, 565.
57. LG Munich I, 25 de febrero, 2000, 4 HK O 6543/00, JurPC Web-Dok. 168/2000.
58. OLG Hamburgo, *infra* Fn 33; Bettinger/Freytag, *infra* p. 551; Informe sobre la lucha contra los delitos en Internet CR 1999, 200, 202; Engel-Flechsigt/Maennel/Tettenborn, *infra* at p. 2985.

59. LG Munich I, 30 de marzo, 2000, JurPC Web-Dok. 73/2000.
60. BT-Drs. 13/7385, § 5 (2).
61. Sieber, *infra* Rn 276; Spindler, *infra* p. 3196.
62. Sieber, *infra* Rn 279.
63. Sieber, *infra* Rn 279.
64. BT-Drs. 13/7385, p. 20; Sieber, *infra* Rn 311 y ss; Bettinger/Freytag, *infra* p. 551.
65. Informe sobre la lucha contra los delitos en Internet CR 1999, 200, 202.
66. BT-Drs. 13/7385, p. 51.
67. Bettinger/Freytag, *infra* p. 552; Informe sobre la lucha contra los delitos en Internet CR 1999, 200, 202.
68. BT-Drs. 13/7385; Lütje, *infra* Rn 177; Sieber, *Kontrollmöglichkeiten zur Verhinderung rechtswidriger Inhalte in Computernetzen (I). Zur Umsetzung von § 5 TDG am Beispiel der Newsgroups des Internet*, CR 1997, 581, 584 y ss.
69. Bettinger/Freytag, *infra* en p. 551.
70. Bettinger/Freytag, *infra* en p. 552.
71. Bettinger/Freytag, *infra* en p. 552.
72. OLG Munich, 3 de febrero, 2000, 6 U 5475/99.
73. Lütje, *infra* Rn 178.
74. «Posición Común aprobada por el Consejo con la perspectiva de aprobación de una Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo para la Armonización de ciertos aspectos de los Derechos de Autor y otros Derechos Relacionados en la Sociedad de la Información», 14 de septiembre, 2000, 1997/0359/COD, <http://register.consilium.eu.int>, Doc No. 9512/00.
75. «Directiva sobre ciertos aspectos legales de los Servicios de la Sociedad de la Información», especialmente, el comercio electrónico, en el mercado interno, 17 de julio, 2000.
76. Brisch, *EU-Richtlinienvorschlag zum elektronischen Geschäftsverkehr*, CR 1999, 235, 236.
77. Directiva 98/34 EC, 22 de junio, 1998, OJ L 204, p. 37, según la enmienda de la Directiva 98/48 CE del 20 de julio, 1998, OJ L 217, p. 18
78. Geis, *Die Europäische Perspektive der Haftung von Informationsanbietern und Zertifizierungsstellen*, CR, 1999, 772, 773.

La protección internacional de las bases de datos no creativas

Frank Gotzen

Índice

Reseña histórica de la Directiva europea sobre la protección jurídica de las bases de datos	40
El ámbito de aplicación de la Directiva	41
El objetivo de la Directiva como tal no consiste en proteger el contenido de una base de datos	42
La Directiva como tal no protege más que el continente de una base de datos	43
La protección del continente creativo por el derecho de autor	43
La protección del continente no creativo por el derecho de <i>sui generis</i>	44
¿Hacia una protección internacional de las bases de datos no creativas?	47
La labor de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual	47
Las objeciones estadounidenses	47

Reseña histórica de la Directiva europea sobre la protección jurídica de las bases de datos

A pesar de su anterior declaración, recogida en el Libro Verde de 1988 sobre «los derechos de autor y el desafío tecnológico»,¹ según la cual no apremiaba actuar en este ámbito, la Comisión de la Comunidad Europea consideró, en un programa de trabajo de 1991, publicado con el título de «Seguimiento del Libro Verde», que había que «establecer sin demora un marco jurídico uniforme y estable»² y, efectivamente, el 15 de abril de 1992, se presentó una propuesta de Directiva sobre «la protección jurídica de las bases de datos»,³ que fue modificada el 4 de octubre de 1993,⁴ y cuyo texto proclamaba el principio de la protección de las bases de datos fundándose en el derecho de autor. En varias de sus disposiciones recogía casi literalmente

el contenido de la Directiva sobre la protección jurídica de programas de ordenador, pero un elemento completamente nuevo respecto de la Directiva sobre programas de ordenador era la generalización en el plano de la Comunidad de la «norma de los catálogos», procedente del derecho escandinavo,⁵ cuyo interés radicaba en la posibilidad de proteger contra el saqueo comercial un conjunto de datos recopilados pacientemente y trabajosamente que, sin ser necesariamente original en el sentido del derecho de autor, hubiese podido sin embargo adquirir un valor propio que un rival podría querer explotar gratuitamente en beneficio propio. De ahí que la propuesta de Directiva contuviese a este respecto un derecho *sui generis*, llamado en un principio de forma poco elegante «derecho de impedir la extracción no autorizada del contenido de una base de datos»,⁶ gracias al cual el creador de una base constituida por datos que no estuvieran protegidos por el derecho de autor, como hechos o números, pudiese gozar, durante un periodo limitado a 15 años, del derecho a prohibir la extracción o la reutilización con fines comerciales de la totalidad o de una parte sustancial de estos datos. Este derecho se aplicaría independientemente de una posible protección durante más tiempo de la base de datos por el derecho de autor.

El texto de esta propuesta se sometió a nuevas discusiones en el Consejo del Mercado Interior, que el 10 de julio de 1995 adoptó una posición común⁷ que, partiendo de las propuestas de la Comisión que hemos esbozado, contenía a su vez nuevos elementos. Después de algunas modificaciones, sobre todo de forma, decididas por el Parlamento Europeo,⁸ este texto pasó a ser el de la Directiva de 11 de marzo de 1996 sobre la protección jurídica de las bases de datos.⁹ Al igual que en la propuesta inicial, se pueden distinguir en ella dos aspectos principales: la protección de los bancos de datos fundada en el derecho de autor y la instauración en este ámbito de un derecho *sui generis* totalmente nuevo. Antes de examinar en detalle ambos aspectos, convendrá que analicemos el primer capítulo de la Directiva que, por definir su ámbito de aplicación, constituye en cierto modo la introducción a los dos capítulos siguientes.

El ámbito de aplicación de la Directiva

El Artículo 1, en su primer párrafo, afirma ante todo que la Directiva tiene por objeto proteger jurídicamente «las bases de datos, sean cuales fueren sus formas». Es decir, que tratará tanto de las bases de datos en línea como de las que no están en línea (CD-ROM, CD-I). En su segundo párrafo se declara que se entiende por base de datos «las recopilaciones de obras, de datos o de otros elementos independientes dispuestos de manera sistemática o metódica y accesibles individualmente por medios electrónicos o de otra forma». Por lo tanto, la Directiva abarca tanto las recopilaciones de obras ya existentes como las de simples datos factuales no cubiertos en sí mismos por un derecho exclusivo. Se desprende del considerando 14 que precede a la Directiva que el objeto de este texto es hacer extensiva su aplicación a las bases de

datos no electrónicas,¹⁰ diferencia considerable respecto de la propuesta inicial de la Comisión.

La exigencia de que los datos estén dispuestos de manera «sistemática o metódica» explica por qué la fijación de una sola obra audiovisual, cinematográfica, literaria o musical como tal no forma parte del campo de aplicación de la Directiva.¹¹ Asimismo, explica por qué la mera compilación de varias fijaciones de ejecuciones musicales en un CD tampoco forma parte de su ámbito de aplicación.¹²

El objetivo de la Directiva como tal no consiste en proteger el contenido de una base de datos

Se ha afirmado que la Directiva europea pretendía, en su parte relativa al derecho de autor, recogida en el segundo capítulo, proteger el *continente* de la base, mientras que en su tercer capítulo, relativo al derecho *sui generis*, pretendía proteger su *contenido*.¹³ La distinción entre el continente de una base de datos y su contenido es, desde luego, interesante, pero nos parece que, más que mostrar la diferencia entre los capítulos segundo y tercero puede desempeñar una función útil respecto del conjunto de los capítulos de la Directiva, explicando lo que distingue la posible protección de una base de la eventual protección de sus datos.

A decir verdad, se observa que la Directiva adopta una posición bastante neutral frente al *contenido* de una base de datos, cuya condición jurídica preexistente no pretende modificar. O bien los datos en cuestión serán meros hechos o números no protegidos, y en tal caso no bastará su introducción en una base de datos para conferirles las cualidades de que carecían para gozar de una protección a la que no tenían derecho anteriormente,¹⁴ o bien el contenido comprenderá escritos, composiciones musicales u otras obras literarias y artísticas, y en ese caso el hecho de que se recojan en una compilación electrónica no modificará en modo alguno su protección ya existente.¹⁵

En cambio, allí donde la Directiva pretende realmente ejercer influencia es a propósito de la protección de la «disposición sistemática o metódica» de ese contenido, a que se refiere el capítulo primero de su texto.¹⁶ Se trata, pues, en cuanto a los dos capítulos siguientes de la Directiva, de proteger la estructura de la base o, en otras palabras, su *continente*. Si esa estructura constituye una creación intelectual, estará amparada por el derecho de autor del segundo capítulo. Si, por el contrario, sin poseer esa cualidad creativa, hubiese sido, con todo, objeto de otro esfuerzo, digno de protección, intervendrá el tercer capítulo de la Directiva confiriéndole un derecho *sui generis*, diferente pero afín al derecho de autor,¹⁷ como explicaremos a continuación más detalladamente.

La Directiva como tal no protege más que el continente de una base de datos

La protección del continente creativo por el derecho de autor

La Directiva sobre la protección jurídica de las bases de datos se inspira palmariamente en las primeras directivas europeas que hemos mencionado antes, cuando en el párrafo 1 de su Artículo 3, declara que «las bases de datos que por la selección o la disposición de su contenido constituyan una creación intelectual de su autor estarán protegidas, como tal creación, por los derechos de autor». De esta manera, se armoniza el criterio de la protección por el derecho de autor de las bases de datos que, por idéntico concepto pero en diferentes grados,¹⁸ ya se había concedido antes en casi todos los países de la Comunidad.¹⁹

Al hacer hincapié en que el criterio de protección deberá residir en «la selección o la disposición» de las materias, la Directiva pretende indicar que esta protección será independiente de la que pudiere reconocerse a las materias que compongan la base de datos.²⁰ La Directiva recalca además de forma explícita en el párrafo 2 de su Artículo 3 y en su Artículo 13 que su ámbito de aplicación no podrá hacerse extensivo al contenido de la base y se entenderá sin perjuicio de los derechos, en particular de los autores, que subsistan sobre dicho contenido. El considerando 18 explica que, por consiguiente, los autores de las obras preexistentes o los titulares de derechos afines sobre prestaciones que podrían almacenarse en las bases de datos conservan la libertad de optar por esta forma de reproducción, pero ello quiere decir asimismo que la originalidad de las obras contenidas en una base de datos seguirá estableciéndose según los conceptos nacionales, que aún no han sido armonizados (salvo respecto de los programas de ordenador o las fotografías, a los que se aplican las definiciones recogidas en las Directivas que tratan específicamente de ellos).

En la segunda frase del párrafo 1 del Artículo 3 de la Directiva se subraya que, en materia de bases de datos, «no serán de aplicación otros criterios» para determinar si pueden beneficiarse de esta protección por el derecho de autor.

Como la fórmula elegida es idéntica a la de la Directiva sobre la protección jurídica de programas de ordenador, conviene recordar los motivos que llevaron al legislador europeo a uniformar de esta manera el criterio de protección en esta materia. Recordemos que el Tribunal Federal alemán, en sentencia del 9 de mayo de 1985,²¹ había llevado el nivel de la originalidad necesaria para proteger un programa por el derecho de autor a un nivel muy elevado. En efecto, el Tribunal había tenido en cuenta una originalidad «neta» que debía «desmarcarse del saber hacer habitual de un programador medio». Esta jurisprudencia, claramente más severa que en otros ámbitos artísticos o literarios,²² había situado además a Alemania en una posición bastante aislada en relación con los demás países de la Comunidad Europea y fue la principal causa de que la Comisión Europea interviniera para proponer un criterio de protección armonizado del soporte lógico.²³

Dado que, con las bases de datos, no salimos del ámbito de la informática, con- vendrá que razonemos de igual modo evitando aplicar criterios demasiado severos.

En cuanto a la titularidad de los derechos, señalaremos sobre todo que la Directiva ya no recoge la norma sobre los autores asalariados que todavía figuraba en la propuesta de la Comisión. De acuerdo con este primer texto, «cuando un traba- jador asalariado cree un programa de ordenador o una base de datos en el ejercicio de las funciones que le han sido confiadas, o siguiendo las instrucciones de su empresario, la titularidad de los derechos económicos correspondientes al programa de ordenador o a la base así creados corresponderá exclusivamente al empresario, salvo acuerdo en contrario».²⁴ Este texto ha desaparecido y no figura más que de forma optativa en un considerando introductorio.²⁵

La Directiva proporciona asimismo un elenco de los actos sujetos a la autoriza- ción del autor y una lista de excepciones que deberán o que podrán hacerse,²⁶ entre las cuales deberá figurar en todo caso la libertad del usuario legítimo de efectuar todos los actos necesarios para tener acceso al contenido de la base de datos y a su utilización normal.²⁷

La protección del continente no creativo por el derecho sui generis

La aportación principal de la nueva Directiva se encuentra, con todo, en su Capítulo III, que prevé un nuevo derecho *sui generis* en beneficio del fabricante de una base de datos, que podrá aplicarse a todas las bases, sea cual fuere su contenido. El párrafo 4 del Artículo 7 afirma, en efecto, que ese derecho *sui generis* «se aplicará con independencia de la posibilidad de que dicha base de datos esté protegida por el derecho de autor o por otros derechos». Es decir, que desaparece la restricción que aún recogía el Artículo 10 de la propuesta original de la Comisión, tendente a excluir de la protección del derecho *sui generis* las bases «compuestas por obras ya protegidas por un derecho de autor». Añadamos que, de hecho, esta solución ya se incluía en la definición amplia del primer capítulo que mencionamos anteriormente.²⁸

El criterio de protección ya no será el subjetivo de la originalidad, sino otro perfectamente objetivo, el de «la inversión sustancial desde el punto de vista cualitativo o cuantitativo» para obtener, comprobar o presentar datos.²⁹ Y no parece tratarse de cualquier esfuerzo financiero vinculado a una producción, sea cual fuere, ya que el considerando 19 nos pone por ejemplo «la compilación de varias fijaciones de ejecu- ciones musicales en un CD», que normalmente no ampararía el derecho *sui generis*, «porque no representa una inversión suficientemente sustancial». Lo anterior demuestra claramente, dado que nadie puede negar los considerables gastos que entraña la producción de un CD, que la inversión sustancial deberá referirse más exactamente a la forma de disponer, «de manera sistemática o metódica y accesible individualmente» de las obras, los datos u otros elementos independientes, a que se refiere el párrafo 2 del Artículo 1, con lo que queda demostrado que también el dere-

cho *sui generis*, al igual que el derecho de autor del capítulo anterior, se refiere a la estructura de una base, y por lo tanto a su continente. El considerando 40 señala, no obstante, que esa inversión puede consistir no sólo en la aplicación de medios financieros, sino también en el empleo de tiempo, de esfuerzo y de energía, lo que explica por qué se otorga el derecho *sui generis* al fabricante, definido en el considerando 41 como «la persona que toma la iniciativa y asume el riesgo de efectuar las inversiones».³⁰

Para proteger esta inversión de la copia a un costo mucho menor, se concede al fabricante el derecho a que «pueda prohibir la extracción y/o reutilización de la totalidad o de una parte sustancial del contenido» de la base de datos.³¹ Por «extracción» se entiende «la transferencia permanente o temporal de la totalidad o de una parte sustancial del contenido de una base de datos a otro soporte, cualquiera que sea el medio utilizado o la forma en que se realice». Por «reutilización», se entiende «toda forma de puesta a disposición del público de la totalidad o de una parte sustancial del contenido de la base mediante la distribución de copias, alquiler, transmisión en línea o en otras formas».³²

Por lo tanto, la categoría de la extracción corresponde a un derecho de reproducción en el sentido estricto de la palabra, y al respecto debe observarse que este derecho se refiere asimismo a la transferencia sustancial, pero «temporal», de datos, como explica el considerando 44, según el cual, «cuando la visualización en pantalla del contenido de una base de datos requiera la transferencia permanente o temporal de todo o de una parte sustancial del contenido a otro soporte, este acto estará sometido a la autorización del titular del derecho». Así pues, la Comunidad toma implícitamente partido a favor de la teoría de que la visualización, aunque sea temporal, en pantalla equivale a un acto de reproducción.

El concepto de «reutilización» es más complejo, ya que no sólo abarca el derecho de distribución y de alquiler, sino también el de transmisión en línea, y al respecto es importante observar que, si bien la primera venta de una copia de una base de datos en la Comunidad por el titular de los derechos o con su consentimiento extinguirá el derecho de control de las ventas sucesivas de dicha copia en la Comunidad,³³ la situación es diferente en el caso de la transmisión en línea, en el que, en efecto, el derecho de prohibir la reutilización no se extingue ni en lo que concierne a la base de datos ni en lo que respecta a la copia material de esta misma base o de parte de la misma efectuada con el consentimiento del titular del derecho por el destinatario de la transmisión.³⁴ Se trata en cierto modo de una aplicación de la teoría clásica de la extinción del derecho, según la cual esta figura jurídica sólo puede aplicarse a la distribución de copias materiales, no a la difusión ni a la transmisión de forma inmaterial.

Es importante destacar que, por una parte, el alcance del nuevo derecho será extremadamente amplio, ya que va a permitir decomisar no sólo la copia servil o la confección de un producto competidor parásito, sino incluso un producto derivado presentado de forma diferente pero que parta de una reutilización sustancial de los

elementos estructurales de una base preexistente.³⁵ Pero, por otra parte, el fabricante no podrá ejercer su derecho *sui generis* respecto de una reutilización de datos no sustancial.³⁶ Además, como el derecho *sui generis* no da lugar a la creación de un nuevo derecho sobre los elementos contenidos en la base, el fabricante no podrá impedir que un tercero adquiera legítimamente de otra fuente las obras o datos, aunque constituyan una parte sustancial de una base de datos ya existente.³⁷

Cabe la posibilidad de acumulación con la protección por el derecho de autor, ya que el párrafo 4 del Artículo 7 precisa que el derecho *sui generis* «se aplicará con independencia de la posibilidad de que dicha base de datos esté protegida por el derecho de autor o por otros derechos». Por lo demás, a menudo tendremos que hablar de coexistencia de derechos, más que de acumulación ya que, a reserva de los pactos contractuales, los titulares no tienen por qué ser necesariamente los mismos.³⁸

La vigencia del derecho *sui generis* será en principio de 15 años, pero debe observarse que el Artículo 10 que la determina permite asimismo tener en cuenta los efectos de una actualización importante, pues su párrafo 3 dice que «cualquier modificación sustancial, evaluada de forma cuantitativa o cualitativa, del contenido de una base de datos y, en particular, cualquier modificación sustancial que resulte de la acumulación de adiciones, supresiones o cambios sucesivos que conduzcan a considerar que se trata de una nueva inversión sustancial, evaluada desde el punto de vista cuantitativo o cualitativo, permitirá atribuir a la base resultante de dicha inversión un plazo de protección propio». El efecto práctico de esta disposición podría perfectamente consistir en conferir una vigencia eterna a bases de datos algo dinámicas,³⁹ pero, a decir verdad, no se trata de una verdadera revolución. ¿No existe ya en la actualidad en el derecho de autor el fenómeno de las reediciones regulares o de las actualizaciones de obras de hojas móviles, que perpetúan la protección?⁴⁰

En la medida en que no está amparado ni por las convenciones multilaterales clásicas sobre el tema, ni por el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC),⁴¹ no se aplica al derecho *sui generis* la norma del trato nacional, motivo por el cual el Artículo 11 permite hacer depender la protección de bases de datos fabricadas en terceros países de la conclusión de acuerdos negociados con la Comunidad, que podrán recurrir al régimen de la reciprocidad. Esta situación plantea la cuestión de la protección a nivel internacional, muy deseable, claro está, en un ámbito tecnológico tan importante en el plano mundial.

¿Hacia una protección internacional de las bases de datos no creativas?

La labor de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual

La Conferencia diplomática de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre ciertas cuestiones de derecho de autor y derechos conexos, que se celebró en Ginebra del 2 al 20 de diciembre de 1996, confirmó ante todo, en el Artículo 5 del nuevo «Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Derecho de Autor», que las bases de datos, también denominadas «compilaciones de datos o de otros materiales, en cualquier forma», están protegidas como tales cuando «por la selección o disposición de sus contenidos constituyan creaciones de carácter intelectual». En el mismo texto se recuerda además que «esa protección no abarca los datos o materiales en sí mismos y se entiende sin perjuicio de cualquier derecho de autor que subsista respecto de los datos o materiales contenidos en la compilación».⁴²

Ahora bien, en la Conferencia también se presentó «una propuesta básica de las disposiciones sustantivas del Tratado relativo a la propiedad intelectual respecto de las bases de datos»,⁴³ cuyo interés principal consistía en que recogía la idea europea de un derecho *sui generis*. La Conferencia no pudo examinar el documento,⁴⁴ y se limitó a adoptar una recomendación relativa a las bases de datos⁴⁵ que expresaba, entre otras cosas, el deseo de «continuar el examen de las posibles implicaciones y beneficios de un sistema *sui generis* de protección de las bases de datos a nivel internacional».

Posteriormente se publicó un informe redactado al término de una reunión de información sobre la propiedad intelectual en materia de bases de datos, que se celebró en Ginebra del 17 al 19 de septiembre de 1997,⁴⁶ aunque sus autores se limitaban a constatar la voluntad de los participantes de continuar la labor relativa a la protección *sui generis*, como en efecto se ha hecho en el «Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos», que ha seguido examinando la cuestión durante sus reuniones de noviembre de 1998,⁴⁷ mayo de 1999⁴⁸ y noviembre de 1999,⁴⁹ pero sin que haya conseguido llegar a un consenso.

La mengua del ritmo observada en la construcción internacional de un régimen de protección *sui generis* corresponde, de hecho, a la reticencia cada vez más acusada de determinados círculos, sobre todo estadounidenses, ante la protección de las bases de datos no creativas.

Las objeciones estadounidenses

En un principio, los estadounidenses se mostraron bastante interesados por el régimen europeo de un derecho *sui generis*, por parecerles una solución que permitía lle-

nar un cierto vacío que en este ámbito había dejado la sentencia en el caso *Feist* del Tribunal Supremo de los Estados Unidos,⁵⁰ que, como se sabe, había dado lugar a una mejora de los criterios de protección aplicados por algunos jueces estadounidenses⁵¹ que, antes de esa sentencia, a veces se habían limitado a exigir que se demostrara la existencia de un esfuerzo propio («el sudor de la frente»), para evolucionar hacia un criterio de la originalidad al modo europeo,⁵² que exige la presencia de una creatividad más personal. Esta evolución dejaba vía libre a una protección de nuevo tipo de algunas bases de datos que, aunque no fueran originales en el sentido de la sentencia *Feist*, representasen una inversión considerable.

Ésta es la razón por la que al principio los Estados Unidos no sólo habían contribuido a la labor de la OMPI en este ámbito,⁵³ sino que incluso se habían orientado hacia la introducción de un tipo de protección *sui generis* en su régimen nacional de derecho de autor.⁵⁴ Pero a raíz de las críticas procedentes principalmente de los ámbitos de la investigación y de la ciencia de los Estados Unidos, este país ha dado muestras de una reticencia creciente que explica no sólo la lentitud de las discusiones a nivel internacional, sino también el estancamiento y la reorientación⁵⁵ de sus propios proyectos nacionales.

Algunas de estas críticas no resisten un examen más profundo. Por ejemplo, se ha alegado, en términos generales, que el régimen *sui generis* europeo abocaría, si no a un monopolio del saber, al menos a una privatización de los datos científicos,⁵⁶ cosa que sólo se puede afirmar si se pasa por alto que la Directiva europea no confiere, en ninguna de sus disposiciones, un derecho sobre los hechos en bruto o sobre los datos puros. Asimismo, debemos subrayar de nuevo que el derecho *sui generis* europeo no permite oponerse a la extracción ni a la reutilización no sistemáticas de partes no sustanciales del contenido de una base de datos. Por último, recordemos que, más en general, no se podrá prohibir jamás a nadie investigar ni acopiar independientemente datos que se encuentren ya recopilados en una base de datos existente.

Pueden parecer, en cambio, más fundadas las críticas de los especialistas estadounidenses relativas al alcance demasiado restringido de las excepciones introducidas por la Directiva europea a favor de la enseñanza y la investigación científica.⁵⁷ Ante todo, ¿deben seguir siendo facultativas estas excepciones, tal como las formulan los Artículos 6 y 9 de la Directiva en la actualidad, tanto por lo que hace al derecho de autor como al derecho *sui generis*? ¿No sería más conveniente hacerlas obligatorias? En segundo lugar, ¿debe limitarse la excepción, en lo que se refiere más en concreto al derecho *sui generis*, a la mera extracción de los datos? ¿Por qué no permitir asimismo su libre reutilización, con fines científicos o educativos no comerciales, permitiendo de ese modo la circulación y la comunicación no comerciales de los datos dentro de la comunidad científica o educativa?⁵⁸

A nuestro juicio, para alcanzar una protección internacional de las bases de datos no creativas habría que convencer a los Estados Unidos de las cualidades de la solución europea de un derecho *sui generis*, entendido como un verdadero derecho

de propiedad intelectual nuevo. Si para ello hubiese que modificar en algo el alcance de la excepción a favor de la investigación científica, se provocaría una revolución en Europa.

Lo anterior es tanto más cierto cuanto que la revisión de la excepción actual en materia de investigación o de enseñanza no debería orientarse necesariamente hacia una liberalización completa. Exceptuar algunos actos de un derecho no equivale forzosamente a permitir su libre utilización plena. Todos los regímenes intermediarios son en efecto concebibles. Por ejemplo, se podría limitar el alcance de la excepción a los casos en los que fuese imposible o muy difícil acceder a los datos a terceras personas, que no los pudieran recopilar o que sólo pudieran hacerlo a costa de gastos prohibitivos. También se podría modular la solución imponiendo condiciones de fondo, como la de la inexistencia de autorización voluntaria del titular original de los derechos.⁵⁹ Por último, cabe, desde luego, pensar en matizar la excepción implantando un régimen de licencias de pago conforme a un principio de remuneración equitativa.

Como se ve, existe toda una gama de soluciones que permitirían llegar a un equilibrio justo entre los titulares de los derechos y los usuarios científicos, permitiendo de esta manera despejar la discusión a nivel internacional con el fin de alcanzar el consenso indispensable sobre un tema que no interesa sólo a Europa, sino que atañe a la sociedad de la información a nivel mundial.

Notas

1. COM (88) 172. Sobre el documento, véase A. FRANÇON, «Réflexions sur le Livre Vert», *RIDA*, 1989, págs. 129-157.
2. COM (90), 584, nº 6 de marzo de 1991.
3. D.O. nº C 156 de 23 de junio de 1992.
4. D.O. nº C 308 de 15 de noviembre de 1993.
5. Compárese con G. Karnell, «The Nordic Catalogue Rule», en E. J. Dommering y P. B. Hugenholtz (comps.), *Protecting Works of Fact*, Deventer, 1991, págs. 67-72; J. Lieder, «International protection of databases. A non-copyright regime to complement copyright?», *Festschrift till Gunnar Karnell*, Estocolmo, 1999, págs. 447-449.
6. Artículo 1, párrafo 2; Artículo 2, párrafo 5; Artículo 8 y Artículo 9, párrafos 3 y 4.
7. D.O. nº C 288 del 30 de octubre de 1995.
8. D.O. nº L 17 del 22 de enero de 1996.
9. D.O. nº L 77 del 27 de marzo de 1996.
10. Compárese con el Artículo 10, párrafo 2, del Acuerdo sobre los ADPIC.
11. Considerando 17.
12. Es la banalidad del sistema o del método la que, a nuestro juicio, funda la constatación precisa del considerando 19, según el cual un CD no forma parte del ámbito de aplicación de la Directiva «porque, como compilación, no reúne las condiciones para su pro-

- tección por el derecho de autor, y porque no representa una inversión suficientemente sustancial para acogerse al derecho *sui generis*».
13. F. De Visscher y B. Michaux, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, Bruselas, 2000, págs. 232 y 235; M. Buydens, «Le nouveau régime juridique des bases de dones», *I.R.D.I.* 1999, págs. 4-6; A. Strowel, «La loi du 31 août 1998 concernant la protection des bases de dones», *Journal des Tribunaux* 1999, pág. 299, pero más concreta y, a nuestro juicio, más exactamente, en A. Strowel y J. P. Triaille, *Le droit d'auteur, du logiciel au multimédia*, Bruselas, 1997, págs. 322 y 323: «Cuando decimos que el derecho *sui generis* se refiere al contenido de la base [...] debe entenderse la *forma no original* del conjunto de esas informaciones [...] la novedad de la Directiva radica [...] en instaurar una protección de un *contenido formalizado*, pero no original en el sentido del derecho de autor».
 14. Considerandos 45 y 46.
 15. Artículo 13.
 16. Compárese con A. Lucas, *Droit d'auteur et numérique*, París, 1998, pág. 56: «Ateniéndose estrictamente al texto del párrafo 2 del primer artículo, cabría decir que, al no existir disposición sistemática o metódica alguna, no se trata en modo alguno de una base de datos».
 17. Compárese con M. Vogel, en Schricker, *Urheberrecht*, Munich, 2ª ed., 1999, quien con motivo de la transposición de la Directiva al derecho alemán, subraya que el derecho *sui generis* no tiene por objeto el contenido de la base, sino un conjunto recopilado y estructurado costosamente: «Lo anterior no se aplica a cualquier compilación [...] sino a una compilación efectuada de manera sistemática y metódica, con elementos a los que se puede acceder individualmente» (pág. 1317). «El objeto de su protección no es el contenido del banco de datos [...] sino la totalidad de los contenidos considerados como un bien inmaterial y que han sido compilados gracias a grandes esfuerzos de inversión y que han sido ordenados y hechos accesibles individualmente» (pág. 1324).
 18. A causa de la referencia expresa al elemento de creatividad intelectual que debe caracterizar el esfuerzo propio de un autor no vemos ninguna razón para tener una reducción del nivel de la originalidad que la mayoría de los países europeos exige a «la no copia» inglesa, a diferencia de G. Koumantos, «Les bases de données dans la Directive européenne», *RIDA*, 1997, 171, págs. 91-95. Tampoco vemos, por lo demás, a un comentarista inglés sostener lo contrario declarando lo siguiente: «El criterio esencial es la creación intelectual del autor [...] Gracias a la Directiva, los holandeses, los irlandeses y los británicos se verán obligados a renunciar a su 'derecho de autor' obtenido 'con el sudor de su frente', en la medida en que abarque las informaciones compiladas en una sola fuente, cuando esa fuente constituya una base de datos» (W. R. Cornish, «Protection of and vis-à-vis databases», *Copyright in Cyberspace. ALAI Study Days, Amsterdam 1996*, Amsterdam, 1997, pág. 437). Comp. T. M. Cook, «The final version of the EC Database Directive – A model for the rest of the world», *Copyright World*, 1996, pág. 28; J. H. Reichman y P. Samuelson, «Intellectual Property Rights in Data?», *50 Vanderbilt L. Rev.*, 51, págs., 76 y 77 (1997).
 19. Sobre esta protección preexistente, véase F. Gotzen, «Grandes orientations du droit d'auteur dans les Etats membres de la C.E.E. en matière de banques de données», en *Banques de données et droit d'auteur*, Collection de l'IRPI n° 6, París, 1987, págs. 85-98, y «Programmes d'ordinateur et banques de données», en *Droit d'auteur et Communauté*

européenne. Le Livre Vert sur le droit d'auteur et le défi technologique, Collection du CIR n° 1, Kluwer Story-Scientia, Bruselas, 1989, págs. 35 y ss.

20. J. Gaster, «La nouvelle Directive européenne concernant la protection juridique des bases de données», *Auteurs & Media* 1996, pág. 190.
21. Sentencia en el caso «Inkasso-Programm», *GRUR*, 1985, pág. 1041.
22. Razón por la cual en la propia Alemania se formularon críticas, por ejemplo, G. Kolle, «Der angestellte Programmierer», *GRUR*, 1985, pág. 1017; H. Haberstumpf, «Grundsätzliches zum Urheberrechtsschutz von Computerprogrammen nach dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 9. Mai 1985», *GRUR*, 1986, págs. 233 y 234; U. Loewenheim, «Möglichkeiten des Rechtsschutzes für Computerprogramme», *Computer und Recht*, 1988, págs. 800 y 801.
23. J. Gaster, «La protection juridique des bases de données à la lumière de la discussion concernant le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information», en C. Doutrélepon, P. Van Binstyl, Wilkin, *Liberté droits et réseaux dans la société de l'information*, Bruselas, 1996, págs. 34 y 35; J. Gaster, *Der Rechtsschutz von Datenbanken*, Köln, 1999, págs. 49-51.

Una vez ultimada la transposición al derecho alemán de la Directiva europea, el Tribunal Federal alemán reconsideró, en efecto, su posición inicial en la sentencia sobre el «Buchhaltungsprogramm» del 14 de julio de 1993, *GRUR*, 1994, pág. 39, en que se reconoce que «en el futuro, las condiciones de protección de los programas serán menos estrictos». Acerca de este fallo véase G. Schricker, «Farewell to the 'level of creativity' (Schöpfungshöhe) in German copyright law?», *IIC*, 1995, págs. 41-48.

24. Párrafo 4 del Artículo 3 de la propuesta modificada de Directiva sobre la protección jurídica de las bases de datos, que recoge el párrafo 3 del Artículo 2 de la Directiva sobre la protección jurídica de programas de ordenador.
25. El considerando 29, que dice así: «Considerando que el régimen aplicable a la creación asalariada se deja a la discreción de los Estados Miembros; que, por lo tanto, nada en la presente Directiva impide a los Estados Miembros precisar en su legislación que, cuando una base de datos haya sido creada por un empleado en cumplimiento de sus funciones o de acuerdo con las instrucciones de su empresario, este último, salvo disposición contractual en contrario, será el único facultado para ejercer todos los derechos patrimoniales sobre la base de datos».
26. Véanse los Artículos 5 y 6 junto con los considerandos 30-37.
27. Párrafo 1 del Artículo 6, y Artículo 15.
28. Párrafo 2 del Artículo primero, en que se define la base de datos, habida cuenta de los fines de los Capítulos 2 y 3, como «recopilaciones de obras, de datos o de otros elementos independientes dispuestos de manera sistemática o metódica y accesibles individualmente por medios electrónicos o de otra forma».
29. A. Strowel y J. P. Triaille, *Le droit d'auteur, du logiciel au multimédia*, Namur, 1997, n° 399, pág. 280.
30. Según este mismo considerando, «esto excluye, en particular, de la definición de 'fabricante' a los subcontratistas».
31. Párrafo 1 del Artículo 7.
32. Párrafo 2 del Artículo 7. Este texto precisa igualmente que el préstamo público no constituirá un acto de extracción o de reutilización.
33. Última frase del párrafo 2, apartado b), del Artículo 7.

34. Considerando 43.
35. Compárese con el considerando 42.
36. Párrafo 1 del Artículo 8. Pero sigue estando prohibido extraer o reutilizar partes, aunque no sean sustanciales, del contenido de la base de datos de forma repetida y sistemática que cause un perjuicio a la explotación normal de la base de datos o que lesione injustificadamente los intereses legítimos del fabricante de la base (párrafo 5 del Artículo 7 y párrafo 2 del Artículo 8).
37. Considerandos 45 y 46 y 18. Comp. H. M. H. Speyart, «De databank-richtlijn en haar gevolgen voor Nederland», *AMI*, 1996, pág. 175.
38. El creador, generalmente una persona física, respecto del derecho de autor aplicable a la base (Artículo 4) por un lado, y por otro, su fabricante, a menudo una persona jurídica (Artículo 7).
39. T. M. Cook, «The Current Status of the EC Database Directive», *Copyright World*, agosto de 1995, pág. 31; J. H. Reichman y P. Samuelson, «Intellectual Property Rights in Data?», 50 *Vanderbilt L. Rev.*, 51, pág. 90 (1997).
40. Compárese además con el párrafo 5 del Artículo 1 de la Directiva 93/98 de 29 de octubre de 1993 relativa a la armonización del plazo de protección: «cuando se trate de obras publicadas en volúmenes, partes, fascículos, números o episodios, cuyo plazo de protección comience a correr cuando la obra haya sido lícitamente hecha accesible al público, el plazo de protección correrá por separado para cada elemento».
41. El Artículo 10 del Acuerdo sobre los ADPIC no cubre más que «las compilaciones de datos» protegidas por el derecho de autor. T. M. Cook, *op. cit.*, pág. 32; P. Katzenberger, «TRIPS und das Urheberrecht», *GRUR Int.*, 1995, pág. 465.
42. Compárese con el párrafo 2 del Artículo 10 del Acuerdo sobre los ADPIC.
43. Documento de la OMPI, CRNR/DC/6, de 30 de agosto de 1996.
44. S. Von Lewinski, «Die diplomatische Konferenz der WIPO 1996 zum Urheberrecht und zu verwandten Schutzrechten», *GRUR Int.*, 1997, pág. 680; J. Liedes, «International protection of databases. A non-copyright regime to complement copyright?», *Festschrift till Gunnar Karnell*. Estocolmo, 1999, pág. 453.
45. Documento de la OMPI, CRNR/DC/100, del 23 de diciembre de 1996.
46. Documento de la OMPI, DB/IM/6 al 19 del septiembre de 1997.
47. *Revue de l'OMPI*, noviembre-diciembre de 1998, pág. 21. Véase también el documento de la OMPI, SCCR/1/9, del 10 de noviembre de 1998.
48. *Revue de l'OMPI*, mayo de 1999, pág. 6.
49. *Revue de l'OMPI*, noviembre-diciembre de 1999, págs. 14 y 15.
50. Sentencia del 27 de marzo de 1991, en el caso n° 89-1909, Feist Publications c. Rural Telephone Service, 499 U.S. 340 (1991).
51. J. Ginsburg, «Garden variety directory not worthy of copyright protection», *Copyright World*, julio/agosto de 1991, págs. 48 y 49.
52. En este sentido, véase H. Cohen Jehoram, en su nota sobre una sentencia comparable del Tribunal Supremo holandés del 4 de enero de 1991, *Ars Aequi*, 1992, pág. 38.
53. J. Liedes, «International protection of databases. A non-copyright regime to complement copyright?», *Festschrift till Gunnar Karnell*. Estocolmo, 1999, pág. 450.
54. Por ejemplo, la proposición de ley, presentada en 1996, sobre las inversiones en bases de datos y las medidas contra la piratería de la propiedad intelectual.
55. Existe una tendencia a presentar proyectos de ley que abordan el problema mediante sis-

- temas de competencia desleal. Véase sobre este tema M. J. Davison, «Proposed US Database Legislation: A Comparison with the UK Database Regulations», *EIPR*, 1999, págs. 279-284.
56. J. H. Reichman y P. Samuelson, «Intellectual Property Rights in Data?», *50 Vanderbilt L. Rev.*, 51, págs. 87-95 (1997).
 57. J. H. Reichman y P. Samuelson, «Intellectual Property Rights in Data?», *50 Vanderbilt L. Rev.*, 51, págs. 76-79 y 91-95 (1997).
 58. La crítica adicional expresada por los autores citados en la nota anterior sobre la supuesta limitación de las excepciones de los Artículos 6 y 9 «a título de ilustración de la enseñanza» se basa, empero, en una lectura errónea de la versión inglesa. Como se desprende más claramente de la versión francesa, la limitación a título de ilustración se refiere solamente a la enseñanza (compárese con el párrafo 2 del Artículo 10 del Convenio de Berna) y no a los «fines [...] de investigación científica», que únicamente se especifican por su finalidad no comercial. J. Gaster, *Der Rechsschutz von Datenbanken*, Colonia, 1999, págs. 101-102 y 149.
 59. Compárese con la fórmula empleada por el Consejo el 9 de junio de 2000 para regular el estatuto de las excepciones en relación a las medidas técnicas en el párrafo 4 del Artículo 6 de la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información.

ACTIVIDADES DE LA UNESCO

INFOética 2000 **El acceso universal a la información** **en el siglo XXI:** **los desafíos éticos, jurídicos** **y sociales del ciberespacio**

Informe sobre las deliberaciones y propuestas

Organización

INFOética 2000, tercer Congreso de la UNESCO sobre los desafíos éticos, jurídicos y sociales del ciberespacio, se celebró en la Sede de la UNESCO en París del 13 al 15 de noviembre de 2000. La apertura del Congreso estuvo a cargo de su Presidenta, Sra. Vigdis Finnbogadóttir, Presidenta de la Comisión Mundial de Ética de Conocimiento Científico y de la Tecnología y anterior Presidenta de la República de Islandia, y, en representación del Director General de la UNESCO, el Sr. Alain Modoux, Subdirector General de Comunicación e Información. El discurso inaugural de presentación del tema, «La sociedad de la información y la revolución de las expectativas» fue pronunciado por el Sr. David Konzevik (México).

Los debates tuvieron lugar, según se había previsto, en seis sesiones de medio día cada una. En total, 32 oradores de 19 países y cinco organizaciones intergubernamentales internacionales participaron en los seis grupos de discusión. En el presente informe de las deliberaciones figuran los informes preparados por los moderadores de las distintas sesiones. Asistieron al Congreso más de 300 participantes – principalmente funcionarios de organismos oficiales, abogados, universitarios, representantes de los medios de comunicación y de la sociedad civil – de 66 países y 53 organizaciones no gubernamentales.

Pronunciaron sendos discursos de clausura los Sres. Bernd Niehaus, Vicepresidente del Consejo Económico y Social en 2000, Embajador y Representante Permanente de Costa Rica ante las Naciones Unidas, y Philippe Quéau, Director de la División para la Sociedad de la Información de la UNESCO, en representación del Director General.

Los documentos de antecedentes que se facilitaron para orientar los debates fueron los siguientes:

- cuatro estudios temáticos preparados por los moderadores antes del Congreso;
- cuatro informes de los talleres regionales de INFOética celebrados durante el año 2000 en África, Asia y el Pacífico, Europa y América Latina, y un informe nacional, preparado por Egipto;
- los documentos presentados por los 32 ponentes durante las sesiones;
- varios documentos presentados por los participantes sobre los temas que se debatieron.

Antes de la celebración del Congreso se creó una página Web (<http://webworld.unesco.org/infoethics2000/index.html>) que se fue poniendo al día a medida que avanzaban las deliberaciones.

Debates

Los debates volvieron a confirmar la importancia y pertinencia de las cuestiones destacadas por el Congreso para el futuro desarrollo de la sociedad de la información. Se hizo especial hincapié en la necesidad de velar por que los principios ya consagrados en materia de derechos humanos se mantengan y refuercen en el nuevo entorno digital y en el ciberespacio. En este contexto, el acceso a la información para todos sigue siendo un derecho fundamental que debe defenderse con más eficacia e imaginación, en un espíritu de equidad, justicia y respeto mutuo.

Los estudios especiales, las aspiraciones expresadas en las conclusiones de los talleres regionales y las intervenciones realizadas en las diferentes sesiones demostraron, una vez más, la complejidad de las cuestiones éticas, jurídicas y societales y sus repercusiones para los usuarios de las tecnologías de la información y la comunicación. De ahí que se deba prestar mucha más atención a la forma de garantizar, a precios asequibles, un acceso a la información, especialmente la del dominio público, y a las tecnologías de la información en todos los países, comprendidos los países en desarrollo y los países en transición. Con este propósito, hay que buscar puntos de equilibrio entre los derechos legítimos de los productores y los usuarios de la información y la protección de ambos en los medios electrónicos. Se consideró que las actividades que más posibilidades ofrecían para poder hacer frente a este desafío eran las de sensibilización y fomento de la educación en todos los niveles.

También se reconoció en general que la organización de INFOética 2000 formaba parte de un objetivo a largo plazo, esto es, que los problemas éticos, jurídicos y societales que plantea un acceso más equitativo a la información se abordaran en los debates de la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información prevista para 2003. Se reafirmó claramente la función que incumbe a la UNESCO a la hora de tratar estos asuntos y señalarlos a la atención de la Cumbre.

Los informes de los diferentes grupos de debate, que se resumen a continuación dan cuenta de la riqueza de las deliberaciones y de las cuestiones planteadas durante el Congreso:

Tema A: La función de los poderes públicos en el acceso a la información

Grupo A I: Ampliar y hacer más eficaz el suministro de contenidos públicos

Los poderes públicos (en los planos central y local) son hoy en día la principal fuente de información del sector público y desempeñan una función decisiva a la hora de facilitar el acceso a la misma.

La información del sector público forma parte de nuestro «espacio público intelectual». Es crucial para la investigación, la educación, la innovación, la integración económica y social y constituye uno de los cimientos esenciales para construir una sociedad informada, participativa y mundial. Dicha información, semejante a un «bien público mundial» debería, por lo tanto, estar a disposición del público (es decir, formar parte del «dominio público»)¹. El beneficio para el público será tanto mayor si esas fuentes de información y conocimiento se comparten con el mayor público posible, en lugar de permitir que en la gestión de estos recursos prevalezcan la exclusividad y los intereses privados (en cuanto al control de la información).

Como guardianes e intérpretes del «interés público», los poderes públicos tienen responsabilidades para con los ciudadanos en cuyo nombre actúan. Son las siguientes:

- oponerse al aislamiento del espacio público intelectual y preservar los recursos existentes de información del dominio público;
- ampliar la proporción y mejorar la calidad de los conocimientos que están a disposición del público;
- facilitar un acceso más equitativo a esta información.

Los participantes hicieron especial hincapié en lo siguiente:

La disponibilidad de la información

- Los gobiernos deben ser los primeros en tomar la iniciativa de poner la información gubernamental u otro tipo de información oficial (salvo en las excepciones necesarias para proteger los intereses nacionales) a disposición de los ciudadanos gracias a los medios electrónicos. En particular, deberían proporcionar a los ciudadanos información del sector público de importancia fundamental, como información sobre sus distintos derechos, sobre las leyes y los reglamentos, sobre sanidad y sobre las obligaciones del gobierno para con los ciudadanos. Asimismo, deberían fomentar el desarrollo de servicios y contenidos que reflejen la cultura, los valores, la historia, el lenguaje y el patrimonio del lugar.
- Los poderes públicos deberían informar a los ciudadanos haciendo accesible en

línea más información útil y de calidad que maneja el sector público, en formatos y mediante canales de comunicación y sistemas que: 1) estén diseñados para responder a las necesidades de los usuarios, que éstos estén familiarizados con ellos y que faciliten la comprensión y sean sencillos de descargar; y 2) que no necesiten tecnologías o materiales altamente especializados.

- Deberían preverse iniciativas de apoyo y financiación con miras a elaborar normas de conducta y sistemas apropiados para facilitar la interoperabilidad, la digitalización, la preservación y la disponibilidad de las colecciones de bibliotecas, revistas de investigación, archivos y otros recursos del patrimonio. Poner a disposición del público los recursos de información debería considerarse una prioridad absoluta; deberían asignarse suficientes recursos presupuestarios a la digitalización inmediata de las colecciones que mayor prioridad tengan, y debería planificarse la de otros recursos que se necesiten con menos urgencia.
- Se deberían encontrar formas de atraer a la sociedad civil y de proporcionar un acceso interactivo, comprendidas actividades que supongan aportaciones de los ciudadanos y de las organizaciones no gubernamentales sobre cuestiones de política o de interés público. Con este propósito, deberían crearse grupos de discusión en línea.
- Deberían fomentarse las asociaciones entre los sectores público y privado con el fin de encontrar medios para financiar la creación de conocimiento o incentivarla. En los casos en que esas asociaciones supongan una participación financiera del Estado, los poderes públicos deberían asegurarse de que los conocimientos que reúnan las características de un «bien público mundial»² estén más adelante al alcance del público, para así equilibrar el interés que éste puede tener en el acceso con el interés del sector privado en la comercialización de ese conocimiento.
- En el contexto de la oferta en cuanto a la anchura de banda y las infraestructuras tecnológicas, habría que examinar iniciativas específicas que fomenten las inversiones del sector privado y las asociaciones con éste para difundir contenidos públicos que presenten un interés general.
- Se deberían fomentar actitudes que favorezcan la colaboración, como asociaciones e intercambios de información, y que se orienten hacia una cooperación activa con otras partes interesadas (comprendidos los representantes de empresas privadas y comerciales).

Las políticas de información

- Fomentar políticas de información coherentes, entre otras cosas mediante la publicación de reseñas y directorios de los recursos de información del sector público que estén a disposición del público y proporcionando enlaces con los mismos.
- Velar por que las leyes nacionales de derecho de autor fomenten el manteni-

miento de un «dominio público» sólido, como condición necesaria para preservar el patrimonio intelectual y cultural.

- Examinar las políticas de fijación de precios para eliminar o reducir los obstáculos financieros que se oponen al acceso a la información del sector público.
- Proporcionar las condiciones apropiadas para un mercado y estructuras reguladoras de las telecomunicaciones que fomenten el desarrollo de infraestructuras de las tecnologías de la información y la comunicación, y la capacidad técnica para cubrir las necesidades tecnológicas de los poderes públicos y de los ciudadanos.
- Las estrategias en materia de información deberían hacer que ésta llegara a todos los niveles de la sociedad, mediante el fomento de los proyectos de las comunidades locales y de las capacidades de los dirigentes e instructores locales en cuanto a las tecnologías de la información y la comunicación.
- Elaborar modelos para facilitar el acceso a las tecnologías de la información y la comunicación de las comunidades de los países en desarrollo y las zonas rurales y de las personas con discapacidades o con necesidades especiales.
- Brindar orientación sobre las políticas que ayudarían a las comunidades a favorecer los cambios de actitud necesarios para adquirir las nociones básicas de electrónica y para aumentar la confianza y la seguridad en la aplicación y el uso de las tecnologías de la información y comunicación. Elaborar y aplicar prácticas modélicas de información en los sistemas y las actividades en línea.
- Fomentar el comportamiento ético y el respeto por los valores y las normas de la comunidad en las actividades de los productores de la información, los usuarios y los proveedores de servicios y en los contenidos que comunican. Los poderes públicos deberían garantizar que toda la formación que se imparta dentro de su jurisdicción nacional en materia de tecnologías de la información y la comunicación incluya una dimensión ética y relativa a las normas y no se limite sólo a la adquisición de competencias técnicas.
- Se debería hacer hincapié, como requisito previo, en el desarrollo y el fomento de la «infraestructura humana», entre otras cosas, mediante la educación integrada, la formación en tecnologías de la información y la comunicación y programas de fomento de las competencias.

La cooperación internacional

- Impulsar la elaboración de marcos jurídicos que incluyan leyes sobre la libertad de información y la divulgación protegida (adaptadas a los valores del país y la sociedad de que se trate); propugnar la armonización de marcos jurídicos entre países y regiones, y actuar para reducir al máximo las incoherencias en este sentido.
- Aumentar la difusión a los ciudadanos de la información que maneja el sector público, a escala global y regional, comprendida la facilitada por organizaciones internacionales que están al servicio del interés público mundial.

- Participar en intercambios con otros países, organizaciones y partes interesadas que persiguen los mismos objetivos, para compartir conocimientos, racionalizar recursos y fomentar la colaboración.
- Tomar parte en negociaciones para garantizar que las leyes internacionales de derecho de autor tomen en cuenta la función especial que ese espacio común que es la información de dominio público debe desempeñar en la estructura de la sociedad del conocimiento.
- Fomentar la cooperación entre las diferentes organizaciones internacionales, gubernamentales y no gubernamentales (la FAO, la UIT, el PNUD, el PNUMA, el Banco Mundial, etc.) con el propósito de constituir con la masa de información obtenida por conducto de los distintos programas y proyectos de desarrollo un conjunto de conocimientos accesible universalmente, especialmente en beneficio de los países en desarrollo.
- La construcción de un inventario internacional de leyes, reglamentos, planes de acción y programas sobre la creación y difusión de información de dominio público, en estrecha colaboración con las organizaciones más destacadas en este ámbito como la OMPI.

Grupo A2: Facilitar el acceso a redes y servicios

Fomentar el conocimiento de las redes y servicios telemáticos y facilitar el acceso a los mismos. La conexión a Internet, por ejemplo, debe convertirse en una de las principales prioridades programáticas de los gobiernos, especialmente en los países en desarrollo y los países en transición, ya que son requisitos previos esenciales para garantizar un acceso más equitativo a la información. En particular, Internet debería considerarse como un servicio de utilidad pública, al igual que lo son los servicios básicos de telecomunicaciones, el agua o la electricidad. Las instituciones del servicio público como las escuelas, las instituciones universitarias y las bibliotecas públicas deberían acceder a Internet con tarifas reducidas. La comunidad internacional debería reconocer y apoyar el concepto de acceso universal a las redes y los servicios telemáticos, fomentar el desarrollo de acuerdos regionales de participación en la financiación de los gastos (*peering*) entre los proveedores nacionales de acceso y fomentar la toma de conciencia política de las repercusiones que tendría a largo plazo la existencia de un único «centro mundial de distribución» (*world hub*).

Los participantes destacaron en particular los siguientes aspectos:

- El acceso a las telecomunicaciones debería fundarse en los principios de: un acceso público a un precio asequible, unos protocolos e infraestructuras normalizados; y el establecimiento de regímenes jurídicos y reglamentarios claros.
- Deberían fijarse mecanismos para mejorar la transparencia y la responsabilización cuando se vayan a instituir subvenciones cruzadas para los gastos de acceso a Internet y de las telecomunicaciones, necesarias para asegurar un

- acceso equitativo a Internet y a su contenido informativo, teniendo especialmente en cuenta las necesidades de las instituciones del servicio público.
- Las autoridades nacionales encargadas de la regulación podrían apoyar estos esfuerzos ofreciendo a las instituciones del servicio público como las escuelas, instituciones universitarias y bibliotecas públicas un acceso a Internet con tarifas preferenciales, fomentando el diálogo entre los proveedores de tecnologías de la información y la comunicación (TIC), los proveedores de información y las instituciones educativas (escuelas e institutos, universidades y centros de investigación), e instituciones culturales (bibliotecas), nacionales y regionales, con el fin de negociar el acceso de éstas a las tecnologías de la información y de la comunicación con precios, impuestos y derechos de aduana reducidos. Las autoridades nacionales también deberían apoyar el desarrollo de «consorcios de servicio público en el sector de las tecnologías de la información y la comunicación».
 - Se deberían reforzar las redes intrarregionales, en particular combinando el tráfico comercial con el de servicio público.
 - Debería fomentarse la interconexión, independientemente del tráfico respectivo, con arreglo a una distribución equitativa de los gastos entre los puntos de acceso nacional a Internet en los países en desarrollo (que reúnen el tráfico administrado por proveedores de servicios de Internet privados y sin fines de lucro) y puntos de acceso en otros países (en desarrollo o industrializados). Debería llevarse a cabo un estudio sobre los gastos de conexión a Internet, especialmente la conexión a los proveedores de servicios de Internet (PSI) y los gastos de adjudicación de nombres de dominio.
 - Se deberían crear – posibilidad que ya se está contemplando – ejes centrales regionales de gran capacidad para conectar a cada país a una red mundial de múltiples centros de distribución en la que ningún organismo predominaría en cuanto a la capacidad de conexión.
 - Habría que fomentar el acceso a la información y al conocimiento de las comunidades locales, en particular de las zonas rurales y alejadas, y de las personas desaventajadas y otros grupos de destinatarios mediante el establecimiento de servicios públicos locales e incentivos de carácter regulador que faciliten el acceso a las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (TIC) y a Internet.

Tema B: El concepto de «uso leal» en la sociedad de la información

Grupo B 1: El concepto de «uso leal» en la educación, la ciencia, la cultura y la comunicación; y Grupo B2: Aplicación en favor de los países en desarrollo de excepciones legales al derecho de autor (por medio de los convenios internacionales)

Los principios y objetivos del derecho de autor son, por una parte, fomentar la crea-

ción garantizando derechos exclusivos al creador por un periodo de tiempo limitado, y por otra, apoyar y regular la difusión de los bienes culturales, conocimientos e ideas. En consecuencia, el derecho de autor depende de un equilibrio entre la protección de la obra original y de sus creadores y la del interés público y las libertades fundamentales (como el acceso a la cultura y la libertad de expresión). Las tendencias actuales de la propiedad intelectual, especialmente en el ámbito del derecho de autor y los derechos conexos, podrían amenazar este equilibrio. Pero también es cierto que las nuevas tecnologías representan un riesgo potencial para la explotación normal de las obras protegidas por el derecho de autor. Mantener este equilibrio entre los intereses legítimos de los titulares del derecho y los igualmente legítimos intereses de los usuarios que desean acceder a la información y a la cultura es de crucial importancia en el contexto de la sociedad de la información.

Los participantes destacaron en particular los siguientes aspectos:

- Los derechos de propiedad intelectual apuntan básicamente a proteger las obras creativas y las innovaciones tecnológicas y no están destinados a proteger las inversiones. El derecho de autor debería limitarse a la protección de obras creativas. La creación de nuevos derechos *sui generis* o de derechos conexos para proteger las inversiones como tales no es compatible con la naturaleza de la propiedad intelectual.
- La información como tal pertenece esencialmente al dominio público. El carácter común de la información como tal, es decir, que no es objeto de un derecho de propiedad exclusiva, se ha reafirmado en el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Artículo 10.2) y en el Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Derecho de Autor (Artículo 5). Las legislaciones nacionales no deberían conducir a un monopolio del contenido de información que también consta en obras secundarias como las bases de datos.
- La importancia de las excepciones legales al derecho de autor (tales como el «uso leal» y demás excepciones equivalentes) se debe reafirmar en el entorno digital. Esas excepciones son un elemento esencial del necesario equilibrio entre los intereses públicos y privados.
- No deberían negarse las excepciones so pretexto de que un posible mercado, en particular un mercado creado gracias a la tecnología, podría dar forma de contrato a dicho disfrute (teoría del «fracaso del mercado»), principalmente cuando la excepción se funda en el ejercicio de derechos fundamentales como la libertad de expresión y el derecho a acceder a la información.
- Las revisiones de las legislaciones nacionales e internacionales existentes sobre los derechos de propiedad intelectual (comprendida toda revisión por la Organización Mundial del Comercio del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio) deberían incluir una evaluación de las repercusiones económicas y sociales de toda nueva ampliación de los derechos de propiedad intelectual, y reafirmar la doctrina del

«uso leal», en particular, la prórroga de la duración del derecho de autor podría producir un efecto más negativo, especialmente en los países en desarrollo, que la suspensión efectiva de algunas limitaciones.

- Al examinar la aplicación de la doctrina del «uso leal» se debería prestar atención al contexto económico, cultural y social en el que se usa la obra protegida por el derecho de autor. La definición del «uso leal» puede variar en función de estas circunstancias (en particular el hecho de que se utilice en un país en desarrollo y para las necesidades internas de ese país).
- La protección de los medios técnicos se debe buscar en el derecho consuetudinario y no en el derecho de la propiedad intelectual. La neutralización de los medios tecnológicos no debería estar sancionada ni por el derecho de la propiedad intelectual ni menos aún por el derecho de autor.
- Todo régimen de protección legal de los medios tecnológicos se debe comenzar a aplicar respetando debidamente el uso legítimo, el acceso a la información y al dominio público y debe permitir el ejercicio legítimo de excepciones al derecho de autor.
- Se podría crear con los auspicios de la UNESCO un observatorio internacional de los efectos que tendría la introducción de medios tecnológicos de protección del derecho de autor en el acceso a la información y al dominio público y en la aplicación de las limitaciones del derecho de autor.
- Los representantes de las editoriales subrayaron que el sistema de excepciones al derecho de autor podría ser perjudicial para las inversiones en los países en desarrollo: «Si el derecho de autor no garantiza una protección suficiente, el rendimiento de las inversiones (y, por ende, las propias inversiones) relacionadas con la difusión de los bienes culturales y de la información en los países en desarrollo podría verse amenazado».
- Aunque una mejora del sistema del derecho de autor no resolverá todos los problemas de los países en desarrollo encaminados hacia la sociedad de la información, sí debería fomentarse, ya que estimulará la creatividad local y la actividad empresarial y aumentará la capacidad de competir en los países en desarrollo, reduciendo así la influencia de los países industrializados.
- Debe definirse y reevaluarse de forma clara, habida cuenta de los cambios tecnológicos, la misión de servicio público de las bibliotecas, las instituciones educativas y los museos en la era digital para que mantengan sus funciones básicas de difusión de información al servicio de la educación, la investigación y la construcción de la democracia sin competir con los proveedores comerciales de servicios análogos.
- Los organismos competentes como la OMPI y la UNESCO deberían seguir estudiando de forma activa la muy compleja problemática relacionada con el derecho de autor en el patrimonio cultural colectivo (ya sea éste tribal, de tradición oral, etc.) que trasciende las fronteras nacionales y no se puede atribuir a un autor determinado.

Tema C: Proteger la dignidad humana en la era digital

Grupo C1: *La protección de la vida privada en las redes mundiales y*

Grupo C2: *La libertad de expresión y los medios de comunicación electrónicos*

La Declaración Universal de Derechos Humanos enuncia claramente la necesidad de salvaguardar los derechos al respecto de la vida privada y a la libertad de expresión. Ahora bien, las nuevas tecnologías plantean nuevos desafíos a estos derechos fundamentales. La tecnología interactiva hace posible una vigilancia generalizada de la vida privada. Los programas filtros pueden restringir el acceso a una información a la que, de no existir éstos, se podría acceder libremente.

Las participantes destacaron en particular los siguiente aspectos:

- La estrecha relación entre la protección de la vida privada y la protección de la dignidad humana y la necesidad de velar por que en la «economía de la gratuidad» la vida privada no dependa de la capacidad económica y cultural para resistir a la presión del mercado.
- La necesidad de elaborar una estrategia global que comprenda actividades culturales, políticas e institucionales destinadas a proteger la vida privada de las personas. La UNESCO podría propiciar un convenio internacional sobre el respeto de la vida privada que reconociera la validez de una amplia gama de métodos destinados a proteger la vida privada de las personas, comprendidos los códigos de conducta, la autorregulación y medios técnicos para mejorar la protección de la vida privada.
- La necesidad de prácticas de información leales y de «mandamientos» específicos que apunten a proteger la vida privada en Internet. Estos principios podrían constituir una ley tipo.
- Las nuevas tecnologías de la información plantearán nuevos desafíos al respeto de la vida privada. Algunos de ellos surgen a raíz de los conflictos entre las leyes y los múltiples territorios en los que tendrá lugar el comercio electrónico. También habrá que resolver importantes asuntos de seguridad nacional y relacionados con la delincuencia informática. Entre las posibles soluciones podría figurar la adopción de leyes tipo y de nuevos tratados con rigurosas disposiciones de fuerza ejecutiva.
- Si bien es cierto que se contará con nuevas tecnologías para tratar de resolver los problemas que afectan a la dignidad humana, cabe recordar que las técnicas son imperfectas y por sí solas no constituyen una solución.
- Habría que apoyar la elaboración de leyes tipo, códigos de conducta, la educación del público y la responsabilidad de los ciudadanos y tener en cuenta que el respeto a la vida privada puede beneficiar a la familia y al individuo.
- Los problemas relacionados con Internet y la dignidad humana deben considerarse desde una perspectiva moral; la libertad de expresión y la dignidad del ciudadano son aspectos importantes de esa moralidad. También es necesario prepa-

rar las bases jurídicas y éticas para la implantación de Internet en los países en desarrollo.

- La protección de la vida privada y el fomento de la libertad de expresión deben considerarse objetivos complementarios en la era digital. Ambos principios se consagran claramente en la Declaración Universal de Derechos Humanos. Los nuevos desafíos para la dignidad humana repercutirán cada vez más en estos dos ámbitos.
- En una época en la que el progreso científico excluye a gran parte de la humanidad, es preciso recordar que todos formamos parte de un mismo mundo; debemos esforzarnos por analizar los desafíos y las oportunidades con una perspectiva común.
- La participación activa de las organizaciones de la sociedad civil en la adopción de decisiones que conciernen al futuro de Internet es fundamental para la protección de la dignidad humana en la era digital. Para que las políticas relativas a Internet sean eficaces, deben hacerse eco de la opinión de los consumidores y de los ciudadanos.

Conclusión

En las declaraciones de clausura se hizo saber a los participantes que el presente informe y las propuestas se tomarían en cuenta en la versión final que un comité internacional de expertos preparará de la Recomendación sobre la promoción y el uso del plurilingüismo y el acceso universal al ciberespacio, texto que se presentará a la Conferencia General de la UNESCO en noviembre de 2001 para su aprobación por los Estados Miembros. El informe también servirá de guía a la Secretaría cuando tenga que preparar la contribución de la UNESCO a la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información, que está previsto celebrar en 2003 bajo los auspicios de las Naciones Unidas. En este sentido, INFOética 2000 puede constituir un paso importante en el proceso que, es de esperar, conduzca a la aprobación de normas internacionales de conducta basadas en el concepto de un acceso equitativo a la información para todos.

Notas

1. Véanse los ejemplos de información que pueden incluirse en «dominio público» enumerados en el párrafo 2.2.3, pág. 204 del estudio de Longworth.
2. Véase su definición económica que figura en el párrafo 23 del estudio de Longworth.

NOTICIAS E INFORMACIONES

El derecho de autor en Marruecos

Ahmed Hidass*

Como en los demás países del mundo árabe, la reglamentación de la propiedad intelectual es relativamente reciente en Marruecos. Los derechos de autor y creador eran desconocidos hasta el siglo xx.

Un escritor podía confiar al mismo tiempo la reproducción o edición de su manuscrito a varios copistas y el dueño de un libro podía disponer de él a su antojo. Podía incorporar pasajes, e incluso modificar su contenido, y proponer luego la nueva versión a la venta por cuenta propia. Lo mismo se aplica a los traductores y adaptadores de obras. En una palabra, una vez publicada, la obra pertenecía al público, es decir, entraba en el dominio público.

En los talleres de encuadernación situados en torno a los edificios de la Universidad Karaouiyyine de Fes (Marruecos), los copistas¹ transcribían libremente los cursos, tratados y obras que figuraban en el programa de estudio. Podían reproducirlos y venderlos sacando provecho sin pagar derecho alguno a los autores originales, que solían pertenecer a otras épocas o residían en otros países. A lo más, los autores recibían la gloria del renombre, por lo general a título póstumo. Cuando se trataba de autores en vida, la popularidad de sus obras los recomendaba a la generosidad de la corte real o de mecenas.

Con la llegada del Protectorado Francés en 1912 y la introducción de la imprenta moderna, se reglamentó por primera vez la propiedad literaria, comercial e industrial. Se trata de los *dahirs*² de 1916 relativos, uno al derecho de patentes y el otro al derecho de autor, revisados una y dos veces respectivamente.

En la actualidad, la propiedad literaria y artística y los derechos conexos están regidos por la Ley del 15 de febrero de 2000³ y administrados en lo que atañe a los derechos pecuniarios por un organismo público: la Oficina Marroquí de Derecho de Autor (BMDA), creada por decreto el 8 de marzo de 1965.

* Profesor de Propiedad Intelectual en la Universidad de Rabat.

Contrariamente a los países del mundo árabe que hasta los años 90 no contaban con una legislación sobre derecho de autor⁴ o sólo disponían hasta entonces de una antigua reglamentación,⁵ Marruecos parece tener una tradición a este respecto. Tras la independencia, para actualizar los textos y «marroquinizar» la gestión de los derechos, el país adoptó sus propios instrumentos: la BMDA y el *dahir* del 29 de julio de 1970. Sin embargo, desde 1993, con el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) la propiedad intelectual ha experimentado cambios tan profundos que todos los países miembros de la Organización Mundial del Comercio (OMC) están llamados a armonizar su reglamentación según las nuevas normas y procedimientos internacionales.

Clasificado como «país en desarrollo», Marruecos firmó el Acuerdo sobre los ADPIC y tenía de plazo hasta comienzos de 2000 para actualizar su legislación sobre propiedad intelectual. Esto se llevó a cabo mediante la Ley del 15 de febrero de 2000 sobre derecho de autor y derechos conexos.

No obstante, si bien la reglamentación de la propiedad intelectual en Marruecos se remonta a hace casi un siglo, la parte de la industria de patentes y derechos de autor en forma de inversión en la investigación científica, regalías y licencias es insignificante, por no decir nula, en el producto nacional bruto. Por el contrario, en los países desarrollados es substancial pese a la piratería⁶ y se considera la materia prima del siglo XXI.

Para analizar la legislación marroquí sobre derecho de autor y derechos conexos y definir sus principales características con objeto de presentarlas al lector y comparárlas con lo que existe en los países desarrollados, es preciso abordar la Ley del 15 de febrero de 2000 tomando como base los criterios admitidos generalmente en este ámbito, criterios tomados de las convenciones internacionales sobre derecho de autor y sancionados por la legislación de los países desarrollados y la jurisprudencia de sus tribunales.

Durante todo un siglo, la reglamentación marroquí de la propiedad intelectual se inspiró de manera considerable en el derecho francés. Tal es el caso de los *dahirs* de 1916 y 1970⁷ relativos al derecho de autor. Sin embargo, la práctica marroquí no tenía plenamente en cuenta todas las disposiciones de esos textos. Al preparar la Ley del 15 de febrero de 2000, Marruecos se sirvió de las Disposiciones Tipo para Legislación en la Esfera del Derecho de Autor, que la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) adoptó según las resoluciones de sus órganos rectores para garantizar una mejor protección de la propiedad intelectual a nivel mundial. Es una novedad en un país en el que hasta ese momento el derecho era un calco del de la antigua metrópoli, no exento de lagunas, insuficiencias y desajustes.

Para saber más sobre el derecho marroquí de la propiedad literaria y artística y los derechos conexos, lo abordaremos tomando como base algunos grandes interrogantes con objeto de poner de relieve la legislación vigente, las obras protegidas, la titularidad de los derechos, los derechos atribuidos al autor, las excepciones de la protección, la duración de la protección, las formalidades y, por último, la documen-

tación y las sanciones. Estos grandes interrogantes constituirán las seis partes de este estudio que se propone presentar una visión general del derecho de autor en Marruecos, destacar sus particularidades y subrayar sus lagunas.

Obras protegidas

Condiciones de la protección

Para gozar de protección, una obra debe cumplir ciertos requisitos:

- Ser original: Mientras que el *dahir* del 29 de julio de 1970 y la ley francesa definen como original «la obra que en sus elementos característicos y en su forma, o únicamente en su forma, permite individualizar a su autor», el nuevo texto marroquí se contenta con estipular que se aplica «a las obras que son creaciones intelectuales originales en el campo literario y artístico». Desde luego la originalidad es una condición capital. No obstante, si el derecho de autor concede a una obra todos los atributos de la protección por ser original, esto no prejuzga su calidad. Sólo se puede afirmar el derecho a la protección de una obra si ésta es artísticamente acabada e intelectualmente original, talentosa o creada ex nihilo.
- Presentarse en forma de expresión y no de idea: Como dice acertadamente Henri Desbois «las ideas corren libremente y no dan lugar a derecho de autor».⁸ Por consiguiente, no se puede proteger una idea de manera privativa y exclusiva. Sólo se puede proteger su forma de expresión: libro, pintura, película, composición, obra de teatro, etc. Si la idea se presta a una aplicación científica o técnica, su protección legal incumbe al derecho de patentes.
- Tener un autor: Para asegurar la paternidad de un obra, el Artículo 47 de la Ley del 15 de febrero de 2000 exige «que figure en cada uno de los ejemplares el nombre o la marca del autor». Así, se supone que alguien es autor y se le otorgan los derechos correspondientes a su condición por el simple hecho de que su nombre aparece en la obra de manera visual (Artículo 38). Si la obra es anónima o publicada con seudónimo, el editor es considerado autor.

Ni la antigua Ley de 1970 ni la nueva de 2000 exigen el requisito de que la obra tenga un soporte tangible. Tal vez sea para no excluir de la protección las obras orales, máxime porque aún circulan oralmente los cantos populares, los cuentos y otras obras del folclore marroquí. Tampoco la ley francesa menciona esta condición, que constituye una particularidad del Copyright Act de Estados Unidos. Los Artículos 1 y 7 de la ley francesa precisan, sin embargo, que una obra se considera creada por el simple hecho de su realización, aunque inconclusa, independientemente de su divulgación o no en el público. El texto marroquí no prevé ni una ni otra de esas dos condiciones y estipula en su Artículo 2 que la protección comienza desde la creación de la obra, aunque ésta no tenga un soporte material.

Categorías de obras por modo de expresión

Son innumerables y muy variadas las obras intelectuales y artísticas. Como muchos otros textos, la ley marroquí no se atreve a definir una lista. A título indicativo, cita una docena que, por lo demás, concuerdan sobre todo con las categorías de obras que figuran en el Artículo 2 del Convenio de Berna. Así, se consideran obras intelectuales y artísticas las siguientes:

- obras escritas;
- programas informáticos;
- conferencias, discursos, sermones y demás obras constituidas por palabras o expresadas oralmente;
- obras musicales, que contengan o no textos de acompañamiento;
- obras dramáticas o dramático-musicales;
- obras coreográficas y pantomimas;
- obras audiovisuales, incluidas las cinematográficas y los videogramas;
- obras de bellas artes, a saber, dibujos, pinturas, grabados, litografías, impresiones en cuero y todas las demás obras de bellas artes;
- obras arquitectónicas;
- obras fotográficas;
- obras de artes aplicadas;
- ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras tridimensionales relativas a geografía, topografía, arquitectura o ciencia;
- las expresiones del folclore y las obras inspiradas en él;
- los dibujos de las creaciones de la industria vestimentaria.

La particularidad de la Ley del 15 de febrero de 2000 es que reglamenta de manera restrictiva la explotación del folclore nacional, sin duda porque Marruecos es rico en este aspecto, ya que cuenta con una gran variedad propia de cada región y porque es objeto de explotación comercial de manera fraudulenta.⁹ Sin embargo, mientras que el *dahir* del 29 de julio de 1970 lo definía como «todas las obras no publicadas, de autor desconocido, pero de las cuales se puede suponer que son marroquíes», el nuevo texto no da ninguna definición, sino que le consagra una terminología práctica: «la obra inspirada en el folclore», lo que se aplica a toda obra compuesta con ayuda de elementos tomados del patrimonio cultural tradicional de Marruecos. El Artículo 7 somete la fijación de obras del folclore y su explotación a la autorización de la Oficina Marroquí de Derecho de Autor y al pago de impuestos.¹⁰ En vista de la piratería de que es objeto el folclore local en Marruecos y en el extranjero, esa disposición es legítima, pero la BMDA aún no la ha puesto en práctica.

Categorías de obras por número de ejecutantes

La Ley del 15 de febrero de 2000 hace una lista de las categorías de obras comunes a

los textos de otros países, pero no tiene debidamente en cuenta las novedades aportadas por éstos.

- *Obra individual*: de condición jurídica sencilla, se denomina individual una obra que es creada, divulgada o ejecutada por una sola persona.
- *Obra colectiva*: el párrafo 3 del Artículo 1 la define como «una obra creada por varios autores por iniciativa de una persona física o moral que la publica bajo su responsabilidad y su nombre, en la que la contribución personal de los autores que participaron en la creación se funda en el conjunto de la obra, sin que sea posible identificar las diversas contribuciones ni sus autores».
- *Obra en colaboración*: según el párrafo 4 del Artículo 1 es aquella «a cuya creación contribuyeron dos o más personas».
- *Obra compuesta*: es una nueva obra «en la que se incorpora una obra preexistente sin la colaboración del autor de esa obra» (párrafo 6 del Artículo 1).
- *Obra derivada*: la ley define como obra derivada «toda creación que se concibió y se produjo partiendo de una o varias obras preexistentes» (párrafo 5 del Artículo 1).

En la Ley del 15 de febrero de 2000 no se mencionan «las compilaciones». En Estados Unidos¹¹ la sección 103 a) del Copyright Act de 1976 las considera como obras en el sentido jurídico del término y les otorga la protección jurídica. Es una disposición sensata para los bancos de datos, que en la mayoría de los casos se basan en el tratamiento de trabajos y datos preexistentes sujetos al derecho de autor. Conjugado con la llegada de Internet, el reconocimiento de las compilaciones como obras intelectuales y artísticas revolucionó las nociones de información y comunicación. En Francia el cambio se produjo rápidamente con el fallo «Microfor/Le Monde», pronunciado el 9 de noviembre de 1983 por el Tribunal Supremo, que colmó una laguna jurídica y estableció una jurisprudencia favorable a las compilaciones y al trabajo documental. Para el Tribunal, el trabajo intelectual efectuado por los productores de bases de datos designa su producción o prestación a la calidad de obra original. Dicho trabajo reside en la estructura coherente, dada a la materia en la plusvalía documental y en el valor añadido informativo que se expresa en palabras clave, referencias, síntesis, resúmenes o diccionario analógico y constituye una obra derivada.¹² Desde entonces han evolucionado la jurisprudencia (Arrêt Coprosa) y la legislación (Ley del 3 de julio de 1985), otorgando a los bancos de datos una protección *sui generis* que se presenta como un «derecho de extracción y reutilización». Un derecho exorbitante del derecho común, atenuado, sin embargo, por una protección en el tiempo que no excede 15 años.

La Ley del 15 de febrero de 2000 otorgó a los bancos de datos, desconocidos hasta entonces en Marruecos por el derecho y la jurisprudencia, la condición de obras protegidas por el derecho de autor, considerándolas obras derivadas (Artículo 5b), pero sin precisar el alcance ni la duración de la protección, lo que no estimula a los operadores telemáticos a domiciliar sus bancos de datos en ese país. Desde que la informática se impuso en todo el mundo convirtiéndose en un bien y un

servicio de consumo generalizado, el legislador no parece tomar conciencia de esa oportunidad para iniciar al país en la economía de la información y familiarizarlo con las tecnologías y empresas del siglo XXI.

Objetos no protegidos

La jurisprudencia de los países desarrollados estableció hace mucho tiempo que la protección no se extendía a todo.¹³ La Ley del 15 de febrero de 2000 prevé tres tipos de excepción (Artículo 8):

- textos oficiales de índole legislativa, administrativa o judicial;
- noticias del día;
- ideas, procedimientos, sistemas, métodos de funcionamiento, conceptos, principios, descubrimientos o simples datos, incluso si se enuncian, describen, explican, ilustran o incorporan en una obra.

Sin embargo, la jurisprudencia no ha sancionado ninguna de esas excepciones desde la independencia.

Titularidad del derecho de autor

En el párrafo 1) del Artículo 1 la nueva ley define al autor de una obra como «la persona física que creó la obra». «Es el primer titular de los derechos morales y patrimoniales de su obra» (Artículo 31). Para que sea considerado como tal, «basta con que su nombre aparezca en la obra de manera visual» (Artículo 38). Pese a las precisiones del párrafo 1) del Artículo 1, puede tratarse del autor mismo o de la persona que ordenó la obra o la publica bajo su nombre.

Al parecer, la Ley del 15 de febrero de 2000 sólo contempla las personas físicas y, por ende, no tiene en cuenta las personas morales. Éstas pueden ser cesionarias de derechos pecuniarios, pero no titulares originales de derechos de autor. Esta observación es corroborada por el régimen de protección previsto por la ley en cuestión. Para las personas físicas, la protección tiene vigencia mientras viva el autor y 50 años después de su deceso (Artículo 26). La ley no prevé nada en relación con las personas morales. Ahora bien, jurídicamente éstas pueden «vivir» muchos años y mantener vigentes sus derechos durante largo tiempo, si se les han otorgado desde un comienzo. La ley francesa presenta la misma laguna,¹⁴ tal vez porque las personas morales «no pueden por sí mismas hacer actos de creación intelectual».¹⁵ Con todo, desde hace mucho tiempo la jurisprudencia colmó esa laguna otorgando a las sociedades la titularidad original de los derechos.¹⁶

Derechos otorgados al autor

La Ley del 15 de febrero de 2000, a la par que los textos europeos sobre derecho de autor y el Convenio de Berna otorgan al autor dos tipos de derechos sobre su obra: los derechos patrimoniales y los morales.

Derechos patrimoniales

En su Artículo 10 la Ley de 2000 aborda de manera detallada los derechos patrimoniales, denominados también derechos de explotación o derechos económicos. El autor de una obra tiene el derecho exclusivo de hacer o autorizar las siguientes nueve categorías de actos:

- editar y reproducir su obra;
- traducir su obra;
- preparar adaptaciones, arreglos u otras transformaciones de su obra;
- hacer o autorizar el préstamo privado o público del original o la copia de su obra audiovisual, su obra incorporada en un fonograma, un programa informático, una base de datos o una obra musical en forma gráfica (partitura), sea cual fuere el propietario del original, o de la copia que sirve para el alquiler o el préstamo público;
- hacer o autorizar la distribución entre el público por venta, alquiler, préstamo público o cualquier otra transferencia de propiedad o posesión, del original o los ejemplares de su obra que no hayan sido objeto de una distribución autorizada por él;
- representar o ejecutar su obra en público;
- importar ejemplares de su obra;
- radiodifundir su obra;
- comunicar su obra al público por cable o cualquier otro medio.

El último párrafo de ese artículo precisa que los derechos de alquiler o del préstamo mencionados en el punto 4) no se aplican al alquiler de programas informáticos si el propio programa es el objeto esencial del alquiler.

La Ley del 15 de febrero de 2000 peca por una omisión importante. Mientras que el texto precedente (el *dahir* del 29 de julio de 1970) mencionaba un tercer atributo, el derecho de participación (*droit de suite*), el texto actual lo omite. Recordemos que ese atributo, común a los países de tradición de derecho romano como Francia o Italia, reconoce a los autores de obras gráficas y plásticas, pese a cualquier cesión de la obra original, un derecho inalienable de participación en el producto de toda venta de esa obra en subasta pública o por conducto de un comerciante debidamente facultado. El derecho de participación, que tiene un índice fijado casi de manera uniforme en 5% sea cual fuere la clase de obra, beneficia al autor mientras viva y, tras su deceso, a sus herederos durante 50 años.

Derechos morales

Los derechos morales son de índole extrapatrimonial. Forman parte de los derechos denominados de la personalidad. Su sanción por el legislador se funda en que una obra es la emanación de su autor, refleja su personalidad y se la apropia. Por consiguiente, el autor tiene derecho a que se protejan sus obras contra el plagio, la mutilación, la deformación o cualquier otra violación de su integridad. Como la mayoría de las legislaciones de los países europeos, la Ley marroquí de 2000 considera los derechos morales como perpetuos, inalienables, imprescriptibles y transmisibles únicamente a los herederos a la muerte del autor.¹⁷ Sin embargo, mientras que se contenta con mencionar a los herederos sin otra precisión, la ley francesa, por ejemplo, prevé una jerarquía en la devolución de los derechos morales en una sucesión.¹⁸ El Artículo 9 de la ley marroquí otorga al autor tres derechos:

1. *El derecho a reivindicar la paternidad de su obra*: denominado «derecho al nombre» o «derecho al respeto del nombre»,¹⁹ este derecho garantiza al autor la divulgación de su obra bajo su nombre. El nombre del autor se debe indicar en todo ejemplar que reproduce la obra y siempre que se haga accesible o se comunique al público. ¿Qué es el nombre del autor y de qué se compone? La Ley del 15 de febrero de 2000 no lo precisa, pero la jurisprudencia francesa estableció hace mucho tiempo que comprende los apellidos y nombres del autor y su condición por lo que atañe a diplomas universitarios, títulos científicos y distinciones honoríficas. Por otra parte, el derecho a reivindicar la paternidad otorga al autor el derecho de oponerse a cualquier usurpación de su nombre y condición. Ahora bien, como en la Ley del 15 de febrero de 2000 no se asimiló la usurpación de la condición a la falsificación, su represión incumbe al derecho común.
2. *Derecho a guardar el anonimato o utilizar un pseudónimo*: proclamar la paternidad de una obra es un derecho, pero no una obligación. Es totalmente legal renunciar a ese derecho. La nueva ley marroquí permite el recurso al anonimato o la utilización de un seudónimo, sin hacer perder al autor sus derechos morales y patrimoniales sobre la obra (Artículo 9b)). Mientras se mantenga el anonimato, ejerce esos derechos por su cuenta el editor o el mandatario. Sin embargo, si la obra atenta contra el orden público, la seguridad del Estado o las buenas costumbres, queda comprometida la responsabilidad del autor y en caso de anonimato o utilización de un seudónimo, la del editor.
3. *El derecho al respeto de la obra*: la Ley del 15 de febrero de 2000 no menciona de manera expresa este derecho, pero el Artículo 9c) dispone que el autor puede «oponerse a toda deformación, mutilación o modificación de su obra, o a cualquier otro atentado contra la misma, que fueren perjudiciales a su honor o reputación». Es el derecho al respeto de la obra, denominado también derecho a la integridad de la obra. La jurisprudencia y el derecho francés lo definen en los mismos términos. En un célebre fallo de 1965, el Tribunal Supremo declaraba que «el derecho moral de que goza el autor de una obra artística le otorga la

facultad de velar tras su divulgación entre el público por que no sea desnaturalizada ni mutilada...».²⁰ Esta jurisprudencia fue confirmada con motivo de la difusión televisiva en Francia de la película de John Huston *Asphalt Jungle*, producida inicialmente en blanco y negro y coloreada luego por la sociedad estadounidense Universal que era propietaria de los derechos de explotación. Así, el comprador de una obra no puede disponer de ella en público a su antojo. El derecho común le otorga, desde luego, todas las prerrogativas de propiedad, pero el derecho moral le prohíbe hacer una utilización abusiva de la obra, por ejemplo si quien explota una sala de cine realiza según su propio criterio cortes de secuencias crudas u obscenas de una película.

La Ley del 15 de febrero de 2000 suprimió un atributo importante de orden moral: el derecho de divulgación. Adoptado por el antiguo texto (*dahir* del 29 de julio de 1970) y por el actual derecho de autor francés, ese derecho prevé que sólo el autor puede decidir si su obra está acabada y se puede divulgar. Si estima que no responde a sus expectativas y que no le conviene la fecha prevista para divulgarla al público, puede aplazar su publicación según su propio criterio y sustraerse así a su obligación en relación con su editor, pero mediando la correspondiente indemnización. Definido de este modo, el derecho de divulgación es el primero de los derechos patrimoniales. Si la obra no es difundida entre el público, no puede haber reproducción, representación ni ninguna otra explotación y, por lo tanto, no son aplicables las limitaciones de la protección.

En muchos países el autor goza de un cuarto atributo: el derecho de retractación o arrepentimiento. De carácter excepcional, aún más exorbitante, este derecho confiere al autor, pero únicamente en condiciones estrictamente reglamentadas, la posibilidad de tomar nuevamente su obra o modificarla, incluso después de su publicación o cesión a un tercero. Los textos de las leyes marroquíes de 1970 y 2000 no mencionan ese atributo y parecen descartarlo.

Limitaciones legales del derecho de autor

Estas limitaciones se refieren a los derechos patrimoniales del autor y más específicamente al derecho de reproducción y el derecho de representación. Previstas en los Artículos 12 a 24 de la Ley del 15 de febrero de 2000, tienen repercusiones pecuniaras y consisten en excepciones clásicas comunes a todos los países y en excepciones propias de Marruecos y muchos países en desarrollo.

Excepciones clásicas

Éstas conciernen:

- la libre reproducción con fines privados, excepto en relación con obras arquitect-

- tónicas, base de datos, programas informáticos y reproducción reprográfica de libros completos y partituras de obras musicales;
- la reproducción de obras de arte colocadas en lugares públicos;
 - la libre utilización con fines informativos (revistas de prensa, etc.);
 - la libre reproducción en forma de cita;
 - la libre utilización con fines judiciales y administrativos;
 - la importación con fines personales;
 - la libre representación o ejecución pública de obras en ceremonias oficiales o religiosas, o como parte de las actividades de un centro de enseñanza;
 - la copia de salvaguardia (programas informáticos).

Excepciones propias de la Ley del 15 de febrero de 2000

Son excepciones comunes a muchos países en desarrollo que se remontan a las quejas insistentes de los países en desarrollo cuando se revisó en París en 1971 el Convenio de Berna y la Convención Universal de Derecho de Autor (Ginebra, 1952) y cuando se adoptaron en la OMPI dos nuevos tratados en 1996:

- la libre reproducción y utilización de obras para la enseñanza;
- la libre reproducción reprográfica hecha por las bibliotecas y servicios de archivos;
- el libre depósito de reproducciones de obras con carácter excepcional de documentación y de grabaciones de valor cultural en los archivos oficiales;
- la reproducción temporal (durante las transmisiones numéricas);
- la libertad de efectuar grabaciones efímeras por parte de los organismos de radiodifusión.

Estas dos categorías de excepciones conllevan a veces la obligación de pagar una justa remuneración y siempre la obligación de hacer un buen uso (*fair use*). La Ley del 12 de febrero de 2000 no menciona expresamente esas excepciones, pero de la lectura de su dispositivo se desprende que las excepciones se deben efectuar lealmente y siguiendo un buen uso.²¹

Excepciones y compensaciones corrientes no previstas por la Ley del 15 de febrero de 2000

Revisado hace poco en cumplimiento de las obligaciones impuestas por el acuerdo sobre los ADPIC, la legislación marroquí sobre derecho de autor y derechos conexos pretende haber colmado esas lagunas. Sin embargo, quedaron sin respuesta muchas cuestiones relativas al derecho y las nuevas tecnologías, como la neutralización de las medidas técnicas de protección de los programas informáticos; la responsabilidad por los atentados al derecho de autor con la prestación de servicios en línea; la

copia de programas informáticos con fines de mantenimiento o reparación; la retroingeniería de los programas informáticos; la responsabilidad de las *start-ups* por albergar falsificaciones o material ilícito; la responsabilidad por motores de búsqueda o hipervínculos que remiten a los usuarios de Internet a sitios piratas o de falsificación; la descompilación y adaptación de programas informáticos; las licencias de sitios Web; el derecho *sui generis* para los bancos de datos no estructurados; etc. A la mayoría de estas cuestiones responde en Francia la Ley del 3 de julio de 1985, respaldada por un esfuerzo sostenido de jurisprudencia y doctrina. En Estados Unidos estos problemas fueron objeto de la Digital millenium Copyright Act del 28 de octubre de 1998.

Por otra parte, las limitaciones de los derechos patrimoniales de autor se ven corregidas en muchos países industrializados y en algunos países en desarrollo mediante los regímenes de compensación. La copia privada de programas de televisión, casetes audio-vídeo y discos que se hacen gratuitamente a domicilio da lugar al pago de impuestos sobre los aparatos de reprografía cuyo producto está reservado a las sociedades de autores.²² Además, como en muchos países los autores se oponían a que en los centros de enseñanza pública y privada se reprodujeran parcial o integralmente obras protegidas, se suscribieron acuerdos entre el Ministerio de Educación Nacional y las sociedades de autores para indemnizarlas por el lucro cesante.²³ Por otra parte, siguiendo el ejemplo de Escandinavia y el Reino Unido, las bibliotecas públicas de muchos países de la Unión Europea se encaminan a hacer pagar los préstamos. Cada vez más se pide al lector que abone por cada préstamo a domicilio una cuantía simbólica, destinada a remunerar a los autores.²⁴

Duración de la protección

Mientras que en muchos países, por ejemplo Francia, se revisa la duración de la protección para aumentarla, en Marruecos sigue siendo la misma que antes. En esto se conforma al régimen del Convenio de Berna, revisado en 1948 por el Acta de Bruselas. La duración es en principio la misma para todas las obras, pero varía en el tiempo en función de los derechos y las categorías de obras que se protegen.

Duración de los derechos patrimoniales

La duración de protección de los derechos patrimoniales es la misma para todas las obras, pero surte efecto en distintos momentos, según la categoría de la obra.

- *En general:* en virtud del Artículo 26 de la Ley marroquí de 2000, el autor goza durante toda su vida, y sea cual fuere la edad en que desaparezca, del derecho exclusivo a explotar su obra bajo cualquier forma y obtener beneficios pecuniarios. A su muerte, persiste ese derecho en favor de sus derechohabientes durante

el año civil en curso y los 50 años siguientes.

- *Obras en colaboración*: la Ley de 2000 las somete al régimen general, pero los 50 años se cuentan a partir del año civil del deceso del último coautor superviviente (Artículo 26).
- *Obras anónimas o publicadas con seudónimo*: la duración de la protección de los derechos patrimoniales es de 50 años contados desde el fin del año civil durante el cual se divulgó la obra. Si se revela la identidad del autor antes de la expiración de ese plazo, se aplica el régimen general (Artículo 27).
- *Obras colectivas y audiovisuales*: la duración de protección de los derechos patrimoniales de esas obras es de 50 años contados desde el fin del año civil durante el cual se divulgó la obra. Sin embargo, a veces es difícil de determinar la fecha de divulgación de esas obras. Por lo que atañe a la Ley francesa de 1957, acepta todas las modalidades de prueba del derecho común, pero precociza la fecha del depósito legal en el Institut National de l'Audiovisuel. La Ley marroquí de 2000 no prevé nada semejante, lo cual es lamentable. En efecto, los fondos de la Biblioteca General y Archivos y del Centro Cinematográfico de Marruecos se habrían beneficiado si el legislador hubiera proclamado ese modo de prueba.

Como lo exige la reglamentación, la duración de la protección no puede exceder 50 años para las obras b) y c) después del deceso del autor o del último superviviente, pero se puede prolongar hasta 60 y 100 años, e incluso más, para las obras a) si son de personas morales. Para armonizar la duración de la protección, la Copyright Act de Estados Unidos prevé dos duraciones normalizadas que en último término otorgan la misma duración real de protección a todas las categorías de obras: 50 años tras el deceso del autor para las obras individuales y 75 para las obras anónimas o publicadas bajo seudónimo, las obras de encargo y las obras de personas morales.²⁵ Teniendo en cuenta que los autores de obras individuales sobreviven en promedio 25 años después de la divulgación de sus obras y que éstas están protegidas durante 50 años después de su deceso, la duración total de la protección de que gozan es de 75 años, como para las demás obras.

Duración de la protección de los derechos morales

Los derechos morales son derechos extrapatrimoniales. Inherentes a la persona del autor, acompañan las obras en el tiempo y les garantizan una protección especial. Imprescriptibles e inalienables, esos atributos son válidos durante la vida del autor y después de su deceso en favor de sus derechohabientes, que pueden ejercerlos al mismo tiempo que la Oficina Marroquí de Derecho de Autor (Artículo 60). De duración ilimitada, los derechos morales son válidos incluso después de la extinción de los derechos patrimoniales. Sin embargo, en caso de violación de esos derechos el autor o sus derechohabientes están obligados a presentar una demanda en un

plazo de 30 años. De lo contrario, se aplica la prescripción prevista por el derecho común.

Formalidades, documentación y recursos

El procedimiento de registro de los derechos y la consiguiente documentación son una tradición anglosajona que no conocen los demás países, por ejemplo los del Magreb. En cuanto a los recursos y sanciones, son comunes a todos los países en lo relativo al principio.

Formalidades

Ni la Ley del 15 de febrero de 2000 ni el decreto del 8 de marzo de 1965 prevén procedimiento alguno de registro o depósito de las obras. Sin embargo, el depósito no está totalmente ausente en Marruecos. En efecto, el *dahir* del 7 de octubre de 1932 prevé que toda obra producida en cantidad y puesta en circulación en el territorio marroquí²⁶ está sujeta al depósito de cuatro ejemplares en la Biblioteca General y Archivos, con sede en Rabat. Pero ese depósito no tiene relación alguna con el derecho de autor, ya que en Marruecos no están unidos entre sí.

La Oficina Marroquí de Derecho de Autor parece someter las obras que administra a un procedimiento de declaración y, por lo que atañe a la admisibilidad del procedimiento, se rige por el informe de la Comisión de Autenticación para inscribirlos en su repertorio.

Documentación

Para la legislación francesa y marroquí, no se requiere que la propiedad del autor sobre su obra sea confirmada por un documento emitido por un organismo creado para ese efecto. Habida cuenta de la lentitud endémica de las gestiones administrativas, este régimen simple y práctico tiene la ventaja de que no las precisa. Sin embargo, en virtud del *dahir* del 7 de octubre de 1932 sobre el depósito legal la publicación de una obra en Marruecos conlleva el depósito de cuatro ejemplares en la Biblioteca General y Archivos, lo cual da lugar a la entrega del certificado correspondiente. Además del nombre y la condición del autor, ese documento menciona las *claims*²⁷ que recuerdan las Copyright Forms del Copyright Office estadounidense y de la Oficina del Derecho de Autor de Canadá.²⁸ Sin embargo, de la lectura del Artículo 12 del *dahir* en cuestión se desprende que el certificado de depósito es simplemente declarativo de derecho y no constituye en ningún caso un certificado de propiedad de la obra ni un certificado de titularidad de los derechos correspondientes.²⁹

Sanciones

La violación del derecho de autor está sancionada por las disposiciones de la Parte IV de la Ley del 15 de febrero de 2000 y por algunas otras disposiciones del Código Penal. Considerada delito, dicha violación entraña un procedimiento judicial especial y penas propias de la propiedad literaria y artística.

El delito de falsificación

La falsificación y la utilización ilícita de las obras protegidas (piratería) son los principales delitos en derecho de autor, pero la sección VII del Código Penal sólo trata de la falsificación definida como «la producción, representación, adaptación, traducción o difusión en el territorio marroquí de toda o parte de una o varias de las obras de un autor de manera ilícita». Jurídicamente hay falsificación cuando se reúnen las tres condiciones siguientes: 1) realización material de la obra; 2) fabricación de una obra protegida por el derecho de autor; y 3) edición de la obra violando los derechos de autor.

Charles Canet, antiguo especialista del derecho de autor en Marruecos, añade una cuarta condición: la intención delictuosa del falsificador.³⁰ Es una condición lógica en un país que cuenta más de 30 millones de habitantes y en el que los operadores económicos, industriales y comerciales iniciados en el derecho de autor siguen siendo escasos. Sin embargo, se supone que nadie ignora la ley, pues lo contrario equivaldría a exonerar de toda responsabilidad a un falsificador malicioso si logra convencer de su buena fe a una jurisdicción conciliante. Desde hace largo tiempo la jurisprudencia estableció en Francia que «si el delito de falsificación de una obra artística está sometido, como los demás delitos, a la doble condición de la existencia de un hecho material y la intención culpable de su autor, no se presume la buena fe del inculpaado, sino que incumbe a éste aducir las pruebas».³¹

Procedimiento y confiscación de falsificaciones

La falsificación es un delito perjudicial al autor en términos pecuniarios. Para limitar sus consecuencias, con frecuencia irremediabiles, el legislador le ha dedicado un procedimiento especial que permite a la parte lesionada prescindir de las diligencias judiciales ordinarias y entablar un procedimiento de urgencia ante el Presidente del tribunal de primera instancia. Como lo dispone una circular del Ministerio de Justicia,³² se puede ordenar la confiscación de las falsificaciones antes del juicio sobre el fondo, con objeto de embargar las reproducciones ilícitas o hacer cesar inmediatamente las representaciones o ejecuciones públicas no autorizadas, lo que constituye una gran ventaja para la parte demandante. Con todo, si el *dahir* de 1970 permitía a la persona a que se había hecho la confiscación o a un tercero pedir al juez que la había ordenado que limitara sus efectos o sometiera la reproducción, ejecu-

ción o representación litigiosa a la autoridad de un administrador, la Ley de 2000 no prevé esa posibilidad.

Por lo demás, el segundo párrafo del Artículo 61*b*) estipula que «las disposiciones de los códigos de procedimiento penal y civil referentes al registro o la confiscación se aplican a los atentados contra el derecho de autor». Esto significa, como lo dispone el Acuerdo sobre los ADPIC de que Marruecos es signatario, que los titulares del derecho de autor (industrias de programas informáticos) pueden efectuar registros sin preaviso en las empresas que utilizan copias de programas informáticos sin haber obtenido la autorización correspondiente. Se trata de un procedimiento exorbitante del derecho común que rechazan países como Suecia y Dinamarca porque el derecho de registrar sin preaviso se aplica exclusivamente a asuntos criminales, y no a asuntos civiles como la falsificación.

Como la economía de la propiedad intelectual se ha convertido en transnacional debido a la globalización, el cuarto párrafo del Artículo 61*b*) prevé que la administración de aduanas tiene el derecho de suspender la circulación de mercancías supuestamente ilícitas y embargarlas como medida cautelar.

Por último, la Ley del 15 de febrero de 2000 presenta las nuevas disposiciones del derecho de autor marroquí. El Artículo 65 prevé «medidas, reparaciones y sanciones en caso de abuso de los medios técnicos y alteración de la información sobre el régimen de derechos». Se trata de sancionar la neutralización de las medidas técnicas de protección, la fabricación de descodificadores piratas y la supresión de toda información relativa al régimen de los derechos.

Penas

Las sanciones del delito de falsificación están organizadas en Marruecos en virtud de los Artículos 575 a 579 del Código Penal y 64 y 65 de la Ley sobre Derecho de Autor. Como se trata de un delito en el que pueden estar implicadas varias personas, el antiguo texto (Artículo 61 del *dahir* de 1970) consideraba responsable de la falsificación a la persona física o moral que reproducía o comunicaba de manera ilícita la obra, a exclusión de los encargados, incluso si éstos habían procedido a la ejecución del trabajo de falsificación. Definido así, el falsificador era sancionado con una multa por una cuantía fijada por la ley.

Con la Ley del 15 de febrero de 2000, la violación de los derechos de autor, si se comete intencionalmente o por negligencia y con fines de lucro, expone siempre a su autor a las penas previstas por el Código Penal, pero la cuantía de las multas se deja a la apreciación del tribunal que tiene el poder de fijarlas, habida cuenta del beneficio que el falsificador hubiere obtenido con la violación. Esta pena, denominada principal, está acompañada de penas cautelares en virtud del Artículo 578 del Código Penal y el Artículo 61 de la Ley de 2000. Los textos prevén además que con los ingresos producidos por la reproducción o difusión ilícitas, los culpables son condenados a pagar una suma igual a la cuantía de las pérdidas, así como a la confis-

cación de todo material especialmente instalado para la reproducción ilícita y de todos los ejemplares y objetos falsificados. A solicitud de la parte civil, el tribunal puede ordenar la publicación total o parcial de la sentencia de condena en los periódicos que designe, así como la fijación de dicha sentencia en los lugares que indique, en particular en la puerta del domicilio del condenado y en todos los establecimientos y salas de espectáculo de que sea propietario, todo a cargo del falsificador, sin que la cuantía de los gastos de esa publicación exceda el máximo de la multa impuesta (Artículo 578 del Código Penal).

En caso de reincidencia, el Artículo 64 de la Ley de 2000 prevé que las autoridades judiciales tienen facultad para triplicar el límite superior de las penas impuestas.

Procedimientos civiles

Según la Parte IV de la Ley del 15 de febrero de 2000, la violación de los derechos de autor da lugar, además de las sanciones penales, a un procedimiento y sanciones civiles.

El procedimiento civil se aplica en el caso de litigios relativos a los contratos de cesión de los derechos de autor y derechos conexos. Pero como se desprenden falsas interpretaciones y abusos y se da lugar a actos de falsificación o piratería, se presentan dos procedimientos: o bien el ministerio fiscal (en virtud de su misión primera), o bien la Oficina Marroquí de Derecho de Autor (en virtud del Artículo 60 de la Ley de 2000), inicia el procedimiento penal y el autor se constituye parte civil; o bien el propio autor entabla el procedimiento penal y, si hay falsificación, recurre al juez civil para apreciar el perjuicio sufrido y determinar la compensación pecuniaria.

Sin embargo se plantea un interrogante. Si la Oficina Marroquí de Derecho de Autor es parte en un caso, ¿cuál es la jurisdicción competente? ¿Los tribunales judiciales o los tribunales administrativos? Supongamos el caso de un autor que impugna la cuantía de la remuneración que se le atribuye o desea administrar sus derechos por sí mismo y sustraerlos así a la tutela exclusiva de la BMDA. Habida cuenta de que es un establecimiento público, creado por decisión gubernamental y colocado bajo la tutela del Ministerio de Comunicación y de que toda acción contra la decisión de una entidad pública compete al derecho administrativo y los tribunales administrativos, es preciso saber a qué jurisdicción se presenta: el Tribunal de Primera Instancia o el Tribunal Administrativo. Y ¿qué derecho se aplica?: ¿el derecho administrativo o el derecho de autor? La respuesta es tanto más complicada cuanto que ni uno ni otro prevén una escala de distribución de los derechos de autor y, contrariamente a países como Francia, Líbano o Egipto, en los que existe un tribunal para dirimir conflictos, en Marruecos hay dos órdenes jurídicos, pero sin jurisdicción para zanjar los conflictos de competencia. Por otra parte, como las demás ramas del derecho cuando existen, la propiedad intelectual ha experimentado durante los últimos cuarenta años una práctica que unía legalidad y coyuntura. Organismo tutelar exclusivo de las obras explotadas en Marruecos desde su creación

en 1965, la BMDA evoluciona en el vida jurídica.³³ Asimismo, como el poder presidía todo, no ha habido jurisprudencia ni doctrina en la materia. Un estudio sobre la administración (recaudación y distribución) de los derechos de autor arrojaría nueva luz sobre la propiedad literaria y artística en Marruecos.

Notas

1. Esos copistas solían ser estudiantes de las diversas *madrasas* (escuelas coránicas). Hacían la transcripción de libros y documentos por un poco de dinero y para financiar sus estudios. Como la caligrafía árabe es variada y se presta a innovaciones, se remuneraba bien a los buenos copistas, pero jamás se planteaba la cuestión de derechos de autor.
2. En Marruecos un *dahir* (decreto real) es un texto firmado por el Rey.
3. Publicado en el *Bulletin officiel* del 6 de julio de 2000, entró en vigor seis meses después de la publicación.
4. Arabia Saudí, Bahreim, Omán y Kuwait sólo adoptaron recientemente la legislación sobre derecho de autor.
5. En Jordania permaneció vigente hasta 1999 la reglamentación otomana del derecho de autor de 1910. Esa reglamentación fue confirmada en 1981 por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Es paradójico que en ese país de reglamentación arcaica se encuentre el mayor gabinete de asesoría sobre propiedad intelectual, Tallal Abu Gazaleh & Co, con representantes en todos los países árabes.
6. «La falsificación es un comercio boyante dirigido por oscuros empresarios, tal vez vinculados al crimen organizado, que se aprovechan de una legislación inadecuada y aplicada sin firmeza para vender de todo: desde relojes Rolex falsificados y chandales hasta sucedáneos de AZT y repuestos de centrales nucleares. Según los expertos, este delito cuesta al comercio de Estados Unidos unos 200.000 millones de dólares por año y pone en grave peligro la salud y seguridad públicas». Tim Sandler, *The Boston Phoenix*, 2 de diciembre de 1994.
Según la International Anticounterfeiting Coalition Inc. (Washington), entre el 5 y el 8 % de todos los productos y servicios del mundo son falsificados. Marc Green, Consumer Affairs Commissioner de Nueva York, estima que con la falsificación la ciudad pierde más de 300 millones de dólares en impuestos sobre las ventas.
7. La literatura sobre el derecho de autor en Marruecos es poco abundante, pero cabe citar el excelente manual redactado por Charles Canet para presentar el *dahir* del 29 de julio de 1970. *Manuel du Droit de la propriété littéraire et artistique au Maroc*, Rabat, Ed. Moncho, 1973.
8. Henri Debois, *op. cit.*, pág. 27.
9. Esta disposición fue introducida por el *dahir* de 1970 y retomada por la Ley del 15 de febrero de 2000 porque es frecuente que cazadores extranjeros de sonidos e imágenes graben en vivo cantos y danzas populares para explotarlos por cuenta propia fuera de Marruecos sin pagar regalías ni a los autores ni a la BMDA.
10. El *dahir* del 29 de julio de 1970 preveía que el producto del impuesto sería dedicado por el Ministerio de tutela a fines de interés general o profesional. Sin embargo, no se dio curso a esa disposición.

11. Véase: P. Marcus, D. Myers, D. Nimmer y M. Nimmer, *Cases and Materials on Copyright*, 4ª edición, West Publishing Co., 1991, págs. 103-116.
12. Véase sobre este fallo y sobre la problemática relativa al derecho de autor y bancos de datos: Sandra de Faultrier, «Droit d'auteur et droit de reproduction», *Documentaliste*, vol. 22, nº 2, marzo-abril de 1985, págs. 53-64.
13. Véase para Francia: Fallo de la Sección Comercial de la Cámara de Comercio del Tribunal Supremo, 29 de diciembre de 1960, en *Gazette du Palais*, 25-28 de febrero de 1961.
14. Véase el Artículo 33 de la Ley del 15 de febrero de 2000 y el párrafo 1 del Artículo 13 de la Ley francesa de 1957.
15. Fallo del Tribunal de Apelación de París, Cámara 13, 27 de mayo de 1975, en *Dalloz Périodique*, 1976, págs. 104 y ss.
16. Véanse el fallo del Tribunal Supremo, Cámara de lo Criminal, 26 de octubre de 1977 y el fallo del Tribunal de Casación, Cámara Civil 1, 24 de marzo de 1973.
17. En Francia la Ley del 11 de marzo de 1957 atribuye al derecho moral un cuarto carácter: la inembargabilidad.
18. Para el ejercicio de los derechos morales (por ejemplo, derecho de divulgación) la Ley francesa de 1957 prevé que tras el deceso del autor se puede garantizar mediante los albaceas (por ejemplo, fundaciones). En Marruecos la ley remite a los derechohabientes en el sentido de descendientes. Ahora bien, éstos no siempre disponen de los mismos recursos de las fundaciones para garantizar en justicia el respeto de sus derechos.
19. Véase, Roland Dumas, *La propriété littéraire et artistique*, París, PUF, 1987, págs. 208-213.
20. Fallo del Tribunal Supremo, Cámara de lo Civil, 1, 6 de julio de 1965 en *Gazette du Palais*, 5-6 de septiembre de 1965.
21. Sobre el *fair use* véanse: Roger E. Schechter, *Unfair Trade Practices and Intellectual Property*, 2ª ed., West Publishing Co., St Paul, Minn, 1993, págs. 112-115; véase también: P. Marcus, D. Myers, D. Nimmer y M. Nimmer, *op. cit.*, págs. 97-98, 414-416, 471 y 549.
22. Ejemplo: el Artículo 3 de la Ley nº 93/1992 de Italia fija un porcentaje del precio de venta de los casetes, cintas y demás soportes de grabación sonora y audiovisual y de los aparatos de grabación en beneficio de la Sociedad Italiana de Autores (SIAE).
23. Un acuerdo del 16 de marzo de 1993 entre el Ministerio de Educación Nacional y el Centro Francés de Explotación del Derecho de Copia creó en Francia una remuneración global en favor de ese Centro por las copias hechas en los establecimientos públicos de enseñanza secundaria y superior.
24. Véase: Silke Von Lewinski, Public Lending Right «A General and Comparative Survey of the Existing Systems in Law and Practice», *Revue Internationale de Droit d'Auteur*, nº 154, 1992, págs. 3-81.
25. Véase la Sección 302 del Copyright Act de 1976.
26. Según el *dahir* del 7 de octubre de 1932, el depósito legal se refiere en Marruecos a libros, periódicos, revistas, tarjetas postales, carteles, serigrafías, fotografías, grabados, estampas, etc.
27. Para las obras la declaración debe mencionar: 1) el título de la obra, los nombres y temas para las estampas, grabados, fotografías, carteles, tarjetas, etc.; 2) el número de la tirada; 3) el nombre del autor o la mención de anonimato; 4) el nombre, la dirección y la condi-

- ción de la persona para la que se hizo la tirada; y 5) la fecha de terminación de la tirada.
28. Véase: Sección 409 y 410 del Copyright Act de Estados Unidos y Form PA, TX et VA del Copyright Office; véanse además los Artículos 53 y 54 de la ley canadiense sobre derecho de autor.
 29. En Francia se menciona el depósito legal como medio de prueba para marcar el comienzo de los derechos de autor pecuniarios, en relación con obras cinematográficas y videogramas. La Ley del 3 de julio de 1985 crea la obligación de inscribirlos en el Registro Público de Cinematografía, así como todas las actas y convenios que se efectúen con motivo de la producción, distribución y representación de todas las obras audiovisuales.
 30. Charles Canet, *op. cit.*, pág. 76. Sin embargo, en la página 82 el mismo autor excluye la legitimidad del cuarto elemento, basándose en la jurisprudencia francesa que, por su parte, no mantiene la presunción de inocencia en materia de falsificación.
 31. Véase en Francia el fallo del Tribunal Supremo (Cámara de lo Criminal), 1º de febrero de 1912, *Gazette du Palais*, 1912, 1, pág. 438.
 32. Circular del Ministerio de Justicia del 1º de diciembre de 1971, dirigida a todas las jurisdicciones del Reino de Marruecos.
 33. La constitución de sociedades de gestión de los derechos de autor está sujeta en Francia a la obtención de una autorización del Ministerio de Cultura. Además, con objeto de garantizar la buena gestión de los fondos que administran y que suelen representar una considerable cuantía, dichas sociedades deben inscribirse en el Registro de Comercio de las sociedades civiles y designar uno o varios auditores.

La nueva ley del Líbano sobre derecho de autor

Micheline Ferran

El 17 de marzo de 1999, el Parlamento libanés aprobó en segunda lectura una ley cuyo objeto es proteger la propiedad literaria y artística. En los debates parlamentarios que tuvieron lugar en esa oportunidad quedó demostrado que la protección de los programas informáticos era un tema central, mientras que el texto también tenía por finalidad adecuar la legislación nacional al Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC), abriendo al mismo tiempo el camino a la adhesión del Líbano a diversos convenios internacionales. Se trataba, además, de reforzar el derecho de autor, muy poco modificado desde el decreto N° 2385 del 17 de enero de 1924.

La necesidad de modernizar este arsenal legislativo obsoleto fue cada vez más perceptible, en la medida en que el Líbano es considerado como un país en que, por un lado, la lucha contra la falsificación es una necesidad y donde, por otro lado, las creaciones artísticas, literarias y aun tecnológicas representan una riqueza potencial que convenía proteger mejor.

Estos objetivos ponen claramente de manifiesto la importancia de la reforma, puesto que se trata de una completa refundición de la legislación de derecho de autor, en que en principio se abordaron todos los aspectos fundamentales.

En primer lugar se presentan las grandes orientaciones de la ley, tras lo cual se exponen algunas disposiciones particulares respecto de las cuales es interesante destacar las singularidades o las incertidumbres.

Grandes orientaciones inspiradas por el afán de integrarse en el orden internacional

Refundición de la legislación de 1924

La estructura básica de la ley se renovó íntegramente: el texto está dividido en 12 capítulos. El Capítulo I contiene «Definiciones»; el Capítulo II se titula «Obras protegidas»; en el Capítulo III se determinan los «Titulares del derecho de autor y condiciones de la protección»; el Capítulo IV, «Alcance de la protección jurídica», atañe a los beneficiarios de la protección respecto de obras realizadas por autores extranjeros; en el Capítulo V, «Derechos concedidos al titular del derecho de autor»,

se indican las prerrogativas de los autores; en el Capítulo VI se exponen las «Excepciones a los derechos del autor»; el Capítulo VII constituye una innovación al conceder un lugar especial a los «Derechos conexos»; en el Capítulo VIII se especifica la «Duración de la protección», el Capítulo IX versa sobre «Asociaciones o entidades de gestión colectiva»; el Capítulo X se refiere a las «Formalidades de depósito»; el Capítulo XI concierne a las «Medidas precautorias y de reparación y sanciones aplicables», y el Capítulo XII a las «medidas transitorias y provisionales».

Una terminología adaptada a las nuevas exigencias del entorno numérico (Artículo 1)

En esta ley general se utiliza una terminología moderna que los legisladores se ocuparon de especificar en un capítulo introductorio, habida cuenta de las nuevas posibilidades que brinda el contexto numérico para la transmisión y la difusión de la obra. Se definen en particular las nociones de representación, ejecución pública, difusión, reproducción, publicación y transmisión pública de la obra.

Con respecto a las nociones de representación y reproducción únicamente, es importante comenzar aclarando las definiciones de que han sido objeto. La representación de la obra consiste en ejecutarla mediante representaciones en vivo como la exposición, la interpretación de un trozo musical, la lectura o la recitación públicas, la representación dramática o coreográfica, pero también mediante cualquier otra modalidad, ya sea directamente o por conducto de cualquier material o procedimiento. Dicha representación será considerada pública cuando se produzca en uno o varios lugares que pueden acoger a una cantidad de personas superior al número de miembros de una misma familia o sus familiares más directos.

En cuanto a la reproducción, es la fijación material de la obra en uno o varios ejemplares, mediante todos los procedimientos y en particular por grabación permanente o provisional de la obra en discos, cassetes o CD-ROM, o bien en una memoria electrónica.

La publicación es objeto de una disposición particular: consiste en poner a disposición del público, con el consentimiento del autor de la obra o del productor de la grabación sonora, ejemplares de una obra o de una grabación sonora en cantidad suficiente para responder a las necesidades razonables de ese público mediante su alquiler o venta o cualquier otro procedimiento de transferencia de propiedad o del derecho de utilización del soporte material. Este término también se aplica a toda puesta en circulación de la obra mediante procedimientos electrónicos, cualesquiera que sean.

No obstante, no constituyen una publicación la representación de una obra dramática, musical o cinematográfica, la ejecución de una obra musical, la recitación pública de una obra literaria, la transmisión o la radiodifusión de una obra artística o literaria, la exposición de una obra de arte o la construcción de una obra arquitectó-

nica. Asimismo, no se considera publicación una grabación sonora, su audición o difusión por cualquier procedimiento o material.

Por último, se entiende por transmisión pública toda operación mediante la cual un medio de telecomunicación de sonidos e imágenes o de unos u otras transmite una obra a los fines de su recepción por el público, de manera que éste pueda oírla o verla desde lugares alejados del centro de emisión. Además, esta acepción designa a cualquier modalidad por la cual la obra se pone a disposición del público mediante procedimientos de telecomunicación en línea (como Internet) o de modo diferido a fin de permitir que cualquier persona tenga acceso a ella, desde el lugar y en el momento que haya escogido.

Estas precisiones relativas tanto al derecho de reproducción como al derecho de transmisión pública se explican por el afán del legislador libanés de tomar en consideración la rápida evolución de las nuevas tecnologías, y en particular Internet, con el objetivo de adaptarse a los nuevos tratados sobre derecho de autor de la OMPI del 20 de diciembre de 1996. Asimismo, este enfoque recuerda la metodología legislativa anglosajona según la cual las especificaciones terminológicas son parte integrante del dispositivo legislativo.

La ley también define lo que se entiende por autor de una obra – toda persona física que crea una obra- para distinguir probablemente el autor – creador del titular del derecho de autor en los casos en que no son una misma persona, lo que puede suceder con las obras colectivas, las obras creadas por asalariados y las obras audiovisuales (véase más adelante). En relación con los derechos conexos, se definen las grabaciones sonoras y los productores de dichas grabaciones (véase más adelante).

Una ampliación de las obras que se pueden proteger para integrar los programas informáticos y las bases de datos (Artículos 2, 3 y 4)

Lista no restrictiva relativa a una serie de obras de distintos géneros, entre las cuales figuran los programas informáticos

En la ley se enuncia un principio rector: el derecho de autor protege todas las obras del espíritu, ya sean escritas, plásticas, gráficas u orales, cualesquiera que sean su género, forma de expresión, mérito o destino (Artículo 2).

Acto seguido, en la ley se presenta una lista no restrictiva de las creaciones que pueden ser protegidas por el derecho de autor: a título de ejemplo se mencionan los libros, diarios, publicaciones periódicas y todos los demás escritos, las obras literarias orales como las conferencias, alocuciones o discursos, las obras audiovisuales, las fotografías, las composiciones musicales con letra o sin ella, las obras dramáticas o comedias musicales, las obras coreográficas, los números de un espectáculo y las

pantomimas, las obras de arte como las pinturas, esculturas, grabados, litografías, los dibujos y planos de arquitectura, los programas informáticos (cualquiera que sea el lenguaje utilizado) comprendidos los trabajos de concepción preparatoria, los mapas, croquis, obras gráficas tipográficas, científicas y arquitectónicas y, por último, las obras de arte plástico, tengan o no una aplicación industrial (o un carácter industrial).

Queda así protegido por el derecho de autor, en calidad de obra del espíritu, el programa informático o de ordenador, de conformidad con el Artículo 10 del Acuerdo sobre los ADPIC en que se estipula que los programas de ordenador, sean programas fuente o programas objeto, serán protegidos como obras literarias en virtud del Convenio de Berna. No obstante, pese a haber adoptado esta posición, los legisladores no han considerado útil dedicar a esta protección un régimen específico y se limitaron a integrar los programas informáticos en la lista de las obras enumeradas que se pueden proteger, aunque con excepciones particulares derogatorias del derecho común (véase más adelante).

Una disposición específica relativa a las obras derivadas entre las cuales figuran las bases de datos

En la ley se estipula asimismo que la protección abarca las obras derivadas o secundarias siempre que no se vulneren los derechos del autor de la obra original. Las obras amparadas por esta protección son las siguientes:

- las traducciones de las obras así como sus variaciones, transcripciones, adaptaciones a otras formas de arte y los arreglos de una obra musical;
- las compilaciones de obras o datos accesibles por medios electrónicos o de otro modo, con autorización del autor o de sus derechohabientes, siempre que la selección o la disposición de los contenidos sea original (Artículo 3).

Esta última categoría ilustra claramente la nueva dimensión que ha querido dar el legislador libanés a la reforma de la legislación de derecho de autor, en el entendimiento de que era indispensable para tener en cuenta el Acuerdo sobre los ADPIC en relación con las disposiciones referentes a «las compilaciones de datos o de otros materiales... que por razones de la selección o disposición de sus contenidos constituyan creaciones de carácter intelectual» (Artículo 10). De este modo, las bases de datos quedan protegidas por el derecho de autor si son originales, considerándose que esa originalidad es el fruto de la selección o la disposición de los contenidos que revelan un carácter creativo. Por otra parte, y se ha velado por recordarlo en el texto, esta protección de las bases

de datos se ejerce sin perjuicio de los derechos de los autores de las distintas creaciones que la componen.

Una protección de las obras extranjeras conforme a los convenios internacionales (Artículos 12 y 13)

Las obras originales realizadas por autores extranjeros son objeto de disposiciones particulares que responden directamente a consideraciones de índole internacional. Habida cuenta de que el Líbano se adhirió el 30 de septiembre de 1947 al Convenio de Berna en su versión revisada en Roma el 20 de junio de 1928, a la Convención Universal de 1971 y, muy recientemente, a la Convención de Roma sobre los derechos conexos del 26 de octubre de 1961, era indispensable consagrar en esta ley los principios rectores de dichos convenios.

Así, se respetó expresamente el principio de la asimilación del autor extranjero al nacional en la medida en que se prevé que los creadores no libaneses de una obra del espíritu (literaria o artística) deberían gozar de la protección del derecho de autor tal como se define en la presente ley, siempre que sean nacionales de uno de los países signatarios de la Unión de Berna o de la Convención Universal (Artículo 12).

Además, esta asimilación del extranjero al nacional se concede a los nacionales de los países de la Liga Árabe que no son partes en los dos convenios mencionados, siempre que los Estados de los que sean nacionales reconozcan igual protección a los nacionales libaneses en cumplimiento del principio de reciprocidad.

Asimismo, el beneficio de esta protección se concede expresamente a los productores extranjeros de obras audiovisuales que tengan una sede principal o una domiciliación en el Líbano o en alguno de los países signatarios de los dos convenios (Artículo 12, párrafo 5).

En la ley libanesa (que en esto retoma el decreto de 1924) se reconoce a continuación la protección de obras literarias o artísticas publicadas por primera vez en el Líbano o en alguno de los países signatarios de la Unión de Berna o de la Convención Universal. Esa misma protección se otorga a las obras no publicadas por primera vez en el Líbano o en uno de los Estados Partes en los dos convenios mencionados, si ulteriormente se publican en el Líbano o en uno de esos países en un plazo de 30 días después de su publicación en el país no contratante (Artículo 13).

De conformidad con la Convención de Roma, también se consagró el principio del trato nacional en beneficio de los titulares de los derechos conexos.

La protección en virtud de esos derechos se concedió:

- a los productores de grabaciones sonoras, de nacionalidad libanesa o nacionales de uno de los Estados Partes en la Convención de Roma;
- en el caso en que la grabación sonora se haya realizado en uno de los países

amparados por la Convención;

- en el caso en que la grabación se haya difundido por primera vez en uno de los Estados Partes en esa Convención o bien si se difundió en primer lugar en un país no contratante, siempre que ulteriormente haya sido difundido en uno de los países signatarios en un plazo de 30 días después de su primera difusión (Artículo 36).

Por lo que se refiere a los artistas intérpretes, la protección se les otorga si la interpretación ha tenido lugar en el Líbano o en uno de los países signatarios de la Convención de Roma, o si la fijación de la interpretación se efectuó en una grabación sonora protegida en virtud del Artículo 36 antes mencionado, o bien si la fijación de la interpretación se realizó mediante un programa difundido por radio o televisión protegido en virtud del Artículo 38 de la ley (Artículo 37).

Acto seguido, la ley se refiere a los organismos y empresas de radiodifusión y televisión que gozan de la protección en virtud de los derechos conexos, siempre que su sede social se encuentre en el Líbano o en un Estado Parte en la Convención de Roma, o bien en el caso en que la difusión del programa se haya realizado por conducto de una emisora situada en el Líbano o en uno de los países signatarios de la Convención de Roma (Artículo 38).

Especial importancia otorgada a los derechos conexos (Artículos 35 a 48)

Inicialmente, el decreto de 1924 que reglamentaba los derechos de propiedad comercial e industrial, artística, literaria y musical para el Líbano protegía únicamente el derecho de autor relacionado con «los cilindros, discos y cartones perforados para máquinas hablantes e instrumentos de música mecánicos», en otras palabras, exclusivamente las grabaciones sonoras. La integración de los derechos conexos constituye un avance considerable tanto más necesario cuanto que el Líbano necesitaba conformarse por un lado a la Convención de Roma sobre los derechos conexos del 26 de octubre de 1961, Convención que ratificó el 12 de agosto de 1997 y, por otro, al Acuerdo sobre los ADPIC (Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio) de 1994.

El legislador agrupó en esta sección a los productores de grabaciones sonoras, los artistas intérpretes o ejecutantes, los organismos y empresas de radiodifusión y televisión y las empresas editoriales. El objetivo es proteger a las distintas categorías auxiliares de la creación a fin de impedir la transmisión pública de las interpretaciones sin autorización del intérprete, y la reproducción directa o indirecta de soportes materiales sin el acuerdo de los productores de grabaciones sonoras.

Reconocimiento del derecho de autor del creador sin ninguna formalidad (Artículos 5 y 76)

El hecho de que se dedique un título de la ley a las formalidades de depósito puede sugerir que el derecho libanés adoptó el antiguo sistema anglosajón que subordina la protección de las obras a la ejecución de formalidades de depósito. En realidad no es así, pues, tras haberse estipulado que el depósito de las obras, grabaciones sonoras, ejecuciones o programas audiovisuales se efectúa en la Oficina de Protección de la Propiedad Literaria y Artística que se encuentra en el Ministerio de Economía y Comercio, se especifica en la ley que ese depósito establece la presunta propiedad de la obra, presunción que se puede eliminar por cualquier otro medio de prueba (Artículo 76).

Así pues, de conformidad con el Convenio de Berna, el autor de una obra literaria o artística (que, en virtud del Artículo 2 de la ley, es la persona física que ha creado la obra) goza con respecto a esa obra, por el mero hecho de su creación original, de un derecho de autor absoluto, sin que se requiera ninguna formalidad (Artículo 5).

La formalidad del depósito es ahora facultativa, mientras que en el decreto de 1924 (Artículo 158) se exigía el depósito de la obra a los autores que no fueran nacionales de uno de los países signatarios del Convenio de Berna para que pudieran gozar de la protección concedida por la ley libanesa, o al menos estar habilitados para recurrir judicialmente en caso de que se inicien diligencias de represión de falsificaciones.

Función específica concedida a las asociaciones y entidades de gestión colectiva (Artículos 58 a 75)

Esta integración de la gestión colectiva en la aplicación del derecho de autor y derechos conexos se manifiesta de distintos modos.

La ley comprende un título especial (Título IX) sobre las asociaciones o entidades de gestión colectiva cuya finalidad es registrar, recaudar y entregar a los autores y a los titulares de derechos conexos afiliados a ellas las cantidades o regalías que se les deben con motivo de la explotación de sus obras.

En sus relaciones con sus miembros, la entidad de gestión colectiva está facultada para administrar sus derechos en virtud de un mandato escrito notarial y en el

que se mencionan expresamente los derechos abarcados. Es un mandato de duración determinada que concierne al conjunto de las obras actuales o futuras del autor o del titular de derechos conexos, pero que también puede limitarse a determinadas obras y que, en los casos dudosos, se considera global (Artículo 59).

La condición jurídica de esas entidades es objeto de normas obligatorias, en especial por lo que se refiere a sus relaciones con los poderes públicos, normas que se completarán con decretos de aplicación (Artículo 66). Estas asociaciones de autores pueden adoptar la forma de sociedades civiles o de asociaciones. No obstante, para poder funcionar, deben depositar en el Ministerio de Cultura y Enseñanza Superior una declaración legal de existencia que pruebe su constitución y comunicar a este último no sólo sus estatutos, sino también la copia de los mandatos concertados con los autores afiliados, las modalidades de distribución de los derechos de estos últimos, así como sus cuentas anuales (Artículo 60).

Asimismo, estas entidades deben comunicar al Ministerio de Cultura, a su petición, cualquier otro documento contable o registro para facilitar la fiscalización. Deben recurrir a los servicios de un auditor externo y contar obligatoriamente con la asistencia de un abogado colegiado en calidad de asesor. Este derecho de fiscalización del Estado respecto de las sociedades de autores permitirá así a las autoridades encargadas de la supervisión someter el asunto al Ministerio Público en caso de infracciones de la ley o reglamentarias reiteradas cometidas por ellas (Artículo 65).

La ley contiene disposiciones específicas sobre las atribuciones de esas entidades, que les permiten establecer por contrato con quienes explotan los derechos de autor acuerdos relativos a la explotación de las obras que figuran en su repertorio, negociar las remuneraciones correspondientes, distribuirlas o bien recurrir a acciones judiciales, arbitrajes o soluciones amistosas en defensa de los derechos e intereses de los titulares de derechos a los que representan.

Deben respetar una serie de principios de transparencia en relación con sus miembros: comunicación de un informe anual de actividad a los autores mandantes, derecho de inspección de las cuentas de esas entidades, distribución de las remuneraciones recaudadas por lo menos una vez por año, y derecho de rescisión fundado en un motivo legítimo previa notificación tres meses antes de finalizar el año (Artículo 67).

Por último, esas sociedades no pueden denegar, sin motivo legítimo, la adhesión de un autor, aun cuando dicha adhesión sea facultativa e incumba a los autores apreciar sus fundamentos y conveniencia (Artículo 68).

Estas facultades concedidas a la organización y gestión de las sociedades de autores y derechos conexos traducen la voluntad del legislador de promover la eficacia de la protección de los derechos de los autores.

Disposiciones que merecen observaciones particulares

Un requisito no explícito para la protección: la condición de originalidad (Artículo 5)

En el Artículo 5 de la ley se estipula que toda persona que haya creado una obra literaria artística goza del derecho de propiedad absoluta por el mero hecho de esa creación, sin necesidad de efectuar ninguna formalidad.

En la versión árabe del texto se emplea la palabra «crear». Este término puede parecer poco explícito para designar el carácter original que debe tener esa creación. En cualquier caso, cabe señalar que la protección del derecho de autor sólo concierne a las obras que son fruto de un esfuerzo personal de creación y llevan la impronta personal del autor. La obra debe ser original. Esta interpretación es la única válida, puesto que esa condición se deriva de la propia naturaleza del derecho de autor. Halla confirmación en la práctica de los tribunales libaneses para los cuales la protección está fundamentalmente subordinada a la originalidad.

Lista de obras excluidas entre las cuales figuran las ideas y las obras folclóricas, con una excepción para estas últimas (Artículo 4)

Se han inventariado las creaciones excluidas de la protección que concede el derecho de autor: son los boletines, la prensa diaria, las actas oficiales (textos legislativos y reglamentarios, fallos judiciales), ideas y datos científicos abstractos, discursos o sermones difundidos en manifestaciones públicas – con la salvedad de que quien es personalmente su autor tiene el derecho exclusivo de reunirlos y difundirlos – y, por último, las obras folclóricas que forman parte del patrimonio, excepto si se trata de una obra personal inspirada en un tema folclórico (Artículo 4).

En esta categoría figuran en principio obras que, pese a ser intrínsecamente aptas para la protección, quedan excluidas del beneficio del derecho de autor debido a su destino final, pues por naturaleza deben ser difundidas y ampliamente comunicadas al público. Éste es el caso de los boletines, la prensa diaria, las actas oficiales, etc. Asimismo, la exclusión de las ideas y los datos de la protección se funda en un principio esencial del derecho de autor en virtud del cual este último ampara la expresión de las ideas, y no las ideas propiamente dichas.

Por lo que se refiere al folclore, es interesante observar que la legislación libanesa

ha previsto una excepción a esta exclusión, habida cuenta de la importante actividad creativa que dedican los artistas y creadores a la renovación del folclore libanés.

Diversificación de la titularidad del derecho de autor (Artículos 5 a 11)

El principio: el reconocimiento del derecho de autor del creador (persona física) de una obra original

El autor de una obra literaria o artística es, con arreglo a la ley, la persona física que la ha creado (Artículo 2).

La calidad de autor pertenece, salvo prueba en contrario, a aquel o aquellos bajo cuyo nombre se difunde la obra (Artículo 11).

En cuanto a las obras anónimas o seudónimas, la calidad de autor pertenece a la persona física o jurídica que las ha publicado. No obstante, si se revela la verdadera identidad del autor, le corresponderá el pleno ejercicio de sus derechos.

Las variantes: obras emanadas de varios coautores o asalariados

Un enfoque minimalista de las obras realizadas en colaboración

En el capítulo introductorio sobre las definiciones el legislador ha velado por definir la obra realizada en colaboración en los siguientes términos: «es una obra a cuya creación han contribuido varias personas, siempre que no sea una obra colectiva».

A continuación se establece en la ley libanesa una distinción entre:

- por un lado, las obras en las que la contribución de cada uno de los distintos participantes se funde en el conjunto, sin que sea posible asignar a cada cual su parte en la creación de la obra; en ese caso todos los coautores son considerados en pie de igualdad;
- por otro, las obras en las que se puede determinar la aportación de cada participante o su contribución; en ese caso cada uno de los coautores será considerado creador independiente de la parte de la obra que le corresponde.

En cualquier caso, se especifica que ninguno de los coautores de una obra realizada en colaboración puede ejercer sus derechos de autor a título individual sin el consentimiento de los demás, salvo pacto escrito en contrario.

Esta noción de obra realizada en colaboración así definida no deja de ser ambigua. Por un lado, su definición por referencia a la obra colectiva no es esclarecedora, y por otro, la fusión o la determinación de la aportación de cada participante no es un elemento constitutivo de la obra realizada en colaboración, sino simplemente un criterio que permite distribuir los frutos de la explotación de la obra entre los coautores.

El caso particular de las obras musicales (Artículo 20):

Con respecto a las obras musicales, el autor y el compositor tienen derechos equivalentes, salvo acuerdo en contrario.

El hecho de que se dedique una disposición especial a esta categoría de obras puede parecer insólito, en la medida en que esa obra puede *a priori* ser considerada una obra realizada en colaboración, en que los derechos se ejercen de común acuerdo, cualquiera que sea la importancia o la parte de cada uno en el acto de creación definitivo que puede, sin embargo, influir en la distribución de los derechos. Se explica, no obstante, por el lugar que ocupa la creación musical en el Líbano y la necesidad de evitar conflictos en cuanto a la distribución de los beneficios entre el autor de la letra y el compositor que han contribuido al éxito de una partitura musical.

Una obra colectiva (Artículo 7) tentacular:

Es en el capítulo introductorio (Artículo 2) donde se define este tipo de obra como «una obra en la que han participado varias personas físicas, por iniciativa y bajo la coordinación de la persona física o jurídica que se ha encargado de publicarla bajo su propio nombre».

En este caso, se considera titular del derecho de autor a la persona jurídica o física que tomó la iniciativa de crear la obra y que dirigió su realización, salvo acuerdo escrito en contrario.

Esta definición de la obra colectiva tiene la ventaja de ser clara, en la medida en que el legislador libanés descartó cualquier referencia a las aportaciones respectivas de los distintos autores participantes en su elaboración y a su fusión en una creación única; no obstante, con esta acepción amplia se dará preferencia a la calificación de obra colectiva cada vez que se presente el caso de una participación de varias personas pero iniciada por un tercero, sin que tengan importancia la naturaleza de la contribución concreta de cada uno de los participantes ni el hecho de que se pueda o no atribuir a cada uno de los autores participantes un derecho indivisible o divisible sobre el conjunto realizado.

Desde otro punto de vista, cabe considerar que la persona física o jurídica es sólo presuntamente titular de los derechos de autor sobre la obra colectiva, lo que permite suponer que las personas físicas, los creadores, que participaron en la elaboración de esa obra conservaron sus derechos morales.

Obras creadas por asalariados (Artículo 8):

Tratándose de las obras creadas por asalariados en virtud de un contrato laboral y en el marco del ejercicio de sus funciones, el empleador, ya sea persona física o jurídica, es considerado titular de los derechos de autor previstos en los Artículos 15 y subsiguientes de la ley, salvo convenio escrito en contrario.

Así, contrariamente a los países de tradición jurídica latina en materia de derecho de autor y, en particular, al derecho francés en que la existencia o la concertación de un contrato de alquiler de obra o de servicios por el autor de la obra del espíritu no conlleva ninguna derogación del ejercicio del derecho reconocido, la ley libanesa consagra el principio de la transferencia automática al empleador de las obras creadas por los asalariados, quienes deben entonces, para evitar la aplicación de ese principio, negociar caso por caso la titularidad de sus derechos patrimoniales.

El caso particular de las obras audiovisuales (Artículo 9):

La definición de la obra audiovisual se encuentra en el Artículo 2 del capítulo introductorio: se trata de una obra que consiste en una serie de imágenes vinculadas entre sí con o sin sonidos, que corresponden a secuencias animadas cuando son mostradas o difundidas, o transmitidas mediante máquinas específicas.

A este respecto, se especificó que se considera titular de derecho de autor al productor de una obra audiovisual, salvo acuerdo escrito en contrario. Dicho productor es toda persona física o jurídica que ha tomado la iniciativa y asumido la responsabilidad de realizar esa obra audiovisual.

De este modo, quedaron excluidos todos aquellos que pueden aspirar a la condición de coautor de la obra audiovisual (guionista, adaptador, autor del texto, compositor musical, realizador, etc.), salvo convenio en contrario.

Estas soluciones particulares dan cuenta del afán del legislador libanés de evitar cualquier controversia o discusión en cuanto a la designación de los titulares de derecho de autor cuando no se trata de un solo creador que es una persona física. A este respecto cabe recordar la noción estadounidense del *work made for hire* [obra creada en virtud de un contrato de alquiler de obra o de servicios] en que se considera que la empresa es el autor e incluso que el empleador es autor originario de la obra creada por su asalariado. Sea como fuere, y según el punto de vista de la legislación francesa de derecho de autor, se puede estimar que el empleado o cualquier otro creador conserva su condición de autor con las consabidas consecuencias sobre los derechos morales, mientras que el empleador o productor de la obra son declarados o considerados titu-

lares del derecho de autor. En cualquier caso, y cabe destacarlo, al parecer la legislación libanesa, paradójicamente, fue influenciada por la concepción jurídica del *copyright*, al menos para la atribución reiterada de los derechos patrimoniales al inversor o a quien encargó la obra antes que a la persona física que la ha creado.

Derechos de que gozan los titulares del derecho de autor de conformidad con el Convenio de Berna, con una acepción ampliada a fin de integrar el entorno numérico (Artículos 14 a 22)

En la ley se definen los diversos aspectos de los derechos patrimoniales y morales que puede tener el titular del derecho de autor sobre la obra (Artículo 14).

Esos derechos patrimoniales permiten al autor gozar del derecho exclusivo de explotar su obra y obtener de ella una ganancia pecuniaria. Por consiguiente, el titular de la obra puede autorizar o prohibir (Artículo 15):

- la reproducción, la impresión, la grabación o la fijación en un soporte material de la obra, por cualquier medio, ya sea mediante un procedimiento fotográfico, cinematográfico o en soportes fonográficos, en casetes vídeo o CD-ROM, o con cualquier otro procedimiento equivalente o similar;
- la representación o la ejecución públicas de la obra;
- la traducción de la obra (en cualquier otra lengua), comprendidas todas las adaptaciones o paráfrasis, arreglos y transformaciones de obras musicales;
- la distribución de la obra, comprendidos su alquiler o venta;
- la importación de ejemplares de la obra fabricados en el extranjero;
- la comunicación (o transmisión) al público de la obra, ya sea mediante un procedimiento de telecomunicación, por ondas hertzianas, por satélite o por cualquier otro medio similar, comprendida toda recepción de la obra por radio o teledifusión o por satélite y su retransmisión pública por cualquier medio que permita captar el sonido y la imagen.

Esos derechos patrimoniales pueden ser objeto de cesión: el autor puede cederlos total o parcialmente a terceros (Artículo 16).

No obstante, los contratos de explotación y cesión de esos derechos patrimoniales, cualquiera que sea su objeto, deben establecerse en forma escrita, so pena de ser declarados nulos entre las partes. Con el fin de preservar de modo óptimo los derechos del autor, se especifica que los derechos a los que se refieren esos contratos deben mencionarse y delimitarse explícitamente en cuanto a lugar y duración y que, de no mencionarse la duración, se considerará de pleno derecho que han sido cedidos o concedidos por una duración de diez años a partir de la fecha en que se firmó el acto. Por último, en el contrato se debe prever obligatoriamente la participación proporcional en los ingresos derivados de la explotación y la venta de la obra (Artículo 17).

La cesión global y anticipada de las obras futuras no es válida (Artículo 18). Esta disposición tiene por objeto garantizar la libertad de creación del autor, impidiendo que este último esté vinculado de modo irreversible a un asociado económico. Además, en la medida en que esos contratos se limitan estrictamente a los derechos patrimoniales abarcados, su interpretación es estricta (Artículo 19).

Se dedican dos artículos específicos a los derechos morales (Artículos 21 y 22).

El autor puede:

- decidir si su obra se ha de divulgar y en qué forma (derecho de divulgación);
- exigir ser reconocido como autor de la obra que ha creado y decidir si la obra se ha de divulgar como obra anónima o seudónima (derecho a la paternidad y derecho de conservar el anonimato);
- exigir que se respete la obra oponiéndose a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de ésta, así como a cualquier acto o atentado a la misma que desvalore la obra o cause perjuicio a la reputación del autor (derecho al respeto de la integridad de la obra);
- retirar su obra del comercio renunciando a los contratos de cesión o explotación de sus derechos patrimoniales aun después de la publicación, a reserva, no obstante, de que esa renuncia se justifique por la necesidad de salvaguardar su reputación y su personalidad, y de que se abone una compensación a las personas a las que dicha renuncia puede causar perjuicios (derecho a retirar la obra, también llamado derecho de arrepentimiento).

Por último, se especifica que no se puede disponer de esos derechos morales, que no son embargables y sólo se pueden transmitir por vía de testamento o de sucesión.

Desde un punto de vista conceptual, esta descripción de los derechos exclusivos de que gozan los autores, la consagración de sus derechos morales, así como el dispositivo de protección de los contratos relativos a la explotación de sus derechos patrimoniales, suponen una adhesión a la tradición del derecho continental civilista en el que se inspiró el Convenio de Berna. Además, el legislador libanés tuvo en cuenta la integración del contexto numérico, de la que dan cuenta las precisiones relativas a los derechos exclusivos de reproducción y transmisión pública de la obra. Sin duda, no se consagra el derecho de participación o *droit de suite*, que es el derecho de que goza el autor de una obra de arte original y, después de su muerte, sus herederos u otros derechohabientes, de percibir un porcentaje del precio de una obra cuando se revende. Esta laguna no es tal en la medida en que el Convenio de Berna (Artículo 14 ter) se limitó a este respecto a dar a los países de la Unión la facultad de prever ese derecho.

Excepciones al derecho de autor (Artículos 23 a 34) controvertidas

Las copias o reproducciones estrictamente reservadas para el uso privado del copista y no destinadas a una utilización colectiva (Artículo 23), con excepciones particulares

No están sometidas a la autorización del titular de los derechos patrimoniales y no dan lugar a ninguna remuneración, a reserva de que se trate de obras ya publicadas de modo legal, la reproducción, la grabación o la copia por una persona física en una sola copia de toda obra protegida por la presente ley, siempre y cuando esté reservada para su uso personal y privado. No obstante, el uso de tal copia en el marco de una empresa o en cualquier otro lugar (de trabajo) no se considera de uso privado o personal.

Sin embargo, esta excepción para la copia privada deja de ser aplicable en caso de perjuicio a los demás intereses y derechos de los titulares de los derechos de autor y en particular en los casos siguientes:

- cuando se trate de reproducir, grabar o fotocopiar obras publicadas en muy escasos ejemplares (poca tirada);
- cuando se trate de fotocopiar o copiar un libro entero o gran parte de éste;
- cuando se trate de grabar o transmitir una base de datos;
- cuando se trate de construir total o parcialmente una obra arquitectónica;
- cuando se trate de copiar o grabar un programa informático, salvo en el caso de la persona que haya adquirido una licencia de utilización de dicho programa que le permite utilizar esa copia como copia de seguridad en caso de pérdida o deterioro del ejemplar original.

Por último, ocupan lugar aparte las bibliotecas públicas sin fines de lucro que, por necesidades de seguridad y de conservación, están autorizadas a reproducir una copia suplementaria de la obra original siempre que obre ya en su poder un ejemplar del original (Artículo 27).

Esta excepción al derecho exclusivo de reproducción del derecho de autor es una excepción clásica que se comprende bien en el contexto tecnológico ampliamente dominado por la técnica analógica, aunque la ley haya tenido cuidado de añadir el término «grabación». Por su limitación a la copia privada para uso personal exclusivamente el legislador libanés, al igual que el derecho francés, ha querido prohibir la práctica que podría ser la de empresas que reproducen un libro o un artículo y lo difunden masivamente entre sus empleados o socios. Además, como en el derecho francés, esta excepción no se aplica a determinadas categorías de obras: programas informáticos (salvo para la copia de seguridad), bases de datos. Sin embargo, a pesar de estas restricciones, resultará difícil contener y controlar la práctica de esta excepción frente al uso cada vez mayor no sólo de la fotocopia, sino de las nuevas técnicas de reproducción. En todo

caso, el derecho libanés parece haber optado claramente por el mantenimiento de esta excepción sin añadir mecanismos compensatorios de remuneración por copia privada.

Excepciones específicas (Artículos 25 y siguientes)

Además de la excepción por copia privada, se han introducido otras excepciones que corresponden a tres contextos distintos:

Una excepción particular relativa a los programas informáticos para las necesidades de la enseñanza

No requiere ninguna autorización del autor y no justifica ninguna remuneración toda copia o reproducción de un número limitado de programas informáticos efectuadas por establecimientos de enseñanza, universidades y bibliotecas públicas sin fines de lucro, siempre que obre en poder de estos últimos por lo menos un ejemplar original del programa y se las haga con la finalidad exclusiva de ponerlas gratuitamente a disposición de los estudiantes y universitarios.

Esas disposiciones cobrarán toda su importancia en el marco de los decretos de aplicación procedentes del Ministerio de Educación Nacional y de Educación Superior que han de precisar la ejecución de tales copias, la determinación de las categorías de programas informáticos que pueden ser copiados y el número de copias autorizadas.

Además, el estudiante tiene derecho a efectuar una copia o reproducción en un solo ejemplar del programa informático para sus necesidades personales (Artículo 25, apartado 1).

Esta excepción ampliamente derogatoria del derecho común se introdujo al parecer para que los establecimientos de enseñanza y sus estudiantes pudieran utilizar más o menos libremente los programas informáticos. De este modo, el legislador quiso evitar que las disposiciones de la nueva ley obstaculizaran el acceso al saber y a la información. Según algunos especialistas, esto lleva concretamente a la instauración de un derecho de reproducción «de oficio» en provecho de los establecimientos escolares, las universidades y las bibliotecas públicas sin fines de lucro, y otorga a los estudiantes la autorización de efectuar una copia privada de cualquier programa informático. Esta disposición podría estar en contradicción flagrante con los acuerdos sobre los ADPIC, cuando el objetivo de la reforma es ceñirse a ellos. En efecto, en el Artículo 13 de dichos acuerdos se especifica que «los Miembros restringirán las limitaciones de los derechos exclusivos o excepciones a esos derechos a algunos casos especiales que no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses

legítimos de los titulares de los derechos». Por último, el campo de aplicación de esta excepción no está bien delimitado. El calificativo «públicas sin fines de lucro» ¿se aplica únicamente a las bibliotecas, en cuyo caso la excepción es muy amplia y beneficiaría a ambos sectores, el público y el privado, o por el contrario se refiere también a los establecimientos escolares y las universidades, en cuyo caso la excepción quedaría más o menos confinada exclusivamente al sector público de carácter no lucrativo?

Excepciones con objetivos didácticos y de información

No requiere ninguna autorización del titular de los derechos patrimoniales de la obra ni da lugar a ninguna remuneración la cita corta de una obra ya legalmente publicada, con fines de análisis crítico, de ilustración, de explicación de una opinión o de investigación científica, siempre que la cita tomada no exceda los límites de la finalidad perseguida y que se haga mención del nombre del autor y de la procedencia (Artículo 25, apartado 2).

Esta excepción de cita corta se ha extendido a los organismos de prensa o medios de comunicación que pueden, dentro de los límites de lo permitido en materia de información, citar trozos cortos de una obra ya vista o escuchada durante un suceso de actualidad, siempre que mencione el nombre del autor (Artículo 30).

Con la misma condición relativa a la mención de los nombres del autor y del editor que ya figuran en la obra original, la ley sustrae a la autorización del autor y a toda remuneración la reproducción de artículos de periódicos o de trozos cortos de una obra, siempre que esos actos correspondan a una finalidad estrictamente pedagógica y dentro de los límites necesarios para tal finalidad (Artículo 26).

Asimismo, se ha previsto para los medios de comunicación y la prensa el derecho de difundir toda obra arquitectónica, artística o fotográfica cuando esas obras se hallen en lugares abiertos al público (Artículo 31).

Se ha consagrado de modo más explícito un derecho a la representación y a la exposición de la obra al público, sin previa autorización del autor y sin ninguna remuneración, cuando tales actos se realizan exclusivamente:

- en el marco de presentaciones públicas pero respetando las exigencias requeridas en tales circunstancias;
- en el marco de las actividades de los establecimientos de enseñanza destinadas a los estudiantes y los profesores, con la única condición de que el público se limite a esta categoría, a sus tutores y a las personas relacionadas directamente con la actividad del establecimiento de enseñanza en cuestión (Artículo 32).

Se concedió un lugar aparte a las obras plásticas para las cuales se reconoció un derecho de exposición en provecho de los museos, siempre que los objetos expuestos sean propiedad del museo y que no se atente contra los intereses legítimos de los autores (Artículo 33).

Por último, se autorizó la reproducción *de una obra de arte* sin previa autorización del autor, cuando dicha reproducción está destinada a ser publicada en un catálogo para facilitar la venta de la obra sin perjuicio de los intereses legales del autor (Artículo 34).

Estas excepciones, que van más allá de la excepción de cita corta, muestran una vez más que en muchos aspectos el legislador libanés ha querido adaptarse al contexto particular de la sociedad libanesa, en que los medios y los establecimientos de enseñanza ocupan un lugar central en la circulación del saber y de la información, esbozándose de modo implícito un derecho del público a la información, nueva excepción al derecho de autor. En cambio, la ley libanesa no contempló excepciones más habituales, como la parodia, el pastiche o la caricatura, o las representaciones privadas y gratuitas efectuadas exclusivamente en un círculo de familia; ahora bien, previó paradójicamente esta excepción, pero en el marco de presentaciones públicas o de actividades de enseñanza.

Excepciones con fines de interés general

Está autorizada toda reproducción, grabación y copia de la obra cuando esos ejemplares estén destinados a utilizarse en el marco de procedimientos judiciales y administrativos, pero siempre dentro de los límites necesarios para tal utilización (Artículo 29).

En virtud de un decreto del Ministerio de Educación Nacional, estará autorizada toda reproducción o grabación y copia de una obra audiovisual en un solo ejemplar, cuando se trate de una obra artística de valor y se haga con objeto de conservarla en los archivos del ministerio, y únicamente en caso de que el titular de los derechos se niegue de manera abusiva a la grabación de tal obra (Artículo 28).

Derechos conexos reconocidos en cuanto al principio, pero cuya extensión varía según el derecho conexo de que se trate

Como ya hemos indicado, se dedicó un título específico (Capítulo VII) a los derechos conexos.

Los artistas intérpretes o ejecutantes (Artículos 39, 40, 41 y 44)

En virtud de las disposiciones del Artículo 15 (relativo a los derechos patrimoniales de los autores), la ley reconoce al artista intérprete o ejecutante (actor, cantante, músico, miembro de grupo musical, artista dramático, artista de circo, etc.) el dere-

cho de autorizar la primera difusión o comunicación al público de su prestación o de oponerse a ella, así como la fijación o grabación de dicha prestación en cualquier soporte material y la reproducción, venta o alquiler de toda fijación o grabación de esa interpretación, cuando no los hubiera autorizado previamente (Artículo 39).

Por otra parte, se reconoce a los productores a quienes los artistas intérpretes autorizaron la primera fijación de sus prestaciones en el marco de la realización de una obra audiovisual, el derecho exclusivo de reproducir, distribuir, vender y alquilar la obra audiovisual que han producido y comunicado al público (Artículo 41).

Además, la ley reconoce al artista intérprete durante toda su vida el derecho a la paternidad de su prestación mediante el reconocimiento de su nombre y el derecho de oponerse a toda deformación o modificación de su prestación. Estos derechos son transmisibles a sus derechohabientes después de la muerte de aquél (Artículo 44).

Al consagrar el principio del agotamiento de sus derechos desde la primera autorización, el legislador optó por no conceder derechos ilimitados sobre la reproducción y la difusión de sus grabaciones a los artistas intérpretes, a expensas de los productores de fonogramas y de los organismos de radiodifusión. Además, no figura ningún derecho a una remuneración equitativa de los artistas intérpretes y de los productores de fonogramas en caso de utilidades secundarias de fonogramas producidos con fines comerciales. No obstante, si bien el Artículo 12 de la Convención de Roma consagra este derecho, esta misma Convención (Artículos 16-1 y 17) previó para los Estados contratantes la posibilidad de descartar total o parcialmente la regla de la remuneración equitativa mediante declaración a las Naciones Unidas. Por último, y es importante destacarlo, esos derechos reconocidos a los artistas intérpretes se ejercen respetando los derechos de los autores, lo cual confirma indirectamente la opción adoptada por la ley libanesa en la jerarquía entre derecho de autor y derecho de los artistas intérpretes, a los que se reconoció por cierto un derecho moral reducido.

Los productores de grabaciones sonoras (Artículo 43)

Según el Artículo 1 del capítulo de introducción, grabación sonora es toda fijación material de una secuencia de sonidos que pueden provenir de una interpretación de una obra o no, excluyendo la grabación sonora que acompaña una obra audiovisual.

Se reconoce a los productores de grabaciones sonoras, personas físicas o morales que tomaron la iniciativa y asumieron la responsabilidad de la primera fijación de una secuencia de sonidos, el derecho de autorizar o prohibir toda reproducción directa o indirecta de esas grabaciones sonoras, así como su alquiler con fines comerciales.

Resulta significativo observar que la ley libanesa no concedió derechos conexos a los productores de videogramas (esto es, aquellos que tomaron la misma iniciativa, pero para la fijación de una imagen sonorizada o no, animada o fija) y que los únicos interesados son los productores de las grabaciones sonoras y los productores de las obras audiovisuales a quienes se reconoció un derecho de autor (véase más arriba). Esta laguna puede no ser tal, en la medida en que el productor de una obra audiovisual ha sido declarado *ipso facto* titular de un derecho de autor y en que se puede pensar que el reconocimiento de un derecho conexo no le aportará ninguna ventaja cuando se trate de un videograma que contenga una o varias obras audiovisuales, esto es, varias secuencias animadas, lo cual puede ocurrir hoy con frecuencia. En todo caso, a diferencia de los artistas intérpretes, esta categoría de derecho conexo goza de un auténtico derecho exclusivo de reproducción, sin que por ello se controle la difusión de esos fonogramas por radiodifusión o comunicación pública.

Los editores de libros (Artículo 45)

Los editores de trabajos escritos o impresos se contemplaron en calidad de titulares de derechos conexos y se les concede el derecho de autorizar o prohibir la reproducción de libros por fotocopia o fotografía, o cualquier otra explotación comercial.

Se puede pensar que se trata en este caso, *a priori*, de ayudar a los editores a luchar independientemente de sus autores, con los que han firmado contratos de edición, contra los actos de piratería y de consolidar sus derechos en los casos de copia privada ilícita. Se puede explicar también por la voluntad del legislador libanés de proporcionar a esos editores los medios de luchar contra la falsificación de libros antiguos, que ya han pasado al dominio público pero que una vez reeditados deben poder ser protegidos.

Esta disposición es tanto más interesante cuanto que se observa que esta categoría de personas no goza de ninguna protección de este tipo en otras legislaciones y en particular en el derecho francés.

Los organismos de radiodifusión y televisión (Artículo 42)

Se instituye en provecho de esas empresas un derecho específico sobre sus programas. Están sometidas a autorización:

- la retransmisión o reemisión de esos programas por cualquier otro procedimiento;

- su comunicación al público en un lugar accesible a éste mediante pago de un derecho de entrada;
- la grabación o la fijación de esos programas o prestaciones difundidos por radio en soportes materiales con fines comerciales, así como la reproducción de las fijaciones de las obras difundidas por radio sin su consentimiento.

Se indica expresamente que los contratos o acuerdos relativos a los derechos conexos deben estar consignados por escrito para que produzcan sus efectos.

Además, esta protección no puede tener incidencia alguna en la protección de los derechos de autor relativos a las obras originales o derivadas protegidas por dicha ley: «La protección concedida a los derechos conexos no atenta contra los derechos otorgados a las obras originales protegidas por esta ley, y ninguna disposición de este capítulo puede interpretarse como una limitación del ejercicio del derecho de autor» (Artículo 48).

Por último, si bien el legislador concibió de modo autónomo los derechos y prerrogativas de los titulares de derechos conexos, para las excepciones establecidas con respecto a sus derechos pecuniarios se contentó con remitirse a la aplicación pura y simple de los artículos de la ley relativos a los derechos exclusivos del autor (Artículo 48), lo cual está previsto en el Artículo 15-2 de la Convención de Roma.

Una duración de protección de los derechos de autor y derechos conexos homogénea con especificidades clásicas (Artículos 49 a 57)

En este aspecto la ley adopta las soluciones tradicionales aplicadas al derecho de autor, diferenciando los derechos morales de los autores y artistas e intérpretes que son perpetuos y se transmiten a su muerte a sus derechohabientes por testamento o según las leyes sucesorias (Artículo 53), y los derechos patrimoniales cuya duración es, en cambio, limitada.

El principio relativo a esos derechos patrimoniales es el de una duración de protección a lo largo de toda la vida del autor, y que se prolonga 50 años a partir del primer día del año civil posterior a su fallecimiento (Artículo 49). Para las obras de colaboración, este plazo de 50 años correrá a partir del fallecimiento del último coautor superviviente (Artículo 50).

Sin embargo, para algunas obras la duración de protección no se calcula según la vida del autor: en el caso de las obras colectivas, audiovisuales y publicadas bajo seudónimo o anónimamente, la duración de protección es de 50 años a partir del primero de enero del año civil posterior a su publicación. En caso de que no haya habido publicación, el punto de partida es el del fin de año que sigue a la realización de la obra (Artículos 51 y 52).

Se fija asimismo el plazo de protección de los derechos conexos: los derechos del artista intérprete o ejecutante quedan protegidos durante 50 años a partir del fin del año en el que se realizó la interpretación. Los derechos del productor de la graba-

ción sonora quedan protegidos durante 50 años a partir del fin del año civil en el que se efectuó la primera fijación. Los derechos de los organismos de radiodifusión y de televisión quedan protegidos durante 50 años después de la difusión pública de la emisión. Por último, los derechos de las editoriales tienen una duración de cincuenta años a partir del fin del año civil en el que se publicó la obra (Artículos 54, 55, 56 y 57).

Las medidas cautelares, la indemnización y las sanciones aplicables (Artículos 81 a 97)

En este capítulo se enunciaron en primer lugar los recursos civiles en caso de violación del derecho de autor. No obstante, el legislador libanés reformó la parte relativa a los comportamientos constituyentes de delito y a las sanciones penales correspondientes, manifestando así su voluntad de contribuir a la lucha contra la falsificación.

Un procedimiento judicial de urgencia reforzado y muy abierto

La ley previó inicialmente un procedimiento judicial de urgencia preventivo para los casos en que hubiere temores justificados de violaciones inminentes de los derechos de autor y derechos conexos. Este procedimiento, abierto a los titulares del derecho de autor o de derechos conexos y a sus derechohabientes, pero también a los organismos de administración colectiva, compete al juez de los procedimientos judiciales de urgencia, o al presidente de la jurisdicción de primera instancia competente o al fiscal. Permitirá que esas jurisdicciones adopten medidas cautelares correspondientes a sus atribuciones legales, y en particular las que se impongan con miras a proteger el derecho o la obra que sea objeto de la violación, eventualmente con conminaciones para la ejecución de sus decisiones (Artículo 81).

Por otra parte, para que el demandante pueda reunir medios de prueba que puedan apoyar su demanda y evitar así que el presunto falsificador los disimule o los destruya o se deshaga de ellos, se instituyó una medida específica de procedimiento judicial de urgencia que permite a las autoridades judiciales interesadas ordenar la confiscación de los productos falsificados que pueden constituir una prueba del delito (Artículo 82).

Recursos judiciales diversos

Los titulares de los derechos de autor y derechos conexos pueden interponer demanda ante las jurisdicciones competentes especializadas en caso de violación de sus derechos, a fin de que se adopten las medidas de prohibición que se impongan para que cese de inmediato y evitar que el problema se vuelva a plantear en el futuro (Artículo 83).

Con esta disposición, el legislador parece haber introducido una acción específica que permite exigir el cese de toda violación de un derecho de autor o de un derecho conexo.

Por otra parte, toda persona que haya atentado contra los derechos de autor o los derechos conexos tiene la obligación de pagar daños y perjuicios para reparar el perjuicio moral y material causado al titular del derecho, cuyo importe es fijado por los tribunales que, para evaluarlo, tomarán en consideración el valor comercial de la obra, el perjuicio causado al titular del derecho, su lucro cesante y los beneficios que esos delitos generaron en provecho del infractor, teniendo la jurisdicción interesada la facultad de ordenar la confiscación de los objetos falsificados y de los instrumentos que sirvieron para cometer la falsificación (Artículo 84).

Sanciones coercitivas que pretenden ser severas y disuasivas

El nuevo texto enumera tres categorías de actos que están sancionados penalmente. En la primera categoría se trata de la fijación fraudulenta de un nombre usurpado en una obra literaria o artística, las maniobras fraudulentas para engañar al comprador imitando la firma o el signo adoptado por un autor, la falsificación con conocimiento de causa de una obra literaria o artística, la venta, la receptación y la puesta en venta o en circulación de una obra falsificada.

Ya hayan pasado o no al dominio público esas obras, el autor de esas infracciones será sancionado con una pena de prisión de un mes a tres años y con una multa de 5 a 50 millones de libras libanesas o una de estas dos penas solamente. Estas sanciones se duplicarán en caso de reincidencia (Artículo 85).

Con esta disposición, el legislador quiso reprimir severamente los actos de estafa y la venta de obras falsificadas, ya se trate o no de obras que han pasado al dominio público. No ocurrirá lo mismo con el delito de falsificación, en el entendimiento de que en ese caso la obra ha pasado al dominio público y, por consiguiente, no puede haber ya delito de falsificación, al menos en lo referente a los derechos patrimoniales, a no ser que se trate de falsificación por atentar contra el derecho moral que es perpetuo.

La segunda categoría concierne al hecho de atentar o la tentativa de atentar con conocimiento de causa y con fines de lucro contra el derecho de autor o los derechos conexos (Artículo 86).

En ese caso, además de las penas de prisión y las multas antes citadas, el legislador añadió penas accesorias que consisten en:

- el cierre total pero temporal, por una duración de entre una semana y un mes, del establecimiento que sirvió para cometer la infracción;
- la destrucción de todos los objetos o ejemplares falsificados o reproducidos

ilícitamente y del material utilizado especialmente para la comisión del delito;

- la publicación del fallo en dos diarios locales a cargo de quien haya cometido la infracción.

La tercera categoría se refiere a la fabricación, la importación con fines de venta y de alquiler, así como la venta, la instalación o el alquiler de todo material que pueda facilitar la recepción, sin ningún derecho, de programas de televisión o de radio, cuando se trate de programas en clave destinados exclusivamente a un público que paga por recibir tales emisiones.

A este respecto, se aplicarán penas de prisión de un mes a tres años y multas de 5 a 50 millones de libras libanesas, o una de estas dos sanciones solamente, a los autores principales pero también, precisa la ley, a los cómplices que les hayan facilitado los medios de cometer tal infracción (Artículos 87 y 88).

Para todas esas infracciones, se indicó además que las diligencias judiciales pueden ser entabladas no sólo por la víctima, sino en su defecto por el ministerio público o por el presidente de la Oficina de Protección de la Propiedad Intelectual (Artículo 89).

Procedimientos de embargo específicos

Para reforzar la lucha contra la importación de obras falsificadas y en particular de grabaciones sonoras, se indicó que queda prohibido todo acto de importación, de tránsito o de almacenamiento en zona franca de toda obra y grabaciones sonoras falsificadas, con obligación de embargarlas en el lugar en que se encuentren (Artículo 91).

Se asignaron competencias de embargo de objetos falsificados, pero únicamente descriptivo, al comisario de policía, a la administración de aduanas y a algunos miembros de la Oficina de Protección de la Propiedad Intelectual, juramentados con ese fin (Artículo 92).

Además, se previó una medida de embargo preventivo correspondiente a las atribuciones de los tribunales competentes únicamente, en provecho de la parte demandante, antes de todo examen en cuanto al fondo. A este respecto, dichos tribunales podrán ordenar un embargo real basándose en el acta de embargo establecida por la policía, la aduana o la Oficina de Protección de la Propiedad Intelectual (la OFPI), con la posibilidad de exigir el pago previo de una fianza cuyo monto se fija con respecto al valor de los objetos embargados (Artículos 93, 94 y 95).

Por último, los fallos dictados con respecto a ese contencioso deberán dar lugar a la aplicación de penas accesorias y en particular a la condena del autor de la falsificación a la ejecución de medidas de publicación de esos fallos.

En conclusión, la nueva ley libanesa de derecho de autor constituye ciertamente un progreso con respecto a la legislación anterior que data de 1924. Sin embargo, corresponderá a las jurisdicciones y a las autoridades administrativas competentes

adoptar todas las medidas necesarias para aplicarla y para aportar las precisiones y complementos que se impongan, con miras a garantizar la seguridad de las inversiones y una real protección del derecho de autor y los derechos conexos.