

# Copyright y derecho de autor: ¿convergencia internacional en un mundo digital?

## MONOGRÁFICO

## SUMARIO

### Presentación

*Copyright y derecho de autor: ¿convergencia internacional en un mundo digital?*, por Raquel Xalabarder ..... 2

### Artículo

*1987-2003: ¿hacia una convergencia internacional?*, por Agustín González ..... 7

### Mesas redondas

*El test de las tres etapas y la comunicación pública* ..... 21

Ponentes:

- Mario Sol Muntañola
- Juan José Marín López
- José Carlos Erdozaín López
- Agustín González

*La copia privada digital* ..... 35

Ponentes:

- Raquel Xalabarder
- María Martín-Prat
- Marta Malmierca
- Javier Ramírez

*Documentación del monográfico* ..... 56

*Créditos* ..... 57

## Presentación

Raquel Xalabarder

### Resumen

De la mano del desarrollo tecnológico, la propiedad intelectual ha ido adquiriendo un papel central en nuestra sociedad. El tiempo transcurrido desde el inicio de la *revolución digital* nos proporciona ya cierta perspectiva. La especulación ha ido dejando paso a respuestas jurídicas concretas, legislativas y jurisprudenciales, que aun siendo de carácter nacional, se sitúan en un marco global. El seminario tiene por objeto examinarlas, tomando como referencia la experiencia de Estados Unidos de América y de los países de la Comunidad Europea, en particular España, que todavía no ha incorporado la Directiva 2001/29/CE, de 22 mayo 2001, sobre Derecho de Autor en la Sociedad de la Información.

### Palabras clave

derecho de autor, *copyright*

### Tema

Propiedad intelectual

El camino hacia el seminario que hoy nos reúne empezó hace un año, cuando los profesores Ginsburg y Strowel vinieron a Barcelona para participar en una sesión de trabajo en la UOC, con el título «*Copyright's Bad Name: causes and cures?*». No nos pusimos de acuerdo sobre las causas (y menos aún, las curas) de esta reciente tendencia que nos concierne a todos. Pero sí que estuvimos de acuerdo en una cosa: Barcelona merece una segunda visita. Así pues, dejaremos atrás el

.....

\* Este monográfico tiene su origen en el seminario celebrado los días 26 y 27 de junio del 2003 en Barcelona. De este seminario se han transcrito y se han publicado una de las ponencias presentadas y las dos mesas redondas que tuvieron lugar durante el mismo.

### Abstract

Thanks to the technological development, the intellectual property has increasingly acquired a central role in our society. The time passed since the beginning of the digital revolution gives us some perspective. Initial speculation has evolved into concrete legal and jurisprudential answers that can be placed in a global context, though they have a national character. The seminar examined these answers, taking as a reference the experience of USA and the European Community Member States, especially Spain, which has still to incorporate the 2001/29/CE Directive, of 22nd May 2001, on author's rights in the information society.

### Keywords

intellectual property, *copyright*

### Topic

Intellectual property

«mal nombre» y nos dedicaremos a otro tema igual de interesante: la convergencia internacional.

En los últimos 20-25 años, los sistemas del *copyright* y del *droit d'auteur* se han ido aproximando poco a poco, mediante concesiones hechas por ambas partes, bajo el paraguas de los instrumentos de la OMPI y de la OMC. Nos pareció un buen tema para desarrollar en un seminario internacional, especialmente en un momento en que

ambos sistemas del *copyright* y *droit d'auteur* comparten un reto común: la tecnología digital.

En 1993, el prof. Strowel publicó una obra fundamental *Droit d'auteur et Copyright*, en la que exploraba con detalle las diferencias entre ambos sistemas: formalidades, el concepto de autoría, el concepto de originalidad, los derechos morales, el plazo de protección y las licencias obligatorias. Es interesante visitar estos temas hoy, es decir, tras diez años, para ver si tales diferencias han sobrevivido y prever si sobrevivirán en el mundo digital.

Al otro lado del Atlántico, en un artículo titulado «A Tale of Two-Copyrights: Literary Property in Revolutionary France and America» publicado en la RIDA en 1991, la prof. Ginsburg demostró que algunos de los «mitos» sobre los cuales se han construido las diferencias entre *copyright* y *droit d'auteur*, y que han sobrevivido hasta nuestros días, no son más que esto: ¡mitos! Perpetuados a través de los siglos, ¿quizás para hacer más excitante el trabajo de académicos e investigadores de la propiedad intelectual?

Hoy tenemos el lujo de contar con ambos, junto con otros expertos en la materia: el prof. Ramón Casas, Agustín González, el prof. Juan José Marín, María Martín-Prat, Marta Malmierca y Javier Ramírez.

Junto con esta audiencia, empezaremos lo que confío que sea un seminario atractivo que nos remonte al viaje de los sistemas del *copyright* y del *droit d'auteur* hacia el «milenio digital». Veremos las cuestiones y las soluciones adoptadas tanto en Estados Unidos como en la UE para adaptar el derecho de autor a un mundo en constante cambio y cómo están reaccionando ambos al reto de la tecnología digital.

Con un poco de suerte, podemos llegar a la conclusión de que, con independencia del romanticismo que rodea al

binomio *copyright* y *droit d'auteur*, haya llegado el momento de dejarlo atrás y mirar hacia un futuro común que amplíe la protección de la propiedad intelectual más allá del mundo de las copias tangibles y de las fronteras nacionales, evitando así, en palabras de la prof. Ginsburg, un «ciber-cautiverio del derecho de autor».

Pero volvamos al tema de la convergencia. El derecho de autor siempre ha sido un derecho territorial: otorgado por cada país dentro de sus fronteras. A medida que las obras fueron vendidas, distribuidas e infringidas más allá de sus respectivos países de origen, la aproximación territorial se demostró insuficiente para proteger las obras en casa. Los tratados bilaterales pronto dejaron paso a los multilaterales, e incluso la ALAI de Victor Hugo se atrevió a promover una fallida «ley internacional del derecho de autor». Pronto nos dimos cuenta de que un acuerdo (por pequeño que fuera) era mejor que ninguno, y el Convenio de Berna vio la luz en 1886. Lejos de ser una ley supranacional para la protección de la propiedad intelectual a nivel internacional, tal como se pretendió inicialmente, el Convenio de Berna descansa en un mínimo de protección y un conjunto de principios y reglas generales que aseguran la protección de las obras extranjeras bajo la ley nacional de cada país miembro de la Unión de Berna.

Hasta 1989, los Estados Unidos rehusaron ratificar el Convenio de Berna, aduciendo que ello les obligaría a dar derechos morales a los autores, a renunciar a las formalidades de registro y noticia, así como a la renovación del derecho, y a extender el plazo de protección hasta el mínimo convencional. Lo mismo hizo la antigua URSS –aunque por otras razones– hasta la caída del régimen soviético. Desde entonces, los diversos estados de la ex URSS han ido ratificando el Convenio de Berna. Hoy, ha sido ratificado por más de 150 países, convirtiéndose en «El» Convenio internacional de protección de la propiedad intelectual.

Un convenio internacional que, además de asegurar la protección de las obras a nivel internacional, tiene un precioso efecto colateral (derivado de la combinación del trato nacional y el mínimo de protección): el de armonizar las leyes nacionales al mínimo convencional, para evitar dar a los autores nacionales un nivel de protección menos que a los autores extranjeros.

Desde la ratificación del Convenio de Berna, Estados Unidos ha otorgado de forma expresa (por primera vez) protección de los derechos morales dentro de la Copyright Act (aunque no sea de aplicación a todo tipo de obras, con lo cual, todavía es necesario acudir al *common law* y a la ley de marcas para asegurar la protección de los intereses morales de los autores). Recientemente, Estados Unidos adoptó el plazo de protección europeo de setenta años *post mortem auctoris* (podéis ver Sonny Bono Copyright Term Extension Act of 1998), que ha sido ratificado por la Corte Suprema (podéis ver Eldred frente a Ahscroft, 537 U.S. 186 (2003)).

En este lado del Atlántico, también se han hecho algunas concesiones. Varias directivas han forzado a países del sistema *droit d'auteur* (tales como Francia y España) a aceptar un criterio de originalidad «menor» (desplazando, en cierta medida, el criterio de la imprenta de la personalidad del autor) para proteger los programas de ordenador, las bases de datos, y las fotografías, así como una aproximación más flexible del concepto de autoría (que incluso llega a aceptar –en algunos casos– que una persona jurídica sea autor (podéis ver el art. 97(2) TRLPI).

En conjunto, todo ello nos hace reflexionar sobre cuántas de las diferencias entre *copyright* y *droit d'auteur* que el prof. Strowel examinaba en su obra sobreviven en la actualidad.

Sin embargo, esta «sucesiva» convergencia de las leyes nacionales (y el papel predominante del Convenio de Berna) se ha demostrado insuficiente con la llegada de las tecnologías digitales a la explotación y la infracción de

las obras. Las reglas del Convenio de Berna necesitan ser actualizadas para hacer frente al reto digital: en diciembre de 1996, el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) y el Tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas (WPPT) fueron adoptados para completar –respectivamente– el Convenio de Berna y el Convenio de Roma de 1961 (sobre derechos afines).

Al mismo tiempo, surgió un nuevo foro para la protección de la propiedad intelectual a nivel internacional: la Organización Mundial del Comercio. En 1994, la Ronda Uruguay del GATT produjo –bajo el liderazgo de Estados Unidos– un acuerdo sobre aspectos de los derechos de la propiedad intelectual relacionados con el comercio (TRIP / ADPIC), que no sólo cubría el derecho de autor, sino también las patentes, marcas, diseños industriales, indicaciones geográficas, etc. El Acuerdo ADPIC de 1994 y los Tratados Internet de la OMPI de 1996 aseguraron la protección de los programas de ordenador (algo que la UE ya había aceptado en una Directiva de 1991 –aunque en la actualidad se esté reconsiderando la bondad de las patentes para dar protección adicional a los programas de ordenador) y las bases de datos (Directiva de 1996). El WCT y el WPPT de 1996 también obligaron a la protección de las medidas tecnológicas: obligación que fue recogida tanto por la Digital Millennium Copyright Act de 1998 norteamericana, como por la Directiva InfoSoc (Directiva 2001/29/EC, de 22 mayo 2001 sobre la armonización de algunos aspectos del derecho de autor y derechos afines en la sociedad de la información, DOCE [L 167/10] de 22.06.2001).

Aquello que inicialmente parecía ser un paso inocente para asegurar la protección del derecho de autor en un entorno digital, está demostrando ser todo un reto, tanto para los sistemas del *copyright* como del *droit d'auteur*, por dos motivos:

1. La reformulación de los derechos de explotación «tradicionalmente» otorgados a los autores (reproducción, distribución, comunicación pública y transformación).

En otras palabras, ¿existe un «derecho de acceso» amparado por las medidas tecnológicas que permita al autor controlar no sólo la explotación, sino el «uso» de las obras? Y de ser así, ¿existía tal derecho antes de la protección de las medidas tecnológicas? ¿Cómo definimos y distinguimos entre acceso, uso y explotación?

2. Por la dificultad de redefinir el «balance» entre protección de las medidas tecnológicas y los límites a la propiedad intelectual. Si las medidas tecnológicas permiten al titular controlar el acceso a sus obras, ¿hay (o debería haber) algún espacio para la supervivencia de las excepciones en un entorno digital? ¿Deberíamos distinguir entre las excepciones en función del interés público (o derecho constitucional) que las justifique, permitiendo que sólo las “fieras –en palabras del Prof. Hugenholtz– sobrevivieran en el mundo digital? De ser así, una excepción fundamental para el entorno digital podría verse desprovista de justificación para asegurar su subsistencia en el mismo. Éste será el tema de debate de la mesa redonda de mañana.

Todo ello nos conduce a otra cuestión fundamental: las excepciones. Las diferencias existentes en las excepciones al derecho de autor no tienen cabida en el mundo digital. El usuario en Internet no puede actuar al amparo de una excepción que puede no existir en los restantes 350 países, desde donde la obra podrá ser accedida. Y sin embargo, la Directiva InfoSoc demostró cuán difícil es alcanzar consenso en este tema: cuán difícil es «renunciar» a las tradiciones nacionales, a los intereses y a las industrias nacionales. Y ello sólo era en la UE; ¡es impensable imaginar solución alguna a nivel mundial!

Por el momento, el único acuerdo alcanzado en el Convenio de Berna y los Tratados Internet de la OMPI en materia de excepciones es el llamado «test de las tres etapas», que no es novedad: ha estado en el art. 9(2) del

Convenio de Berna desde la revisión de Estocolmo de 1967. Por lo cual, podemos concluir que no hemos avanzado demasiado en la armonización de las excepciones. Cierto es que el art. 9(2) del Convenio de Berna sólo se refiere al derecho de reproducción, y que el art. 13 del ADPIC y el art. 10 del WCT extienden la aplicación del test de las tres etapas a todos los derechos de explotación, y a todas las nuevas excepciones que los Estados miembros pudieran implementar en el futuro. Sin embargo, la aceptación «mundial» del test de las tres etapas no garantiza uniformidad alguna en su interpretación por los diversos tribunales y legisladores nacionales. Esperemos que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tenga pronto la oportunidad de tratar este tema y pueda aportar alguna guía de interpretación para los Estados miembros.

La OMC ya ha tenido la oportunidad de examinar el test de las tres etapas, a través del sistema de solución de controversias que establece el ADPIC (y del que adolece tanto el Convenio de Berna, como la OMPI en general). Estoy seguro de que todos tenemos en mente la decisión del Panel de la OMC de 15 de junio del 2000 sobre la excepción de comunicación pública prevista en la sec. 110(5) de la *Copyright Act*<sup>1</sup> norteamericana, y que será objeto de examen en la mesa redonda de esta primera sesión. Aunque pueda servir de guía para examinar el test de las tres etapas, queda por ver si tendrá algún efecto en la interpretación «oficial» del mismo en el Convenio de Berna o en el WCT, y menos aún en la Directiva InfoSoc.

Así pues, si los convenios internacionales no ofrecen una ley supranacional de propiedad intelectual, debemos recurrir a diferentes leyes nacionales y al derecho internacional privado, para ayudarnos a establecer qué tribunal y qué ley van a decidir la protección de la propiedad intelectual a nivel internacional.

1. Véase el *Informe Panel OMC (WT/DS160/R)* de 15 de junio de 2000 (<http://www.wto.org>).

El Convenio de Berna fue diseñado para la explotación (y la infracción) de obras mediante copias tangibles, a lo largo del tiempo y del espacio (territorio). La tecnología digital permite una infracción simultánea y ubicua del derecho de autor; las normas de conflicto recogidas en el mismo, basadas en la territorialidad, se demuestran ineficaces para garantizar la protección del derecho de autor en Internet. De acuerdo con el art. 5(2) del Convenio de Berna, «[...] la extensión de la protección [...] se regirán exclusivamente por la legislación del país en que se reclama la protección.» En un entorno digital, esta norma de conflicto conduce a la aplicación de tantas leyes nacionales como posibles países de acceso (de descarga) de la obra infringida existan. Mañana, la prof. Ginsburg comparará con nosotros su trabajo de los últimos años en materia de jurisdicción y ley aplicable, para la protección del derecho de autor en entornos digitales.

En resumen, la convergencia del *copyright* y *droit d'auteur* bajo el paraguas del Convenio de Berna ha acelerado el ritmo en los años recientes. La tecnología digital e Internet demuestran que la necesidad de convergencia es ahora mayor que nunca.

Las diferencias nacionales se convierten en insignificantes a medida que las fronteras nacionales desaparecen y las leyes nacionales se hacen más difíciles (e imposibles)

de aplicar de forma efectiva. Por ello, nuestra obligación es concentrarnos en lo que nos aproxima, en lugar de en lo que nos separa. Tal vez haya llegado el momento de dar un salto desde el territorialismo nacional hacia normas uniformes internacionales. ¿Estamos preparados?

Los tres ponentes de la primera sesión examinarán los sucesos más recientes en Estados Unidos (prof. Ginsburg), la Unión Europea (prof. Strowel) y España (Agustín González). Por la tarde, la mesa redonda se centrará en un tema que sigue abierto: la excepción de comunicación pública en espacios públicos. Una reciente sentencia del Tribunal Supremo español ha reabierto el debate en este país; un debate que debe tener en cuenta tanto el silencio de la Directiva *InfoSoc*, como la interesante decisión del Panel de la OMC sobre la sec. 110(5) de la USCA.

Mañana, los ponentes se centrarán en la agenda digital. Primero, la prof. Ginsburg examinará los temas de jurisdicción y ley aplicable para proteger el derecho de autor en un entorno digital. Después, de la mano de los profesores Strowel y Casas, nos adentraremos en el estudio de la Directiva *InfoSoc* y de cómo se prevé su incorporación a la normativa española. Finalmente, la mesa redonda de mañana se dedicará a un tema fundamental: la copia privada digital. ¿Debería existir o no? Y en caso afirmativo, ¿en qué condiciones?

### Citación recomendada

XALABARDER, Raquel (2005). «*Copyright* y derecho de autor: ¿convergencia internacional en un mundo digital? Presentación». En: «*Copyright* y derecho de autor: ¿convergencia internacional en un mundo digital?» [monográfico en línea]. *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*. N.º 1. UOC. [Fecha de consulta: dd/mm/aa].  
<http://www.uoc.edu/idp/1/dt/esp/xalabarder02.pdf>  
ISSN 1699-8154

### Raquel Xalabarder

[rxalabarder@uoc.edu](mailto:rxalabarder@uoc.edu)

Profesora de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC. Especialista en propiedad intelectual.