

UNIVERSIDAD AUTONOMA DE BARCELONA

TESIS DOCTORAL

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PRESTADORES DE
SERVICIOS DE INTERMEDIACION POR LAS INFRACCIONES
AL DERECHO DE AUTOR COMETIDAS POR SUS USUARIOS;
Situación de España y Colombia.

FANNY PATRICIA NIÑO HERNANDEZ

DIRECTOR DE TESIS:

PROF. DRA. MARÍA DEL CARMEN GETE-ALONSO Y CALERA

2010

AGRADECIMIENTOS

En primer lugar, doy las gracias a mi Directora de Tesis, la Dra. María del Carmen Gete-Alonso y Calera, que con su colaboración y experiencia, me ha brindado un gran apoyo en la realización del mismo, por sus valiosas sugerencias e ideas y especialmente por la confianza que depositó en mí.

La realización y feliz término de un trabajo investigativo es también el fruto del apoyo de que recibimos de las instituciones; por eso, agradezco a la Universidad Autónoma de Barcelona que me brindó las condiciones necesarias para llevar a cabo este trabajo; y, de la misma manera, a la Universidad de Pamplona, en la República de Colombia, que me otorgó la beca para realizar el Doctorado en Derecho del Comercio y de la Contratación, que culminó con este trabajo investigativo.

La colaboración brindada por mis seres queridos me impulsó a superarme como persona y como profesional; por eso, quiero dar también las gracias a mi familia que estuvo apoyándome en este tiempo que he estado lejos de ellos, especialmente a mi mamá, que ha sacrificado parte de su vida para que yo pudiera lograr con éxito mis metas, y a mi hijo, Camilito, a quien creo le he robado un valioso tiempo de nuestra historia familiar, sin la denodada participación de todos ellos, el presente trabajo no hubiera sido posible.

A todos lo que de alguna u otra forma me colaboraron, que resultaría prolijo nombrarlos en esta página: Muchas Gracias.

ABREVIATURAS UTILIZADAS EN EL TEXTO

A lo largo del texto se utilizan una serie de abreviaturas, para hacer más ligera su lectura. Todas aquellas abreviaturas son las siguientes:

GATT. Acuerdo General sobre Comercio y Aranceles.

OMPI. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.

TODA – WCT Tratado OMPI sobre Derechos de Autor

TOIEF. Tratado OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas.

CEE. Comunidad Económica Europea.

DDASI. Directiva sobre Derechos de Autor y Derechos Afines en la Sociedad de la Información.

LSSICE. Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico.

CCE. Código Civil Español.

LPI. Ley de Propiedad Intelectual.

TRLPI. Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

DNDA. Dirección Nacional de Derechos de Autor- Colombia.

DCE. Directiva de Comercio Electrónico.

ISP. Prestadores de Servicios de la Sociedad de la Información.

SUMARIO

INTRODUCCION

CONSIDERACIONES PRELIMINARES A LOS CAPITULOS
PRECEDENTES.

CAPITULO I. REGIMEN JURIDICO DEL DERECHO DE AUTOR.

1.1. REGIMEN JURIDICO ESPAÑOL

1.1.1. Constitución Española

1.1.2. Normatividad Internacional

1.1.2.1. Declaración Universal de los Derechos Humanos

1.1.2.2. Convenio de Berna

1.1.2.3. Convención Universal Sobre Derechos de Autor. Ginebra 1952.

1.1.2.4. Consideraciones en las Convenciones de Berna y Ginebra de 1952.

1.1.2.5. Convenio de Roma del 26 de Octubre de 1961

1.1.2.6. El Acuerdo GATT de 1994

1.1.2.7. Trabajos de la OMPI.

1.1.2.7.1. Tratado de la OMPI Sobre Derecho de Autor (WCT).

1.1.2.7.2. Tratado de la OMPI Sobre Interpretación Y Ejecución de
Fonogramas

1.1.2.8. Acuerdo Sobre los ADPIC.

1.1.3. Normas Comunitarias de la Unión Europea.

1.1.3.1. Directiva 91/250/CEE, Sobre Protección Jurídica de Programas de
Ordenador de 14 de Mayo de 1991.

1.1.3.2. Directiva 93/98 Relativa a la Armonización del Plazo de Protección
del Derecho de Autor y Determinados Derechos Afines.

1.1.3.3. Directiva 96/9/CEE, Sobre Protección Jurídica de las Bases de
Datos, de 11 de Marzo de 1996.

1.1.3.4. Directiva 2001/19/CE, Relativa a la Armonización de Determinados Aspectos de los Derechos de Autor y Derechos Afines a los Derechos de Autor en la Sociedad de la Información, de 22 de Mayo de 2001.

1.1.4. Legislación Interna Española.

1.1.4.1. La Ley de 1879.

1.1.4.2. La Ley de Propiedad Intelectual de 1987.

1.1.4.3. Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de Abril.

1.1.4.4. Ley 19 de 2006, Aproximación de las Legislaciones Nacionales Sobre Medios de Tutela de Propiedad Intelectual.

1.1.4.5. Ley 23/2006 de 7 de julio, que Modifica el Texto Refundido de la Propiedad Intelectual.

1.1.4.6. Ley 56/2007, de 28 de Diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información.

1.1.4.7. Código Civil Español.

1.1.4.8. Código Penal Español.

1.2. REGIMEN JURIDICO COLOMBIANO.

1.2.1. Normatividad Internacional.

1.2.1.1. Decisión Andina 351 del 21 de Diciembre de 1993.

1.2.2. Legislación Interna Colombiana.

1.2.2.1. Constitución Política de Colombia de 1991.

1.2.2.2. Ley 23 de 1982.

1.2.2.3. Ley 44 de 1993.

1.2.2.4. Código Civil Colombiano.

1.2.2.5. Código Penal Colombiano.

CAPITULO SEGUNDO. ATRIBUTOS DEL DERECHO DE AUTOR.

2.1. DERECHOS MORALES

2.1.1. Divulgación.

2.1.2. Derecho de Paternidad y Retiro del Comercio.

2.2. DERECHOS PATRIMONIALES O DE EXPLOTACION

- 2.2.1. Reproducción.
- 2.2.2. Distribución.
- 2.2.3. Comunicación Pública.
- 2.2.4. Transformación.
- 2.3. DERECHOS MORALES Y PATRIMONIALES EN COLOMBIA
- 2.3.1. Reproducción.
- 2.3.2. Distribución
- 2.3.3. Derecho de Comunicación Pública
- 2.3.4. Derecho de Transformación de la Obra

CAPITULO TERCERO. LIMITES AL DERECHO DE AUTOR Y PROTECCION DE MEDIDAS TECNOLOGICAS

- 3.1. LIMITES AL DERECHO DE AUTOR EN ESPAÑA.
- 3.1.1. Reproducción Provisional.
- 3.1.2 Copia Privada.
- 3.1.2.1. Remuneración Compensatoria por Copia Privada.
- 3.1.3. Limite Relativo a Fines de Seguridad Pública, Procedimientos Oficiales o en Beneficio de Personas con Discapacidad.
- 3.1.4. Limite de Cita.
- 3.1.5. Limite Trabajos Sobre Temas de Actualidad.
- 3.1.6. Reproducción por Bibliotecas y Otras Entidades.
- 3.1.7. Limite a las Bases de Datos.
- 3.2. LIMITES AL DERECHO DE AUTOR EN COLOMBIA
- 3.2.1. Ilustración de la Enseñanza.
- 3.2.2. Derecho de Cita.
- 3.2.3. La Copia Privada.
- 3.2.4. Las Bases de Datos y sus Límites en Colombia.
- 3.3. PROTECCION DE LAS MEDIDAS TECNOLOGICAS EN ESPAÑA.
- 3.4 LAS MEDIDAS TECNOLOGICAS EN COLOMBIA

CAPITULO CUARTO. PROBLEMÁTICA QUE GENERA LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE AUTOR EN EL ESPACIO VIRTUAL.

4.1. TRANSMISION DE CONTENIDOS

4.2. LAS REDES PEER TO PEER.

4.2.1. Las Redes Peer to Peer Frente al Derecho de Autor.

4.2.2. Las Redes Peer to Peer Frente al Derecho Penal.

4.2.3. Conclusiones en Relación con las Redes Peer to Peer.

4.3 LOS LINKS

4.4. EL SPONSORLINE.

CAPITULO QUINTO. LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE INTERMEDIACION.

5.1. PRINCIPIOS DE LA LSSICE HA TENER EN CUENTA

5.1.1. Deberes Generales.

5.1.2. Deberes Particulares.

5.2 PROVEEDORES DE SERVICIOS DE INTERMEDIACION.

5.2.1. Operadores de Redes y Proveedores de Acceso.

5.2.2. Prestadores de Servicio Caching.

5.2.3. Proveedores de Alojamiento o Hosting.

5.2.4. Proveedores de Búsqueda y Enlaces.

5.3. PROVEEDORES DE SERVICIOS DE INTERNET EN COLOMBIA.

5.3.1. Deberes de los Proveedores en la Legislación Colombiana.

CAPITULO SEXTO. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ISP

6.1. RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL DE LOS INTERMEDIARIOS EN COLOMBIA

6.2. RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL DE LOS INTERMEDIARIOS EN ESPAÑA

6.2.1. Régimen de Responsabilidad Derivado de la Neutralidad Tecnológica.

6.2.2. Régimen de Responsabilidad Derivado del Conocimiento Efectivo.

6.2.3. Régimen de Responsabilidad Mixto

6.3. PAPEL QUE JUEGA EL REGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LA
LSSICE Y CONSECUENCIAS FRENTE AL DERECHO DE AUTOR.

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

ANEXOS

INTRODUCCION

¿Qué será de los derechos de los autores, sino los protegemos en la red? ,
¿Qué será del acceso a la tecnología, sí instauramos un régimen de
responsabilidad objetivo para los intermediarios?

Las dos premisas anteriores, son las que crean el hilo conceptual del presente trabajo de investigación, pues tomadas como premisa mayor, generan la idea de abordar en el presente trabajo: la responsabilidad de los intermediarios, por las vulneraciones al derecho de autor, realizadas por los usuarios de sus servicios.

No obstante, conscientes de la amplitud y el debate que se genera a partir del contenido en mención, se partirá y se mantendrá una línea de estudio, conforme al objeto de profundización del presente trabajo.

Con las idea de estudiar la responsabilidad de los intermediarios, se hace necesario como primer punto, el determinar la legislación aplicable, así como los atributos y limitaciones a los derechos de los autores. Por ello, el segundo y tercer capítulo se ocupan de los atributos del derecho de autor, en su doble vertiente moral y patrimonial, tanto en el derecho español, como en el derecho colombiano.

Tales atributos, son abordados desde la adaptabilidad de las normas que protegen a los autores, intérpretes y ejecutantes, a las condiciones propias de la red.

Consecuentemente con la verificación de la adaptabilidad de los atributos, se hará un especial hincapié en los límites al derecho de autor, algunos de ellos pensados especialmente para la eficiente explotación de los contenidos a través de los espacios virtuales y su especial relación con los mecanismos técnicos de protección a los derechos de los autores.

Lo anterior, nos lleva a establecer adicionalmente como objetivo de este trabajo, el realizar una somera aproximación la problemática que ha surgido, por algunas formas de explotación de contenidos protegidos en la red. Fenómenos propios de la Internet, que resultan especialmente perjudiciales a los derechos de los autores, resaltando así, la imposibilidad práctica en cuanto a la protección de los derechos.

Una vez determinados aquellos aspectos básicos, en el capítulo quinto se procederá a individualizar nuestro objeto de investigación, por medio de la correspondiente caracterización e individualización de los prestadores de servicios de intermediación tanto en las normas del derecho español, como el colombiano.

Posteriormente, el lector se encontrará en el capítulo sexto, con el desarrollo de las condiciones de responsabilidad para cada uno de los sujetos identificados en el capítulo anterior, donde se evidenciarán las consecuencias jurídicas que ha derivado frente al derecho de daños, las especiales circunstancias contempladas en la LSSICE. Así mismos se reseña la situación frente al derecho colombiano.

De este modo, el capítulo sexto concluye con la exposición de nuestro planteamiento, a fin de lograr más que una responsabilidad de los intermediarios, un mayor grado de colaboración, que permita la protección de los derechos de los autores, sin interferir en los avances de la tecnología.

Así pues, quisimos plantear esta corta introducción como una síntesis de lo que se presentara en líneas posteriores, ya que deseamos formular el fondo de la introducción del presente trabajo, relacionándola con los aspectos generales del derecho de autor, como lo son su concepto, la naturaleza jurídica de la propiedad intelectual, el objeto de protección, y origen.

La razón de ser, de la forma propuesta para la introducción, es el establecimiento de una pauta diferente y concatenada al tema a tratar. No obstante, por tal motivo, hemos realizado el punto titulado: consideraciones preliminares a los capítulos precedentes.

CONSIDERACIONES PRELIMINARES A LOS CAPITULOS PRECEDENTES.

Este aparte que antecede el desarrollo del trabajo, pretende plasmar como cuestión general la problemática que se presenta en la actualidad entre usuario, intermediarios y autores; sus intereses y derechos que están en juego en el mundo digital, y que pretenden hacer valer y que no solo se enmarcan en materia de derechos de autor, sino que empapan derechos constitucionales y legales.

Por tal motivo, el derecho de autor tiene que abordar una adaptación trascendental en ambientes virtuales, que posea coherencia con los objetivos del derecho, que se fusionan con el mundo actual para encontrarse a la marcha de éste, sin dejar una problemática sin regulación y latente atención, ratificando el interés por modernizar sus concepciones, con base en las necesidades e innovaciones que presenta la sociedad.

Pero para abarcar estas innovaciones, el derecho y más específicamente el de propiedad intelectual o derechos de autor, no se debe dejar a un lado la evolución histórica, tanto el origen de la necesidad, la problemática y su regulación, que llevo a su creación, soportando la base para atacar temas nuevos.

Generalidades y delimitación del presente trabajo

En una sociedad en constante movimiento, donde las comunicaciones a través de los medios tecnológicos estructuran las relaciones culturales, económicas, de conocimiento y educación, se debe analizar de manera general y específica las creaciones protegidas por el derecho de autor y su forma de divulgación en el mundo digital.

De este modo, la divulgación o puesta a disposición por parte del autor de su creación, como la manifestación de voluntad exenta de vicios, (sin importar la forma como se presente: expresa o tácita), se evidencia a priori el querer de difundir tal originalidad para observancia de los interesados, autorizando simultáneamente su reproducción y uso.

Esta divulgación de los contenidos, es la que ha dado origen a la teoría de la licencia implícita, principalmente con la finalidad de aumentar la operatividad de la red, pues el suponer ante cada uso la necesaria autorización del autor, sería algo absurdo en el mundo digital, donde una de las características de la red, la constituyen la posible interacción con los contenidos, además no siempre el régimen de excepciones resulta suficiente para amparar todos los usos. Para Ortega Díaz, dicha licencia implícita, se configura en una modalidad de autorización que tendría su origen en la propia naturaleza de la www y en la libertad de expresión.¹

¹ ORTEGA DIAZ, Juan Francisco. "SITIO WEB Y ENLACES EN INTERNET. Una Reflexión desde el Ámbito de la Propiedad Intelectual" dentro de Revista de Contratación Electrónica núm. 35, Febrero de 2003. Disponible en: <http://vlex.com/vid/sitio-web-enlaces-reflexion-intelectual-181643>

Pero tal autorización o licencia gratuita, que presupone un empleo responsable por parte de los usuarios, socializando en un supuesto de hecho el contenido de determinada creación, en los entornos digitales, no siempre resulta coincidente con fines altruistas de conocimiento y transmisibilidad de información; ya que la posibilidad de reproducción masiva, que permite el medio digital, estaría afectando los derechos de autor.

Es así como la problemática radica en el control efectivo por parte de una institución ó propiamente por los autores y de los titulares de derechos conexos, frente a la manipulación de la información que habita en el ambiente digital, estableciendo políticas legislativas de manejo y uso de contenidos en el contexto virtual por parte de los intervinientes.

Por consiguiente, surgiría el siguiente cuestionamiento: ¿cómo regular un mundo intangible, sino se posee el saber suficiente sobre los elementos necesarios, naturales o complementarios, de esta fuente alternativa de comunicación, y cómo adaptarla a las regulaciones vigentes en materia de propiedad intelectual y derecho de autor, sin dejar a un lado las necesidades de los usuarios y los derechos que les otorga la ley a los creadores de obras?

Para establecer una posible orientación al cuestionamiento en mención, el entorno digital debe ser estudiado (para lo concerniente de este trabajo) de manera general, pero sin dejar de lado algunas figuras propias de la Web, tales como páginas Web, programas de ordenador, bases de datos, y redes abiertas, logrando determinar el grado de afectación e inconvenientes que puede presentar con relación a los derechos de autor y sopesarlo con el

beneficio que genera la explotación de la obra original expuesta en Internet, a una colectividad.

Obteniendo el resultado de esa balanza, entre derecho de autor y sociedad de la información, se compactarían las regulaciones vigentes en protección del derecho de autor y el uso que se debe emplear para el goce del contenido de determinada creación, aplicada al entorno digital.

A modo de guisa de lo planteado, el derecho de reproducción, establecido en el ordenamiento jurídico , se ha adaptado a los entornos digitales: “el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT 1996), ratificado tanto por Colombia como por España, en la Declaración concertada respecto del Artículo 1.4) dispuso que el derecho de reproducción, tal como se establece en el art. 9 del Convenio de Berna, y las excepciones permitidas en virtud del mismo, son totalmente aplicables en el entorno digital, en particular respecto de la utilización de las obras en forma digital”.²

Así pues, se esclarece de una manera preliminar como la normatividad vigente en cada uno de los contenidos del derecho de autor, es útil a los medios digitales, sin dejar a un lado las innovaciones legislativas que debe proponer cada país, (de hecho ya España reformo su texto refundido de ley de propiedad intelectual, añadiendo por ejemplo los artículos 160 y 161, para regular lo concerniente al entorno digital), para efectuar las acciones pertinentes de control en dicho terreno.

² VILLALBA DIAZ, Federico Andrés. ALGUNOS ASPECTOS SOBRE LOS DERECHOS DE AUTOR EN INTERNET. *REDI Revista Electrónica de Derecho Informático* - Núm. 31, Febrero 2001.

Estas acciones entrarían a dictaminar por una parte la responsabilidad por infracción al derecho de autor de los intermediarios, la cual es adjudicada de acuerdo al tratamiento que se le brinde al servicio que presten y los derechos que justifican cada determinación, pero esta responsabilidad se acuerda de manera subjetiva u objetiva dependiendo de las circunstancias en que se presente, tema que entrara a profundizarse en el capítulo final.

Por los presupuestos a groso modo acentuados, se justifica ampliar la controversia existente entre la protección al autor de una creación y las múltiples manipulaciones de las obras protegidas, que se presentan en la red; partiendo de los siguientes dos supuestos: no siempre tales manipulaciones son realizadas por los usuarios, y en algunas ocasiones la manipulación de los contenidos es necesaria para el disfrute de la obra; de tal modo que se establezcan presunciones claras y precisas de los elementos necesarios para determinar las excepciones, sin que el derecho de autor pierda su vigencia.

Tal controversia es necesaria, debido a que se encuentran en contraposición; los usuarios que exponen una necesidad de información y los autores que reclaman protección a través de límites en el mundo digital, especialmente en la reproducción, respaldando su posición en la posible destrucción del incentivo a crear, porque sus creaciones solamente representarían la retribución moral y el reconocimiento frente a una colectividad, viéndose seriamente afectada la contraprestación patrimonial.

Es aquí, donde tendría relevancia profundizar sobre los límites y excepciones al derecho de autor y la conveniencia o no, de transponer los ya existentes en el mundo analógico al digital.

De la mano con lo anterior, se debe ahondar en conceptos que representan en el entorno digital un material extenso para discutir la protección del derecho de autor, así como el papel que desarrollan tanto el usuario como los prestadores de servicios de intermediación en la sociedad de la información, frente a la protección de la página Web, los programas de ordenador y las bases de datos, así como el estudio de los nuevos fenómenos que amenazan al derecho de autor, como por ejemplo las redes de intercambio de archivos. Una vez reseñado lo anterior, se dará paso a la estipulación de un panorama más transparente que permite delimitar el estudio que se va a realizar en el presente trabajo.

Lo anterior, justifica que no tendría razón de existencia establecer una pauta o adoptar una opinión neutral y crítica al tema insertado en debate, sin la esencia de las cosas, de tal forma que se establecerán concepciones claras y pertinentes que den vía libre al entendimiento del objetivo de la adaptación de la propiedad intelectual y por consiguiente el derecho de autor en la era digital.

En mención a lo anterior, se observa necesario estructurar un estudio justificable y enfocado en algunos temas de la propiedad intelectual, ya que por más que se quisiera abordar todos los aspectos relacionados con este tema, es muy amplio y atañe un sin fin de contenidos y reflexiones. Por tal razón limitamos el presente trabajo a una profundización responsable, de aquellos temas atinentes al derecho de autor que pueden resultar relevantes para determinar la responsabilidad de los intermediarios de la sociedad de la información.

Estos parámetros preliminares direccionan al planteamiento del régimen jurídico del Derecho de Autor, conllevando con posterioridad a la realización de la clasificación de manera jerárquica de este ordenamiento, proporcionando armonía junto a la reflexión sobre los atributos patrimoniales y morales que otorga el derecho de autor a las creaciones puestas en internet, enfatizando con las modificaciones que se han realizado para una mejor aplicación en la red , todo lo cual hace germinar la problemática que genera el empleo del derecho de autor en la red. Así finalmente determinar la posible responsabilidad civil de los intermediarios, en tanto a la vulneración al derecho de autor que realicen los usuarios de sus actividades.

Este conjunto de temas en posterior estudio, no dejan de lado lo concerniente a las legislaciones española y colombiana que se asemejan por pertenecer a lo que se ha denominado el derecho continental, pero se diferencian en algunos aspectos de adaptabilidad del derecho.

Los lineamientos planteados anteriormente, para efectos del presente trabajo, se han estimado en asiento a la conveniencia de conceptualizar sobre la adaptación que ha sufrido la ley de propiedad intelectual y más concretamente los derechos de autor, producto del constante movimiento de los ambientes virtuales, generando la problemática actual sobre los beneficios que trae consigo para los intereses de los autores, la interacción de sus creaciones en el ámbito de las nuevas tecnologías.

Muchos estudiosos han considerado, que el advenimiento de las nuevas tecnologías, se constituyen en la necesaria decadencia del derecho de autor, lo que termina siendo un contrasentido, pues lo que precisamente ha permitido el gran avance de la ciencia, ha sido precisamente la protección

que se ha brindado a los creadores, ya sea por medio de la propiedad intelectual o industrial.

Además de ello es importante resaltar el alto grado de adaptabilidad que ha caracterizado al derecho de autor, y precisamente en Pro de la defensa de ese derecho es necesario volver sobre sus raíces, a fin de mantener la esencia inspiradora de la propiedad intelectual.

Por lo anterior, sin pretender hacer un estudio pormenorizado sobre evolución histórica del derecho de autor, consideramos conveniente traer a colación un poco de la evolución histórica de tal derecho.

Un poco de Historia: Las Corrientes de Pensamiento que han inspirado la Propiedad Intelectual

En la cumbre del clasismo en Grecia y Roma, se perfilaba la necesidad de establecer un régimen que protegiera las creaciones de los autores en sus diversas manifestaciones, como el arte, la poesía, las declamaciones, entre otras, obteniendo esta protección al establecer la “relación que une al autor con su obra -lo que hoy es el sujeto y el objeto del derecho de autor-, como un vínculo que existe desde el momento mismo en que el hombre es capaz de crear algo con su intelecto,”³ conectándose a semejanza, la obra y su autor en una relación de filiación, reconociendo mérito a la capacidad de

³RODRÍGUEZ PARDO, Julián. EL DERECHO DE AUTOR EN LA OBRA MULTIMEDIA. [vlex Bases de datos de información jurídica, base de datos en línea].España: Editorial Dykinson, 2003.[Agosto 30 de 2009]

creación y produciendo implícitamente la consideración de la propiedad intelectual como “una de las propiedades más íntimamente ligadas a la persona humana.”⁴

Concretamente en el caso español, es de exaltar, la ley del 5 de Agosto de 1823, promulgada bajo la monarquía española, la cual exhibía un “nuevo sentido al trabajo de los autores al afirmar la propiedad sobre sus obras y su facultad para disponer de ellas del mismo modo que de los demás bienes, asimilando este derecho al derecho de la propiedad y concediéndole, de facto, una vigencia a perpetuidad. Este “nuevo sentido” como lo determina la ley en mención, era un reconocimiento preliminar a las creaciones del autor, las cuales recibían a semejanza, el mismo trato que una propiedad ordinaria, como se observa en la constitución española que rige en la actualidad.

Adquirido este derecho, por medio del llamado nuevo sentido y la convergencia que ello traería, en el año de 1877, se solicitaba el razonamiento sobre la perpetuidad del derecho de propiedad, obteniendo una negativa al ser ratificada la noción de la Ley 5 de 1823 de España. No obstante, retomando esta idea, el 11 de Noviembre de 1878, el senado delibera esta decisión y, “apostó por conceder a los autores la propiedad vitalicia, limitándola a veinticinco años tras su muerte para los adquirentes Inter vivos, pasando luego a los herederos forzosos durante cincuenta y cinco años más.”⁵.

⁴ Cfr. STEWART, International copyright and neighbouring rights, Butterworths (Londres 1989)

⁵ Ibíd.

Concepción de la Propiedad Intelectual

Anteponiendo el camino por el cual ha pasado la definición de la propiedad Intelectual, se presenta en la legislación española, la ley de 10 de junio de 1847 la cual acoge la acepción de "Propiedad Literaria"⁶ para así, atender a la materia objeto de la ley: los derechos que conciernen al creador. Sin embargo, este nombre recibió múltiples críticas, respecto a lo que consideramos que se debía a su terreno limitante a solo proteger obras literarias y la protección de las que no se encontraran en este ámbito, se aplicaría de manera ambigua.

Por lo anterior, en la ley de 10 de enero de 1879 se reemplazo "Propiedad Literaria" por "Propiedad Intelectual", teniendo como fundamento la fuente de creación o intelecto, pero aun así, coexistían las críticas por la relación con la propiedad, ya que pareciera solo referirse a los atributos patrimoniales del derecho concedido a los autores y titulares de derechos conexos, dejando de un lado los atributos morales.

En el Código Civil Español, en el capítulo III de la propiedad intelectual, el Art. 428 reza: que el autor de una obra literaria, científica o artística, tiene el derecho de explotarla y disponer de ella a su voluntad. Subsiguiente y en complemento a esta disposición legal el Art.429 C.C., establece como facultad de la ley de propiedad Intelectual determinar las personas a quienes pertenece ese derecho, la forma de su ejercicio y el tiempo de su duración,

⁶ Ley de 10 de junio de 1847. Artículo 1. Se entiende por propiedad literaria para los efectos de esta ley el derecho exclusivo que compete á los autores de escritos originales para reproducirlos o autorizar su reproducción por medio de copias manuscritas, impresas, litografiadas o por cualquier otro semejante.

pero tal cual se evidencia en ninguna de las dos normatividades, se establece un concepto íntegro en materia de propiedad intelectual, tan solo se da alusión a lo que es objeto de protección y su duración.

Así pues, la legislación española se ciñe al concepto otorgado por el artículo 10 de la LPI, que establece como objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales, literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangibles o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro.⁷ Así mismo, posiciona como objeto de protección las obras derivadas, las colecciones y bases de datos, que por la especial colocación de los contenidos constituyen creaciones intelectuales. Empero, no gozan de esta protección los programas de ordenador, ni los medios que se emplean para la fabricación de los mismos, enmarcados tan solo en el funcionamiento de la base de datos.

En cuanto a la utilización del término propiedad intelectual o derecho de autor, bien manifiesta Endorzain⁸: de la elección que se haga del término ya sea “Propiedad Intelectual” o “Derecho de Autor” se desprenderán unas consecuencias respecto de la naturaleza Jurídica de la institución. Así pues, si nos inclinamos por utilizar el término “Propiedad Intelectual”, se deberá aplicar lo referente al derecho de propiedad caracterizado por su naturaleza eminentemente patrimonial y material, lo que no podría ser del todo acertado, ya que la materia en referencia tiene un contenido espiritual e

⁷ Art. 10 TRLPI. Nótese que la definición es perfectamente aplicable al ámbito Internet ya que acepta cualquier soporte así como los intangibles, además de que respeta el principio de neutralidad tecnológica.

⁸ ENDORZAIN, José Carlos. “DERECHO DE AUTOR Y PROPIEDAD INTELECTUAL EN INTERNET”. Ed. Tecnos. Madrid 2002. Pág. 21

interno propio de las creaciones del intelecto⁹. Es por lo anterior, que se ha preferido la utilización del término “Derechos de Autor”.

Al respecto Plaza Penadés, considera que el término “propiedad Intelectual” se puede utilizar si “con ella se hace referencia al conjunto de poderes y facultades oponibles <<erga omnes>>, que el autor detenta sobre su obra. El carácter de propiedad Intelectual como propiedad especial, se debe a la naturaleza inmaterial del bien sobre el que recae el derecho. Pero además, sobre ese bien queda plasmada la personalidad del autor, lo que hace necesario su protección a través de un derecho de naturaleza personal: el derecho moral del autor”¹⁰ además, considera que el término “propiedad Intelectual” se puede utilizar de tres formas o maneras distintas, integrando el derecho de autor así:

- Referida al Derecho de Autor en sí o sentido impropio.
- Incluyendo tanto el derecho de Autor como los derechos conexos, o en sentido propio.
- O en el sentido internacional de la expresión “*Intellectual Property*” que incluye tanto la propiedad intelectual, como la propiedad industrial y los derechos del convenio de 14 de julio de 1967 , que son:

⁹ VEGA VEGA, José. “DERECHO DE AUTOR” en la Colección de Propiedad Intelectual (Director Carlos ROGEL VIDE) Ed. Tecnos S.A. Madrid 1990. Pág. 29 En cuanto al concepto de propiedad intelectual el autor considera que la dogmática jurídica ve predominantemente en el derecho de propiedad una contenido hondamente material o patrimonial, lejos del sentido espiritual del derecho de autor.

¹⁰ PLAZA PENADÉS, Javier. “PROPIEDAD INTELECTUAL Y SOCIEDAD DE LA INFORMACION (Tratado OMPI, Directiva 2001/29/CE y Responsabilidad en la Red) Aranzadi. Navarra 2002. Pág. 32

Art. 2. A los efectos del presente convenio se entenderá por: VIII. <<Propiedad Intelectual>>, los derechos relativos:

- a las obras literarias, artísticas y científicas.
- a las interpretaciones de los artistas intérpretes y a las ejecuciones de los artistas ejecutantes, a los fonogramas y a las emisiones de radiodifusión,
- a las invenciones en todos los campos de la actividad humana,
- a los descubrimientos científicos,
- a los dibujos y modelos industriales,
- a las marcas de fábrica, de comercio y de servicio, así como a los nombres y denominaciones comerciales,
- a la protección contra la competencia desleal, y todos los demás derechos relativos a la actividad intelectual en los terrenos industrial, científico, literario y artístico.

Sin embargo, tanto el “Derecho de Autor” como la “Propiedad intelectual” son aceptados para referirse a los derechos de los autores sobre sus creaciones, aún cuando la propiedad intelectual es más amplia, ya que se incluyen dentro de esta tanto los derechos de los autores propiamente dichos como los de los artistas, intérpretes y ejecutantes también denominados derechos vecinos, afines o conexos, como a la propiedad industrial.

Por su parte, en Colombia el Código Civil en el Art. 671 protege bajo la propiedad intelectual, las producciones del talento o del ingenio, que son propiedad de sus autores, pero en sí no establece una definición de lo concerniente a propiedad intelectual

En lo que respecta a la naturaleza jurídica de la Propiedad Intelectual, mucho se ha discutido respecto si se debe de entender como un derecho de

la personalidad. Sin embargo, en la actualidad la discusión al respecto se encuentra zanjada, pues se ha entendido la propiedad intelectual como aquel derecho que “implica una exteriorización que afecta no al ingenio en sí, ni a la posibilidad o libertad de su actuación, sino a sus expresiones concretas; es una creación que sale fuera de nuestro ser personal (5). Por otra parte, carece del elemento de esencialidad, que se halla en todos los derechos de la personalidad, ya que no es inherente a toda persona humana, sino que es un derecho que tiene el autor, no todo ser humano.”¹¹

Pero a pesar de que frente a la relación del derecho de autor con los derechos de la personalidad la discusión se encuentre superada, no indica ello que la naturaleza jurídica de tal derecho no sea objeto de discusión e incluso se ha llegado a hablar de las líneas del pensamiento monista, dualista y monista integral¹², que en líneas generales argumentan:

La corriente monista, propone el estudio del derecho de autor desde un solo ángulo, ya sea como un derecho eminentemente patrimonial de propiedad o desde los derechos personales. Su vez la primera vertiente , estudia el derecho de autor, desde los bienes materiales, según lo cual el derecho de autor es el derecho que “se ejerce sobre bienes materiales; y un bien material es la manifestación del intelecto, es decir, la obra del ingenio.”¹³; a su vez, desde los bienes inmateriales, se entiende el derecho de autor, ya no como un derecho de propiedad, sino como un derecho conexo aún cuando

¹¹O’CALLAGHAN, Xavier. “PROPIEDAD INTELECTUAL” en Compendio de Derecho Civil- Compendio de Derecho civil tomo 3 (Derechos reales e hipotecario). Edersa. 2004.

¹² VEGA VEGA, José Antonio. “PROTECCION DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL” dentro de la Colección de Propiedad Intelectual. Ed. Reus. Madrid 2002. Pág. 96 y s.s.

¹³ VEGA VEGA, José Antonio. “DERECHO DE AUTOR”. Op. Cit. Pág. 34

el fundamento y la esencia sean comunes; a su vez desde los derechos personales, se entiende el derecho de autor como el derecho propio de la personalidad en razón a que las obras provienen del intelecto humano.

En apoyo a esta teoría, en la vertiente de los derechos personales, Vega Vega ha citado lo dicho por Kant, quien “afirmaba que el libro es un mensaje que el autor dirige al público. En supuestos de falsificación, el autor de la misma habla igualmente en nombre del autor pero sin su permiso. El editor es el intermediario entre autor y público en virtud del *mandatum* del autor.”¹⁴

Por su parte la teoría dualista, se fundamenta en la concurrencia de los dos elementos principales del derecho de autor, que son el derecho patrimonial y el derecho personal, para los defensores de esta teoría los dos derechos concurren para formar un solo derecho aún cuando son distintos. Esto es lo que pareciera expresar el derecho español¹⁵. Sin embargo, como aprecia Plaza Penadés también se aprecia en nuestra legislación fundamentos a favor del monismo jurídico como por ejemplo: “en el caso de cesión de todos o alguno o algunos de los derechos de explotación, permanece para el autor un núcleo de derechos de naturaleza personal, el derecho moral, que cualquier cesionario no puede desconocer ni vulnerar”.¹⁶

¹⁴ VEGA VEGA, José Antonio. “DERECHO DE AUTOR.” *Ibidem* Pág. 36 y s.s.

¹⁵ PLAZA PENADÉS, Javier. “PROPIEDAD INTELECTUAL Y SOCIEDAD DE LA INFORMACION” Ed. Aranzadi. Navarra 2001. Pág. 37 y s.s.

¹⁶ PLAZA PENADÉS, Javier. “PROPIEDAD INTELECTUAL Y SOCIEDAD DE LA INFORMACION” Ed. Aranzadi. Navarra 2001. Pág. 39

Por ello, basados en la forma en que operan en la práctica los derechos morales y patrimoniales del derecho de autor, se evidencia según el autor citado en que ambos derechos:

- a) Tienen distinto contenido.
- b) Tienen distintos caracteres.
- c) Tienen distinta duración.
- d) Tienen distinto fundamento.

Por último, la teoría monista integral se basa en la existencia de un solo derecho especial "*sui generis*" resultantes de una "combinación inescindible, al menos en cuanto a su titularidad de los poderes de la personalidad con aquellos otros de carácter patrimonial, teniendo unos y otros por objeto la obra del ingenio."¹⁷.

Pero más allá de las discusiones doctrinales, lo que interesa a la propiedad intelectual es la claridad de los conceptos de tal manera que no exista inseguridad jurídica en su aplicación, y máxime cuando las creaciones protegidas se aplican en un medio global como lo es internet.

Finalmente, es importante evidenciar el alto grado de adaptabilidad del derecho de autor a extremos de incluso parecer en instantes desdibujar su esencia, llevando la protección de las creaciones entre diversas posiciones doctrinales, que a fin de determinar su aplicación en el nuevo ámbito virtual, van desde los neoclásicos, para quienes el derecho de autor

¹⁷VEGA VEGA, José Antonio. "DERECHO DE AUTOR". En Colección de Ciencias Sociales. Ed. Tecnos, Madrid 1990. Pág. 38. VEGA VEGA, José Antonio. "NUEVAS TECNOLOGIAS Y PROPIEDAD INTELECTUAL" en Nuevas Tecnologías y Propiedad Intelectual- Colección de Propiedad Intelectual (coord... Carlos ROGEL VIDE) Ed. Reus. Madrid 1999. Pág. 183

se ha caracterizado por su adaptabilidad a través de la historia, por ello consideran, que ese mismo derecho de autor da vía libre a la explotación de las obras en la red claro está, efectuando algunos ajustes a la normatividad que facilite: “aumentar la protección de los autores en el entorno digital y regular la copia para uso privado; lo que permitirá promover el uso de las medidas tecnológicas y adoptar un sistema de licencias en línea...” aún cuando “la doctrina prácticamente unánime rechaza una solución basada en las licencias obligatorias, porque conduciría a reducir el derecho de autor en un derecho remuneratorio”¹⁸; lo que ha significado que esta doctrina haya sido un poco matizada, considerando algunos límites a la facultad exclusiva del autor, como pueden ser la gestión colectiva solamente cuando el costo lo justifique, el plazo de la protección y el *fair use*.

Así mismo, dentro de las posiciones doctrinales se encuentran los minimalistas para quienes el plantear que: “si se permite la expansión del derecho de autor a los actos de mero uso y se limita el juego de las excepciones y límites a los derechos patrimoniales, se está restringiendo de manera clara la posibilidad de acceso a las obras, y por tanto también de una actividad crítica, política y social.”¹⁹ Esta doctrina critica el excesivo proteccionismo a los monopolios, justificando su enfoque en que dicha protección no refleja un grado mínimo de beneficios para los autores, por lo que consideran que es el mercado el que debe regular la explotación de las creaciones y proponen otras alternativas de beneficio para los autores como los ingresos por publicidad; de igual manera, esta doctrina propone reducir el

¹⁸ENCABO VERA, Miguel Ángel. “LAS OBRAS MULTIMEDIA” en Nuevas Tecnologías y Propiedad Intelectual- Colección de propiedad Intelectual. (Coord. Carlo ROGEL VIDE) Ed. Reus. Madrid 1999 Pág.75

¹⁹ GARROTE FERNÁNDEZ-DIEZ, Ignacio. “EL DERECHO DE AUTOR EN INTERNET” en la obra Colección Estudios de Derecho Privado. (DIR. Rodrigo Bercovitz RODRIGUEZ CANO y Ignacio GARROTE FERNÁNDEZ-DIEZ) Ed. Comares. Granada 2001. Pág. 81

campo de aplicación del derecho de autor en aspectos tales como el derecho de reproducción y el derecho a crear obras derivadas.

Por último, la postura ecléctica considera que el derecho de autor si debe ser modificado para adaptarse al nuevo medio, pero sin sacrificar los principios fundamentales del mismo. Una concepción clara y concreta, que como toda corriente ecléctica se nota neutral frente a las posiciones tomadas en el ámbito de discusión del tema.

Así las cosas, resulta un buen ejercicio determinar dentro de cuál de las anteriores vertientes, se podrían matricular las modificaciones que ha sufrido la legislación española para adaptarse al ámbito virtual, además de conceptuar hasta qué punto existe aún el derecho de autor en el ámbito de internet, específicamente en aspectos como la violación al derecho de autor y su consecuente responsabilidad ó si este se ha desvirtuado en su esencia para dar campo a las nuevas tecnologías.

Para poder dar solución a la situación planteada, es importante mencionar que la responsabilidad ante la violación a los derechos de los autores, es solamente uno de los aspectos controvertidos que genera la red. Para evidenciarlo, es importante resaltar lo que Garrote ha denominado las diez dificultades que ha llevado la adaptabilidad del derecho de autor y que son²⁰:

²⁰ GARROTE FERNÁNDEZ-DIEZ, Ignacio. *Ibidem* Pág. 55 y s.s.

- Además de determinar si la página *Web*, es objeto de protección por el derecho de autor, saber si los fragmentos de una obra tienen el carácter de creación intelectual.
- La aplicación de las presunciones de cesión de los derechos patrimoniales, en las obras en colaboración o colectivas.
- La ley aplicable a las transmisiones digitales.
- La difícil aplicación de los derechos morales en Internet como consecuencia de las facilidades de manipulación de las obras que permite el entorno digital.
- Los inconvenientes de aplicar los derechos patrimoniales en las transmisiones digitales, especialmente en las transmisiones a la carta así como la necesaria adaptación del derecho de reproducción.
- La adecuación de los límites a los derechos patrimoniales para así responder a la realidad de la Red.
- La responsabilidad de los prestadores de servicios en línea por la actividad de sus usuarios.
- La adaptación de los contratos de explotación de obra en formato analógico cuando se deben aplicar en el entorno digital.
- La utilización de medidas tecnológicas para proteger el derecho de autor o afines.
- La gestión de los derechos, planteándose incluso la posibilidad de gestión individual por parte del autor.

Como se puede observar, el reto es grande para cada uno de las comunidades de naciones, pues la problemática que plantea la aplicación del derecho de autor en las redes telemáticas abarca muy diversos aspectos, que deben de ser regulados ojala a nivel global, pues no hay que olvidar que dentro de la esencia del ámbito internet está el que no existen fronteras en el mundo virtual. La resolución de los puntos de conflicto que reseña Garrote Fernández-Diez, resultan de gran importancia para poder

adaptar el derecho de autor a las nuevas tecnologías, pues solamente en el momento en que se tomen unas políticas globales frente a tales aspectos, se podrá regular verdaderamente la red.

Esta memoria de investigación pretende el estudio de uno de estos temas, como es la responsabilidad de los “prestadores de servicios en línea por la actividad de sus usuarios” en el campo del derecho de autor, para lo cual necesariamente haremos mención a algunos de los otros puntos reseñados por Garrote, sin con ello pretender abarcar toda la problemática que plantea el autor.

Para lograr nuestro objetivo, el primer capítulo lo dedicaremos a la normatividad que rige al derecho de autor.

CAPITULO PRIMERO.

SUMARIO. 1. Régimen Jurídico del Derecho de Autor 1.1. Régimen Jurídico Español. 1.2 Régimen Jurídico Colombiano.

I. REGIMEN JURIDICO DEL DERECHO DE AUTOR

De manera general, al enunciar la problemática que genera para el derecho de autor la explotación de las obras en la red, se procederá a estudiar el régimen jurídico aplicable a las obras que circulan en la misma en razón al derecho de autor, para posteriormente entrar en lo que respecta a los derechos tradicionales que concede el derecho de autor y su aplicación en el ámbito digital.

El estudio del régimen jurídico, se realizará precediendo la estructura planteada por Kelsen, que orienta en todo ordenamiento jurídico para establecer la jerarquía de las normas, la cual se integra ineludiblemente a un mundo globalizado donde la reglamentación interna no puede ser distante a las legislaciones internacionales.

Es así como descendemos de esta estructura para establecer el régimen del derecho de autor en forma jerárquica, comenzando por España subsiguiente a Colombia, citando los convenios internacionales, las Directivas de la unión europea que ha adoptado España, así como lo hace Colombia en las

Decisiones de la comunidad andina, hasta llegar a las legislaciones internas de cada país.

Pero antes de determinar el régimen jurídico en relación con el derecho de autor, resulta de gran importancia resaltar lo establecido en el artículo 5.2 del Convenio de Berna, según el cual en principio se deberá pensar, que la ley aplicable a los conflictos en relación con el derecho de autor, es la del país donde se reclama la protección del derecho. La norma dice: “sin perjuicio de las estipulaciones del presente Convenio, la extensión de la protección así como los medios procesales acordados al autor para la defensa de sus derechos se regirán exclusivamente por la legislación del país en que se reclama la protección”.

Sin embargo, de la misma redacción de la norma se puede observar que esta no es una verdad absoluta, ya que ella dice “Sin perjuicio de las estipulaciones del presente Convenio”, de allí que, hay que estar atento a las remisiones que se haga a otras legislaciones, como en el caso del artículo 7.8 que remite a la legislación del país de origen de la obra, cuando manifiesta: “el plazo de protección será el establecido por la ley del país en el que la protección se reclame; sin embargo a menos que la legislación de este país disponga otra cosa, la duración no excederá el plazo fijado en el país de origen de la obra”.

1.1. REGIMEN JURIDICO ESPAÑOL.

1.1.1. Constitución Española.

Una vez aclarado la anterior, iniciaremos nuestra aproximación al régimen jurídico haciendo mención a la Constitución Española, cuestión que en principio ha estado enmarcada, por quizá la más amplia discusión doctrinal en lo referente a la naturaleza jurídica del derecho de autor.

Lo anterior se encuentra fundamentado en lo consagrado en los artículos 20 y 33 de la Constitución, donde por su parte el artículo 20 “reconoce y protege los derechos: b) A la producción y creatividad literaria, artística, científica y técnica” y por su parte el artículo 33 al referirse a la propiedad privada, establece en ella la delimitación propia de la función social de la misma.

La discusión a la que nos referimos se ha tornado en determinar si la propiedad intelectual se encuentra regulada por uno u otro artículo. Sin embargo, la solución a la discusión, la podemos resumir en la sentencia de 2 de enero de 1992, en la que el tribunal supremo, afirma que el derecho moral, integrado por facultades personalísimas, no es un derecho de la personalidad por carecer de la nota indispensable de esencialidad, al no ser consustancial o esencial a la persona, dado que no toda persona es autor.²¹ Por ende, como afirma Román Pérez: “la postura que mejor concuerda con nuestro ordenamiento y que además encuentra apoyo más sólido en la doctrina y en la jurisprudencia es la que entiende que la propiedad intelectual queda reconocida en el artículo 33 de la Constitución, como derecho

²¹ Tribunal Supremo Sentencia de 2 de Enero de 1992.

fundamental de segundo orden (art. 53.1), con un tipo de protección distinta de la que recibe la libertad de creación en el artículo 20.1.b), que recae sobre lo creado.”²²

1.1.2. Normatividad Internacional.

1.1.2.1. Declaración Universal de los Derechos Humanos

Por su parte, en lo que respecta a la normatividad Internacional, tenemos que en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el derecho de autor es reconocido como un derecho humano establecido en el artículo 27.2), estipulando: *"Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses personales y materiales que le correspondan por razón de las producciones literarias artísticas y científicas de las que sea autor."*

Esta disposición, describe la protección a los derechos morales y patrimoniales que corresponden a toda persona por el simple hecho de crear, que además por mención expresa del artículo 10 de la constitución española, deben de ser interpretados de acuerdo a la norma descrita.

Lo que es claro en este texto, es la protección de manera notoria al autor de una creación, no obstante esta generalidad no consolida un derecho absoluto en el cual pueda posicionarse el autor, para por ejemplo oponerse totalmente a la copia privada, pues se reconoce el juego de las excepciones.

²² ROMÁN PÉREZ, Raquel de "NATURALEZA JURIDICA DEL DERECHO DE AUTOR" dentro de Propiedad Intelectual, Derechos Fundamentales y Propiedad Industrial (COOR. IGLESIAS REBOLLO, César) Colección de Propiedad Intelectual. Madrid 2005.

Además para brindar una mayor protección a dicho autor, la norma no establece requisitos adicionales para obtener la calidad de autor, ya que se reconoce este derecho a “toda persona” aunque toda persona no puede ser protegida por el derecho de autor por el simple hecho de producir algo, como quiera que además de ello, deberá cumplir los requisitos que establezca la legislación positiva.

1.1.2.2. Convenio de Berna

La protección de los derechos de autor parte formalmente con la iniciativa: “conjunta de los autores y editores pertenecientes a tres asociaciones de gran importancia en las décadas finales del siglo XIX: la Association Litteraire Internationale -fundada en Francia en 1878 y transformada, en 1884, en la Association Litteraire et Artistique Internationales (ALAI)-, la Société des gens des lettres y la Boersenverein der deutschen Buchändler”²³. Con este cuerpo estratégico se crea el Tratado de Berna, del 9 de septiembre de 1886, (del que hacen parte tanto España como Colombia), buscando unificar los conceptos en las legislaciones de los diferentes países, para así, hallar un acercamiento hacia la unificación internacional del derecho de autor, obteniendo como especial aporte la protección de los derechos exclusivos del autor²⁴.

²³ RODRÍGUEZ PARDO, Julián “EL DERECHO DE AUTOR EN LA OBRA MULTIMEDIA” dentro de Aproximación a la Obra Multimedia. España: Dykinson. 2003 <http://vlex.com/vid/aproximacion-obra-multimedia-181506>

²⁴ “La regla general que establece el Convenio de Berna, recogida en su artículo 7.1 es que la protección temporal del derecho exclusivo del autor se extiende, en principio, durante cincuenta años.

Los pioneros de esta Convención, se centraron en la necesidad de unificación de normatividades, para así internacionalizar la protección del derecho de autor. En resumen, este convenio esgrime tres grandes principios como son el del trato nacional, la protección automática y la independencia de la protección; según el primero de ellos, las obras originarias de uno de los Estados contratantes (es decir, las obras cuyo autor es nacional de ése Estado o que se publicaron por primera vez en él), deberán ser objeto en todos y cada uno de los demás Estados contratantes de la misma protección que conceden a las obras de sus propios nacionales.²⁵ Por su parte, el principio de la protección automática, restringe la imposición de formalidades adicionales que obstaculicen la protección debida y por último, el principio de la independencia de la protección reconoce, que dicha protección es independiente de la existente en el país de origen de la obra. Sin embargo, si un Estado contratante prevé un plazo más largo que el mínimo prescrito por el Convenio y cesa la protección de la obra en el país de origen, la protección podrá negarse en cuanto haya cesado en él.²⁶

Es de resaltar de tal Convenio, la incorporación en su artículo 9.2) de la prueba o criterio triple, que por su importancia se convierte en el modelo a seguir por las legislaciones de los diferentes países al momento de incorporar excepciones en sus respectivas legislaciones. Esta prueba se reviste de tal importancia, que ha sido incorporada de igual forma en el acuerdo sobre los ADPIC en el artículo 13 que dispone que: “Los miembros circunscribirán limitaciones o excepciones impuestas a los derechos exclusivos a determinados casos especiales que no atenten contra la

²⁵ OMPI. http://www.wipo.int/treaties/es/ip/berne/summary_berne.html

²⁶ OMPI. http://www.wipo.int/treaties/es/ip/berne/summary_berne.html

explotación normal de la obra ni causen perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos”. Así mismo en el acuerdo OMPI de 20 de diciembre de 2006, se establece que: “1.Las partes contratantes podrán prever, en sus legislaciones nacionales, limitaciones o excepciones a los derechos concedidos a los autores de obras literarias o artísticas en virtud del presente Tratado en ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor”.

Dentro de las notas características a resaltar en el Convenio, se encuentra la declaración según la cual “No se aplicará a las noticias del día ni de los sucesos que tengan el carácter de simples informaciones de prensa”.²⁷ Estos conceptos son ampliados con posterioridad en el acuerdo TODA y los ADPIC, pero principalmente para su interpretación debemos atenernos a la Conferencia de Estocolmo de 1967 en la que se aclara, que lo que no se protege es la noticia o el suceso en sí, pero que los artículos u obras periodísticas serán protegidas en la medida que sean obras literarias o artísticas.

Por otra parte, en lo que respecta al derecho de cita, se impone la necesidad de acceder a la obra de manera lícita y que se realice de conformidad con los usos honrados y en la medida justificada para el fin. Así pues, el Convenio no provee una definición de que se entiende por cita, ni hace mención a la extensión de la misma, pero si aporta dos cuestiones importantes como son el de acceso lícito al público de la obra y el de los usos honrados; siendo el primero entendido en el consentimiento del autor para realizar la comunicación de la obra y el segundo un criterio anglosajón de interpretación de los tribunales. Así mismo, el Convenio hace referencia a las citas de artículos periodísticos, cuestión en la que ahondaremos al

²⁷ Art. 2.8 del Convenio de Berna.

referirnos a la excepción de la cita, así como las citas para la ilustración de la enseñanza que deberán mencionar la fuente y el nombre del autor, si figura en la fuente.

1.1.2.3. Convención Universal Sobre Derechos de Autor. Ginebra 1952

Como lo expresa el Art. 1 de esta Convención, la meta se fundaba en comprometer a los Estados contratantes, para que tomaran las disposiciones necesarias a fin de asegurar una protección suficiente y efectiva de los derechos de los autores, o de cualquier otros titulares de estos derechos, sobre las obras literarias, científicas y artísticas tales como los escritos, las obras musicales, dramáticas y cinematográficas y las de pintura, grabado y escultura.

Es así, como se puede establecer esta Convención como un complemento del Convenio de Berna, ya que parte de los principios que ya estaban establecidos para comprometer de una manera más formal y específica a los países miembros, para que modificaran sus reglamentos internos.

1.1.2.4. Consideraciones en las Convenciones de Berna y Ginebra 1952

Aunque estos Convenios fijaron los principios para la protección de las obras literarias, artísticas, obras musicales, dramáticas y cinematográficas, las de pintura, grabado y escultura, para Massaguer ²⁸ no se consideró de manera

²⁸ MASSAGUER, José. "EL DERECHO DE AUTOR EN LA INFORMÁTICA" [vlex Bases de datos de información jurídica, base de datos en línea].España: Marcial Pons,1999.[Septiembre 2 de 2009] Disponible en :<http://vlex.com/vid/derecho-autor-informatica-262848>

profunda las bases de datos y los programas de ordenador, creando en materia de esta última “una clase de dudas sobre la protección jurídica como obra de derecho de autor, por causa de su condición de obra utilitaria, e incluso aun admitida su tutela en este ámbito, acerca de su encuadramiento sistemático entre las obras protegidas y en particular y por la posible asimilación a las obras de arte aplicado”. En tanto a las bases de datos, para este autor aunque se mencionó en el Convenio de Berna, en su Art. 2.5 como obras protegidas las colecciones literarias y artísticas, esta disposición dejaba fuera gran parte de las bases de datos debido a su contenido, que no era merecedor de recibir la consideración de obras protegidas.

Pero tal vez, la excusa sensata para no tratar estos temas fue que la última revisión de las Convenciones de Berna y de Ginebra se realizó en 1971, época en la cual no se habían desarrollado a fondo estos medios tecnológicos. No obstante, se reitera la fijación de los principios básicos que han inspirado la normatividad sobre derechos de autor y las nuevas fuentes informáticas.

1.1.2.5 Convenio de Roma del 26 de Octubre de 1961

El objetivo de éste Convenio era la protección de obras ostentadas con el desarrollo tecnológico y la intención de unificar lo referente a los derechos afines, vecinos y conexos en la época, como fonogramas y los organismos de radiodifusión, para así proporcionarles protección a los artistas, intérpretes o ejecutantes, de estas creaciones.

Este Convenio tuvo gran trascendencia en España, aunque fue ratificado varios años después , más exactamente el 26 octubre 1991; tan considerable tardanza para su ratificación se debió, en palabras del Profesor Osorio Serrano, recogiendo las palabras de Dr. Carmona Salgado a que:

“ al parecer, la oposición mostrada por los propios autores de obras originales, así como también por una parte de la doctrina, alegándose al respecto que dicha Convención otorgaba a sus titulares unos beneficios económicos que menoscababan los del verdadero creador, a costa de invadir el ámbito de su derecho patrimonial, fruto de la creación del mismo; lo que hizo a algunos sugerir que, puesto que se trataba de derechos que no representaban analogía alguna con la producción del intelecto, quizá su lugar más adecuado de tratamiento hubiera sido el ámbito de la propiedad industrial o, más concretamente, el de la competencia desleal”²⁹

Es así como el Tratado aunque aparentemente completo y necesario, no encontraba un punto de encuentro entre los autores y la doctrina, que permitieran su nacimiento y establecimiento de modelos a seguir para avocar temas nuevos sobre los derechos de autor y las nuevas tecnologías, en la legislación española.

Sin embargo, dentro de los puntos más destacables de este convenio tenemos que:

- Protege los derechos vecinos, siempre que:

²⁹ OSORIO SERRANO, Juan Miguel. COMENTARIOS AL CODIGO CIVIL - Tomo V, Vol. 4º-B: Artículos 428 y 429 DEL CODIGO CIVIL Y LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL . España: Edersa, 1995. <http://vlex.com/compilation/230845>

- Derecho de intérpretes y ejecutantes: si la ejecución ha tenido lugar en un estado contratante. (Art. 4)
 - Derecho de productores de fonogramas: si éstos poseen la nacionalidad de un Estado contratante o la primera fijación sonora ha tenido lugar en un Estado contratante. (Art. 5)
 - Derecho de los organismos de radiodifusión: siempre que el domicilio de dicho organismo esté situado en otro Estado contratante y que la emisión haya sido transmitida desde una emisora situada en el territorio de otro Estado contratante. (Art.6).
- De forma expresa, establece cuatro excepciones en su artículo 25, cuando se trate de un utilización para uso privado (Art.15.1.a), sobre breves fragmentos con motivos de información sobre sucesos de actualidad (Art. 15.1.b), sobre las fijaciones efímeras realizadas por organismos de radiodifusión, con sus propios medios y para sus propias emisiones (Art.15.1.c) y por último cuando tengan por finalidad la utilización exclusivamente docente o de investigación científica (Art. 15.1.d). Estas excepciones tienen la característica de ser potestativas en el sentido que cada Estado contratante podrá preverlas o no.

1.1.2.6 El Acuerdo GATT de 1994.

La esencia inspiradora de este Acuerdo, se relaciona con la globalización de los mercados y el interés de proteger los bienes de la propiedad intelectual, que a partir de aquel momento se tendrán en consideración dentro de las negociaciones eminentemente comerciales del GATT, dando origen a lo que se denominó los TRIPs.

Los principios que inspiraron los TRIPs, según Bercovitz, fueron:

- “ a) Generalización en todos los países de un nivel mínimo de protección, partiendo de los Convenios Internacionales vigentes (Convenio de Berna y de Roma), con ciertas excepciones, complementándolos con algunas reglas relativamente sencillas.
- b) Consideración especial a la protección de las obras que exigen mayores inversiones industriales: software, bases de datos y obras audiovisuales.
- c) Atención especial a la protección de los artistas ejecutantes y de la industria.
- d) Establecimiento de un sistema para asegurar que la protección de los derechos de autor es real y efectiva.
- e) Fijación de plazos prolongados de adaptación para los países menos desarrollados”³⁰

Específicamente en lo que respecta a los derechos de los autores se establece:

- Incorpora las normas ya consagradas en el Convenio de Berna, salvo el artículo 6 referente a los derechos morales del autor.
- La necesidad de proteger los programas de ordenador y las compilaciones de datos.(Art. 10)
- Se otorga a los autores y sus causahabientes de los programas de ordenador, las obras cinematográficas y fonogramas, el derecho de autorizar o prohibir el alquiler al público de los originales o copias de las mismas. (Art.11)
- Fija los criterios para calcular la duración de la protección de los derechos de autor, cuando su autor sea una persona jurídica; protección que no podrá ser inferior a 50 años, contados desde el final del año civil de publicación autorizada y a falta de autorización, dentro de un plazo de

³⁰ BERCOVITZ, Alberto. EL DERECHO DE AUTOR EN EL ACUERDO TRIPS. dentro de la obra Temas de Derecho Industrial y de la Competencia 1. Propiedad Intelectual en el GATT. Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires. 1997. Pág. 19.

50 años a partir de la realización de la obra, contados a partir del final del año civil de la realización de la obra. Estos criterios no se aplican en las obras fotográficas y de arte aplicado. (Art. 12)

- Permite las limitaciones y excepciones a los derechos de autor, en casos especiales, que no atenten contra la explotación normal de la obra, ni causen un perjuicio injustificado (Art. 13)

1.1.2.7 Trabajos de la OMPI.

Desde su creación en 1974, la OMPI ha venido trabajando en la protección internacional de los derechos de los autores y los derechos conexos; fruto de tal esfuerzo se celebraron dos Tratados, el primero sobre derechos de autor (TODA) y el segundo relativo a la interpretación o ejecución y fonogramas (TOIEF).

Estos Tratados, contemplan una solución ecléctica en lo que respecta a la puesta a disposición de las obras, ya que intenta incluirla: “dentro del repertorio de derechos disponible en los distintos ordenamientos nacionales, mientras qué, por otra parte, añade derechos de nuevo cuño en el ámbito internacional, como el derecho de puesta a disposición para intérpretes y ejecutantes musicales y productores de fonogramas y el derecho de distribución.”³¹

³¹GARROTE FERNÁNDEZ-DIEZ, Ignacio. “EL DERECHO DE AUTOR EN INTERNET” en la obra *Colección Estudios de Derecho Privado*. (DIR. Rodrigo Bercovitz RODRIGUEZ CANO y Ignacio GARROTE FERNÁNDEZ-DIEZ) Ed. Comares. Granada 2001. Pág. 177.

Es importante resaltar de estos Tratados, que en su afán de conciliar las posturas de los Estados Unidos en su *White Paper* y la de la Unión Europea contenida en su Libro verde, encontró como punto en común que tenían una noción amplia del concepto de puesta a disposición, lo que en última instancia permitió que se adoptará “una definición normativa de puesta a disposición del público, pero no se caracteriza al derecho que debe darle cobijo, por lo que los legisladores nacionales son libres para escoger el que mejor se adapte a su legislación vigente y a su tradición histórica...”

Esta posición ha sido denominada por Garrote Fernández-Diez, como la solución “paraguas” que es: “reflejada en el art. 8 del TDA, bajo la engañosa rúbrica de <<derecho de comunicación al público>>. El tenor del artículo, pese a su título, se limita a hacer una definición descriptiva del acto de transmisión interactiva, en el que lo relevante es que los miembros del público puedan acceder a las obras desde en el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija, sin vincular la puesta a disposición a ninguna tecnología específica.

Luego, cada derecho nacional podrá utilizar el derecho que mejor se le ajuste a su tradición jurídica para cumplir con las obligaciones derivadas del Tratado y dejar la << puesta a disposición del público>> sujeta a un derecho patrimonial exclusivo. ³².

Adicionalmente extienden el derecho de comunicación al público, en todas las categorías de las obras, en donde la puesta a disposición de la obra

³² GARROTE FERNÁNDEZ-DIEZ, Ignacio. “EL DERECHO DE AUTOR EN INTERNET” en la obra *Colección Estudios de Derecho Privado*. (DIR. Rodrigo Bercovitz RODRIGUEZ CANO y Ignacio GARROTE FERNÁNDEZ-DIEZ) Ed. Comares. Granada 2001. Pág. 183.

requerirá de la autorización del autor, además dentro de esa puesta a disposición se deberá entender tanto el derecho de comunicación, como el derecho de reproducción, cuestión que veremos con más detalle cuando ahondemos en el derecho de reproducción.

1.1.2.7.1. Tratado de la OMPI Sobre Derecho de Autor (WCT)

Lo que inició como un protocolo de presentación al Convenio de Berna se convirtió en un Tratado sobre derecho de autor, antecediendo el conflicto por establecer si los países que no eran miembros del Tratado de Berna podrían ingresar a este Tratado propuesto por la OMPI, por tal razón se determinó que se podría ser parte de este Tratado, sí se cumplía con lo dispuesto en los Art.1 y 21, y en el anexo del Convenio de Berna, en su Acta de París del 24 de julio de 1971 (Arts. 1.3 y 1.4).

Es de resaltar en este Convenio los siguientes puntos:

- Se ratifica la concepción según la cual, lo que se protege son las expresiones pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos.

Antequera Parilli, considera no es un avance muy “innovador en cuanto, por una parte, ya el Convenio de Berna reconoce la protección a las «obras» -que no a las ideas- literarias o artísticas, «cualquiera que sea el modo o forma de expresión» (Art. 2.1), y, por

la otra, que un dispositivo similar se encuentra en el artículo 9.2 del ADPIC.”³³.

- Se contemplan los programas de ordenador, otorgándoles la misma protección que a las obras literarias.
- Así mismo en relación a las bases de datos o compilación de datos, se reconoce que la protección que se otorga a éstas, en razón de la selección o disposición de sus contenidos, no abarca los datos o materiales que la componen.
- Se reconoce a los autores, el derecho de comunicación y de puesta a disposición.
- Por su parte el artículo 10, en relación a las limitaciones, reconoce el derecho de los Estados a imponer las que estimen convenientes, siempre que se cumpla con la regla de los tres pasos.
- En cuanto a las medidas tecnológicas, se impone a los Estados contratantes, la obligación de proporcionar medidas jurídicas de protección adecuadas, contra los actos de elusión de las medidas tecnológicas efectivas que utilicen los autores.

1.1.2.7.2. Tratado de la OMPI Sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas.

Este Tratado viene en algunos aspectos a complementar los establecido en el acuerdo de Roma, como por ejemplo la imposición de la prueba de las tres etapas, que no se había mencionado en el Tratado anterior y que aquí se consagra en su artículo 16 , en el entendido de facultar a las partes contratantes para mantener y establecer nuevas excepciones y limitaciones apropiadas al soporte digital, que: “no atenten a la explotación normal de la

³³ Ibidem.

interpretación o ejecución o del fonograma ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del artista intérprete o ejecutante o del productor del fonograma”

Los aspectos más destacables de éste Tratado son:

- La protección que brinda el Convenio, se aplicará a los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas que sean nacionales de otras partes contratantes del Convenio.

- Respecto a los derechos, se reconocen los derechos morales a: “reivindicar ser identificado como el artista o el interprete o ejecutante de sus interpretaciones o ejecuciones excepto cuando la omisión venga dictada por la manera de utilizar la interpretación o ejecución, y el derecho a oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de sus interpretaciones o ejecuciones que cause perjuicio a su reputación” (Art.5.1)

- En cuanto a los derechos patrimoniales, se les reconoce el derecho a autorizar la radiodifusión y la comunicación al público de sus interpretaciones o ejecuciones no fijadas, excepto cuando constituya una interpretación radiodifundida. Así mismo, tendrán derecho a la fijación de sus ejecuciones o interpretaciones no fijadas.

- También se les concede el derecho a autorizar la reproducción, la puesta a disposición del público del original y los ejemplares de sus

interpretaciones y ejecuciones; así como el derecho exclusivo de autorizar el alquiler comercial al público del original y de los ejemplares de sus interpretaciones y ejecuciones fijadas en fonogramas.

- El artículo 10 del Convenio les otorga un derecho exclusivo, de autorizar: “la puesta a disposición del público de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, ya sea por hilo o por medios inalámbricos de tal manera que los miembros del público puedan tener acceso a ellas desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija.”

- Los derechos concedidos, tendrán una duración de 50 años, a partir del día final del año en que la interpretación o ejecución fue fijada en un fonograma.

- En relación con los productores de fonogramas, se les reconoce el derecho exclusivo de distribución y alquiler del mismo, además se reconoce que los productores de los fonogramas, no podrán tener una protección inferior a 50 años, contados a partir del final del año en el que se haya publicado el fonograma o, si no se ha publicado a partir de la fijación.

- Este Convenio autoriza de igual manera a las partes contratantes a establecer excepciones a los derechos conexos, siempre que sea para: “ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la interpretación o ejecución del fonograma ni causen un perjuicio

injustificado a los intereses legítimos del artista intérprete o ejecutante o del productor del fonograma” (art. 16).

- Se establece para los Estados contratantes la obligación de proteger las medidas tecnológicas y crear recursos jurídicos efectivos contra las medidas de elusión de las mismas.

1.1.2.8. Acuerdo Sobre los ADPIC

La insuficiencia de las medidas respecto a la protección de la propiedad intelectual en materia de piratería con referencia al ambiente virtual, es de sumo interés para el campo económico y político de una sociedad, llevando por vía de necesidad a impulsar el acuerdo ADPIC, no obstante para algunos analistas este no es más sino un ingrediente al pacto que crea la OMC, pero lo que aquí respecta el objetivo de este Acuerdo se enmarca en el Artículo 7, donde se destaca: “la protección y respeto de los derechos de propiedad intelectual contribuya a la promoción de la innovación tecnológica y la transferencia y difusión de la tecnología, «en beneficio recíproco de los productores y de los usuarios de conocimientos tecnológicos y de modo que favorezcan el bienestar social y económico y el equilibrio de derechos y obligaciones»”.³⁴

³⁴ GÓMEZ SEGADE, José A. “ACTAS DE DERECHO INDUSTRIAL Y DERECHO DE AUTOR” TOMO XVI (1994-95). Marcial Pons, 1996. Disponible en <http://vlex.com/source/actas-derecho-industrial-autor-tomo-xvi-771>

Los partidarios de este acuerdo proclaman que el ADPIC, es la mejor cura para regular lo referente a la propiedad intelectual, pero sometiendo esta afirmación a las necesidades de la era digital, también afirman que puede ir quedando obsoleto con el pasar del tiempo, especialmente en materia de derecho de autor.

Como lo expone Gómez Segade:³⁵ la suerte del futuro del ADPIC, penderá de los cambios y crisis económicas, políticas y sociales del mundo, mas sin embargo aclara Gómez³⁶ que el ADPIC ha tenido la “virtud de remover las aguas estancadas” y de generar nuevos cuestionamientos para las nuevas circunstancias que se generen, pero para esto las legislaciones tienen la facultad de adaptarse a la sociedad y más específicamente a la era digital y el derecho de autor por medio de las modificaciones pertinentes.

Estos justificantes se direccionan objetivamente a considerar que el ADPIC, no es la solución final a los problemas que acarrea el derecho de autor, pero establece cimientos muy fuertes para comenzar a edificar sobre los desarrollos en materia de nuevas tecnologías, tal vez el ADPIC, es la pieza para empezar a tratar temas del siglo XXI, específicamente (el objeto de este trabajo) la era digital y su adaptación a los derechos de autor.

³⁵ Ibídem

³⁶ Ibídem

1.1.3. Normas Comunitarias de la Unión Europea

1.1.3.1 Directiva 91/250/CEE, Sobre la Protección Jurídica de Programas de Ordenador del 14 de Mayo de 1991.

Esta Directiva se ocupó de los programas de ordenador, incluyéndolos como integrante destacado de la tecnología informática que se consolida en un inmenso capital para el desarrollo industrial de la comunidad, razón por la cual temas relativos a los avances tecnológicos y los derechos de autor no podían estar aislados a las tareas de la comunidad europea. Se decidió que en la protección emanada por la presente Directiva, debía existir concordancia con la legislación sobre derechos de autor, para así protegerlas de la misma forma como se realiza en las obras literarias, instituyendo en cabeza del sujeto y el objeto de la protección, los derechos exclusivos a los que pueden acogerse para autorizar o prohibir determinados actos y la duración de dicha protección.³⁷

Los criterios más importantes de esta Directiva son:

- Incluye dentro del programa de ordenador, “incluso los que estén incorporados en el <<hardware>>; que este término designa también el trabajo preparatorio de concepción que conduce al desarrollo de un programa de ordenador, siempre que la naturaleza del trabajo

³⁷ Comisión de las Comunidades Europeas. Directiva 91/250/CEE del Consejo, de 14 de mayo de 1991, sobre la protección jurídica de programas de ordenador. En DOUE. Diario Oficial de la Unión Europea, 17 de mayo de 1991.Vlex. (bases de datos en línea).

preparatorio sea tal que más tarde pueda originar un programa de ordenador” (considerando de la Directiva).

- Establece que solo se protege la expresión del programa de ordenador, que por tanto las ideas y principios implícitos en el programa no se protegerán por esta Directiva.

- Se establece como único criterio para conceder la protección a los programas de ordenador, que sea “original en el sentido de que sea una creación intelectual propia de su autor”(Art.1.3)

- Los derechos que se conceden, se traducen en el derecho a realizar o autorizar: la reproducción total o parcial del programa por cualquier medio; la traducción, adaptación , arreglo y cualquier otra transformación del programa, así como la reproducción de los resultado y por último realizar o autorizar cualquier forma de distribución pública del original o las copias, incluido el alquiler.

- Los derechos mencionados en la Directiva, así mismo son restringidos en relación con sus usuarios legítimos, a quienes se autoriza a reproducir, traducir, adaptar, arreglar, corregir errores o en cualquier forma transformar el programa, cuando sea necesario para la utilización del mismo. Así mismo podrán realizar una copia de salvaguarda del programa.

- Al usuario legítimo de una copia del programa se le autoriza para observar, estudiar o verificar el funcionamiento del programa
- En relación con el plazo de protección del programa de ordenador, se estableció el plazo de cincuenta años después de la muerte del autor o del último de ellos; en el caso ser anónima o bajo seudónimo, será de cincuenta años a partir de que se puso legalmente por primera vez a disposición del público.
- Los plazos se cuentan desde el 1 de enero del año siguiente al del hecho generador.

A interés de la legislación española ésta Directiva, es incorporada por la ley 16/1993 de 23 de diciembre, siendo más adelante refundida junto a otras leyes provenientes de Directivas de la Comunidad Europea, donde se exponen criterios necesarios para el control de los derechos de autor en ambientes virtuales.

1.1.3.2. Directiva 93/98 Relativa a la Armonización del Plazo de Protección del Derecho de Autor y Determinados Derechos Afines.

Esta Directiva tiene por finalidad la armonización de los plazos de protección, como quiera que tanto el Convenio de Berna como el de Roma, incluían plazos mínimos de Protección, además algunos países ya habían hecho uso de la potestad que les otorgaban dichos Convenios, lo que creaba disparidad de plazos.

Por lo anterior se estableció como plazo de protección para los derechos de autor, el término de la vida del autor y setenta años más; en relación con los derechos afines el plazo de protección fue de cincuenta años, después de la fecha de la primera publicación o comunicación al público.

Se establece un nuevo derecho afín en relación con las obras póstumas, cuando esta sea publicada por cualquier persona una vez expirado el plazo de protección, se concede un derecho equivalente al del autor por un plazo de veinticinco años. (Art.4)

Se armoniza el cálculo de los plazos a partir del 1 de enero del año siguiente al del hecho generador. Respecto de la protección a las obras de nacionales de terceros países, se establece como plazo de protección el concedido por el país del que el titular sea nacional, sin que pueda ser superior al otorgado en este Convenio.

Las disposiciones del Convenio, no se aplican a los derechos morales.

1.1.3.3. Directiva 96/9/CEE, Sobre Protección Jurídica de las Bases de Datos, de 11 de Marzo de 1996.

Acogida por la ley 5 de 1998 del 6 de marzo de la legislación española, esta Directiva en sus considerandos un poco similares a las de la Directiva 93/98 CEE, realza la importancia y necesidad de aportar a la comunidad europea una carta de navegación para la protección de las bases de datos, dejando claro como lo resalta en la consideración número 12 que la protección a

realizar en los sistemas modernos de almacenamiento y tratamiento de la información no se llevará a cabo en la comunidad, sin la creación de un régimen estable y uniforme de protección jurídica de los derechos de los fabricantes de bases de datos..³⁸

Los puntos más destacables de la Directiva son:

- La Directiva se aplica a todas las bases de datos, por tanto estarán incluidas las que se realicen en formato electrónico.

- No se aplica ni a los programas informáticos utilizados en la fabricación o el funcionamiento de la base de datos, ni a las obras o materiales incluidos en ellas.

- Así mismo, la Directiva define las bases de datos como una: “recopilación de obras, de datos o de otros elementos independientes, dispuestos de forma sistemática o metódica y accesibles individualmente por medios electrónicos o de otra forma”.(Art. 1.2)

- El punto más impactante de la Directiva, es el contemplar dos formas de protección a las bases de datos así.
 - La primera, será aquella protección en relación a los derechos de autor para las creaciones intelectuales, cuando la base de datos, por

³⁸ Directiva - Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos en: DOUE Diario Oficial de la Unión Europea(bases de datos Vlex).27 de marzo de 1993

la selección y disposición de las materias, puedan ser tenida como una obra.

- La segunda forma de protección, denominada protección <<sui generis>>, se crea para la protección de la inversión que hace el fabricante para la obtención de la misma o la presentación de los contenidos. Esta inversión puede ser en recursos financieros, humanos, de esfuerzo o energía.

Esta segunda forma de protección, se concede por un período de quince años, a partir de la fecha de finalización de la creación; además le da al titular del mismo la facultad de prohibir la extracción o reutilización del contenido de la base de datos; aunque al usuario legítimo, se le permite hacer extracción o reutilización de contenidos, que sean partes no sustanciales y que no perjudiquen de manera injustificada los intereses legítimos del fabricante de la base o del proveedor de las obras o prestaciones contenidas en ella.

1.1.3.4. Directiva 2001/29/CE, Relativa a la Armonización de Determinados Aspectos de los Derechos de Autor y Derechos Afines a los Derechos de Autor en la Sociedad de la Información, de 22 de Mayo de 2001.

Acogida por la normatividad española en la ley 23 de 2006, sobre derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información (DDASI), tiene dentro de sus objetivos establecer las condiciones, bajo las cuales se va a producir la explotación de las obras en las redes.

No obstante, con anterioridad a la Directiva si bien existían otras posibilidades de acuerdo con el derecho comunitario, como por ejemplo aplicar lo referente al derecho de alquiler en el caso de las transmisiones de obras, las circunstancias especiales de algunos ordenamientos internos que relacionaban tal derecho con la existencia material de la obra impedían esta solución. Esto trajo como consecuencia que ésta Directiva regulará en específico la materia y creará incluso un nuevo derecho para colocar a disposición al público ciertas creaciones. Además esta Directiva, incorpora la prueba de las tres etapas, que trata de manera conjunta los derechos de autor y los derechos conexos.

Por lo relevante que resulta esta Directiva para nuestro estudio se procederá a destacar sus puntos más importantes sin perjuicio de las posteriores referencias a ellos:

- **Derecho de comunicación**

El artículo 3 de la Directiva, crea para los autores el derecho exclusivo de autorizar o prohibir cualquier comunicación al público de obras y el derecho de poner a disposición del público prestaciones protegidas, que se tendrá como tal si las personas pueden acceder al contenido de la obra en el momento y lugar que ellos elijan. Como ocurre en el caso de las transmisiones a la carta, donde una obra se pone a disposición de la persona interesada, de modo que pueda acceder a ella y solicitar la transmisión de la misma en el momento que elija.

Nótese que ése derecho de puesta a disposición, hará parte del derecho de comunicación al tenor del artículo 3, por tanto, se reconoce el derecho de comunicación y dentro de este a la puesta a disposición al público, de conformidad con el artículo 8 del TODA.³⁹

Por su parte el numeral 2 del mismo artículo, al referirse a los titulares de los derechos afines, les concede solamente el derecho de puesta a disposición al público, por lo que sólo incluirá las transmisiones en línea, además no contempla los casos en que el público esté presente en el lugar que se genere el acto.⁴⁰

- **Derecho de Reproducción**

La Directiva se decanta por una definición bastante amplia del derecho de reproducción en el artículo 2. De ésta forma, tendrán cabida las reproducciones intangibles que se dan en el proceso tecnológico y por supuesto las necesarias para lograr la transmisión a la carta de contenidos.

Este derecho de reproducción, se caracteriza por reconocer de manera exclusiva⁴¹ a los titulares del derecho para autorizar o prohibir la

³⁹ Art. 8 del TODA: Derecho de comunicación al público. Sin perjuicio de lo previsto en los Artículos 11.1)ii, 11bis.1)ii, 14.1)ii) y 14bis.1) del Convenio de Berna, los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar cualquier comunicación al público de sus obras por medios alámbricos o inalámbricos, comprendida la puesta a disposición del público de sus obras, de tal forma que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija.

⁴⁰ Ver considerando 24 de la DDASI

⁴¹ ENDORZAIN, José Carlos. "DERECHO DE AUTOR Y PROPIEDAD INTELECTUAL EN INTERNET". Ed. Tecnos. Madrid 2002. Pág. 123

reproducción directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de la totalidad o parte de las obras, de las fijaciones de las actuaciones, de los fonogramas, de la fijación de las películas y de las emisiones a favor de los organismos de radiodifusión.

Por otra parte, la Directiva con la finalidad de dar contrapeso al derecho contempla las excepciones al derecho de autor, que para el caso se materializa en la excepción a favor de las reproducciones comúnmente denominadas técnicas, que no requerirán la autorización de los titulares del derecho de reproducción.

El derecho de reproducción, es el que mayor controversia ha generado en la negociación tanto de los acuerdos de la OMPI como en la Directiva, ya que dependiendo de su reglamentación se determina en gran parte el efectivo y eficaz funcionamiento de la red y la responsabilidad de los ISP.

- **Distribución.**

Definido en el artículo 4, como el derecho de autorizar o prohibir toda forma de distribución del original o copia de las obras al público, ya sea mediante venta o cualquier otro medio, el derecho de distribución requiere de la incorporación de la obra a un soporte físico que permita su comercialización.⁴² Como afirma Endorzain “El aspecto fundamental, pues,

⁴² Artículo 19 TRLPI “**Artículo 19.** Distribución 1. Se entiende por distribución la puesta a disposición del público del original o de las copias de la obra, en un soporte tangible, mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma.

del derecho de distribución es que la obra o prestación se incorpore a un soporte tangible, general y similar para el conjunto de integrantes del público, y que permita al usuario la conservación de la obra o prestación por tiempo indefinido”⁴³

De conformidad con lo anterior, no es posible que se presente el derecho de distribución en el entorno en línea razón por la cual, no será objeto de nuestro estudio esta facultad otorgada a los autores.

Excepciones

En el campo de las excepciones la Directiva las regula en el artículo 5 y tienen como aspecto destacable el que se pueden dividir en dos clases. Una de carácter obligatorio, para las reproducciones provisionales que sean transitorias o accesorias y que además formen parte integral y esencial de un proceso tecnológico, cuya única finalidad consista en facilitar la transmisión entre terceras personas por un intermediario o una utilización lícita de una obra. La segunda clase, comprende las demás excepciones que son potestativas, por tanto los Estados miembros estarán en libertad de contemplarlas o no en sus legislaciones internas.

Las excepciones potestativas se encuentran en el artículo 5.2 , se refieren a las reproducciones con un soporte en papel (Art. 5.2.a), las reproducciones

⁴³ ENDORZAIN, José Carlos. DERECHO DE AUTOR Y PROPIEDAD INTELECTUAL EN INTERNET. Ed. Tecnos. Madrid 2002 Pág. 134.

en cualquier soporte para uso privado de una persona física y sin fines comerciales (Art. 5.2.b), en relación con actos de reproducción que no busquen una gratificación económica, como los efectuados por biblioteca y centros de enseñanza (Art. 5.2.c), las grabaciones efímeras realizadas por organismos de radiodifusión (Art. 5.2.d), las reproducciones de radiodifusiones efectuadas por instituciones sociales que no persigan fines comerciales.

Por su parte el numeral tercero se refiere a las excepciones a los derechos de reproducción y comunicación cuando:

- a) Tenga por finalidad la ilustración con fines educativos o de investigación científica. (Art.5.3.a)
- b) El uso se realice en beneficio de personas minusválidas.(Art.5.3.b)
- c) En el caso de la prensa y respecto a los artículos publicados sobre temas de actualidad económica, política o religiosa que no estén reservados de manera expresa. (Art.5.3.c)
- d) En el caso de las citas con fines de crítica o reseña.(Art. 5.3.d)
- e) Cuando se realice con fines de seguridad pública o para garantizar el correcto desarrollo de procedimientos administrativos, parlamentarios o judiciales, o para asegurar una cobertura adecuada a tales procedimientos (Art. 5.3.e)
- f) Respecto de los discursos políticos y de extractos de conferencias o similares (Art.5.3.f)
- g) Cuando el uso se haga dentro de las celebraciones religiosas u oficiales organizadas por autoridad pública (Art.5.3.g)
- h) Respecto a obras situadas en lugares públicos (Art.5.3.h)
- i) Por la inclusión incidental en otro material (Art.5.3.i)
- j) Cuando se haga para anunciar una exposición pública o venta de obras de arte (Art. 5.3.j)

- k) Cuando se haga a título de caricatura, parodia o pastiche (Art.5.3.k).
- l) Cuando se use en relación con la demostración o reparación de equipos (Art. 5.3.L)
- m) Cuando se use una obra de arte en forma de edificio o dibujo o plano de un edificio con la intención de reconstruir dicho edificio(Art. 5.3.m)
- n) Cuando el uso consista en la comunicación a personas concretas del público o la puesta a su disposición, a efectos de investigación o de estudio personal, a través de terminales especializados instalados en los locales de los establecimientos mencionados en la letra c) del apartado 2, de obras y prestaciones que figuran en sus colecciones y que no son objeto de condiciones de adquisición o de licencia (Art. 5.3 n)
- o) Cuando el uso se realice en otros casos de importancia menor en que ya se prevean excepciones o limitaciones en el derecho nacional, siempre que se refieran únicamente a usos off-line y que no afecten a la libre circulación de bienes y servicios en el interior de la Comunidad.(Art.5.3.o)

Por último, hay que resaltar que la Directiva al determinar las posibles excepciones que podían consagrar los Estados miembros, establece el criterio denominado regla de los tres pasos en su numeral 5, según la cual, las excepciones y limitaciones “únicamente se aplicarán en determinados casos concretos, que no entren en conflicto con la explotación normal de la obra o prestación y no perjudiquen injustificadamente los intereses legítimos del titular del derecho”

- **Medidas Tecnológicas.**

En capítulo III de la Directiva 2001/29/CE en su artículo 6, autoriza el establecimiento de medidas tecnológicas, de tal manera que se permita a los titulares de los derechos incorporar dispositivos de protección, así como asegurarlos contra las medidas tecnológicas dañinas, que tengan por finalidad la elusión de los mecanismos técnicos incorporados.

Las medidas tecnológicas son definidas en el mismo artículo 6, como “toda técnica, dispositivo o componente que, en su funcionamiento normal, esté destinado a impedir o restringir actos referidos de obras o prestaciones protegidas que no cuenten con la autorización del titular de los derechos de autor o de los derechos afines a los derechos de autor establecidos por la ley o el derecho sui generis.”⁴⁴

En los considerandos de la norma, pareciera hacer depender la protección jurídica de la eficacia de la medida tecnología, específicamente en el considerando 48 habla de las medidas tecnológicas, que restringen de manera efectiva los actos no autorizados.⁴⁵

Por su parte el artículo 6 afirma, que las medidas serán eficaces cuando el uso de la obra o prestación protegida este controlado por los titulares de los

⁴⁴ Art.6.2 de la Directiva 2001/29

⁴⁵ Considerando 48 de la Directiva. “Dicha protección jurídica debe cubrir las medidas tecnológicas que restringen de manera efectiva los actos no autorizados por los titulares de cualesquiera derechos de autor, de derechos afines a los derechos de autor o del derecho sui generis en bases de datos...”

derechos mediante la aplicación de un control de acceso o un procedimiento de protección.

Bajo la concepción de Navas Navarro, esta Directiva cumple los Tratados de la OMPI de 1996 sobre derecho de autor, garantizando “el buen funcionamiento del mercado interior europeo en relación con algunos aspectos del derecho de autor (Art. 1.1). En concreto, su objetivo es regular la denominada «sociedad de la información» en relación con productos y servicios disponibles on-line aunque también aquellos que se presenten en un soporte físico. Además, impone a los Estados miembros la obligación de adoptar una protección jurídica adecuada para impedir toda técnica, dispositivo o componente que, en funcionamiento normal, esté destinado a impedir o restringir actos referidos a obras o prestaciones protegidas. La Directiva denomina a estas técnicas «medidas tecnológicas» (Art. 6).”⁴⁶

Por consiguiente, el considerando número 58 de la Directiva en remembranza, consagró que la protección a efectuar para las medidas tecnológicas debían garantizar un entorno seguro, sin perjuicio a las medidas de orden y seguridad público (considerando 51), y especialmente el desarrollo tecnológico, permitirá restringir (por medio de las medidas tecnológicas) por parte de los titulares de derechos de autor, o derechos afines, actos no autorizados (considerando 47). Pero tal disposición no descarta la posibilidad de actividades ilícitas, a lo cual se debe instituir una protección jurídica armonizada frente a la elusión de medidas tecnológicas

⁴⁶ NAVAS NAVARRO, Susana. “EL DERECHO DE AUTOR EN LA UNION EUROPEA” Anuario de Derecho Civil - Núm. LVIII-3, Julio 2005 disponible en http://vlex.com/source/anuario-derecho-civil-1714/issue_nbr/#LVIII-3

efectivas y frente al suministro de dispositivos y productos o servicios para tal fin.⁴⁷

Claro está, que el contenido de una Directiva no puede estar siempre del todo completa, razón por la cual estará preparada para modificaciones y constantes críticas. En esta ocasión, éstas últimas serán emitidas por el profesor González Agustín, justificándolas en: “la contradicción latente entre su propósito de armonizar las legislaciones sobre derechos de autor y derechos afines de los Estados miembros y, al mismo tiempo, el establecimiento de un amplio catálogo de excepciones y limitaciones a los derechos exclusivos, entre las cuales sólo una tiene carácter obligatorio, dejando a voluntad de los Estados la incorporación o no de las restantes.

De este modo, al final del proceso de transposición de la Directiva a todas las legislaciones nacionales, como consecuencia del diferente grado de incorporación de unas u otras limitaciones, pero también de la extraña manera en que algunas veces se desfiguran los límites al incorporarlos a las legislaciones locales, éstas legislaciones pueden llegar a diferir mucho entre sí en temas cruciales desde el punto de vista económico, cultural y del desarrollo de la sociedad de la información, hasta el punto de repercutir negativamente en el funcionamiento del mercado interior”.⁴⁸

⁴⁷ Considerando 47 de la directiva 2001/29/CE.

⁴⁸ GONZÁLEZ, Agustín. LA COMPENSACION EQUITATIVA POR COPIA PRIVADA DIGITAL EN LA LEY 23/2006, DE 7 DE JULIO” dentro de Actualidad Jurídica (Uría & Menéndez) Núm. 15, Septiembre 2006. Disponible en http://vlex.com/source/actualidad-ur-a-78/issue_nbr/#15

1.1.4. Legislación Interna Española

1.1.4.1. La ley de 1879

Manuel Danvila y Collado, decide presentar una propuesta para una nueva normatividad en materia de propiedad intelectual, acogida en el año de 1879 y con posteriores modificaciones rige en la legislación española por más de un siglo. Esta ley tiene como especial merito además de regir por un largo período, ser la que asentó los criterios que aún subsisten respecto de la propiedad intelectual.

Si bien en un principio contempló dentro de su ámbito de aplicación todas aquellas obras que se permitían en el momento por el avance de la tecnología, dejó abiertas las posibilidades a nuevas técnicas cuando manifestaba expresamente “o cualquier otro de los sistemas impresores o reproductores conocidos o que se inventen en lo sucesivo” (Art.1)

Esta ley tuvo múltiples modificaciones a lo largo de los años de su vigencia y solamente fue derogada, con posterioridad a la promulgación de la Constitución democrática española de 1978, tras la muerte del General Francisco Franco.

1.1.4.2. La Ley de Propiedad Intelectual de 1987.

Esta ley, es el fruto de un amplio debate respecto de la naturaleza jurídica de la propiedad intelectual, pues la reciente Constitución en su artículo 20, dentro de los derechos de la personalidad hacía mención al derecho: “a

expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de producción”. Lo que para algunos hacia entender el derecho de propiedad intelectual, incurso en tal artículo y por ende de naturaleza fundamental.

Sin embargo el Tribunal Supremo, en sentencia de 9 de diciembre de 1985, expreso que: "lo que se consagra como fundamental es un derecho genérico e impersonal a producir o crear obras artísticas, pues no toda persona crea o produce arte, viniendo a proclamar la protección de una facultad; cuando se produce o crea, entonces lo que se protege es el resultado, que hace surgir un derecho especial, el “derecho de autor”, que no es un derecho de la personalidad porque asimismo carece de la nota indispensable de la esencialidad, pues no es consustancial o esencial a la persona, en cuanto que no toda persona es autor; y conlleva la necesidad de la exteriorización, puesto que se crea o produce arte para ser exteriorizado, lo que implica el nacimiento de otro derecho a favor de aquellos a los que se exterioriza- público, adquirente, receptores-, el primero de los cuales tiene por objeto un bien inmaterial, mientras que el segundo es un bien material”. Esta posición se afirmo en el trámite que llevo la ley de propiedad intelectual, pues esta no fue tramitada como una ley orgánica.

Pero más allá de la discusión, la ley recoge todas las consideraciones que la precedieron, lo que en palabras de Carmona citado por Rodríguez Pardo⁴⁹, traerá como consecuencia la inclusión de los siguientes puntos más relevantes de esta ley:

⁴⁹ RODRÍGUEZ PARDO, Julián. “EL DERECHO DE AUTOR EN LA OBRA MULTIMEDIA” Dykinson 2003. bases de datos vlex. Disponible en: <http://vlex.com/vid/aproximacion-obra-multimedia-181506>

- El reconocimiento de la propiedad intelectual y de su tutela tomando como base el acto de creación.
- La regulación expresa de los derechos morales del autor.
- El establecimiento de un sistema simple y genérico de transmisión de derechos, en lo que concierne a las facultades patrimoniales.
- La determinación del límite y duración del derecho de autor conforme a las legislaciones de los países del entorno y a los Convenios Internacionales en la materia.
- El reconocimiento del *droit de suite* o derecho de seguimiento a favor del autor de obras plásticas.
- El establecimiento de una remuneración económica a favor del autor por la copia privada de sus obras.
- La definición y caracterización de los contratos de edición y representación.
- La reglamentación de las relaciones jurídicas que atañen a las obras audiovisuales y a los programas de ordenador.”

Posteriormente de esta ley se paso al Real Decreto-Legislativo 1/1996, de 12 de abril, a fin de dar cumplimiento a lo establecido en la Directiva 93/98/CEE y ordenar la refundición de las normas en un único texto de disposiciones vigentes de propiedad intelectual.

1.1.4.3. Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de Abril

Por medio de este Decreto se aprueba el texto refundido de la ley de Propiedad Intelectual, cuyo objetivo era regularizar, aclarar y armonizar las disposiciones legales vigentes sobre la materia, quedando derogadas automáticamente las siguientes leyes: Ley 22/1987, la Ley 20/1992, la Ley 16/1993, de incorporación al Derecho español de la Directiva 91/250/CEE, la Ley 43/1994, de incorporación al Derecho español de la Directiva 92/100/CEE, la Ley 27/1995, de incorporación al Derecho español de la Directiva 93/98/CEE, y la Ley 28/1995, de incorporación al Derecho español de la Directiva 93/83/CEE.

El Real Decreto Legislativo 1/1996, divide el texto en cuatro libros, el primero enclaustra los derechos de autor, el segundo los derechos de propiedad intelectual, por consiguiente el libro tercero brinda la protección de los derechos reconocidos y el último libro finaliza con el ámbito de aplicación de la ley.

Los temas más relevantes quedan refundidos. Se encuentran consignado en el:

- Artículo 14: de los derechos inalienables e irrenunciables, donde se instituyen las características y el contenido del derecho moral, atribuyéndosele al autor la libertad de divulgar su obra de la forma y bajo el nombre que disponga, exigiendo respeto por la integridad de la misma, para así impedir cualquier de deformación, modificación o alteración, hasta el punto de retirar la obra del comercio por cambio de su

pensamiento o convicciones morales, asumiendo claro está, la indemnización correspondiente a los titulares del derecho de explotación.

- Con respecto a la comunicación pública estipulada en el capítulo III sección 2, Artículo 20, erige que se entenderá por tal, todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas. Subsiguiente sobreviene lo que no será comunicación, englobando bajo este concepto las manifestaciones que se presenten en un ámbito doméstico y que no estén vinculadas a una red de difusión de cualquier tipo.

- En lo referente al derecho de explotación se definió por un término de duración mientras el autor viva y setenta años después de la declaratoria de fallecimiento del mismo. (Art.26).

- En lo que respecta a los programas de ordenador el Título VII del capítulo en remembranza, los define “como toda secuencia de instrucciones o indicaciones destinadas a ser utilizadas, directa o indirectamente, en un sistema informático para realizar una función o una tarea o para obtener un resultado determinado, cualquiera que fuere su forma de expresión y fijación. A los mismos efectos, la expresión programas de ordenador comprenderá también su documentación preparatoria. La documentación técnica y los manuales de uso de un programa gozarán de la misma protección que este Título dispensa a los programas de ordenador”.⁵⁰

⁵⁰ Madrid. Jefatura del Estado. REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Propiedad intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las Disposiciones legales vigentes sobre la Materia. BOE. Boletín Oficial del Estado, 22 de Abril 1996 (núm. 0097).

Bajo esa descripción se concibe la protección a cualquier forma de expresión de un programa de ordenador, extendiéndose a las versiones sucesivas y programas derivados, exceptuando las ideas y principios en los que se basan cualquiera de los elementos de un programa de ordenador, incluidos los que sirven de fundamento a sus interfaces, sin embargo en conexión con la tecnología virtual no estableció mas definiciones, razón tal vez por la cual la refundición aprobada por este real decreto legislativo debió modificarse.

1.1.4.4. Ley 19 de 2006, Aproximación de las Legislaciones Nacionales Sobre Medios de Tutela de Propiedad Intelectual.

Promulgada el 5 de junio de 2006 consta de 5 artículos, que pretendían adaptar la Directiva 2004/48/CE, lo cual no se evidencia en dos disposiciones del texto legal, consideración emanada del profesor Rodríguez Tapia⁵¹, quien acredita que estos apartes modifican la LEC 1/2000, “en aspectos extraños a la propiedad intelectual e industrial, como son las historias clínicas, el título ejecutivo europeo, los procesos matrimoniales, en sendas aplicaciones de reglamentos comunitarios de 2003 y 2004”.

Bosquejando los artículos de dicha ley, de manera como lo expresa Rodríguez Tapia,⁵² se introduce en el artículo 138 el ejercicio de las medidas cautelares de manera pasiva al intermediario de servicios de la sociedad de

⁵¹ RODRIGUEZ TAPIA, José Miguel. LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL: TRAS LAS REFORMAS EFECTUADAS POR LA LEY 19/2006, de 7 de julio .Navarra: Ed. Aranzadi, S.A. 2006. Pág.17.

⁵² *Ibidem* Pág. 18.

la información. En el Art. 139.1 se amplía la protección de los medios tecnológicos y de gestión de derechos, tomando medidas radicales como el retiro del comercio y destrucción, dependiendo la situación de los ejemplares ilícitos, circunscribiendo los que hubieran por algún modo suprimido o tergiversado la información electrónica.⁵³ En tanto el Artículo 140, introduce tres nuevos elementos a tener en cuenta al momento de fijar la indemnización por daños y perjuicios, que para el autor citado generan duda interpretativa.⁵⁴ el primero; la pérdida de ingresos por explotación ilícita necesariamente debe acarrear pérdida de beneficios, lo que perjudicaría a pequeños empresario y titulares de derechos, que no alcanzan a cubrir ventas con una explotación, por lo cual debería referirse la palabra beneficio a ingreso dejado de percibir.

La segunda consideración, observa que cuando se va a delimitar la indemnización, esta también tiene en cuenta el beneficio obtenido por el infractor, que ayuda a regular el derecho de honor, intimidad familiar y personal para estimar la indemnización correspondiente, pero lo que no puede es suplantar o impedir la acción de enriquecimiento que podía corresponder al titular del derecho vulnerado y que no competen a los beneficios del infractor, sino a los ingresos efectuados por la explotación ilícita.

Finalmente el tercer planteamiento de Rodríguez Tapias, considera preocupante el que “la indemnización por daño moral, a diferencia del texto anterior a la reforma, se ubica justo después del primer criterio de fijación del

⁵³ *Ibidem* Pág. 21

⁵⁴ *Ibidem*. Aunque el profesor Rodríguez Tapias en su escrito hubiera mencionado expresamente que eran dos elementos, en realidad subdividió tres, como se evidencia en las páginas 21 y 22.

daño patrimonial (en la letra a) del artículo 140.2 LPI) y no después de establecer la ley todos los criterios alternativos aplicables”⁵⁵

Para él autor citado , la indemnización de un daño moral, no puede partir de la letra a) del numero 2 de este artículo, por que quedarían desamparados los casos, que por existir tarifas preestablecidas que ahorran el peritaje de los perjuicios ocasionados y conllevan al perjudicado a seleccionar el camino que describe la letra b) de este mismo número 2, lo cual no tiene argumentación, ya que puede haber daño moral en cualquier caso y pueden haber otros criterios para establecer la indemnización.

1.1.4.5. Ley 23/2006 de 7 julio, que Modifica el Texto Refundido de la Propiedad Intelectual.

Emanado del preámbulo de la ley 23/2006, el proceso de reforma al texto refundido de propiedad intelectual, se presenta debido a las exigencias de actualización en relación con los derechos de autor y las nuevas tecnologías, acentuando que dicho cambio no iba a variar “el concepto tradicional de los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública, por el contrario introduciría los matices derivados del nuevo entorno en el que se crean y explotan las obras y las prestaciones”⁵⁶.

Con relación a la estructura de la norma se basa en un artículo único, que a su vez se subdivide en 31 disposiciones, por medio de las cuales se efectúan las modificaciones e inclusiones pertinentes a cada uno de los artículos del texto refundido de la ley de propiedad intelectual aprobado por

⁵⁵ Ibídem p. 22

⁵⁶ Preámbulo capítulo II inciso 2

el Real Decreto legislativo 1/1996 y que aquí solo mencionaremos, para verlos en detalle, cuando nos referiremos a los atributos de derecho de autor.

Entre las reformas más importantes se encuentran:

- El derecho de reproducción no es alterado en su concepto, pero se clarifica que abarca todas las formas en que pueda manifestarse, por lo que se entenderán incluidas las que se realizan en los sistemas informáticos.

- En lo que respecta a la distribución, se esclarece mediante la referencia al hecho de que los titulares tienen: “este derecho circunscrito a la explotación de la obra incorporada en un soporte tangible, con lo que se acota su alcance y se evita la confusión en el ámbito de la explotación en red.”⁵⁷

- Se establece que la primera venta u otra transmisión de la propiedad no supone la extinción del derecho de distribución, sino que únicamente se pierde la facultad de autorizar o impedir posteriores ventas o transmisiones dentro de la Unión Europea.

⁵⁷ TOBÍO RIVAS, Ana. ANÁLISIS DE LA MODIFICACION DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL: Ley 23/2006, de 7 de julio. Derecho de los Negocios, Nº 192, Sección Competencia, Propiedad Industrial e Intelectual, Septiembre 2006, Ed. La Ley. Pág.77.

- Se reconoce la puesta a disposición dentro del derecho de comunicación pública, que se dará cuando se permita el acceso a las obras desde el lugar y en el momento que lo elija el usuario.

- Respecto de la copia privada, mantiene los principios ya existentes, pero intenta armonizar los intereses de los titulares de los derechos de propiedad intelectual con los de los distribuidores de equipos, aparatos y soportes materiales sujetos al pago de la compensación por copia privada.

- En lo referente a los límites de los derechos de propiedad intelectual, en consonancia con la Directiva, incorpora el límite obligatorio sobre las reproducciones provisionales de carácter técnico; así mismo, incorpora dos de los límites facultativos que son la ilustración con fines educativos y la consulta mediante terminales especializados en bibliotecas y otros establecimientos

- Por su parte, en relación con los artistas intérpretes o ejecutantes se reconoce un nuevo derecho exclusivo de puesta a disposición interactiva.

- Esta ley también añade al libro II un nuevo título V denominado “Protección de las Medidas Tecnológicas y de la Información Para la Gestión de Derechos”. Este nuevo título que comprende los artículos 160 al 162 además de definir la medida tecnológica, se contemplan y sancionan los actos de elusión de las mismas, así como los actos de fabricación y comercialización de dispositivos y servicios de neutralización de las medidas tecnológicas.

- En lo que respecta la actuación de los intermediarios, la reforma permite a los titulares de los derechos de propiedad intelectual, solicitar medidas cautelares contra estos, cuando un tercero recurra a sus servicios para infringir los derechos de propiedad intelectual, sin necesidad de que el intermediario sea infractor.

1.1.4.6. Ley 56/2007 de 28 de Diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información.

Esta ley modifica tanto la 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, como la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica, al igual que la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, en los siguientes aspectos:

- Con respecto a la LSSICE, se modifica la redacción del artículo 8, en el que se establece la facultad a los órganos competentes, para la adopción de medidas necesarias para interrumpir la prestación o retirada de los datos en contra de los servicios de telecomunicación cuando vulneren los principios de protección que son: la salvaguarda del orden público, la investigación penal, la seguridad pública y la defensa nacional; la protección de la salud pública o de las personas físicas o jurídicas que tengan la condición de consumidores y usuarios; el respeto a la dignidad de la persona y al principio de no discriminación por motivos de raza, sexo, religión, opinión, nacionalidad, discapacidad o cualquier otra circunstancia personal o social y la protección de la juventud y la infancia.
- En relación con el artículo 9 de esta misma ley, se suprime la obligación sobre la constancia registral de los nombres de dominio y en consonancia con este, se suprime el apartado 4 del artículo 38, en el que

se tipificada como infracción administrativa leve el incumplimiento del requisito.

- En lo que respecta al artículo 11, en el que se preveía la intervención del Ministerio de Ciencia y Tecnología (hoy Ministerio de Industria, Turismo y Comercio) se suprime y se dirigen directamente los órganos competentes, frente a los prestadores de servicios de intermediación. En este mismo artículo, se incluye un apartado 2 que contempla el requerimiento de colaboración de los prestadores de servicios de intermediación, para impedir el acceso desde España a servicios o contenidos cuya interrupción o retirada haya sido decidida. El anterior apartado 2 segundo pasa a ser el tercero y se la adiciona, respecto de las medidas que toma el órgano jurisdiccional la expresión “En particular, la autorización del secuestro de páginas de Internet o de su restricción cuando ésta afecte a los derechos y libertades de expresión e información y demás amparados en los términos establecidos en el artículo 20 de la Constitución solo podrá ser decidida por los órganos jurisdiccionales competente”.

- En relación con las obligaciones de información sobre seguridad, se incluye un artículo 12 bis, que básicamente impone a los proveedores de servicios de acceso a Internet y los prestadores de servicios de correo electrónico la obligación de informar a sus clientes: “gratuita, sobre los diferentes medios de carácter técnico que aumenten los niveles de la seguridad de la información y permitan, entre otros, la protección frente a virus informáticos y programas espía, ya la restricción de los correos electrónicos no solicitados”.

- Así mismo los proveedores de acceso a Internet, deberán informar sobre las herramientas existentes para el filtrado y restricción de acceso a determinados contenidos y servicios, que puedan resultar nocivos para la juventud y la infancia.
- Por otra parte, deberán informar sobre las posibles responsabilidades por el uso de la red con fines ilícitos, especialmente para cometer los ilícitos penales y las vulneraciones al derecho de propiedad intelectual e industrial.
- En relación con los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda, se modifica el artículo 17 respecto de su responsabilidad así: “La exención de responsabilidad establecida en el apartado 1 no operará en el supuesto de que el proveedor de contenidos al que se enlace o cuya localización se facilite actúe bajo la dirección, autoridad o control de prestador que facilite la localización de esos contenidos”

Esta ley también modifica algunos aspectos de la contratación electrónica y de la ley de firma electrónica.

1.1.4.7. Código Civil Español

En el código civil se establece una cláusula de reserva, específicamente en el artículo 10.4 según la cual: “los derechos de propiedad intelectual e industrial se protegerán dentro del territorio Español de acuerdo con la ley

española, sin perjuicio de lo establecido en los Convenios y Tratados Internacionales en los que España sea parte”.

Este artículo, aún cuando reconoce la aplicación de la ley nacional, recuerda el principio de primacía de los Convenios.

El código Español contempla así mismo, dos artículos para regular la propiedad intelectual estableciéndolos en el Libro II, Título IV de algunas propiedades especiales, capítulo III, titulado de la propiedad intelectual, Artículos 428 y 429, que además de no enunciar un concepto sobre propiedad intelectual, su contenido es poco extensivo; lo anterior debido a que la propiedad intelectual es regida por las normas especiales, tal como lo estipula implícitamente el Art. 429 CCE.

Por tal razón el artículo 428 CCE. Al establecer que el autor de obras literarias científicas o artísticas, tiene el derecho de explotarla y disponer de ella a su voluntad, deja por fuera las nuevas obras que ha entrado a proteger la ley de refundición de la propiedad intelectual, entre esas tenemos a las bases de datos, *web sides* y programas de ordenador, entre otras.

Tampoco tiene presente los limitantes de la voluntad del autor que ha establecido la LPI, verbigracia la explotación que en algunos casos no tiene compensación para el autor.

Retomando conjuntamente los dos artículos del código civil, se observa que se mantienen en un estado estático, lo cual los va dejando como un principio

general, sin aplicación directa y un remitente para que todo lo referente a propiedad intelectual sea observado y regido conforme a las leyes especiales existentes, concluyendo que los preceptos legales contenidos en los multicitados artículos no aportan nada novedoso y no estiman preceptos específicos para la protección de la propiedad intelectual y la solución de la controversia que se presenta entre usuario y autor. Aún cuando se reconoce la vocación de normas supletorias en el Art. 429 CC.: “en casos no previstos por la ley especial se aplicarán las reglas generales establecidas en este código sobre la propiedad”.

1.1.4.8. Código Penal Español

Establecido en el Capítulo XI, De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores, Sección 1ª De los delitos relativos a la propiedad intelectual Artículos 270,271 y 272.

Partiendo del análisis del bien jurídico tutelado en el art. 270 se entiende por tal la propiedad intelectual, en tanto él sujeto activo y pasivo puede ser cualquier persona, aunque podría tener cualificación el sujeto activo en algunos ilícitos específicos, como es el caso de las obras puestas en ambientes virtuales, debido (en algunos casos) quien comete el ilícito en estas propiedades posee algún conocimiento técnico sobre los elementos de este mundo.

Las modalidades de la conducta típica del artículo 270 son:

- Reproducir en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística, entendiéndose por

reproducción la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación y la obtención de copias de toda o parte de ella (artículo 18 LPI).

- Plagiar en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística, lo que constituye el ataque más grave contra la propiedad intelectual ya que "se suprime al creador de la obra, poniendo a otro en su lugar, siendo la persona más bien que la cosa, la que sufre el atentado perpetrado por el plagiarlo, al ser aquélla la que desaparece, permaneciendo la obra más o menos incólume según el alcance del fraude, cuya forma delictiva integra la más importante infracción al derecho de propiedad intelectual" (sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 1984).

- Distribuir en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística, entendiéndose por distribución la puesta a disposición del público del original o copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma (artículo 19 LPI). La distribución, para su configuración como delito, establece una exigencia: "cuantitativa al tener como destinatario al <<público>>, esto es, a una generalidad de personas, y únicamente se concibe respecto de obras susceptibles de presentarse en ejemplares, a diferencia de aquellas que solo pueden exhibirse o comunicarse pero no ser objeto de distribución."⁵⁸

- Comunicar públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística, entendiéndose por comunicación pública todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas. No se considerará pública la comunicación

⁵⁸ TASENDE CALVO, Julio. "LOS DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL. Tipicidad y Doctrina Legal" dentro de Actualidad Penal Nº 24, Sección Doctrina, Semana del 9 al 15 de junio. 2003. La Ley 1023/2002.

cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo (artículo 20 LPI).

-Los párrafos segundo y tercero del artículo 270, a diferencia del primero se refieren a circunstancias que no son definidas en la ley de propiedad intelectual, por ende son elementos simplemente descriptivos del tipo penal que consiste en la importación, exportación y almacenamiento de obras, a las que se les han violado los derechos de autor, de conformidad con el párrafo primero de la norma.

-Por último el párrafo tercero se refiere a la fabricación, puesta en circulación y tenencia de cualquier dispositivo, que facilite la supresión o neutralización de los dispositivos técnicos de protección.

1.2. RÉGIMEN JURÍDICO COLOMBIANO

En Colombia la influencia Europea está presente en las disposiciones legales sobre derechos de autor, aunque en la actualidad hayan doctrinantes nacionales que se han centrado en el estudio y desarrollo de nuevas concepciones de la propiedad intelectual en Colombia, entre ellos podemos destacar a Ernesto Rengifo, Andrés Rengifo García, Juan Pablo Riveros Lara, entre otros, y las tareas efectuadas por organizaciones de gestión colectiva como Sayco que protege el derecho de autor de los intérpretes y compositores y la Dirección Nacional de Derecho de Autor, DNDA.

Las disposiciones que rigen el derecho de autor en Colombia se describen a continuación de la misma manera como precedió en la legislación española.

1.2.1. Normatividad Internacional

A semejanza de los Convenios ratificados por España, Colombia también es miembro activo del Convenio de Berna, Roma, Ginebra, ADPIC, GATT, el Tratado de la OMPI del 20 de diciembre de 1996 sobre derecho de autor y derechos conexos, la Declaración Universal de Derechos Humanos. Pero lo razonablemente diferencial es la ley interna que los ratifica y el año en que se ejecutan.

Por tal razón, no se entrara a estudiar el contenido de éstos Tratados, enunciados con anterioridad, pero si se destacara una de las dos Decisiones Andinas, que rigen la propiedad intelectual de forma directa en Colombia.⁵⁹

1.2.1.1. Decisión Andina 351 del 21 de Diciembre de 1993

Es de aplicación para los países integrantes de la comunidad andina, la cual establece el régimen común sobre derecho de autor y derechos conexos. Compuesta por XV capítulos, integrados por 61 artículos y una disposición transitoria, que en términos generales consagra:

⁵⁹ La Decisión Andina que no se mencionara es la *Decisión 486* de la comisión del acuerdo de Cartagena, que reglamenta la propiedad industrial para los países miembros del pacto andino.

- La protección de los derechos tanto de autores como de titulares de derechos conexos.

- Se define la obra, como toda creación intelectual original de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma.

- A su vez se define el programa de ordenador como: “Expresión de un conjunto de instrucciones mediante palabras, códigos, planes o en cualquier otra forma que, al ser incorporadas en un dispositivo de lectura automatizada, es capaz de hacer que un ordenador- un aparato electrónico o similar capaz de elaborar informaciones-, ejecute determinada tarea u obtenga determinado resultado. El programa de ordenador comprende también la documentación técnica y los manuales de uso”. (Art.3)

- La Decisión incorpora el término usos honrados, que los define como los que no interfieren con la explotación normal de la obra ni causan un perjuicio irrazonable a los intereses legítimos del autor.

- Así mismo, define el uso personal como la reproducción u otra forma de utilización de la obra de otra persona, en un solo ejemplar, exclusivamente para el propio uso de un individuo, en casos tales como la investigación y el esparcimiento personal.

- Respecto del objeto de protección, lo establece sobre todas las obras literarias, artísticas o científicas que puedan reproducirse o divulgarse por cualquier forma o medio conocido o por conocer, además establece una lista no taxativa de los mismos.

- Al igual que en la normatividad española, se reconoce la protección sobre la forma y no sobre las ideas.

- Se reconocen los derechos morales como inalienables, inembargables, imprescriptibles e irrenunciables y en específico son: a) Conservar la obra inédita o divulgarla; b) Reivindicar la paternidad de la obra en cualquier momento y c) Oponerse a toda deformación, mutilación o modificación que atente contra el decoro de la obra o la reputación del autor.

- Respecto de los derechos patrimoniales, se reconoce a los autores y sus derechohabientes por el término de la vida del autor y cincuenta años más, los derechos exclusivos a autorizar o prohibir la reproducción, la comunicación pública, la distribución pública de ejemplares o copias de la obra, la importancia al territorio de cualquier país miembro de copias hechas sin autorización del titular del derecho y la traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra.

- Se consagran como excepciones el derecho de cita, la reproducción por medios de reprografía para la enseñanza o la realización de exámenes en instituciones educativas; a las bibliotecas se autoriza hacer algunas reproducciones de obras para los casos específicos contemplados en la Decisión; Se autoriza reproducir las obras para las actuaciones judiciales o administrativas; reproducir y distribuir por la prensa o emitir por

radiodifusión o transmisión pública por cable, artículos de actualidad, de discusión económica, política o religiosa publicados en periódicos o colecciones periódicas; reproducir y poner al alcance del público por medio de fotografía, cinematografía o por la radiodifusión o transmisión pública por cable acontecimientos de actualidad; reproducir los discursos políticos, la imagen de obras arquitectónicas; realizar la representación o ejecución de una obra en el curso de las actividades de las instituciones de enseñanza por el personal y sus estudiantes y por último realizar por parte de un organismos de radiodifusión, una transmisión o retransmisión de una obra originalmente radiodifundida por él.

- En relación con los programas de ordenador, se consagra la protección de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 bis del Convenio de Berna. Se autoriza así mismo, al usuario legítimo a hacer una copia del mismo cuando sea indispensable para la utilización del programa; así mismo, se autoriza una copia de seguridad que se denomina de archivo, para utilizarse en caso de daño o pérdida de la primera.

- Se reconoce protección a las bases de datos, siempre que: “la selección o disposición de las materias constituyan una creación intelectual. La protección concedida no se hará extensiva a los datos o información compilados, pero no afectará los derechos que pudieran subsistir sobre las obras o materias que la conforman” (Art. 28).

- En lo que respecta a los derechos conexos, se reconoce a los artistas intérpretes o ejecutantes por un término no inferior a 50 años, el derecho a autorizar o prohibir la comunicación al público en cualquier forma de

sus interpretaciones y ejecuciones no fijadas, así como la fijación y la reproducción de las mismas.

- Además se reconoce a los artistas intérpretes y ejecutantes el derecho a exigir que su nombre figure o este asociado a cada interpretación o ejecución que realice y oponerse a toda deformación, mutilación o cualquier otro atentado sobre su interpretación o ejecución, que pueda lesionar su prestigio o reputación.

1.2.2. Legislación Interna Colombiana

1.2.2.1. Constitución Política de Colombia de 1991

En la Constitución colombiana, la propiedad intelectual se establece bajo el Capítulo II de los derechos sociales, económicos y culturales artículo 61, en el cual se reconoce como garante de la protección de la propiedad intelectual al Estado dentro de los términos que establezca la ley, en razón a que la Constitución en su Art. 1 define a Colombia como un estado social de derecho y dentro de sus fines se encuentra garantizar la efectividad de los derechos y deberes consagrados en la Constitución(Art.2).

La forma como se establecerán las leyes en materia de derecho de autor emana del Capítulo III de las leyes, Art. 150 numeral 24, donde se regula que corresponde al Congreso de Colombia como tarea legislativa, regular el régimen de propiedad industrial, patentes, marcas y las otras formas de propiedad intelectual. Lineamiento que establece entre los integrantes de la

propiedad intelectual la propiedad industrial, remitiendo el entendimiento necesariamente por otras formas de propiedad intelectual “los derechos de autor; la protección a las variedades vegetales y los procedimientos para su obtención; la protección de los demás aspectos de la biotecnología; la protección a los programas de computador (software), las bases de datos, los circuitos integrados, el cable, los satélites, y, lo que nos ocupa en este caso, la protección de los derechos de propiedad intelectual en el ámbito del Internet”⁶⁰.

Por su parte, en la rama ejecutiva entre las calidades y competencias presidenciales se encuentran el: “conceder de patente de privilegio temporal a los autores de invenciones o perfeccionamientos útiles, con arreglo a la ley”, (artículo 189 numeral 27), estimativo legal que solo establece la propiedad industrial y no los derechos de autor en otras creaciones, como las obras literarias, artísticas y de Internet.

1.2.2.2. Ley 23 de 1982

Promulga el 28 de enero de de 1982, deja derogada la ley 86 de 1946, disponiendo como lo manifiesta Cuello Iriarte⁶¹, el derecho de autor como un derecho subjetivo que conlleva a una relación jurídica producida por un hecho jurídico (la creación de la obra), de donde realmente nacen los derechos de autor, cuyo sujeto se describe en el Art. 4 de la ley en mención,

⁶⁰ AKERMAN, Yohir y otro. “AVANCES Y RETOS DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN INTERNET”. Bogotá, 2004. Pág. 204. Trabajo de Tesis de Grado. Universidad de los Andes.

⁶¹ CUELLO IRIARTE, Gustavo. “PROTECCION DE LOS DERECHOS INTELECTUALES DEL AUTOR, EL ARTISTA Y EL PRODUCTOR”. En: II Congreso Internacional Sobre la protección de los derechos intelectuales (Del autor, El artista y el Productor). Bogotá: oficina de publicaciones universidad Javeriana 1987.

reconociendo como autores a los creadores de una obra, un artista, un intérprete, una persona natural o jurídica que los produzcan, entre otros.

Pero, “el contenido de la relación jurídica que exige el derecho de autor está enmarcado por la actividad, o comportamiento que en función de medio y para satisfacer su interés sobre el objeto —la creación— tiene el sujeto, y que presenta dos especies denominadas del derecho moral y del derecho patrimonial. El primero-regulado por el [] Ley 23/82 en su artículo 30 y que tiene un carácter perpetuo, inalienable e irrenunciable y que, aún en el caso de la obra pasada al dominio público carente de titular de su derecho moral tiene como sujeto al Instituto Colombiano de Cultura. El segundo que le permite al autor el disfrute económico de su creación, reglado por los artículos 12 a 29 de la misma Ley 23/82, que tiene como características el ser exclusivo, transferible y limitado en el tiempo, y que a diferencia del moral que se causa con la sola creación, solo surge "desde el momento en que la obra o producción susceptible de estimación económica y cualquiera que sea su finalidad, se divulgue por cualquier forma o modo de expresión" (Art. 72 Ley 23/82)”⁶².

En materia de las nuevas tecnologías como lo manifiesta Charria García, “La Ley 23 de 1.982, contempló los cambios originados en los avances científicos y tecnológicos, que de manera visionaria había ya consagrado la Convención de Berna, al expresar en el artículo segundo que los Derechos de Autor recaen sobre las obras científicas y artísticas cualquiera que sea el modo o forma de expresión, de manera que asume la forma de expresión en

⁶² *Ibidem*.

su sentido más amplio al utilizar la idea de que puede ser reproducida la creación por cualquier medio conocido o por conocer.”⁶³

Además en esta ley se establece como título originario la creación intelectual, por lo que las formalidades establecidas se dan para efectos de seguridad jurídica.

Respecto de la protección se concede, por el tiempo de la vida del autor y ochenta años más; y cuando el titular sea una persona jurídica ochenta años a partir de la publicación hasta el 31 de diciembre del año que corresponda.

Por otra parte, la ley también hace mención a las licencias de traducción, siendo esto de gran importancia, por las circunstancias especiales para los países en vía de desarrollo.

1.2.2.3. Ley 44 de 1993

Como lo estipula su introducción se modifica y adiciona la ley 23 de 1982, en aspectos que vislumbran en V capítulos contenidos de la siguiente forma: los

⁶³ CHARRIA GARCÍA, Fernando. “DERECHOS DE AUTOR EN COLOMBIA”. Colombia: Instituto Departamental de Bellas Artes, 2001, Pág. 81 disponible en: http://webview.puj.edu.co/cgiolib/NTxcgi.exe?session=737168236&infile=authk.glu&style=authk&nh=20&calling_page=hitlist.glu&key=9312

derechos de autor que pueden amparar a las creaciones de los empleados y funcionarios públicos(Capítulo I),la enumeración de los tipos de creaciones que pueden ser inscritas en el Registro Nacional de Derecho de Autor (Capítulo II),la ampliación de las disposiciones reglamentarias para las sociedades de gestión colectiva de derechos de autor y derechos conexos(Capítulo III) y la culminación en el Capítulo de otros derechos (Capítulo V) con la estipulación de lo que no es objeto de reserva como los nombres parecidos o similares que puedan dar lugar a confusión, los diminutivos o superlativos de nombres ya reservados, los nombres que sean contrarios a las buenas costumbres o al orden público, los nombres, notoriamente conocidos, los nombres que utilicen otros, invirtiéndolos o alterándolos de tal manera que no logren distinguirse de nombres ya reservados.

Aunque poco extensa esta ley, reglamenta ciertos aspectos que no habían sido contemplados por la ley 23 de 1982 mas sin embargo, no exhibe nada novedoso sobre las nuevas tecnologías, que en al año de promulgación de esta ley ya entraban a necesitar una reglamentación especifica, dejando este vacío a la reglamentación de las disposiciones internacionales ratificadas por Colombia.

1.2.2.4. Código Civil Colombiano

La propiedad intelectual no se define como una propiedad especial, como tal vez se podría ubicar en el código español, pero si se instituye en el libro segundo, título II, sobre el dominio, y acoge las dos facultades de goce y disposición. El artículo 671 del Código Civil Colombiano, al referirse a la

propiedad intelectual establece que: “Las producciones del talento o del ingenio son una propiedad de sus autores.” Además sostiene que ésta especie de propiedad se regirá por leyes especiales.

1.2.2.5. Código Penal Colombiano

Las modificaciones más recientes que ha tenido el código penal que interesan a los derechos de autor, ha sido la consumada en la ley 599 de 2000 y la obrada por la ley 1032 de 2006, que reforma la redacción de los tipos penales establecidos en los artículos 271 y 272.

A diferencia de la objetividad y la clarividencia del bien jurídico protegido por el código español, los doctrinantes colombianos especialistas en derecho penal⁶⁴ precisan, que es complejo dictaminar el bien jurídico tutelado en el título VIII del libro II, debido a que la propiedad industrial se ubica en un lugar diferente a la propiedad intelectual en general y el bien jurídico sería el orden económico y social.

Precediendo lo anterior, el bien jurídico tutelado para los derechos de autor se refiere: “Al conjunto de facultades, atribuciones o derechos morales y patrimoniales que le permiten al individuo explotar de forma exclusiva aquello que es producto de su intelecto, concluyendo que lo que se protege en los tipos penales es la preservación del equilibrio que debe existir entre el

⁶⁴ GAVIRIA LONDOÑO, Vicente E. “DELITOS CONTRA EL DERECHO DE AUTOR”. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004 p.548-549

interés público y social de acceder en condiciones justas y de competencia leal al disfrute de todas aquellas manifestaciones en que se concrete la creación del intelecto”⁶⁵

Describiendo sucintamente los tres artículos que componen el título de los derechos de autor:

- Se localiza en el artículo 270, las causales para infringir los derechos morales del autor, que se concretan en:
 - Publicar total o parcialmente, sin autorización previa y expresa del titular del derecho, una obra inédita de carácter literario, artístico, científico, cinematográfico, audiovisual o fonograma, programa de ordenador o soporte lógico.
 - Inscriba en el registro de autor con nombre de persona distinta del autor verdadero, o con título cambiado o suprimido, o con el texto alterado, deformado, modificado o mutilado, o mencionando falsamente el nombre del editor o productor de una obra de carácter literario, artístico, científico, audiovisual o fonograma, programa de ordenador o soporte lógico.
 - Por cualquier medio o procedimiento compendie, mutile o transforme, sin autorización previa o expresa de su titular, una obra de carácter literario, artístico, científico, audiovisual o fonograma, programa de ordenador o soporte lógico.

⁶⁵ Ibídem.

- El artículo 271 sobre las defraudaciones de los derechos patrimoniales, describe siete conductas que son:
 - Sin autorización y por cualquier medio, reproduzca una obra protegida, o la transporte, almacene, conserve, distribuya, importe, venda, ofrezca, adquiera para la venta o distribución o suministre a cualquier título dichas reproducciones.
 - Represente, ejecute o exhiba públicamente obras teatrales, musicales, fonogramas, videogramas, obras cinematográficas, o cualquier otra obra de carácter literario o artístico sin autorización previa y expresa del titular de los derechos correspondientes.
 - Alquile o de cualquier otro modo comercialice fonogramas, videogramas, programas de ordenador o soportes lógicos u obras cinematográficas, sin autorización previa y expresa del titular de los derechos correspondientes.
 - Fije, reproduzca o comercialice las representaciones públicas de obras teatrales o musicales, sin autorización previa y expresa del titular de los derechos correspondientes.
 - Disponga, realice o utilice, por cualquier medio o procedimiento, la comunicación, fijación, ejecución, exhibición, comercialización, difusión o distribución y representación de una obra de las protegidas en este título, sin autorización previa y expresa de su titular.
 - Retransmita, fije, reproduzca o por cualquier medio sonoro o audiovisual divulgue, sin autorización previa y expresa del titular, las emisiones de los organismos de radiodifusión.
 - Recepcione, difunda o distribuya por cualquier medio, sin autorización previa y expresa del titular, las emisiones de la televisión por suscripción.

- Por su parte el artículo 272 dibuja los casos en que se incurre en violación a los mecanismos de protección de los derechos patrimoniales de autor y otras defraudaciones. Este artículo a consideración del Doctor Ferreira D., Francisco⁶⁶ señala: “La tecnología moderna ha dispuesto códigos o mecanismos electrónicos para proteger el uso de obras de la inteligencia, como son las claves cifradas para entrar en un programa, transmitir señales por satélite, retransmitirlo o utilizarlo sin cubrir derechos de su autor. La norma, artículo 272, muy a la moderna, pune con multa a criterio del juez, a quien elude o supera tales defensas con perjuicio de su titular y en su personal beneficio”
- En el numeral 1, eludiendo restricciones para usos no autorizados;
 - En el 2 suprimiendo o alterando la información esencial electrónica de derechos y comercializando con ella;
 - El 3 comercializando en cualquier forma una señal satélite o evadiendo dispositivos de control para su beneficio, a espaldas de su titular alterando o suprimiendo información esencial para la gestión electrónica de sus derechos;
 - El 4 se refiere a la obtención de ganancias no debidas con documentación o testificaciones que falseen o alteren el verdadero producto de la utilización de obras ajenas, con fraude a su titular. En este último caso concursaría con los delitos de estafa y falsedad documental

⁶⁶ FERREIRA D., Francisco José. “DERECHO PENAL ESPECIAL”, tomo 1. Bogotá: Temis, 2006. Pág. 482-483

CAPITULO SEGUNDO.

SUMARIO. 2.1. Derechos Morales. 2.2. Derechos Patrimoniales o de Explotación. 2.3. Derechos Morales y Patrimoniales en Colombia.

2. ATRIBUTOS DEL DERECHO DE AUTOR.

“El desafío existe, los autores deben enfrentarlo y las leyes deben progresar frente a la cambiante tecnología”⁶⁷

Dentro del objetivo principal del derecho de autor como se ha reiterado en varias ocasiones, está el proteger las creaciones para incentivar a los autores en su labor de pensamiento y aporte a la cultura universal, pero esta protección frente al autor que realiza el derecho la divide en dos vertientes: derechos morales y patrimoniales, los cuales tienen facultades diferentes pero se complementan entre sí, para cumplir los fines del derecho de autor en tareas y condiciones disímiles, que pueden sobrevivir independientemente o en conjunto. Es así, como se pretende ahondar en estos dos comandos del derecho de autor específicamente en ambientes virtuales y las modificaciones que estos han tenido que adoptar para poder ser aplicables en este mundo digital.

⁶⁷ BARZALLO, José Luis. Derechos patrimoniales del autor en Internet: una perspectiva ecuatoriana” dentro de la Revista de Contratación Electrónica núm. 64. Octubre de 2005. Disponible en: <http://vlex.com/vid/patrimoniales-perspectiva-ecuatoriana-279140>

Así mismo, pretendemos determinar la aplicación del derecho de autor en los ambientes virtuales, para después confrontarlos con las excepciones, a fin de determinar si aún existe la reconciliación entre los derechos de los autores y el derecho a la cultura, pues como afirma Plata López al referirse a los derechos patrimoniales: “En definitiva el problema económico de los derechos intelectuales, se resume en buscar un equilibrio óptimo entre los incentivos otorgados a los creadores como recompensa por su inversión de tiempo y esfuerzo y la oportunidad que debe dársele a la sociedad de acceder de manera oportuna a los bienes y productos resultados de la inteligencia y creatividad de sus autores.”⁶⁸

2.1. DERECHOS MORALES.

Con la llegada de las nuevas tecnologías, muchos autores han considerado que los derechos morales, deberían desaparecer en los ambientes virtuales, a fin de facilitar su explotación económica en la red. Sin embargo, respondiendo a la tradición jurídica del derecho español, esto no podría ser posible y consideramos, que la mejor posición que puede asumir el derecho frente a las nuevas tecnologías es amoldarse, pero no perder de vista al autor quien en última instancia es el motor de la propiedad intelectual.

Esto es así, porque al autor no solo le incumben los derechos patrimoniales, además consideramos que los derechos morales del autor, en nada interfieren con el uso de la tecnología. Pero este no es el sentir general, ya

⁶⁸ PLATA LÓPEZ, Luis Carlos. “INTRODUCCION AL ANALISIS ECONOMICO DE LOS DERECHOS DE AUTOR” dentro de la Revista de Derecho N°28. Universidad de Barranquilla- Colombia. 2007.

que se ha trabado una verdadera discusión en relación con los derechos morales, específicamente en lo que respecta a la integridad de la obra, que si bien en algunos casos como en los arreglos musicales, que se manipula para suprimir ruidos no alterarían en nada la integridad de la misma, si podría llegar a configurarse en otras aplicaciones, como por ejemplo en la inclusión de color de obras cinematográficas que su original se editaron en blanco y negro.

A pesar de ello, creemos que en la medida que el derecho de transformación se interprete teniendo como directriz el daño o no frente al autor o su obra, muchas de las operaciones que se dan en la red, no tienen porque verse afectada por el ejercicio de tal derecho.

Cuestión aparte merece el ejercicio de los derechos morales, que por su naturaleza se ha radicado en cabeza del autor y que en razón a la rapidez y especialidad de los modos en la red, quizá necesite ser modificado de tal manera, que como manifiesta Antequera citando a Dietz: “vaya atenuándose un poco de modo que el editor o el productor pueda integrarse en el ejercicio de ese derecho moral”⁶⁹

Pero, esta posición reporta grandes inconvenientes, para el sistema latino o continental, que ya bastante dificultad tiene con la incorporación del derecho moral al espacio virtual. Sin embargo, consideramos que el facultar a las entidades de gestión para el ejercicio de los derechos morales, sin con ello

⁶⁹ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. “EL DERECHO DE AUTOR EN EL ENTORNO DIGITAL” dentro de la obra Derecho Informático y Telecomunicaciones. Diciembre de 2002. Universidad de los Andes, Facultad de Derecho. Bogotá. Pág. 34.

realizar una transferencia del derecho, podría resultar apropiado para la efectividad en el ejercicio de los mismos en los espacios virtuales.

Los derechos morales del autor, son definidos en el TRLPI, en el Capítulo III, sección primera Art. 14, donde se reconoce al autor el derecho a: decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma; determinar si se va a hacer con su nombre, bajo seudónimo o signo, o anonimato; exigir el reconocimiento de su condición de autor; exigir el respeto a la integridad de la obra; modificarla, respetando los derechos adquiridos por terceros; retirarla por cambio en sus convicciones intelectuales o morales, previa indemnización y por último, acceder al ejemplar único o raro de la obra.

Aun cuando el artículo 14 no define lo que son los derechos morales, si señala como enunciamos el contenido y características del mismo, en los que se destacan cinco cuestiones claves:

1. Irrenunciables e inalienables de los derechos.
2. Derecho a decir sobre las condiciones de divulgación.
3. Facultad de exigir respeto frente a la obra.
4. Posibilidad de retiro del comercio.
5. Derecho de acceso al ejemplar único o raro de la obra.

Frente a la lesión de los derechos de autor, que puede ser ocasionada por la acción ilícita o la inadecuada utilización de determinada obra, entran en juego las facultades del derecho moral de autor, las cuales: “tiene por objeto la protección de la personalidad del mismo en su carácter de creador de la

obra, y por tanto, tiene un contenido netamente extrapatrimonial, cuya violación engendra necesariamente un agravio moral”⁷⁰.

Si bien es cierto que toda lesión conlleva a una reparación pecuniaria, el fin del derecho moral de autor, además de consecucionalmente recibir esta “indemnización”, es proteger los derechos fundamentales de expresión y libertad, los cuales se ven afectados cuando se afecta la integridad de la obra y lo que comprende el carácter subjetivo del autor; dicha protección al derecho de autor pone en manos del creador las facultades que le concede el derecho moral para controvertir esa afectación.

Los derechos morales que incumbe al autor, como titular de los derechos que otorga el derecho de autor, tiene por finalidad proteger a éste desde su personalidad, su individualidad como ser creador, para lo cual el derecho consagra las siguientes facultades:

2.1.1. Divulgación

El Art. 14 del TRLPI consagra la divulgación en los numerales 1, 2 y 7; estos ítems legales, son la subdivisión o el contenido de la primera facultad del derecho moral de autor la divulgación, de los cuales dos se exponen claramente en manos de Carreras:

“dar a conocer la obra al público, difundirla por vez primera de una forma que signifique la voluntad del autor de darle una proyección pública. El contenido del derecho de divulgación supone también la

⁷⁰ MORALEZ LOPEZ, Jairo. “PERJUICIOS MORALES”. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.1997 p.217

facultad de decidir la forma en que debe ser expresada (por ejemplo, mediante la imprenta, la televisión, etc.) y si ha de hacerse con su nombre, bajo seudónimo o signo, o anónimamente, lo que no impide que una vez divulgada (lo que tiene lugar solamente una vez) pueda también darse a conocer a través de otros sistemas de difusión o mediante la revelación del nombre real del autor, aunque para ello será el propio autor quien deberá autorizarlo en cada caso”⁷¹.

Lo anterior señalaría el numeral 1 y 2 del multicitado artículo, faltando una ampliación al numeral 7, el cual mediante la acción de persecución le concede la facultad de acceder al ejemplar único o raro de la obra en el caso hipotético, cuando esta se encuentre en manos de una persona que posee cierto derecho sobre la misma, se podría pensar verbigracias que ese poseedor podría ser un coleccionista de obras, pero de igual forma esta acción acarrearía una indemnización por los perjuicio que puede ocasionársele.

¿Pero el derecho de divulgación como se presentaría en Internet?, partiendo por una parte, de la concepción de divulgación que hace el Art.4 del TRLPI, como la facultad del autor para hacer accesible la obra al público en cualquier forma y por otra, si se tiene en cuenta que dentro de los derechos morales del autor, se encuentra el derecho a decidir si la obra ha de ser divulgada y bajo qué forma, tendremos como consecuencia lógica, que la expresión <<bajo cualquier forma>>, cobija las formas y medios que utiliza la red, por tanto para que puedan ejercerse el derecho en internet, bastará

⁷¹ DE CARRERAS SERRA, Lluís. “DERECHO ESPAÑOL DE LA INFORMACION [Vlex Bases de datos de información jurídica, base de datos en línea].España: UOC,2006.[Septiembre 27 de 2009] Disponible en: <http://vlex.com/vid/propiedad-intelectual-293801>

con el consentimiento del autor y la obra se podrá presentar, mediante documentos electrónicos en una página web, en la que el autor puede optar por colocar su nombre, divulgarla bajo seudónimo, anónimo o sin identificación previa.

Así pues, a la pregunta habremos de contestar de manera positiva, ahondando aún más, ya que es posible no solamente el ejercicio de la divulgación, sino de todos los derechos morales que contempla el artículo 14 del TRLPI, aunque algunos de más frecuente uso que otros, por ejemplo, el uso del derecho de acceso al ejemplar único o raro de la obra del que habla el numeral 7, no será muy ejercido en la red, debido a la facilidad de multiplicación de la obra en excelentes calidades.

2.1.2. Derecho de Paternidad y Retiro del Comercio

Dentro de las facultades concedidas al autor en virtud de esos derechos morales, encontramos los enmarcados en los numerales 3 y 4, del art. 14 del TRLPI, que rezan:

“3. Exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra.

4. Exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación.”

Dicha facultad de exigir el reconocimiento de su condición de autor, es lo que comúnmente se conoce como el derecho de paternidad y que se encuentra en íntima relación con el derecho de divulgación, pues el autor es quien decide bajo que nombre se ha de publicar la obra y correlativamente le asiste el derecho a exigir el respeto por su obra y su relación con ésta.

Por su parte, el derecho a la integridad de la obra, es el que permite al autor de la obra impedir cualquier manipulación de la misma, que afecte su reputación o le presuponga un perjuicio. Este atributo de los derechos morales es como ya afirmábamos el más controvertido dentro del ámbito digital, en relación con los denominados enlaces o links.

El derecho a la integridad de la obra, como manifiesta Lasarte Álvarez, se debe relacionar con el derecho de cita, pues en su entender: “Se ha tratado de proteger tan encendidamente el derecho a la integridad que no se han ahorrado sustantivos definidores de la posible conducta contraria al mismo. Sin embargo, lógicamente el tenor literal de dicho precepto debe ser reconducido a sus justos límites y, en particular, ponerlo en conexión con el <<derecho de cita>>”⁷².

La modificación de la obra que resalta el numeral 5⁷³ del Art. 14 del TRLPI, se asemeja a la anterior disposición en el campo de la libertad de presentación de su creación, en que el autor disponga de su obra hasta el

⁷² LASARTE ÁLVAREZ, Carlos. “COMUNICACIONES ELECTRONICAS PEER TO PEER (P2P) VERSUS DERECHO DE AUTOR”. dentro del Diario La Ley N°6951, Sección Doctrina, 22 Mayo, 2008. Ed. La Ley.

⁷³ Art. 14. 5. Modificar la obra respetando los derechos adquiridos por terceros y las exigencias de protección de bienes de interés cultural.

punto de retirarla del comercio, ponderando de la misma forma como el exige el respeto de la integridad de la obra, el respeto de los derechos adquiridos por los demás.

Sobre este derecho moral del autor de impedir cualquier modificación volveremos cuando nos referiremos a su contrapartida o derecho de modificación, en donde trataremos de establecer en qué ocasiones y bajo que condiciones se dan las modificaciones de las obras en las nuevas tecnologías, de cara a la posible determinación de su infracción cuando tratemos el tema de los links.

El retiro del comercio concertado en el numeral 6, dispone retirar la obra del comercio por cambio de sus convicciones intelectuales o morales, previa indemnización de daños y perjuicios a los titulares de derechos de explotación. Este derecho moral se ve consecuentemente seguido del derecho de explotación pero no a favor de él, sino cuando los titulares del derecho de explotación se vean afectados por esta decisión de retiro del comercio de la obra, lo que concluye que el autor de la obra puede ejercitar su derecho de libertad de retirar la obra del comercio por cambio de sus lineamiento emocionales o de pensamiento, pero debe atender a las indemnizaciones pertinentes.

Cuando enumerábamos las cuestiones claves de los derechos morales, afirmábamos su carácter de irrenunciables e inalienables, propio de los derechos de la personalidad; y es precisamente estas características, las que mayor obstáculo y crítica generan para algunos autores, como Vázquez para quien:

“Resulta un tanto reprochable que la Ley se ocupe en prohibir la renuncia y enajenación de un derecho de propiedad por el solo hecho de ser de carácter intelectual. Si se puede vender una casa, no se explica por qué razón no se puede enajenar la titularidad de una obra...Pero así está escrita la Ley y hay que atenerse a ello”⁷⁴

Sin embargo no hay que olvidar, que el derecho de autor se fundamenta en el respeto al autor y su obra, pues como lo manifiesta Barzallo: “los derechos morales del autor permanecerán inalienables independientemente del medio utilizado para distribuir, comunicar, reproducir o manipular la obra”⁷⁵

Es por ello que se afirma la independencia de los derechos morales y patrimoniales del autor, que continúa subsistiendo en el medio virtual, donde precisamente se podrá observar más claramente la independencia de las dos facultades del derecho de autor, y así lo ha entendido, no solamente la doctrina sino que los tribunales se han manifestado en tal sentido. Como en el caso de la audiencia provincial de Navarra, que ante el encargo de una empresa a otra para que diseñara la página web de la primera, la audiencia conceptuó respecto del derecho moral, que este corresponde a la empresa contratada para el diseño ó a las personas utilizadas empleadas por ella.⁷⁶

⁷⁴ VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos. “DERECHOS REALES. BIENES, DOMINIO, POSESIÓN, SERVIDUMBRES, USUSFRUCTO, USO Y HABITACIÓN” Editorial vLex, 2008. Disponible en: <http://vlex.com/vid/propiedad-intelectual-40340464>

⁷⁵ BARZALLO, José Luis. Derechos patrimoniales del autor en Internet: una perspectiva ecuatoriana” dentro de la Revista de Contratación Electrónica núm. 64. Octubre de 2005. Disponible en: <http://vlex.com/vid/patrimoniales-perspectiva-ecuatoriana-279140>

Además, en el mundo virtual podría ocurrir algo heterogéneo, especialmente en el caso de las páginas Web, los programas de ordenador y las bases de datos, donde las facultades del derecho moral no son de fácil ejercicio. Sin embargo, se pudiera dar la situación donde el creador de estas obras específicas, generalmente un programador, que por tanto se entenderá titular de los derechos morales, no desee o no le interese hacerlos valer el reconocimiento de los mismos, por lo que en tales casos, resultaría conveniente autorizar a quien detenta los derechos patrimoniales a procurar el respeto de los derechos morales, sin con ello significar una cesión de derechos.

Por otra parte en relación con los artistas, intérpretes o ejecutantes, también se les reconocen unos derechos morales, en el artículo 113 del TRLPI, éstos derechos al igual que los de los autores tienen la característica de ser irrenunciables e inalienables y se materializan en:

1. El reconocimiento de su nombre sobre sus interpretaciones o ejecuciones, excepto cuando la omisión sea fruto de la forma de utilización.
2. Facultad de oponerse a la deformación, modificación, mutilación o cualquier atentado contra la actuación que lesione su prestigio o reputación.
3. Para el doblaje de su actuación en su propia lengua, se necesitará la autorización del artista.

⁷⁶ Sentencia de Audiencia Provincial-Navarra, sección 3 N°. 223/2007, de 20 de diciembre de 2007.

En términos generales, diremos que la vulneración de cualquiera de los derechos reseñados, producirá lo que se conoce como el daño moral, que encuentra su resarcimiento en el Art.138 TRLPI, donde se brinda la acción de “exigir la indemnización de los daños materiales y morales”, complementando tal facultad con la forma como debe exigirse el derecho de autor en el Art. 140 de las indemnizaciones.

En concordancia, se quiere resaltar algunos puntos, que Cámara Águila considera en su análisis, sobre el querer del legislador de la LPI cuando se refiere a daño moral:

- Efectivamente cuando la LPI hable de daño moral, se está refiriendo al que se deriva de la lesión del derecho moral del autor no a cualquier daño moral...
- “Con el derecho moral se protegen intereses tan íntimos, que difícilmente se pueden afectar sin producir un daño moral en el autor...”
- “Finalmente creemos que el hecho de que una lesión al derecho moral de autor tenga incidencia, siquiera sea indirecta en su patrimonio, no puede eliminar el carácter moral del daño.”⁷⁷

Nótese, la posible subsistencia separadamente o en conjunto de los dos atributos de los derechos de autor, con el fin de solicitar las indemnizaciones pertinentes que contempla el Art. 140 de la LPI, en el que se concede tanto la reclamación de lo perdido y lo dejado de percibir, aunque no se encuentre “probada la existencia de perjuicio económico. Para su valoración se

⁷⁷ CÁMARA AGUILA, Ma. Del Pilar. “EL DERECHO MORAL DEL AUTOR: *(con Especial Referencia a su Configuración y Ejercicio Tras la Muerte del Autor)*. Granada: Ed. Comares. 1998. Pág. 417

atenderá a las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión ilícita de la obra”⁷⁸.

2.2. DERECHOS PATRIMONIALES O DE EXPLOTACION.

A diferencia del derecho moral, éstos si son renunciable, enajenable y “transmisibles tanto <<mortis causa>> como <<Inter vivos>>, ya sea por cesión exclusiva o no exclusiva (artículos 42 y ss. TRLPI), embargables e hipotecables (artículo 53 TRLPI)”,⁷⁹ estos últimos debido al derecho de propiedad y materialización del bien.

Desde la óptica de todos estos elementos, se ha considerado especialmente por la doctrina del copyright que su profundización es necesaria, lo que ha llevado a prestar más atención al control del derecho de explotación en las nuevas tecnologías, siendo más efectivo en su aplicación que el derecho moral, debido a los medios tecnológicos que se emplean para su no violación. Esto se manifiesta en unas medidas tecnológicas de protección, que suelen ser mecanismos inmediatos para impedir la explotación sin autorización del autor.

Sin embargo, no cualquier medida será protegida, sino que debe cumplir con el requisito de ser eficaz además de contar con unos mecanismos de control.

⁷⁸ Inciso segundo del literal a) del numeral 2 del Art. 140 del TRLPI.

⁷⁹ PLAZA PENADÉS, Javier. “PROPIEDAD INTELECTUAL Y SOCIEDAD DE LA INFORMACION (TRATADOS OMPI, DIRECTIVA 2001/29/CE) Y RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA RED. Navarra. Ed. Aranzadi SA. 2002. Pág. 96-97

Sin embargo, la aplicación de estas medidas puede dejar un sinsabor a lo que históricamente se reconoce como el derecho de acceder a la cultura.

Dentro de este derecho de explotación se encuentran consagrados la reproducción, la distribución, comunicación pública y la transformación, los cuales fueron modificados por la ley 23 de 2006, debido a la necesidad de clarificar su aplicación frente de las nuevas tecnologías.

En base a esto se procede a desarrollar uno de los objetivos de este capítulo, la enunciación de las modificaciones que ha tenido que afrontar el TRLPI, para tener aplicabilidad en Internet.

2.2.1. Reproducción

De la palabra reproducción se pueden extraer varios conceptos, pero en materia de derechos de autor se rige por el propuesto del Art. 18 del TRLPI, siendo modificado por la ley 23 de 2006, que da cabida a los medios digitales, pero antes de especificar la reforma para entender el panorama de la situación, se hará mención a la problemática que se ha suscitado con este derecho en el ámbito Internet.

- Antecedentes

En la red donde las obras se encuentran de manera desmaterializada, el derecho de reproducción es quizá el que mayor interés ha suscitado, incluso algunos autores como Carbajo Cascón han considerado que éste es aún más esencial en el mundo virtual debido a: “su incidencia fundamental no solo en el proceso de producción, explotación o utilización económica de la obra y/o prestación(multiplicidad de ejemplares y comunicación al público), sino también en el de transmisión a través de redes y sobre todo, en el proceso de comercialización individualizada y disfrute personal de la obra o prestación por cada miembro del público que tenga acceso a una copia digital de la misma”⁸⁰

Por lo que se hacía necesaria su reglamentación, pero la reglamentación que requiere el derecho de reproducción debe de ser muy cuidadosa, pues todas las reproducciones que se llevan a cabo en la red, no siempre responden a una necesidad en el funcionamiento y por ende se deberán de tener como reproducción en el sentido técnico-jurídico.

La llegada de las nuevas tecnologías ha ampliado el espectro de la definición en el sentido técnico-jurídico, en varios sentidos como lo observa Carbajo que clasifica esas nuevas reproducciones en cuatro grandes grupos a saber:

- La simple digitalización de las obras.

⁸⁰CARBAJO CASCÓN, Fernando. “PUBLICACIONES ELECTRONICAS Y PROPIEDAD INTELECTUAL”. Ed. Colex. Madrid 2002. Pág. 87

- La operación de carga de contenidos en la memoria interna de un ordenador, para su comunicación al público mediante transmisiones en línea.

- Las reproducciones meramente provisionales.

- “las fijaciones o reproducciones temporales y/o permanentes necesarias para poder percibir y utilizar una obra o prestación plasmada en un formato electrónico tangible o intangible, facilitando así, a la postre, un control del uso o utilización final de la obra o prestación por parte del titular de los derechos de propiedad intelectual sobre la misma.”⁸¹

Por ello, conviene hacer una breve reseña de las diferentes reproducciones con las que se puede encontrar el titular de los derechos de su obra, así como tratar de determinar cuáles de ellas alcanzan la categoría de copia de la obra y cuáles no:

-En primer lugar, para que una obra se encuentre en línea se requiere de su almacenamiento en la memoria de un servidor, pero en algunos casos cuando las obras se encuentran en el sistema análogo deben de ser digitalizadas, que no es otra cosa que convertir las obras análogas en expresiones binarias para poder ser procesadas por el ordenador, lo que

⁸¹ *Ibidem* Pág. 88 y Ss.

conlleva dos reproducciones diferentes; la primera que es la digitalización (donde sin lugar a dudas hay una reproducción de la obra), y la segunda la puesta en la web, de la que Garrote afirma, que aún cuando pudiere llegar a confundirse con la puesta a disposición “el acto de cargar una obra en un servidor Web puede descomponerse en dos momentos fundamentales: en el primero, la obra se introduce en el disco duro de un servidor, con lo que existe sin duda reproducción. Sin embargo, hasta que no se asigna a la obra una URL, no existe en rigor puesta a disposición del público”⁸². Así mismo la descarga de la obra desde el sitio web donde se encuentra hasta un soporte material digital, conocido como *downloading*, es otro acto de reproducción que no es meramente instrumental y por ende sujeto a la autorización del titular del derecho de reproducción.

Así pues, tanto el acto de digitalización de la obra, como el cargar la misma en el servidor comportan reproducciones.

-Por otra parte, para hacer posible la visualización de la obra en la pantalla del ordenador, es necesaria otra reproducción en la memoria RAM del ordenador. Esta reproducción, se borra tan pronto desaparece de la pantalla o en el momento en que se apague el ordenador. La existencia de este tipo de reproducciones denominadas como reproducciones efímeras ha sido motivo de especial controversia, ya que la doctrina se ha dividido entre los que consideran que la fijación de la memoria RAM de la obra, no debe ser

⁸² GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio. “EL DERECHO DE AUTOR EN INTERNET”. en la obra *Colección Estudios de Derecho Privado*. (DIR. Rodrigo Bercovitz RODRIGUEZ CANO y Ignacio GARROTE FERNÁNDEZ-DIEZ) Ed. Comares. Granada 2001 Pág.273

entendida como una reproducción en el sentido técnico-jurídico y otros como Ficsor, para quien es claro qué: “las copias RAM deben quedar sujetas a la autorización del titular del derecho de reproducción, por tanto también la mera visualización de una obra en la pantalla del ordenador”⁸³

Veamos pues, lo que sucede con estas reproducciones antes de continuar con las operaciones que se suceden en la red. La DDASI, en el artículo 2, define las reproducciones como la facultad de los Estados miembros de autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de la totalidad o parte de las obras, fonogramas, fijaciones de interpretaciones, películas y radiodifusiones.

Pues bien, para entender tal definición conviene determinar cuando la reproducción es directa o no y cuando provisional o permanente; para tal fin nos remitiremos a lo expresado por Plaza Penadés, para quien será directa cuando se hace una reproducción de una obra o cualquier otro material en el mismo medio o uno diferente sin que exista una fase intermedia y por su parte indirecta cuando se produce a través de fases intermedias⁸⁴.

Así pues, si reunimos la posibilidad de la reproducción tanto directa como indirecta y además provisional, por cualquier medio y en cualquier forma, nos permite incluir dentro de esta definición tan amplia todas las fijaciones

⁸³ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio. *Ibídem* Pág.292 Cita #85 que hace el autor.

⁸⁴ PLAZA PENADES, Javier. “PROPIEDAD INTELECTUAL Y SOCIEDAD DE LA INFORMACION” Ed. Aranzadi. Navarra 2002. Pág. 180

provisionales, por cualquier medio, lo que modifica la visión tradicional del derecho de reproducción, de donde podemos colegir que la copia en la memoria RAM estará sujeta al derecho de reproducción.

Sin embargo en esta misma Directiva, se contempla en el artículo 5.1 la excepción a tal derecho de reproducción que podemos expresar así:

Art.5.” Excepciones y limitaciones

1. Los actos de reproducción provisional a que se refiere el artículo 2, que sean transitorios o accesorios y formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico y cuya única finalidad consista en facilitar:
 - a) Una transmisión en una red entre terceras partes por un intermediario, o
 - b) Una utilización lícita”

Por tanto, para que la reproducción se beneficie de la excepción de este artículo debe de ser transitoria o accesoria, tener carácter esencial en el proceso tecnológico, responder a un uso lícito y no representar un valor económico en sí.

Respecto del carácter transitorio o accesorio, se debe entender lo transitorio como la reproducción que no tiene por finalidad una fijación permanente. Por su parte, lo accesorio es entendido por Endorzain como, la relación con el destino de la reproducción: “Si lo que se pretende es utilizar la reproducción como medio para un disfrute duradero, no habrá accesoriedad: la

transitoriedad debe ir referida necesariamente, a un criterio de estricta temporalidad”⁸⁵

El carácter esencial se da, siempre que sin esa reproducción no fuere posible, la transmisión del contenido.

El uso lícito, se refiere a la autorización que del titular del derecho se tenga, sin olvidar que si la página web es de libre acceso (no se requiere clave de acceso) se encuentra el usuario ante la presunción, de que quien ingresa los contenidos es el titular de los derechos sobre el mismo y al permitir el libre acceso a aquellos, autoriza su reproducción, salvo que la misma página haga mención en contrario.

Por último, la relevancia económica ha sido ampliamente discutida pues la intención de los titulares de los derechos, por regla general busca un interés económico respecto de sus obras y por tanto la sola puesta a disposición de la obra tendría un interés económico. Sin embargo, la norma se refiere al valor económico independiente en sí, lo que puede llegar a matizar el concepto entendiéndolo la independencia como lo obtención de un lucro independiente.⁸⁶

⁸⁵ ENDORZAIN, José Carlos. “DERECHO DE AUTOR Y PROPIEDAD INTELECTUAL EN INTERNET”. Ed. Tecnos. Madrid 2002. Pág. 138

⁸⁶ ENDORZAIN, José Carlos. “DERECHO DE AUTOR Y PROPIEDAD INTELECTUAL EN INTERNET”. Ed. Tecnos. Madrid 2002. Pág. 139

En conclusión, todas las fijaciones que de la obra se realiza, a fin de poder explotarse en la red, se encuentra dentro del derecho de reproducción, pero estará exenta del mismo, solamente en la medida, que cumpla los requisitos del artículo 5 antes mencionado, de entre ellos resaltan por no resultar claros en el momento de interpretarlos la utilización lícita y la significación económica.

El primero de los requisitos igual como sucede con los enlaces en la red, pareciera partir del libre acceso a los contenidos en internet, salvo declaración expresa en contrario o la utilización de alguna medida tecnológica que impida el libre acceso. El problema se presenta, cuando los contenidos son colocados en internet sin la autorización de los titulares de los derechos, donde habrá que acudir a las circunstancias propias del caso, para determinar si resulta de aplicación la excepción del artículo 5.1, pues se ha de tener en cuenta la posible buena fe del usuario de la red, que confió en la apariencia de legalidad de acceso a los contenidos.

Por su parte en relación a la significación económica, como lo plantea Garrote Fernández existen algunos: "sitios Web en los cuales para acceder a su visualización es necesario abonar una cantidad"⁸⁷ y por ende, habría significación económica en la copia RAM al tenor de la norma, lo que traería como consecuencia el no ser objeto de excepción, salvo que en una eventual controversia judicial el juzgador se incline por la interpretación que

⁸⁷ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio. "EL DERECHO DE AUTOR EN INTERNET" en la obra *Colección Estudios de Derecho Privado*. (DIR. Rodrigo Bercovitz RODRIGUEZ CANO y Ignacio GARROTE FERNÁNDEZ-DIEZ) Ed. Comares. Granada 2001 Ed. Pág.333 el autor considera que "la DDASI comete un error de bulto al establecer la condición de que toda copia RAM debe de carecer de significado económico independiente para quedar exenta.

ha dado mayoritariamente la doctrina, según la cual permite incluir la copia RAM dentro de la excepción.

Por otra parte, para entender el tratamiento de la copia RAM conviene hacer referencia a las Directiva (91/259/CEE) sobre programa de ordenador y la Directiva (96/9 CE) sobre bases de datos, en las dos Directivas se toman unas definiciones amplias de reproducción, de donde se pudiese incluir la reproducción en memoria RAM, pero así mismo en las dos se consagran excepciones a favor de los legítimos adquirentes. Lo que tiene como consecuencia, que la copia RAM tenga dos manejos diferentes dependiendo si es de un programa de ordenador o una base de datos, donde estará exento solamente el legítimo adquirente, y en los demás contenidos deberá cumplir los requisitos del Art. 5.1 de la DDASI.

-Continuando con las posibles reproducciones tenemos las copias Caché. Son las reproducciones que el navegador hace en la memoria del disco duro del ordenador del usuario. La copia cache se da de dos formas, la primera de ellas es la denominada del sistema – system Caching – que es la que reside en la memoria tampón de los equipos proveedores de acceso, y que se realiza con la finalidad de hacer el acceso a los datos más rápido⁸⁸ y la otra copia, es la caché local que es la que se crea en el ordenador del usuario de modo automático, que pueden ser de dos clases, unas que tiene como característica su corta duración, y las otras que también son copias caché locales, pero

⁸⁸ MORO ALMARAZ. María Jesús “SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACION” en la obra *Autores, Consumidores y Comercio Electrónico*. (DIR. María Jesús, MORO ALMARAZ) Ed. Colex 2004. Pág. 125

que tienen una duración un poco más larga, por lo que pueden llegar a vulnerar el derecho de reproducción.

En relación a los perjuicios que puede crear el uso del caching, el doctor Garrote Fernández, citando a Hayes los resume así: “En un primer lugar, existe una pérdida parcial sobre el control de los contenidos. Si por ejemplo, un sitio *web* es cerrado o bloqueado porque contiene materiales puestos en Internet sin autorización, puede estar todavía disponible en viejos *cachés* locales o del sistema. En segundo lugar, puede proporcionar información desfasada, pues la página original puede actualizarse y que dicha actualización no tenga reflejo, al menos durante un lapso de tiempo en las copias caché. En tercer lugar, puede perjudicar los intereses publicitarios de terceros, pues puede darse el caso de anuncios –*banners*- contratados para exponerse a una hora determinada que no son vistos por el público que accede a una copia caché que contiene publicidad <<antigua>>. En cuarto lugar, hace inexacta la medición en el número de accesos a la página original, que se utilizan en muchas ocasiones para calcular las tarifas publicitarias y por último, puede servir para burlar el control de acceso a un sitio *web*, ya que puede ser que un usuario autorizado acceda a la página y esta sea almacenada –ya sin protección- en un servidor *proxy*, donde otros usuarios pueden acceder libremente a ella.”⁸⁹

Así mismo Ribas, al referirse al Caché⁹⁰, plantea los problemas que se pueden crear cuando en la página de origen las modificaciones se suceden

⁸⁹ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio. “EL DERECHO DE AUTOR EN INTERNET”. en la obra *Colección Estudios de Derecho Privado*. (DIR. Rodrigo Bercovitz RODRIGUEZ CANO y Ignacio GARROTE FERNÁNDEZ-DIEZ) Ed. Comares. Granada 2001 Pág. 307

⁹⁰ RIBAS, Javier. “CONSECUENCIA NEGATIVA DE LA CACHÉ”. En *Circulares Landwell (2002)* www.vlex.com

de forma muy rápida como cuando modifican los precios constantemente, lo que puede llevar a los usuarios a tomar una decisión teniendo como base información errada.

En algunas ocasiones el *caching*, se encuentra muy ligado con otra reproducción que es la que se da en el denominado *Mirror*, que es un recurso que tienen algunas páginas web, en el que se hace una copia de la información en los *Mirrors* o espejos, que son unos servidores diferentes al original donde se hace una copia de la página web y que tienen como característica, que se encuentran más cercanos al usuario.⁹¹ Estas copias, son usadas por quien coloco la obra en la web, por lo que generalmente cuentan con la autorización del titular de los derechos de reproducción.

Pero más allá de los inconvenientes de su uso, lo que nos interesa en este momento es determinar si ésta se configura en una reproducción y además, si estaría excluida del derecho de autor o no. Como primera conclusión, diremos que efectivamente la operación del cache se configura en una reproducción, como quiera que es una fijación de la obra en el servidor y que además tiene la vocación de permitir realizar más reproducciones de la misma en el ordenador de quien solicite el contenido o la página web específica.

En relación con la excepción, la situación de la copia caché es un poco más explícita que lo que sucede con la copia RAM, ya que de la lectura del

⁹¹ Ver definición Wiki pedía.

considerando 33 de la DDASI⁹² se puede determinar, que la intención del legislador comunitario ha sido excluir esta copia del derecho de reproducción cuando se reconoce como excluida, la reproducción que permite el funcionamiento eficaz de una transmisión entre terceras partes. Por tanto, se puede incluir la copia caché en las excepciones del artículo 5.1 de La misma Directiva, ya que pareciera incluirla cuando expresa “cuya única finalidad consista en facilitar.”

Sin embargo, si se interpreta la excepción desde la exegesis, nos encontramos con la dificultad que supone el requisito de ser esencial, pues este no se cumple a cabalidad, como quiera que el caché no resulta esencial como imprescindible, aún cuando si oportuno para mayor eficacia de la transmisión, por lo que se podría pensar que facilita la transmisión, así mismo presenta un poco de duda el requisito que impone la Directiva de “carecer en sí de valor económico”.

A pesar, de ello la postura que se ha asumido al respecto, se resume en el planteamiento de Garrote Fernández, que entiende que dichas copias técnicas: son esenciales: “para facilitar una transmisión en Internet, si entendemos que *facilitar* significa <<favorecer>>, y no <<hacer técnicamente posible>>“⁹³

⁹² Considerando 33 DDASI “Conviene establecer una excepción al derecho exclusivo de reproducción para permitir determinados actos de reproducción provisionales, que sean reproducciones transitorias o accesorias, que formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico desarrollado con la única finalidad de permitir una transmisión eficaz en una red entre terceras partes, a través de un intermediario, o bien la utilización lícita de una obra o prestación. Tales actos de reproducción deben carecer en sí de valor económico.....”

⁹³ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ. Ignacio. “EL DERECHO DE AUTOR EN INTERNET” Op. cit. Pág. 337

En la descripción de las diferentes reproducciones que se producen en la red, procederemos a continuación a referirnos al *routing*, definido como el “primer acto de reproducción efímera que el usuario realiza al conectar su ordenador a una red telemática”⁹⁴

De este modo, cuando el usuario se encuentra navegando en Internet e introduce una dirección *web*, el “browser”, pide al servidor la información que se solicita, produciendo una transmisión que circula datos en formato electrónico a través de la conmutación de paquetes de datos, lo cual consiste en la división de pequeños paquetes, que circulan por la red de manera disgregada y autónoma, para unificarse en su forma original cuando lleguen a su destino. Adicionalmente estos paquetes pasan por diferentes rutas, realizando paradas temporales en diversos servidores que sirven como puntos de enlace, lo cual es posible por medio de “routers”, los cuales funcionan como controladores del tráfico que se puede presentar en la red o guías de los paquetes para que lleguen a su destino de forma eficaz y rápida. Lo anterior engloba una reproducción técnica de fragmentos inconexos de la obra, que impide su explotación económica y por consiguiente no se puede hablar de reproducción técnico jurídica, ya que la reproducción que realiza el *routing*, es un mecanismo que sirve como instrumento para que un tercero explote la obra transmitida a través de la red telemática.⁹⁵

⁹⁴ ORTEGA DÍAZ, Juan Francisco. “LOS ENLACES EN INTERNET. Propiedad Intelectual e Industrial y Responsabilidad de los Prestadores” Ed. Thomson Aranzadi Navarra 2006. Pág.74

⁹⁵ *Ibíd.* p.74-75

Pero el *routing*, crea una preocupación frente a la posibilidad de que las empresas intermediarias encargadas de la transmisión de los paquetes de datos, los retuvieran con el propósito de reagruparlos y realizar una explotación posterior tal como se recibió la obra (violación al derecho de reproducción) o después de haberla modificado (violación al derecho de transformación), quebrantando de esta forma el derecho patrimonial de autor y de comunicación pública en su modalidad de puesta a disposición, si el intermediario realiza la explotación en línea.⁹⁶ Pero frente a esta situación el legislador comunitario, estableció un régimen de responsabilidad para los prestadores de servicios intermediarios que solo transmiten datos (Art. 12 DCE.), esta regulación intenta que el intermediario se limite a la función técnica de acceso y transmisión de datos a través de una red de telecomunicaciones.⁹⁷

Como se puede observar, en el proceso de navegación por la red o transmisión de contenidos, se presentan una serie de reproducciones que van desde la misma colocación del contenido hasta la transmisión efectiva de los mismos por la red, de allí que sea necesario que el legislador se ocupe del tema y en pro de la seguridad jurídica, determine cuáles son las reproducciones que la doctrina denomina legales, y que por ende estarán sujetas a la correspondiente autorización del titular de los derechos y así mismo cuales son las copias técnicas o meramente instrumentales. La DDASI contempla el derecho de reproducción como derecho exclusivo ya sea de los autores o titulares de derechos conexos, además la definición es bastante amplia lo que permite incluir dentro del derecho de reproducción las operaciones antes vistas. Así mismo, la DDASI reglamenta la excepción al derecho cuando se cumplan los requisitos del artículo 5.1.

⁹⁶ *Ibíd.* p. 75

⁹⁷ *Ibíd.* p. 76

Sin embargo el derecho interno, si bien incluía un concepto amplio de reproducción, no contemplaba la excepción en relación con las reproducciones técnicas. Por lo anterior y con ocasión de la incorporación al derecho interno de la Directiva, se hizo necesario reformar el TRLPI.

Con la finalidad de observar con mayor detalle, la intención y forma de la modificación que sufrió el artículo 18, lo relacionaremos con la redacción anterior.

Antigua Redacción TRLPI.	Redacción luego de la modificación Ley 23 de 2006
<p>Artículo 18. Reproducción</p> <p>Se entiende por reproducción la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación y la obtención de copias de toda o parte de ella.</p>	<p>Artículo 18. Reproducción</p> <p>Se entiende por reproducción la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda la obra o de parte de ella, que permita su comunicación o la obtención de copias</p>

En este orden de ideas, empezaremos diciendo que la definición del derecho de reproducción hasta antes de la reforma era entendida como “la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación y la obtención de copias de todo o parte de ella” La reproducción en el ambiente no virtual, por su parte se ha definido como la fijación material de la obra en cualquier medio y en cualquier forma.

Nótese en observancia, como la forma de concebir la concepción de reproducción va evolucionando para darle amplitud a la aplicabilidad de las nuevas tecnologías, proporcionando la opción de que la forma de fijación podría ser directa, indirecta, provisional, o permanente, sin obviar claro está la autorización del autor y las excepciones consagradas en la ley.

Consecuencialmente, incrementa la libertad de reproducción: “por cualquier medio y de cualquier forma” sin anteponer restricciones y aforando las opciones que puede poseer Internet y las futuras manifestaciones de fijación, que se puedan presentar.

Así, la transformación del concepto de reproducción debe abarcar los nuevos medios, idea que encuentra su sustento en lo planteado por Plaza Penadés⁹⁸:

”Ciertamente es que a medida que las tecnologías han ido evolucionando, las posibilidades de copia o reproducción de la obra con una mayor calidad también se incrementan, y así, si en un principio la forma más extendida de reproducción era a través de la imprenta, hoy la obra puede ser copiada o reproducida en el disco duro del ordenador mediante su descarga desde una página Web y luego reproducida en un disco flexible”.

En conclusión diremos, que el concepto de reproducción que actualmente esgrime el TRLPI, es lo bastante amplio para integrar todas las reproducciones que se dan en la red, e incluso las que pudieren darse con posterioridad por incorporación de nuevas tecnologías. Por ende, la opción que tomó el legislador español claro está siguiendo el modelo de la Directiva, consiste en reconocer los derechos de los autores en gran espectro, pero a su vez, limitar este derecho cuando cumpla los requisitos de la excepción técnica, que veremos con detalle en el capítulo de las excepciones.

⁹⁸ PLAZA PENADÉS, Javier. “PROPIEDAD INTELECTUAL Y SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN” Op. cit. Pág.99

2.2.2. Distribución

Este derecho también fue reformado con ocasión de la incorporación de las nuevas tecnologías, por lo que nos remitiremos al contenido de la reforma.

Antigua Redacción TRLPI	Redacción luego de la modificación Ley 23 de 2006
Artículo 19. Distribución 1. Se entiende por distribución la puesta a disposición del público del original o copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma.	Artículo 19. Distribución 1. Se entiende por distribución la puesta a disposición del público del original o de las copias de la obra, en un soporte tangible, mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma.

La distribución también afrontó varios cambios, pero aún con todo esto no puede ser adoptada en internet por exigir el requisito de tangibilidad, lo cual es razonable por lo ya establecido en el acuerdo TODA que relaciona la distribución con el original o las copias tangibles.

Como lo manifiesta Antequera Parilli al relacionar la “declaración concertada” con el artículo 6 del TODA/WCT, que este último “aclara que el derecho de distribución, como venta u otra transferencia de la propiedad de los ejemplares de la obra, en los términos del tratado, se refiere exclusivamente a las copias fijadas que se pueden poner en circulación como objetos tangibles, no debe concluirse que ese agotamiento del derecho, permitido por el artículo 6.2, sea posible cuando se trate de distribuciones realizadas en forma intangible, vale decir cuando no se transfiere al usuario receptor la titularidad del soporte que contiene la obra, sino que solo se transmite, de suerte que la distribución únicamente podría llevarse a cabo si ese receptor fija el contenido y obtiene copias físicas para su transferencia a terceros,

acto que sería ilícita de no contar con la anuencia del titular del derecho de distribución.”⁹⁹

Por su parte el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, en sentencia de 17 de abril de 2008, en relación con el derecho de distribución conceptuó que este derecho, supone exclusivamente una transmisión de propiedad del objeto.

2.2.3. Comunicación Pública

La comunicación pública es definida en el artículo 3 la Directiva 2001/29/CE en los siguientes términos: “Los Estados miembros establecerán a favor de los autores el derecho exclusivo a autorizar o prohibir cualquier comunicación al público de sus obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, incluida la puesta a disposición del público de sus obras de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija”

Por otra parte, el derecho de comunicación al público para los artistas intérpretes y ejecutantes, por remisión que hace el artículo 4 de la Directiva 93/83 CEE del Consejo de 27 de Septiembre de 1993, al artículo 8 de la Directiva 92/100 sobre Alquiler o Préstamo, se les concede a estos el derecho de comunicación al público, salvo cuando la comunicación parte de

⁹⁹ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. “LOS LIMITES DEL DERECHO SUBJETIVO Y DEL DERECHO DE AUTOR” (Coordinador ROGEL VIDE, Carlos)... Madrid: Reus, 2006, Pág.71.

una transmisión por radiodifusión ó a partir de una fijación. Por consiguiente, el derecho de comunicación lo tendrán los intérpretes y ejecutantes sobre las actuaciones y ejecuciones no fijadas.

En consecuencia, los autores tendrán derecho de comunicación pública en virtud del artículo 3 de la Directiva 2001/29 y los artistas intérpretes o ejecutantes, sobre las fijaciones de sus actuaciones por reconocimiento de la Directiva 92/100(sobre alquiler y préstamo) salvo cuando:

- La actuación constituye en sí misma una actuación transmitida por radiodifusión o se haga a partir de una fijación.

Por tanto, en relación a la propiedad intelectual, existen dos modalidades diferentes de conceder el derecho de comunicación. La primera de ellas para los autores que conlleva toda forma de comunicación al público así como el derecho de disposición al público, y la segunda modalidad de protección, en cabeza los titulares de los derechos afines, quienes solamente gozarán en el ámbito Internet del segundo derecho es decir, el de puesta a disposición.

Los titulares de esa segunda protección y según reza el numeral segundo del Art. 3 de la DDASI son:

- Los artistas, intérpretes o ejecutantes, de las fijaciones de sus actuaciones;
- Los productores de fonogramas, de sus fonogramas;
- Los productores de las primeras fijaciones de películas, del original y las copias de sus películas;

-Los organismos de radiodifusión, de las fijaciones de sus emisiones, con independencia de que éstas se transmitan por procedimientos alámbricos o inalámbricos, inclusive por cable o satélite

Así mismo tienen derecho de comunicación pública, los organismos de radiodifusión de sus emisiones, cuando se haga en lugares accesibles al público y a cambio de un pago por concepto de entrada (Art. 8.3 Directiva 92/100)

Hay que resaltar en cuanto al agotamiento de los derechos de comunicación y disposición al público, que estos no se agotan por el ejercicio de tales derechos como rezan el considerando 3 del artículo 3 DDASI. En conclusión, los derechos de comunicación y puesta a disposición en la norma comunitaria se conceden así:

- El derecho de comunicación se concederá de manera exclusiva a los autores.
- Para los artistas, intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas, productores de películas y organismos de radiodifusión solamente se les concede el derecho de puesta a disposición.
- Ese derecho de puesta a disposición depende de la posibilidad que tenga el público de decidir dónde y en qué momento accede a la obra.
- El derecho de puesta a disposición, permite la explotación de las obras a través de la red, pues con este se hace posible la transmisión a la carta ó *on demand*, consistente en que: “una obra o trabajo afín almacenado de forma digital se pone a disposición de las personas interesadas de forma interactiva, esto es, de modo que éstas pueden acceder a la obra y

solicitar su transmisión desde el lugar y en el momento en que ellas mismas elijan”¹⁰⁰

A su vez las normas internas, específicamente el Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual regula en el artículo 17, el derecho de explotación de la obra y sus modalidades de manera exclusiva a los autores y dentro de dichas modalidades se encuentra la comunicación pública de la obra.

Hasta antes de la reforma de 2006 (ley 13/2006 de 7 de julio) la doctrina y la jurisprudencia se debatían en calificar las transmisiones interactivas, bien dentro del artículo 20 ó dentro del artículo 19 a través de la modalidad de alquiler o préstamo. La reforma a la que nos referimos es la inclusión de un nuevo literal (i) al numeral 2 del artículo 20 referente a las modalidades de comunicación pública, que reza: “La puesta a disposición del público de obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija”.

Por tanto, gracias a la incorporación de este literal (i), dentro del ordenamiento jurídico español, la puesta a disposición hace parte de la comunicación pública de la obra de conformidad con lo establecido en el artículo 20, sin embargo, deberá cumplir con los requisitos de la existencia de una pluralidad de personas que puedan acceder a la obra y que la comunicación sea de carácter público.

Es importante resaltar que la reforma del TRLPI, además de transponer al ordenamiento jurídico interno la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los

¹⁰⁰ PLAZA PENADÉS, Javier. “PROPIEDAD INTELECTUAL Y SOCIEDAD DE LA INFORMACION (Tratado OMPI, Directiva 2001/29/CE y Responsabilidad Civil en la Red.”. Ed. Aranzadi. Navarra 2002. Pág. 183

derechos de autor en la sociedad de la información, considera como la novedad más destacable, el reconocimiento de la puesta a disposición como una modalidad del derecho de comunicación pública, resaltando que la mera puesta a disposición de las instalaciones materiales necesarias para facilitar o efectuar una comunicación no equivale a una comunicación en el sentido de dicha ley.

Pero como ya manifestábamos, la puesta a disposición debe cumplir con los requisitos que le impone la norma que son:

- Que la comunicación esté dirigida a una pluralidad de público.
- Que exista la posibilidad de accesibilidad.
- Que no exista una distribución previa de ejemplares, pues si la hubiere estaríamos frente a un acto de distribución.
- Que no se haga en el ámbito estrictamente doméstico.

En el ámbito internet ha presentado especial atención para los tratadistas lo que tiene que ver con las transmisiones a la carta, por lo que ha de determinarse si esta clase de transmisión cumple los requisitos para constituirse en una puesta a disposición:

El primero de los requisitos en cuanto a la pluralidad de personas: Internet se caracteriza por la transmisión punto a punto, donde es posible determinar el número de destinatarios que van a recibir una obra. Sin embargo, como manifiesta Endorzain, si el acceso individualizado es acumulable, tanto en el tiempo, como en el espacio, la transmisión se llevará ante un público en el

sentido del derecho de autor.¹⁰¹ Por tanto en el caso de la transmisión a la carta lo que existe es una acumulación de accesos en el tiempo y en el espacio, cumpliendo así el requisito de la pluralidad de persona. Por ello, el elemento determinante para que haya puesta a disposición no es la identificabilidad o no del individuo, sino la pluralidad de personas que puedan tener acceso.

El segundo requisito en cuanto a la accesibilidad; si la obra a la carta se encuentra en la página *Web* aún cuando el acceso sea codificado, si se ha dado al público el medio para decodificarlo, se entenderá que hay puesta a disposición aún cuando aún no haya sido accedida por nadie, pues el acto nace con la puesta a disposición.

En lo que refiere al tercer requisito, la no existencia de distribución previa de ejemplares, es una confirmación de un rasgo característico de la figura, pues en el caso de distribución de ejemplares este será un acto de distribución y no de puesta a disposición.

El cuarto requisito en relación al ámbito de realización de la comunicación, el artículo 20.1 del TRLPI inciso segundo establece que: “No se considerará pública la comunicación cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo”.

¹⁰¹ ENDORZAIN, José Carlos. “DERECHO DE AUTOR Y PROPIEDAD INTELECTUAL EN INTERNET” Madrid: Ed. Tecnos. 2002 Pág... 128

Así pues, el derecho de comunicación a partir del DDASI, ha de ser entendido como el género y la puesta a disposición, la especie para poder “dar respuesta a la explotación de las obras protegidas a la carta en Internet”,¹⁰² como una casi total transcripción de lo contemplado en el artículo 8 del TOIEF.¹⁰³ Esta opción asumida por la Directiva, ha sido criticada por Garrote, para quien la labor del legislador Comunitario ha sido desafortunada al pretender incluir un nuevo derecho como el de puesta a disposición dentro del derecho de comunicación, ya que cada uno de ellos tiene unas características especiales, para reforzar su planteamiento expone las siguientes razones:

“En primer lugar, porque la definición de ambos derechos es distinta. Si no fuera así, su existencia sería innecesaria, o tendría un carácter meramente aclaratorio. En segundo lugar, mientras que el derecho de comunicación pública se está fijando en la transmisión efectiva de la obra, en su percepción por parte del público, en el nuevo derecho es necesaria la autorización del titular para el mero acto de poner a disposición, sin necesidad de que nadie perciba efectivamente la obra.....”¹⁰⁴

¹⁰² GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio. “EL DERECHO DE AUTOR EN INTERNET.” en la obra *Colección Estudios de Derecho Privado*. (DIR. Rodrigo Bercovitz RODRIGUEZ CANO y Ignacio GARROTE FERNÁNDEZ-DIEZ) Ed. Comares. Granada 2001 Pág.222.

¹⁰³ Ver artículo 8 del TOIEF.

¹⁰⁴ GARROTE FERNÁNDEZ-DIEZ, Ignacio. “EL DERECHO DE AUTOR EN INTERNET” en la obra *Colección Estudios de Derecho Privado*. (DIR. Rodrigo Bercovitz RODRIGUEZ CANO y Ignacio GARROTE FERNÁNDEZ-DIEZ) Ed. Comares. Granada 2001. Pág. 232

Por su parte Endorzain considera, que la estructura tradicional de la comunicación se modifica ya que: “El rasgo de distintividad entre uno y otro vendría dado más bien por la ruptura con el modelo o estructura tradicional de comunicación pública en el que exista una intermediación espacio-temporal entre el organizador del acto y el público al que se dirigía. En la estructura actual del derecho de puesta a disposición esa intermediación desaparece, y la mediación espacio-temporal, definida a voluntad de cada uno de los integrantes del público al que la obra o prestación se dirige, se convierte en elemento esencial”¹⁰⁵

Pues bien, más allá de las discusiones doctrinales, sobre la conveniencia o no de relacionar la puesta a disposición con la comunicación pública, lo cierto es que con esta incorporación en el derecho Español, se crea mayor seguridad para calificar las transmisiones interactivas, en las que no se da la inmediatez.

Por último, en relación con la puesta a disposición en el sentir de Carbajo Cascón, el primer acto de almacenamiento de contenidos digitales en la memoria interna de un ordenador, no constituyen puesta a disposición, pues ella solamente se da cuando: “se asigna una dirección URL (dirección numérica y nombre de dominio) al espacio donde se encuentra almacenada esta información, haciéndola accesible plenamente al público.”¹⁰⁶

¹⁰⁵ ENDORZAIN, José Carlos. “DERECHO DE AUTOR Y PROPIEDAD INTELECTUAL EN INTERNET” Ed. Tecnos. Madrid 2002 Pág. 130

¹⁰⁶ CARBAJO CASCÓN, Fernando. “LA PROPIEDAD INTELECTUAL COMO OBJETO DEL COMERCIO ELECTRONICO” dentro de la obra Autores, Consumidores y Comercio Electrónico. (DIR. MORO ALMARAZ, M^a Jesús.) Ed. Colex. Madrid 2004. Pág. 65

2.2.4. Transformación

Veamos subrayadas lo nuevo de este artículo:

Antigua Redacción TRLPI	Redacción luego de la modificación Ley 23 de 2006
<p>Artículo 21. Transformación</p> <p>1. La transformación de la obra comprende su traducción, adaptación y cualquier otra modificación en su forma de la que se derive una obra diferente.</p> <p>2. Los derechos de propiedad intelectual de la obra resultante de la transformación corresponderán al autor de esta última, sin perjuicio de los derechos del autor de la obra preexistente.</p>	<p>Artículo 21. Transformación</p> <p>1. La transformación de una obra comprende su traducción, adaptación y cualquier otra modificación en su forma de la que se derive una obra diferente.</p> <p><u>Cuando se trate de una base de datos a la que hace referencia el artículo 12 de la presente Ley se considerará también transformación, la reordenación de la misma.</u></p> <p>2. Los derechos de propiedad intelectual de la obra resultado de la transformación corresponderán al autor de esta última, sin perjuicio del derecho del autor de la obra preexistente <u>de autorizar, durante todo el plazo de protección de sus derechos sobre ésta, la explotación de esos resultados en cualquier forma y en especial mediante su reproducción, distribución, comunicación pública o nueva transformación.</u></p>

La modificación en el numeral 1., tiene especificad en tanto a las bases de datos, ya que considera que su reordenación, constituye transformación, la cual debe llevar la autorización del autor o el fabricante pertinente, sin dejar de lado claro está, que las demás formas de transformación son adaptables a las bases de datos y en general a los ambientes virtuales, tal como lo plantea Barzallo cuando da su opinión sobre el artículo 21 y su aplicabilidad en el mundo digital: "Para el caso de las redes digitales, podemos decir que

la aplicación de las normas tradicionales se mantiene ya que los cambios y transformaciones siguen manteniendo el mismo concepto de la alteración”¹⁰⁷

Este derecho de transformación, se debe relacionar con el Art. 11 del TRLPI, el cual contempla el reconocimiento a los derechos de autor sobre las obras derivadas sin perjuicio de los derechos de autor sobre la obra original, además enuncia las obras derivadas así:

1. Las traducciones y adaptaciones.
2. Las revisiones, actualizaciones y anotaciones.
3. Los compendios, resúmenes y extractos.
4. Los arreglos musicales.
5. Cualesquiera transformaciones de una obra literaria, artística o científica.

Pues bien, ninguno de los dos artículos refiere una definición de la transformación. Sin embargo, de todas las modalidades de la misma se obtiene como elemento común el devenir de una obra originaria, por lo tanto estará sujeta a la autorización del autor de dicha obra, salvo que se encuentre en el dominio público.

Esta obra derivada, como obra que es requiere de cumplir con el requisito de la originalidad, pero una originalidad un poco matizada, de tal manera que no nos encontremos frente a una obra carente de ella, pues en ese caso lo que se presentaría sería un plagio de la original, ni tampoco debe ser tan original

¹⁰⁷ BARZALLO, José Luis. “DERECHOS PATRIMONIALES DEL AUTOR EN INTERNET: Una Perspectiva Ecuatoriana” dentro de Revista de Contratación Electrónica Núm. 64, Octubre de 2005. Disponible en: <http://vlex.com/vid/patrimoniales-perspectiva-ecuatoriana-279140>

que se desvincule de la obra originaria y se convierta en una nueva obra independiente y no derivada.

Por lo demás, hay que tener presente que cada una de las obras que enumera el artículo, difieren en su composición y en la forma de derivar de la obra originaria por lo que resulta conveniente verlas a cada una de ellas por separado.

Para López Sánchez, las obras derivadas se deben clasificar en: 1. Obras originales en la composición y en la expresión. 2. Obras originales en la expresión. 3. Obras originales en la composición. 4. Las restauraciones.¹⁰⁸ Siendo las primeras, es decir las originales en composición y expresión, aquellas que se producen cuando la obra resultante será original tanto en su forma externa como interna, encontrándose dentro de esta categoría:

- Las adaptaciones, en las que se mantiene la estructura esencial pero se transforman los elementos formales y el medio de expresión de la misma.

- Las revisiones, actualizaciones y anotaciones: en las revisiones, en las que se hacen como su nombre lo indica una revisión del total de la obra; por su parte la actualización se da la incorporación en la obra de algunos datos o circunstancias nuevas y por último en el caso de las anotaciones,

¹⁰⁸ LÓPEZ SÁNCHEZ, Cristina. "REGIMEN JURIDICO DEL DERECHO DE TRANSFORMACIÓN." Sección Sumario. La Transformación de la Obra Intelectual. Julio 2008. <http://vlex.com/vid/39450390>

lo que realizan son comentarios personales, de quien crea la nueva obra respetando la obra original.

- Los compendios, resúmenes y Extractos: Son las utilizaciones del total o partes de obras originales, para crear una nueva.

Para la autora en mención las obras originales en la expresión se clasifican en:

- La traducción: en las que no es permitido un cambio, en la estructura solamente en el idioma, cuestión discutida pues no se crearía una obra nueva, simplemente se cambiaría el lenguaje. Abordando la traducción como medio de transformación, se puede destacar que en Internet, abundan los traductores en línea, es el caso de “Google traductor”¹⁰⁹, el cual traduce de manera inmediata una cantidad de caracteres ó incluso páginas web, en cualquier idioma, lo que podría entenderse como una transformación de la obra, si se aplica el derecho de autor de una manera exegética, lo que por otra parte crearía el problema de determinar a quién corresponde los derechos sobre esta traducción, ¿al usuario o al programador ? Muy seguramente que al usuario, quien simplemente utiliza el programa como una herramienta de trabajo. Pero este tipo de ejemplo permite ver lo conveniente que resulta, el que se defina si la transformación hecha por medios electrónicos, se tendrá como tal y las consecuencias que del acto se deriven.

¹⁰⁹ Disponible en: <http://translate.google.com.co>

- Los Arreglos Musicales: “suponen la transformación de una obra musical para poder interpretarla con instrumentos o voces distintos a los originales.

Continuando con la clasificación propuesta por la autora citada, las obras originales en la composición, son propiamente las colecciones y las bases de datos, que por la selección o disposición de sus contenidos constituyen creaciones intelectuales. Y por último, las restauraciones, son aquellas modificaciones necesarias para su conservación.

Antes de concluir, este apartado sobre la modificación de la obra, es necesario referirnos a otra modificación de la obra, y que no hace parte de este derecho de transformación, que es la parodia y que además no requerirá del consentimiento del autor de la obra original. Esta figura se encuentra regulada en el artículo 39 del TRLPI y establece que: “No será considerada transformación que exija consentimiento del autor la parodia de la obra divulgada, mientras no implique riesgo de confusión con la misma ni se infiera un daño a la obra original o a su autor.”

Por tanto la parodia para ser tenida como tal debe cumplir con tres requisitos que son:

- Proceda de una obra ya divulgada.
- No implique riesgo de confusión con la obra parodiada.
- No infiera daño a la obra ni al autor de la misma.

Así pues, a manera de conclusión podemos afirmar, que el derecho de transformación no cambió en su esencia para adaptarse a las nuevas tecnologías, simplemente en relación con las bases de datos, clarificó que la reordenación de los datos que la componen se tendrán por transformación, lo que se traduce en la necesaria autorización del titular de los derechos sobre la base, para su ejecución. Por otra parte, estableció que los derechos sobre la obra nueva, permitirán la explotación de los mismos por cualquier medio, lo que da sobreentendido que cobija al espacio virtual.

Por tanto, se requerirá de la autorización del autor, para poder transformar la obra, salvo en el caso de la parodia, claro está con el cumplimiento de los requisitos reseñados.

De esta forma se finaliza la somera profundización de las diferentes formas de explotación y la innovación que tuvo que abordar el TRLPI, para ser aplicable en los ambientes virtuales.

Ahora bien, una vez establecidos los derechos de explotación que tienen los autores sobre sus obras en el derecho español, procederemos a estudiar los atributos del derecho de autor desde la óptica de la legislación colombiana.

2.3. DERECHOS MORALES Y PATRIMONIALES EN COLOMBIA.

El derecho colombiano, reconoce a los autores, tanto los derechos patrimoniales como los morales, además esta protección se funda en la creación de la obra, sin exigirse más requisito que el de la originalidad, entendida en un sentido diferente al de la creación de algo nuevo, propio de las invenciones industrial. Pues como manifiesta Isaksson: “es simplemente el sello personal del autor en la obra, el cual permite individualizarla de otras. Es decir, es lo que demuestra que la obra es efectivamente de creación del autor, más no una copia”¹¹⁰

Se debe resaltar, que en el derecho colombiano se reconoce protección jurídica a los programas de ordenador, otorgando los derechos exclusivos de explotación, al creador del programa. (Art. 4.i Decisión Andina) Así mismo, se contempla unas limitaciones al derecho a favor de la copia de seguridad, del legítimo adquirente y la necesaria para el funcionamiento del mismo. De igual manera, se encuentra contemplada la protección a las bases de datos, siempre que: “la selección o disposición de las materias constituyan una creación intelectual” (Art. 28 de la Decisión Andina) Nótese, que en el derecho colombiano, solamente serán protegidas aquellas bases de datos que puedan calificarse como creación intelectual.

La doctrina colombiana ubica el derecho moral, dentro de los derechos de la personalidad, reflejando de la misma manera como el TRLPI, el carácter

¹¹⁰ ISAKSSON, Nicolás y Otros. “LA PROBLEMÁTICA DE LOS DERECHOS DE AUTOR EN INTERNET Y LAS NUEVAS TECNOLOGIAS” en Revista de Derecho Informático Nº 071- junio 2004.

inalienable e irrenunciable de éstos derechos que mayoritariamente han sido defendidos en la legislación penal en el Art.270:”violación a los derechos morales de autor”, norma legal que para Gaviria Londoño¹¹¹ la considera un tipo penal en blanco, que adicionalmente puede tener dos consideraciones diferentes:

- La primera, la correspondencia de este artículo con la defraudación de los derechos patrimoniales.

- La segunda la violación del derecho moral de autor, en cuanto el plagio se ocasiona cuando la obra no ha sido publicada, y se publica omitiendo el nombre del verdadero creador.

De la misma forma, dentro de la legislación colombiana la Ley 23 de 1982, en su Art. 30 establece el derecho moral del autor, al que brinda la prerrogativa de perpetuidad y paternidad, esta última facultad le permiten al autor su Reivindicación en todo tiempo.¹¹²

Los derechos morales, reconocidos a los autores, en la legislación colombiana, le brinda a estos la potestad:

- De reivindicar la paternidad de la obra en cualquier momento.

¹¹¹ GAVIRIA LONDOÑO, Vicente E. “DELITOS CONTRA EL DERECHO DE AUTOR”. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2004 Pág. 551

¹¹² Art. 30 ley 23 de 1982, Literal A.

- Oponerse a toda deformación, mutilación o modificación, que atente contra el merito de la obra o la reputación del autor.
- El autor puede optar por mantener su obra inédita o anónima, conocido como el derecho moral a la ineditud y al anonimato.
- Modificar la obra, antes o después de su publicación.
- Retirar la obra del mercado o suspenderla, aún cuando haya sido previamente autorizada, claro está indemnizando los daños y perjuicios que con su conducta pueda causar a terceros; conocido como el derecho moral del arrepentimiento.

En concepto emitido por la Dirección Nacional de Derechos de Autor el 7 de junio de 2005, se establece como una: prerrogativa que se: “manifiesta en la potestad jurídica en cabeza de los creadores de obras literarias y artísticas para, de ser necesario, exigir ser reconocidos como autores o impedir que se indique en su obra el nombre de otra.”¹¹³ De la misma manera la Decisión Andina 351 de 1993, contempla en el artículo 11, la inalienabilidad e irrenunciabilidad al reconocimiento del derecho de paternidad.

Pero no solamente el derecho de paternidad tiene estas características, pues todos los derechos morales que se reconocen a los autores, se entienden como derechos personales, que tienen como características ser perpetuos, que sobreviven incluso al autor y a la protección de los derechos patrimoniales, por tanto a falta del autor y después de la muerte de este, los derechos morales los ejerce el cónyuge, sus herederos o causahabientes, y

¹¹³ Dirección Nacional del Derecho de Autor en Colombia. Concepto: Derecho de Paternidad y Premios sobre las obras. En Listado de Documentos Disponibles sobre las Obras. Disponible en el centro de documentación www.derechodeautor.gov.co/htm/Legal/Servicios/Conceptos/Listado.htm

a falta de estos son ejercidos por el Estado, específicamente por el ministerio de la cultura.

Desde otra perspectiva del derecho de autor, el derecho patrimonial es un poco más complejo, ya que de manera similar comprende las mismas formas que el derecho de explotación del TRLPI, como la reproducción, la comunicación y la transformación, que: “le confieren a su titular un monopolio de explotación de la obra como derecho exclusivo, absoluto y oponible erga omnes, el cual, a diferencia de lo que se ha expuesto respecto a los derechos morales de autor, si es transmisible y renunciable, amén de ser temporal.”¹¹⁴ En la misma secuencia Riveros opina que: “el contenido económico o patrimonial del derecho de autor, se entiende como la potestad de este para enajenar su obra sin más limitaciones que las fijadas en la ley; a título gratuito o oneroso, haciendo uso de tres prerrogativas básicas; la reproducción de la obra, la comunicación al público y la transformación.”¹¹⁵

Es sobre esas prerrogativas básicas que nos referiremos a continuación, a fin de observar la adaptación de las mismas a las nuevas tecnologías. Pero antes de ello, debemos dejar presente que en la ley 23 de 1982, se estipula el derecho patrimonial en el Art. 12, donde consagra la transformación, reproducción y comunicación pública, pero no contempla la distribución, por tanto esta se regirá por la Decisión 351.

¹¹⁴ Op. Cit. Pág.565

¹¹⁵ RIVEROS LARA, Juan Pablo. “DERECHO DE AUTOR EN COLOMBIA” Bogotá, Colombia. Editorial Hojas e Ideas. 1995. Pág. 49.

2.3.1. Reproducción.

En virtud de éste derecho, al autor se le concede la potestad exclusiva de copiar y reproducir su obra de conformidad con lo establecido en la Decisión 351 de 1993 que en el artículo 14 define la reproducción como: “la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación o la obtención de copias de toda o parte de ella, por cualquier medio o procedimiento”.

En principio la definición en cita no estipula el medio, lo que permite su aplicación en el ámbito Internet, pero por otra parte, no es del todo claro lo referente a la posible calificación de las copias que se realizan dentro del proceso normal de funcionamiento de la red.

Pues como veíamos con anterioridad, para poder acceder a los contenidos en la red, se requiere de una serie de reproducciones de la obra, que van desde la misma digitalización de los contenidos, hasta la operación de descarga de los mismos en la memoria del usuario que los requiere.

Como quiera que ni la ley 23 de 1982 sobre propiedad intelectual, ni el Acuerdo de Cartagena sobre la materia, hacen alusión a estas formas de reproducción, se deberá acudir para su interpretación a lo que establezcan los Convenios internacionales ratificados por Colombia. En lo que refiere a los Convenios OMPI, tanto el TODA como el TOIEF dejan esta potestad a los Estados miembros, lo que no da luces para poder dilucidar el conflicto y si acudimos al Convenio de Berna, encontramos que en su artículo 9 contempla el derecho de reproducción de la siguiente forma:

Art.9. 1) Los autores de obras literarias y artísticas protegidas por el presente convenio gozarán del derecho exclusivo de autorizar la reproducción de sus obras por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma.

2) Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

3) Toda grabación sonora o visual será considerada como una reproducción en el sentido del presente Convenio.¹¹⁶

Además la declaración concertada en el TODA Y el TOIEF, por la cual “el derecho de reproducción, tal como se establece en el artículo 9 del Convenio de Berna, y las excepciones permitidas en virtud del mismo, son totalmente aplicables en el entorno digital, en particular a la utilización de obras en forma digital” y por otra parte dispone que “queda entendido que el almacenamiento en forma digital en un soporte electrónico de una obra protegida, constituye una reproducción...”

Por tanto debemos concluir que en el derechos colombiano, mientras que no se establezca en la normatividad interna, una excepción a favor de las reproducciones técnicas, todas las fijaciones que se hagan de la obra en la red, se entenderán como reproducciones, que requieren por tanto la autorización del autor de la obra.¹¹⁷

¹¹⁶ Ver artículo 9 del Convenio de Berna.

¹¹⁷ Así lo destacan autores como RODRIGUEZ TURRIAGO, al referirse a la copia en memoria RAM en el artículo Aproximación a la Problemática de los Derechos de Autor en el Internet. Dentro del libro Comercio Electrónico. Universidad de los Andes. Ed. Legis. Bogotá 2005. Pág. 309.

Es por ello que la doctrina apoyándose un poco en las condiciones de las excepciones, ha querido considerar que las copias que resulten necesarias para el funcionamiento del internet, no puedan catalogarse como una violación al derecho de autor, por no constituir un daño para el autor o su obra.

A manera de conclusión, podemos establecer que las reproducciones efímeras y necesarias para el funcionamiento de la red y su carácter global carecen de normatividad específica que las regule, lo cual puede generar problemas de interpretación que afectan el progreso tecnológico en este país, ya que no sería atractivo para los ISP prestar sus servicios en un país, donde el solo realizar manipulaciones técnicas sobre un contenido se considere una infracción al derecho de autor.

Es por ello, que resulta urgente la regulación de éste aspecto, pues consideramos que la posición que asume la doctrina del país, si bien puede ser sana para el progreso tecnológico del mismo, no tendría mayor aplicación ya que Colombia y su regulación respecto a la propiedad intelectual, pertenecen al sistema continental, en el que las excepciones son tasadas con antelación en la ley, y la interpretación que ha querido dar la doctrina parece inclinarse más al sistema del copyright, ya que la intención de la prueba de las tres fases, es el servir de principio al legislador de los Estados miembros al momento de crear las excepciones y no como criterio

En el mismo sentido se expresan ISAKSSON, Nicolás y otros en el artículo: "La Problemática de los Derechos de Autor en Internet y las Nuevas Tecnologías" dentro de la Revista de Derecho Informático N° 071 de junio de 2004. www.alfa_redi.org

de interpretación restrictiva. (Como el que asume la directiva 2001/29/CEE en su artículo 5)

2.3.2. Distribución

Como ya habíamos manifestado, la distribución no se contempla en la ley sobre propiedad intelectual, por tanto esta se regirá de forma específica por los Convenios Internacionales y la Decisión Andina 351 que en su Artículo 13, la consagra como una facultad exclusiva “del autor o sus derechohabientes para la distribución de ejemplares o copias de la obra mediante la venta, arrendamiento o alquiler”.

Y a su vez, en el artículo 3 de la misma Decisión, sobre las definiciones, expresa que la copia o ejemplar se entenderá: como el soporte material que contiene la obra, como resultado de un acto de reproducción.

Por otra parte, en los artículos 6° y 7° del tratado OMPI sobre derechos de autor: *“...las expresiones copias y originales y copias sujetas al derecho de distribución y al derecho de alquiler en virtud de dichos artículos, se refiere exclusivamente a las copias fijadas que se pueden poner en circulación como objetos tangibles”.*

En el mismo sentido, de conformidad con la definición OMPI los términos original y copias hacen referencia a las fijadas en soportes tangibles, por lo que no será de aplicación esta figura en el entorno digital.

Sin embargo, para algunos doctrinantes como Akerman y Delgado, aún cuando la declaración concertada dijo que se refería a objetos tangibles, esta protección de mínimos no impide que: “1. Nada se interpone para que las leyes internas de los países u otros instrumentos legales reconozcan, por encima de esa “protección mínima”, un derecho de “distribución por transmisión”. 2) la transmisión “*on line*” de las obras protegidas por el derecho de autor o las prestaciones tuteladas por los derechos conexos no constituya: a. Un acto de reproducción por lo que se refiere al almacenamiento de dichas obras o prestaciones en el “servidor”, con destino a su transmisión por Internet. b. Un acto de comunicación pública por la puesta a disposición de los cibernautas de tales obras o prestaciones, a los fines de que puedan acceder a ellas desde el lugar o en el momento que cada uno de ellos elija.”¹¹⁸

Pareciera que los autores citados, dieran a entender que si después de la fijación de la obra en la memoria del computador se hace una transmisión de la obra a terceros se presentaría lo que ellos denominan la distribución por transmisión. Esta teoría resulta bastante interesante en razón a que el hecho de la retransmisión de contenidos no constituye una situación de fácil calificación, pues en principio se diría que hay una reproducción ilegal de contenidos, pero en el caso que la reproducción en un ordenador no sea ilegal, y la retransmisión si, habrá que determinar si el acto es una

¹¹⁸ AKERMAN, Yohir y otro. “AVANCES Y RETOS DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN INTERNET” Tesis de Grado. Universidad de los andes. Colombia Pág. 47

comunicación pública ilegal o de lo contrario resultaría útil la teoría de la “distribución por transmisión”. Es que algunos autores como Turriago, consideran que la falta de claridad de la norma en el derecho colombiano, pareciera dar a entender que, en este tipo de transmisiones lo que ocurre realmente es un acto de distribución, que se violará cuando: “una copia electrónica del documento o cualquier material protegido es transmitida sin autorización de su autor”¹¹⁹

Consideramos que la solución por la que opta el derecho español es más saludable, pues además de no entrar en conflicto con los acuerdos OMPI, la calificación de la puesta a disposición, como un acto concreto de comunicación pública, permite que no se produzca el agotamiento de los derechos de propiedad, como sí sucede en la distribución, de allí que con esta opción los contenidos a los que acceder el usuario, no podrán reenviarse lícitamente a terceros.

2.3.3. Derecho de Comunicación Pública.

El artículo 15 de la Decisión 351, define la comunicación pública como: “todo acto por el cual una pluralidad de personas reunidas o no en un mismo lugar, puedan tener acceso a la obra, sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas”

¹¹⁹ RODRIGUEZ TURRIAGO, Omar. “APROXIMACION A LA PROBLEMÁTICA DE LOS DERECHOS DE AUTOR EN INTERNET.” Revista de Derecho Privado Nº 26. Agosto de 2001. Universidad de los Andes, Facultad de Derecho. Bogotá. Pág. 149.

En principio, diremos que la definición de comunicación pública, si bien expresa algunos casos especiales en los que se da la comunicación, la lista no es taxativa y en tal caso, lo que habrá que determinar es si en la transmisión de contenidos por la red, se cumplen los requisitos de la comunicación pública.

Por tanto tendremos que los requisitos son:

- Se dirija a una pluralidad de personas reunidas o no en un mismo lugar.
- Que puedan tener acceso a la obra.
- No haya distribución de ejemplares.

La comunicación pública fuera de la red, se caracteriza por la simultaneidad del público en la explotación de la obra, cuestión que no se da del todo en el mundo digital, donde cada quien decide cuando accede a la obra, de allí que la doctrina ha establecido que lo importante es la posibilidad de tener acceso a la misma.

Sin embargo, la Decisión 351 al respecto contempla la posibilidad de que se presente la comunicación pública en el entorno digital, cuando posibilita que la pluralidad de personas estén o no reunidas en un mismo lugar. Sin embargo, resulta aún más claro el acuerdo OMPI, sobre derechos de autor que en su artículo 8 expresa: “Sin perjuicio de lo previsto en los Artículos 11.1)ii), 11*bis*.1)i) y ii), 11*ter*.1)ii), 14.1)ii) y 14*bis*.1) del Convenio de Berna, los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar cualquier comunicación al público de sus obras por medios

alámbricos o inalámbricos, comprendida la puesta a disposición del público de sus obras, de tal forma que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija.”

Por lo tanto, por la aplicación de este artículo tendremos que, en el caso colombiano la comunicación al público al igual que en la legislación española, adoptará la forma de puesta a disposición siempre, que los miembros del público, puedan acceder a la obra desde el lugar y en el momento que elijan.

2.3.4. Derecho de Transformación de la Obra.

De conformidad con el artículo 13 de la Decisión Andina 351, se encuentra dentro de las facultades del autor, la de prohibir o autorizar: “la traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra” a su vez la ley 23 de 1982, reconoce el derecho del autor a: “efectuar una traducción, una adaptación, un arreglo o cualquier otra transformación de la obra. (Art. 12b)

Por tanto corresponde al autor el derecho exclusivo de transformar su obra, lo que no significa que las obras derivadas que parten de la original sea de propiedad del autor, pues éstas serán del tercero que previamente obtuvo la autorización del autor.

En el campo virtual se facilita al público el acceso a una gran variedad de obras, y también se hace más sencillo el que los usuarios puedan modificar las obras para hacerlas propias, que en cada caso en específico, habrá que determinar si la nueva obra creada en razón de las nuevas tecnologías, comporta una obra derivada.

Una vez, examinados los derechos de los autores y su aplicación en Internet, podemos concluir, que se hace necesario el estudio serio y detallado de algunos aspectos, que pudieren generar controversia como son las reproducciones tecnológicas, el derecho de comunicación pública e incluso el derecho de transformación.

Pues si bien, estamos de acuerdo con la Dirección Nacional de Derechos de Autor, que en concepto emitido el 13 de Noviembre de 2008¹²⁰, considera que el derecho de autor ha evolucionado a causa del desarrollo tecnológico y que tal como están las normas, se protege a todas las obras que cumplan con los requisitos para dicha protección sin importar el medio por el cual se han difundido, de acuerdo con el Art. 2 de la ley 23 de 1982 y 4 de la Decisión Andina 351,¹²¹ sin embargo, creemos que esto no es suficiente, pues no solamente importa la protección del autor, sino que resulta relevante el progreso de la industria tecnológica y la efectividad en la protección de los derechos.

¹²⁰ Dirección Nacional del Derecho de Autor en Colombia, Concepto: Derecho de puesta a disposición, En listado de documentos disponibles en el centro de documentación (2008) Disponible en: www.derechodeautor.gov.co/htm/Legal/Servicios/Conceptos/Listado.htm

¹²¹ *Ibíd.*

CAPITULO TERCERO.

SUMARIO. 3.1. Límites al Derecho de Autor en España. 3.2. Límites al Derecho de Autor en Colombia 3.3. Protección de las Medidas Tecnológicas en España. 3.4 Las Medidas Tecnológicas en Colombia.

3. LIMITES AL DERECHO DE AUTOR Y PROTECCION DE MEDIDAS TECNOLOGICAS

“Sin autores no hay obras y sin obras no hay cultura.”¹²²

Los límites al derecho de autor han sido clasificados por Ricketson en tres vertientes, que resulta de importancia para así entender el fundamento de la excepción. Estas tres clases que plantea el autor citado son:

1. “Disposiciones que excluyen, o permiten excluir, de la protección a determinadas categorías de obras o materiales. En el Acta de París del Convenio de Berna se ofrecen varios ejemplos destacados de estas disposiciones como, por ejemplo, los textos oficiales de orden legislativo, administrativo o judicial (Artículo 2.4)), las noticias del día (Artículo 2.8)) y los discursos políticos y los pronunciados en debates judiciales (Artículo 2bis.1)). A efectos del análisis, estas disposiciones podrían denominarse

¹²² ANTEQUERA, Ricardo. “DERECHO DE AUTOR.” 2ª ed. Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual, SAPI. Dirección Nacional de Derecho de Autor, Caracas, Venezuela, 1998. Pág. 86.

“limitaciones” a la protección, en cuanto no se requiere protección para la naturaleza específica del objeto en cuestión.

2. Disposiciones que conceden inmunidad (normalmente de carácter facultativa más que preceptiva) en los procedimientos de infracción respecto de determinadas modalidades de utilización, como la que tiene por finalidad las informaciones de prensa, la enseñanza o cuando se cumplen determinadas condiciones. Estas disposiciones, pueden denominarse “utilizaciones permitidas” o excepciones a la protección, ya que hacen posible la aplicación de una eximente en los casos en los que pudiera derivarse responsabilidad jurídica. El Acta de París del Convenio de Berna contiene algunas de estas disposiciones como, por ejemplo, el Artículo 2*bis*2) (reproducción y comunicación por la prensa de conferencias, alocuciones, etc.), el Artículo 9.2) (algunas excepciones al derecho de reproducción, sujeto a condiciones específicas), el Artículo 10 (citas y utilización para fines de enseñanza) y el Artículo 10*bis* (algunas utilizations relativas a acontecimientos de actualidad y a otros similares). El Artículo 15 de la Convención de Roma contiene excepciones análogas y el Artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC, el Artículo 10 del WCT y el Artículo 16 del WPPT adoptan y amplían el modelo de las tres condiciones del Artículo 9.2) del Convenio de Berna como base de las excepciones que se aplicarán en el marco de dicho acuerdo (conocido como la prueba del criterio triple).

3. Disposiciones que permiten una determinada utilización del material protegido por el derecho de autor, previo pago al titular de dicho derecho. Estas disposiciones, que suelen denominarse “licencias obligatorias”, así como las normas que permiten su aplicación, aparecen recogidas en los Artículos 11 *bis*2) y 13 del Convenio de Berna y en el Anexo del Acta de París del Convenio de Berna. Estas licencias también están permitidas por otras disposiciones de éste y otros de los convenios citados anteriormente, siempre que se cumplan determinadas condiciones.”¹²³

Como se puede observar en esta clasificación de las excepciones, lo que fundamenta a cada una de ellas es en el primero de los casos cuestiones de política pública, mientras que el segundo se fundamenta en el acceso a la cultura y el tercero tiende a flexibilizar la protección al derecho de autor, mediante el pago de la correspondiente remuneración al autor.

Pues bien, gracias a estas flexibilizaciones al derecho es que se permiten la reproducción de las obras en determinados casos y bajo unas condiciones específicas. Tales circunstancias a las que nos referimos se prevén tanto en el Convenio de Berna, como en el de Roma, donde se consagraron teniendo en cuenta las reproducciones del mundo analógico, en el que el soporte es eminentemente tangible.

¹²³ RICKETSON, Sam “ESTUDIO SOBRE LAS LIMITACIONES Y EXCEPCIONES RELATIVAS AL DERECHO DE AUTOR Y A LOS DERECHOS CONEXOS EN EL ENTORNO DIGITAL” Documento preparado dentro del Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos. Novena Sesión. Ginebra, 23 2 27 de junio de 2003. Pág. 6 Disponible en Página Web de le OMPI.

Con la llegada de la denominada era tecnológica se hizo necesario actualizar las excepciones y limitaciones al derecho de autor, específicamente en el Convenio TODA. Pero antes del Convenio se produjo lo que se denominó el período de desarrollo guiado¹²⁴ en el que se crearon principios fundamentales para la interpretación de las excepciones en el entorno digital, de donde destaca la aplicación en el caso de las copias reprográficas y demás explotaciones de la regla de los tres pasos, que ya había sido prescrita en el artículo 9 del Convenio de Berna, según la cual para determinar las excepciones se debe tener en cuenta que: 1. Estas deben responder solamente a casos especiales, 2. No deben afectar la normal explotación de las obras y 3. No deben representar un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o por lo menos se debe reducir el perjuicio mediante un derecho de remuneración.

En la declaración concertada del artículo 10 del TODA se destacan dos apartes, que pueden considerarse como la base sobre la cual se estructuran las excepciones en el entorno digital, ya que permiten aplicar y ampliar las excepciones creadas en virtud del Convenio de Berna al espacio virtual y además, permiten a las partes contratantes establecer nuevas excepciones y limitaciones que “resulten adecuadas al entorno de la red digital”¹²⁵ siempre que cumpla con los requisitos del artículo 10.2 TODA (la prueba de los tres pasos). Por lo que dicho Acuerdo, se convierte en una norma interpretativa de las excepciones y limitaciones del acuerdo de Berna, consagrando el

¹²⁴ FICSOR, Mihály “LIMITACIONES Y EXCEPCIONES AL DERECHO DE AUTOR EN EL ENTORNO DIGITAL”. Traductor: RODRIGUEZ MORENO, Sofía. Dirección Nacional de Derecho de Autor-Colombia “Se llama así al período comprendido entre 1971 y comienzos de los años noventa. En este período no hubo intento por realizar nuevas normas internacionales vinculantes. En lugar de esto, en las diversas reuniones de la OMPI, muchas organizadas junto con la UNESCO, se hicieron recomendaciones, principios guía y disposiciones modelo, en respuesta a los desafíos de la desarrollo tecnológico”

¹²⁵ *Ibidem* Pág. 55.

requisito de la regla de los tres pasos y permitiendo así, la utilización de las excepciones allí mencionadas en el campo digital aún cuando pensadas para el entorno analógico propio de la época del Tratado.

Por su parte, el TOIEF será aplicable en el entorno digital para los artistas, intérpretes o ejecutantes de fonogramas en cuanto a protección de derechos, así como límites y excepciones de los mismos.

De conformidad con lo anterior, se ha de tener en cuenta que la aplicación de las excepciones contenidas en el Convenio de Berna, no se realiza de manera automática en el entorno digital, sino que deberán de haber sido interpretadas como posibles y cumplir la regla de los tres pasos.

Respecto a la interpretación de dicha regla, al momento de fijar las excepciones, para Garrote Fernández-Díez éstas deben plantearse desde el punto de vista económico, pues como explica el autor: desde los requisitos de la regla de los tres pasos existen unas excepciones que pueden resultar no aplicables en el ámbito Internet por sus consecuencias económicas, como son la copia privada y las licencias obligatorias en materia de reproducción de fonogramas de obras musicales, ya que estas dos excepciones se convierten en este medio en operaciones de normal explotación de la obra atentando así, contra el segundo requisito de la regla. Así mismo, el autor citado respecto al último requisito de la multicitada regla

considera, que el reconocimiento de los intereses legítimos de los autores debe de incluir también los intereses del público en general.¹²⁶

Por tanto, de la consagración de las excepciones y su relación con las medidas tecnológicas de protección dependerá la eficacia del derecho de autor, pero también el justo equilibrio con el derecho de la sociedad respecto del acceso al conocimiento.

La Directiva 2001/29 hace una regulación conjunta de las excepciones, tanto para autores como para titulares de derechos afines, en su artículo 5 y a su vez establece un principio general de interpretación restrictiva de las excepciones¹²⁷ cuando, reza en el inciso quinto que se: “aplicarán en determinados casos concretos que no entren en conflicto con la explotación normal de la obra o prestación y no perjudiquen injustificadamente los intereses legítimos del titular del derecho” (regla de los tres pasos). Este mismo artículo crea una excepción de carácter obligatorio en el apartado primero, cuando se realicen actos técnicos de reproducción provisional, que sean transitorios y accesorios y formen parte integrante de un proceso tecnológico cuya finalidad, consista en facilitar una transmisión en red entre terceras partes por un intermediario, o una utilización lícita y que además no tengan por si mismos una significación económica independiente.

¹²⁶ GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, Ignacio. “EL DERECHO DE AUTOR EN INTERNET” Op Cit. Pág. 395 y Ss. El autor apoya su planteamiento en las apreciaciones que al respecto hacen autores como ANDRE LUCAS, THOMAS DREIER entre otros.

¹²⁷ ENDORZAIN, José Carlos. “DERECHO DE AUTOR Y PROPIEDAD INTELECTUAL EN INTERNET” Ed. Tecnos. Madrid 2002. Pág. 137.

La inclusión de esta excepción no es del todo pacífica, pues si bien la Directiva habla de reproducciones provisionales, que además sean transitorias y accesorias, deberemos entender como tales, las que no involucren una grabación permanente del contenido en el disco duro del ordenador o servidor; y en cuanto a la accesoriedad siguiendo a Endorzain, diremos que esta vendrá dada por el destino de la reproducción, por tanto “si lo que se pretende es utilizar la reproducción como medio para un disfrute duradero, no habrá accesoriedad: la transitoriedad debe ir referida, necesariamente a un criterio de estricta temporalidad”¹²⁸

Sin embargo como lo afirma Sirinelli, en Francia el Consejo de Estado ha discutido sobre la necesaria distinción entre la copia técnica “efímera” y la “temporal”, de donde sostiene que “podría considerarse que esta excepción al derecho de autor sólo se aplicaría a la copia técnica efímera, es decir, la que forma parte integrante de un procedimiento técnico cuya única finalidad sea permitir la utilización en línea de una obra u otros objetos protegidos y cuya existencia no sobrepase la duración de la transmisión”¹²⁹ Consecuentemente con ello, no estaría incluida la copia cache, cosa que evidentemente no se da en el derecho español, pero que resulta interesante por la solución que da la misma corte, en el sentido de manifestar la necesidad de crear una segunda excepción a favor de esta copia temporal, pero que no se tendría como excepción al derecho de autor, sino como una simple restricción del mismo, y por ende susceptible de retribución.

¹²⁸ ENDORZAIN, José Carlos. *Ibidem*. Pág. 138.

¹²⁹ SIRINELLI, Pierre. “EXCEPCIONES Y LIMITACIONES AL DERECHO DE AUTOR Y LOS DERECHOS CONEXOS.” dentro del Taller Sobre Cuestiones de Aplicación del Tratado de la OMPI Sobre Derecho de Autor (WCT) y el Tratado de la OMPI Sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT). Ginebra, 6 y 7 de diciembre de 1999. Pág. 34-35. Disponible en la página Web de la OMPI.

Por su parte, el apartado 2 del artículo 5 menciona cuatro excepciones voluntarias que son:

- Las reproducciones sobre papel u otro soporte similar en los que se utilice una técnica fotográfica de cualquier tipo u otro proceso con efectos similares, a excepción de las partituras, siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa.
- Las reproducciones en cualquier soporte para uso privado de una persona física y sin fines directa o indirectamente comerciales, siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa.
- Las reproducciones efectuadas por bibliotecas, centros de enseñanza o museos accesibles al público, o por archivos, que no tengan intención de obtener un beneficio económico o comercial directo o indirecto.
- Las grabaciones efímeras de obras, realizadas por organismos de radiodifusión por sus propios medios y para sus propias emisiones. Y la reproducción de radiodifusiones efectuadas por instituciones sociales que no persiguen fines comerciales, a condición de que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa.

De este modo, una vez reseñadas las excepciones de la Directiva se pretende clasificar los límites a los que se refiere el TRLPI, pero haciendo la salvedad que solamente se tratarán los límites que incumben al ámbito digital, para luego abordar la protección que pretenden realizar las medidas tecnológicas.

3.1. LIMITES AL DERECHO DE AUTOR EN ESPAÑA.

Del carácter innovador que está latente en el TRLPI, se introduce en el artículo 161 de la ley 23 de 2006 los límites del derecho de autor, lo cuales surgen de la problemática que podría ocasionar la protección ilimitada de los derechos exclusivos, emanando de la implementación de la DDASI.¹³⁰

Para poder dimensionarlos, procedemos a realizar unas breves precisiones desde la reproducción, distribución y transformación, que como integrantes del derecho de explotación, justifican su limitación en el principio del interés preponderante. Este se presenta por Vega como:

”ante el conflicto surgido entre el derecho protegido y otros intereses de orden social o cultural de superior valor, es evidente que han de ser los derechos de autor y afines los que cedan, en la medida que no son derechos absolutos”¹³¹, no obstante, aunque la obra sea del autor no es de su absoluta propiedad, ya que debe prestar un beneficio social a ciertos sectores, sujetos o casos especiales de la sociedad, que la pueden utilizar sin previa autorización, a lo cual la ley ha querido dar ciertas prerrogativas por las condiciones en que se van a emplear las obras y cuyas medidas tecnológicas de protección se deben levantar.”

¹³⁰ ORTEGA DÍAZ, Juan Francisco. Los Enlaces en Internet.Op. cit. Pág. 103

¹³¹ VEGA VEGA, José Antonio “NUEVAS TECNOLOGIAS Y LA PROTECCION DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL” dentro de la obra Colección de Propiedad Intelectual. Nuevas Tecnologías y Protección de la Propiedad Intelectual. (DIR. ROGEL VIDE, Carlos) Madrid 1999. Pág. 211

Precisamente, en la búsqueda de la justificación de esos límites, Peña Bernaldo de Quirós, presenta una clasificación concreta en los siguientes términos:

“a) Limitaciones producidas por la exigencia de que determinados derechos de autor sean gestionados colectivamente....

b) Límites determinados por aquellos preceptos que confieren a otras personas facultades sobre la obra intelectual ajena.”¹³²

En el punto a), referencia la división que para la gestión de los derechos de autor, ha significado los derechos de explotación exclusiva frente a los derechos de simple remuneración. Son la explotación de éstos últimos los que hacen las entidades de gestión, existiendo para ello una autorización otorgada directamente por la ley, según la cual le compete a la entidad de gestión como su nombre lo indica, gestionar los derechos de autor sobre las obras a cambio de una simple remuneración para los autores.

Sobre esta división respecto a la gestión de los derechos de autor vale la pena resaltar, que con la llegada de las nuevas tecnologías la Comisión Europea examinó los métodos de gestión de los derechos, frente a la sociedad de la información. Mediante comunicación de 16 de abril de 2004, al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo manifiesta, que es necesario crear sistemas digitales de gestión de los

¹³² PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel. “DERECHOS REALES.DERECHOS HIPOTECARIOS” Centro de Estudios Registrales Madrid 1999. Pág. 396.

derechos (DRMS), que implemente la protección jurídica de las medidas tecnológicas y de información.

Para Buganza, los DRMS en razón a que se configuran como mecanismos técnicos complejos, que permiten realizar la gestión del derecho de autor en el entorno digital, deben de contar con dos elementos que son “el marcado o sistema que permite la identificación del titular del derecho o prestación protegida; y la medida tecnológica que limita el acceso o controla el uso de la obra o prestación protegida”.¹³³ Así mismo Martín Villarejo considera, que los sistemas de gestión de los derechos se deben actualizar con figuras como las de la ventanilla única o las cámaras de compensación sin olvidar que el objetivo de estas medidas es “la efectividad de los derechos intelectuales, en cuanto incentivo a la creación y por ende, al progreso. Y ese objetivo ha de ser la referencia constante más allá de cualquiera avatares tecnológicos”.¹³⁴ En el punto b), relaciona los límites que tienen los derechos exclusivos ejercidos por él propio autor, sobre la propiedad de la obra a situaciones previstas por la ley.

Estos dos puntos, convalidan lo expuesto hasta aquí y generan previa conclusión “las dos caras” del derecho de autor, en tanto trata de equilibrar los derechos del autor y los de los usuarios, para que se cree una reciprocidad de respeto, para el acceso al conocimiento y crecimiento de las

¹³³ BUGANZA, Carmenchu. “LAS MEDIDAS DE PROTECCION TECNOLOGICAS Y LA INFORMACION PARA LA GESTION DE LOS DERECHOS.” en la obra Novedades de la Ley de Propiedad Intelectual (Enero 2007) Pág. 154 <http://vlex.com/vid/450148>

¹³⁴ MARTIN VILLAREJO, Abel. “EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL EN EL AMBITO DE LAS NUEVAS TECNOLOGIAS” dentro de la obra Nuevas Tecnologías y Propiedad Intelectual de la Colección de Propiedad Intelectual. (coord... Carlos ROGEL VIDE) Ed. Reus. Madrid 1999. Pág. 178

fuentes informáticas. El equilibrio planteado, en España ha tratado de legitimarse en gran parte por el TRLPI, estableciendo como lineamiento normativo los límites referentes a la propiedad del autor de la creación, en el capítulo II, del título III, en el cual en los artículos del 31 al 41bis, establece las prerrogativas o situaciones merecedoras de utilizar las creaciones sin previa autorización de autor o los titulares de derechos, y por consiguiente el goce total de los derechos de explotación.

Entre estos, encierra los límites en relación con las reproducciones que se hacen para constancia de un procedimiento, las reproducciones provisionales, las que se hacen para uso privado (copia privada), las reproducciones que hacen las bibliotecas y el derecho de cita.

3.1.1. Reproducción Provisional

Esta clase de límite se encuentra estipulado en el Art. 31.1 del TRLPI, según el cual abarca el género de reproducción provisional, que no tiene una significancia económica considerable y que no constituya un detrimento patrimonial para el autor. Además la reproducción, se debe realizar de manera transitoria o accesoria, sinónimos de la provisionalidad de determinada creación, pero veamos el texto legal directamente:

“No requerirán autorización del autor los actos de reproducción provisional a los que se refiere el artículo 18 que, además de carecer por sí mismos de una significación económica independiente, sean transitorios o accesorios y formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico y cuya única finalidad consista en facilitar bien una transmisión en red entre terceras partes por un intermediario, bien una

utilización lícita, entendiendo por tal la autorizada por el autor o por la ley”,

Este límite responde según lo expresa Cadarso, a la pieza que hace posible el funcionamiento de los sistemas de transmisión de redes, refiriéndose a las fijaciones provisionales de carácter técnico, que permiten al usuario utilizar las obras y prestaciones. Nuestro autor en mención cita a Garrote, quien en su obra “la reforma de la copia privada”¹³⁵, menciona que esta especie de reproducciones no necesitan previa autorización, no porque sean copias privadas, sino por ser integrantes de un proceso técnico de transmisión de obras por Internet, que no poseen una significancia económica independiente, ni se enclaustran o explican en la reproducción en sentido jurídico, ni en un interés público, sino informático.¹³⁶

Por tanto, para que la reproducción sea considerada como excepción adicionalmente del presupuesto de provisionalidad, se requieren los siguientes requisitos en consonancia con el multicitado artículo:

- El carácter transitorio o accesorio
- Ser parte integrante y esencial de un proceso tecnológico
- Que la finalidad única sea, o bien facilitar una transmisión entre terceras partes por un intermediario, o bien una utilización lícita
- La carencia de una significación económica independiente

¹³⁵ CADARSO PALAU, Juan. “SOBRE ALGUNOS LIMITES DEL DERECHO DE REPRODUCCION” dentro de la Colección de Propiedad Intelectual. (Cor. ROGEL VIDE, Carlos) Nuevas Tecnologías y Propiedad Intelectual. Madrid Reus 2006 Pág.121.

¹³⁶ Ibídem Pág. 113

Se puede esbozar que el elemento esencial es la provisionalidad y los subsiguientes representan las condiciones de esa reproducción provisional, a excepción del primer ítem, por que como podemos observar termina reafirmando el carácter provisional ya que transitorio es sinónimo de pasajero, temporal, caduco, perecedero, fugaz e inclusive provisional¹³⁷, lo cual evidencia que este punto no genera un aspecto diferente de la provisionalidad, en tanto el elemento de accesorio, subyace de la necesidad de las transmisiones en la red. Así pues, se cumplirá con tal requisito cuando la reproducción no lleve implícita una grabación permanente del contenido ya sea en el disco duro del ordenador o en el servidor de red y atendiendo como lo plantea Endorzain a un criterio de finalidad, ya que la reproducción debe de tener como finalidad la temporalidad y no un disfrute duradero de la obra.¹³⁸

Por otro lado, es de resaltar que la excepción en el ítem número 2, refleja la aplicabilidad única en ambientes virtuales y los procesos que se necesitan consolidar a través de las reproducciones provisionales ya que, no se podría aplicar esta idea en soportes tangibles pues la reproducción a la que refiere este ítem, es aquella que resulte esencial en el proceso tecnológico y respecto de ello hay que hacer algunas apreciaciones pues la doctrina se ha ocupado de ello ampliamente.

¹³⁷ Significados extraídos de [WordReference.com](http://www.wordreference.com). Disponible en : www.wordreference.com/sinonimos/transitorio

¹³⁸ ENDORZAIN; José Carlos. "DERECHO DE AUTOR Y PROPIEDAD INTELECTUAL EN INTERNET" Op. Cit. Pág. 138.

El proceso tecnológico en efecto, involucra la transmisión de los datos a través de varias reproducciones, que como vimos en el capítulo anterior cuando nos referíamos al atributo de la reproducción, resultan necesarias para que los contenidos sean transmitidos. Retomando lo allí expresado, tenemos que los datos viajan por la red en pequeños paquetes que son dirigidos por los enrutadores, dándose en esta operación una reproducción técnica de pequeños fragmentos de la obra, que como afirma Ortega citando a Kock, se produce una reproducción en el sentido técnico- instrumental,¹³⁹ que además carece de un valor económico independiente. Además de ello, respecto de la conducta de los enrutadores, en su calidad de intermediarios dentro de la sociedad de la información, la Directiva de comercio electrónico crea una exención de responsabilidad, que se ve reflejada en el artículo 14 de la LSSICE a favor de los operadores de redes y proveedores de acceso, siempre que cumplan una función eminentemente técnica y no tengan injerencia en la comunicación, cuestión esta que retomaremos cuando veamos a los intermediarios y sus funciones.

Dentro de los procesos tecnológicos para tener acceso a los contenidos, se hace necesaria la visualización de los mismos, lo que conlleva un acto de reproducción dentro de la memoria RAM, que es la que permite la visualización y audición de las obras en el ordenador del usuario. La reproducción en memoria RAM, tiene como característica ser temporal y que desaparecerá una vez el ordenador haya sido desconectado. Sin embargo, no siempre la copia RAM carecerá de significación económica de allí, que autores como Carbajo consideren que: “las reproducciones transitorias en la memoria RAM (y lo mismo puede decirse de las reproducciones accesorias en el espacio de cache local) no pueden quedar

¹³⁹ORTEGA DIAZ, Juan Francisco. “LOS ENLACES EN INTERNET”. Propiedad Intelectual e Industrial y Responsabilidad de los Prestadores dentro de la Colección Monografías Aranzadi. Editorial Aranzadi. Navarra 2006. Pág. 75

excluidas del derecho exclusivo de reproducción, porque como expresamente apunta el Art. 5.1 DDASI, tienen o pueden tener por si mismos una significación económica independiente, toda vez que permiten el acceso a la información protegida y, en consecuencia, un uso efectivo y real de la obra o prestación por parte de los usuarios, lo cual, ante la aplicación del derecho de reproducción en el ámbito privado y las posibilidades de controlar la reproducción por los titulares del derecho, las convierte de hecho en una forma específica de explotación de la obra o prestación”¹⁴⁰

Por esta razón, Garrote critica la condición impuesta por el legislador, ya que: “las copias RAM derivadas del *browsing* tienen un significado económico propio se demuestra con el hecho de que existen muchos sitios *web* en los cuales para acceder a la visualización es necesario abonar una cantidad” además, el autor hace referencia al régimen de los programas de ordenador y las bases de datos, que excluyen la posibilidad de la copia RAM salvo en el caso del usuario legítimo de la obra. Para así concluir, que de conformidad con el uso lícito de la obra en principio, el visualizar una página *web* está permitido sin ninguna autorización, salvo prohibición expresa. Por lo que, si el acceso a la obra se configuró como libre por el titular de los derechos, no se habrá de tener en cuenta el significado económico independiente de la reproducción.¹⁴¹

¹⁴⁰ CARBAJO CASCÓN, Fernando. “LA PROPIEDAD INTELECTUAL COMO OBJETO DEL COMERCIO ELECTRONICO” dentro de la obra Autores Consumidores y Comercio Electrónico. (DIR: MORO ALMARAZ, M^a Jesús) Ed. Colex. Madrid. 2004. Pág. 68

¹⁴¹ GARROTE FERNANDEZ-DIEZ, Ignacio. “EL DERECHO DE AUTOR EN INTERNET” Op. cit. Pág. 331 y Ss.

Además de la copia RAM, para que la navegación por Internet sea más eficaz se produce una tercera reproducción que es la denominada caché, la cual consiste en almacenar la página web que son visitadas por primera vez, esto lo hacen los servidores de tal manera que cuando nuevamente reciba una solicitud respecto de la misma página descargará la copia que ya tiene almacenada. Respecto de estas últimas reproducciones efímeras e instrumentales mucho se ha discutido, ya que cada una de ellas puede presentar ciertas matizaciones, que harían dudoso entenderlas como reproducciones sujetas al derecho de exención.

A manera de conclusión diremos, que en lo que respecta a la operación del router, ésta reproducción que hacen los prestadores de servicios, no presenta mayores inconvenientes para ser incluidas dentro de, las exentas de obtener autorización por parte del autor; por su parte, la reproducción que se hace en memoria RAM, como ya vimos si bien tiene un carácter temporal, instrumental y resulta necesaria para poder visualizar los contenidos en el ordenador, resulta dudosa la carencia de significación económica de la misma, de allí que para resolver esta discusión, se recurra a la teoría de la licencia implícita.

Dicha teoría, implica que si el diseño del *website* es abierto o de libre acceso, la visualización de contenidos y la reproducción de estos es autorizada de esta forma por él titular y por ende la reproducción en memoria RAM será lícita, aunque esta tenga una significación económica independiente. A contrario sensu, si la página web ha sido configurada de tal manera, que para poder acceder a los contenidos se requiera una clave de acceso o *password*, la reproducción en memoria RAM de estos contenidos no estará amparada por la exención de la copia efímera.

Por último, la reproducción que hacen los proveedores de acceso o *caching*, en principio no se entendería como copia efímera, ya que no es técnicamente necesaria. Sin embargo, el que la copia en cache facilite la transmisión en una red, es lo que ha permitido a la doctrina plantear que esta se tendrá como tal, pues como ya se había reseñado, en la medida que la misma no se entienda como indispensable, pero si como acto que facilita la comunicación y la hace más eficaz, se permitirá incluirla dentro de los supuestos del artículo 5.1 de la DDASI y 31 del TRLPI. Además, se ha de entender el facilitar como el acto que favorece la transmisión y no como “hacer técnicamente posible”¹⁴²

Pero para llegar a una conclusión de tal naturaleza, puede resultar de utilidad el integrar aquí lo establecido en la Directiva de comercio electrónico, que regula el *system Caching* en su artículo 13, limitando la responsabilidad de los prestadores de servicios por las copias caché del sistema siempre que, no modifiquen la información, cumpla con las condiciones de acceso a la información así como, las normas referentes a la actualización de los contenidos, no interfiera en la utilización de la tecnología y retire la información o impida su acceso cuando la misma ha sido retirada del lugar de la red originario.

Así pues, la DCE permite clarificar un poco la situación del caching al consagrar la exención a favor de los prestadores de servicios, en razón de las copias que se hacen de manera automática, provisional y temporal, realizadas con la única finalidad, de hacer más eficaz la transmisión ulterior de la información a otros destinatarios, lo que nos permite concluir que el

¹⁴² GARROTE FERNANDEZ-DIEZ, Ignacio. “EL DERECHO DE AUTOR EN INTERNET” Op. Cit. Pág. 337.

system caching, hace más eficaz la transmisión de los contenidos, se realiza de manera automática y es parte integrante de un proceso tecnológico, por ende le será aplicable el artículo 5.1.DDASI.

Sin embargo, respecto del caché hay que hacer la siguiente aclaración: La operación de reproducción caché se produce en dos niveles diferentes o en dos formas diferentes, que han sido distinguidas como el caché del sistema y el caché local, que a su vez se diferencian entre sí porque la primera, se produce entre los servidores que dan acceso a la red y la segunda, también denominado por su acepción inglesa como *local caching*, se caracteriza por que la copia no se realiza en el servidor, sino que se produce en el disco duro del ordenador del usuario; de esta manera cuando se solicita nuevamente la página no es necesario transmitirla en su totalidad sino solamente actualizarla.

La clara diferenciación de las dos formas de caché, resulta de gran importancia como quiera que, cada una de ellas responderá a normas de aplicación e interpretaciones diferentes. Así tenemos, que el artículo 13 de DCE, se refiere al cache del sistema y no al cache local ya que, además de ser realizado por los prestadores de servicios, difícilmente puede cumplir con los requisitos del artículo 5.1 DDASI como quiera que, puede permanecer en el disco duro durante un período de tiempo muy largo; hasta que la página original sufra alguna modificación o hasta que, el espacio destinado por el *browser* al caché local se complete y de forma automática sea borrado.

Sin embargo, algunos autores han buscado la solución al caché local en la figura de la copia privada derivada del artículo 5.2 b) DDASI, que autoriza crear la excepción de la copia privada respecto a las reproducciones en cualquier soporte y efectuadas por una persona física para uso privado y sin fines directa o indirectamente comerciales, siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa. Pero esta solución, no parece ser la forma adecuada, ya que la figura de la copia privada se creó para compensar a los artistas por el disfrute individual de la obra que se hiciera por quien la reproducía, pero en el caso del caché local como lo explica Ortega Díaz: la reproducción en caché no la acomete el usuarios para obtener un beneficio directo o disfrute de la obra, “sino que, simplemente, es una reproducción instrumental. El disfrute real de la obra se produce en la reproducción RAM. Por ello, no parece razonable imponer un canon fundado en la reproducción caché local”¹⁴³

Considera el autor, que la solución se debe plantear a partir de la teoría de la licencia implícita, según la cual si la página web es abierta el titular permite todas las reproducciones de la obra, además el titular de la página web, puede colocar una medida tecnológica anti caché local si desea no permitir tal reproducción.

En líneas anteriores, hemos manifestado que la reproducción temporal debe de ajustarse a los cuatro ítems planteados, de los cuales hemos clarificado dos, por su parte el ítem 3, comprende las transmisiones como finalidad de la reproducción temporal, que debe ser utilizada para objetivos lícitos y no para reproducciones duraderas, que saldrían del marco en referencia, a este

¹⁴³ ORTEGA DIAZ, Juan Francisco. “LOS ENLACES EN INTERNET” Op Cit. Pág. 84.

respecto se tendrá en cuenta que la reproducción en memoria RAM, así como la reproducción en routers, cumplen con tal requisito ya que el lapso de tiempo de la reproducción, por la misma técnica es breve. Sin embargo, y así lo expresa Ortega Díaz, al cuestionar la durabilidad del *catching*, en el que lo usual es que se elimine cada 24 horas, “esta no suele ser total y los administradores optan por dejar almacenados durante períodos de tiempo más prolongados aquellos “websites” que son muy solicitados tales como servicios de búsqueda u otros servicios de información en línea¹⁴⁴

Así mismo, hay que tener en cuenta que el caché local, puede tener una duración extendida en el tiempo, bien hasta que se actualice la página o sea borrada por el software.

Finalmente, el ítem 4 consagra el valor económico independiente, que no puede percibir un sujeto con una reproducción provisional, cuestión que como ya lo habíamos expresado es razonable, por el detrimento patrimonial que podría afectar al autor, pero que no siempre se puede tenerse como factor determinante, por la misma operatividad de la red; de donde se aboga nuevamente por la teoría de la licencia implícita.

Sin embargo, este requisito tiene por mérito abarcar las situaciones que pudieren quedar fuera del control. Así lo plantea Garrote Fernández cuando la denomina como: “la cláusula escoba”, que unida con la prueba de las tres fases se convierte, en un límite infranqueable para todas las excepciones, fundamentado la anterior en tres razones que son:

¹⁴⁴ ORTEGA DIAZ, Juan Francisco. *Ibíd.* Pág. 77

- Las copias técnicas no hacen posible el uso de la obra y solo interesan en cuanto a parte integrante de un proceso tecnológico más complejo, de comunicación al público o puesta a disposición.
- Permitir el limitar el alcance del derecho de reproducción, respecto de las reproducciones efímeras, que se producen en el transcurso de la transmisión de una obra en línea.
- Y por último, en razón a lo reglado en el Convenio de Berna y Roma, donde se autorizó a las partes contratantes crear límites a los derechos de autor, respecto de las grabaciones efímeras realizadas por los organismos de radiodifusión, por su carácter necesario para el funcionamiento técnico del sistema y su falta de relevancia económica.¹⁴⁵

A pesar de el fundamento que acompaña al legislador para imponer este requisito, la falta de precisión al respecto puede crear cierta dificultad e incluso, inoperatividad de la excepción y ello se evidencia en casos tales como el de la copia RAM, que por regla general tiene una significación económica, lo que obligaría al usuario de la misma solicitar autorización al titular del derecho para visualizar los contenidos.

De allí que, resulte de interés establecer otros criterios determinantes en cada una de las reproducciones que se producen en la red, para así saber cuáles tendrían una significación económica y cuales carecen de ella, constituyendo estas últimas el objeto de la excepción. La tarea no resulta fácil, ya que al depender la excepción de la significación económica, en el mundo digital impone una mayor dificultad, por tanto, el que algunas de las

¹⁴⁵ GARROTE FERNANDEZ-DIEZ, Ignacio. "EL DERECHO DE AUTOR EN INTERNET." Op. Cit. Pág. 327.

operaciones técnicas necesariamente se beneficien de la excepción, dependerá de la definición que de significación económica se adopte.

A pesar de la falencia de la norma, la significación económica ha sido entendida como: “toda reproducción – siquiera potencialmente- para el uso económico (explotación) o puramente doméstico (utilización) de la obra o prestación y, por tanto, que pueda servir directa o indirectamente al titular de la propiedad intelectual para obtener un rendimiento económico de la obra o prestación reproducida”¹⁴⁶

Así pues, teniendo en cuenta tal concepto, tenemos que para transmitir los contenidos, la primera reproducción que se produce es la denominada “router”, que como vimos es la reproducción de pequeños fragmentos, que se descomponen por varios canales, para llegar a reagruparse una vez recibido el mensaje. Esta operación que podríamos llamar mini reproducciones, tiene un carácter eminentemente técnico, lo que permite incluirla dentro de la excepción en estudio, y en lo que respecta a la significación económica, por tratarse de fragmentos inconexos, que no permiten el disfrute de la obra por si solos, carecerán de la significación económica.

Respecto de la reproducción *system caching*, en rigor técnico, no es necesaria para la reproducción de los contenidos; sin embargo, se ha entendido como facilitadora de la transmisión, haciéndola más rápida y

¹⁴⁶ CARBAJO CASCÓN, Fernando. “PUBLICACIONES ELECTRONICAS Y PROPIEDAD INTELECTUAL” Ed. Colex. Madrid 2002. Pág. 111. Por citación que hace de LOEWENHEIM

eficaz. Pero, para lo que aquí interesa es determinar su significación económica, que en este caso puede no solo por permitir el disfrute de la obra, sino que en sentido negativo, puede intervenir en la utilidad económica que se deriva de su uso, ya que, en ocasiones puede interrumpir el conteo del número de visitas al sitio web, en aquellas páginas abiertas, que obtiene ingresos por publicidad calculado por el número de usuarios que acceden a la página.

La reproducción en memoria RAM y la reproducción en caché local, como quiera que permiten la visualización y disfrute de los contenidos, en principio tendría una valoración económica. Sin embargo, esta reproducción transitoria, además de cumplir con los requisitos de ser parte esencial de un proceso tecnológico, permite la utilización lícita de la obra, por ello estaría incurso en lo reglado en el considerando 33 de la DDASI, según el cual, las operaciones que tenga por finalidad las operaciones de hojear, estarían excluidas del derecho de reproducción, siempre que aquella sea lícita, para lo que se requiere, que “la autorice el titular del derecho o de que no se encuentre restringida por la ley”.¹⁴⁷

Por lo anterior, se puede concluir respecto de la reproducción en memoria RAM y en Caché Local, que estas se encontrarán dentro de la excepción al derecho exclusivo del autor, siempre y cuando ostenten la calidad de “usuario Legítimo”, que se podrá adquirir de manera implícita o explícita, dependiendo de la configuración de la página web; pues si esta es de carácter abierto, se entenderá que solo con acceder a la página, se adquiere la calidad de usuario legítimo, pero si la página es de las protegidas por

¹⁴⁷ Considerando 33 de la DDASI

medidas tecnológicas, ó también denominadas páginas cerradas, tendrá la calidad de usuario legítimo, solamente quien obtenga por autorización del titular de la página, una clave de acceso.

La aplicación de la excepción consagrada en el artículo 5.1 DDASI, presenta ciertas dificultades de aplicación, que se deben de evaluar de acuerdo con las condiciones propias de la situación que se presente y para el caso de este estudio con la integración que al respecto introduce, la DCE y la LSSICE respecto de los intermediarios, que veremos más adelante cuando abordemos las actividades propias de estos, dentro de la sociedad de la información y las excepciones de responsabilidad...

3.1.2. Copia Privada

La copia privada, es el límite a los derechos exclusivos de los autores que se define en el artículo 31.2 del TRLPI, en la que no necesitará autorización del autor, la reproducción: “en cualquier soporte, de obras ya divulgadas cuando se lleve a cabo por una persona física para su uso privado a partir de obras a las que haya accedido legalmente y la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa, sin perjuicio de la compensación equitativa prevista en el artículo 25, que deberá tener en cuenta si se aplican a tales obras las medidas a las que se refiere el artículo 161. Quedan excluidas de lo dispuesto en este apartado las bases de datos electrónicas y, en aplicación del artículo 99.a), los programas de ordenador.”¹⁴⁸

Así pues, los requisitos que debe ostentar la reproducción para que se pueda hablar de una copia privada, como lo expresa Ana Valero, son que tal operación se realice sobre las: “ obras ya divulgadas, que la reproducción se lleve a cabo para uso privado y que su uso no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa”¹⁴⁹, por otra parte, y conforme a la modificación de los requisitos a partir de la reforma de 2006, la autora plantea un nuevo requisito, coincidiendo así, con la postura de la abogacía general del estado, que resalta la necesidad que la copia deba efectuarse sobre una obra a la que se haya accedido legalmente.¹⁵⁰

De esta forma, no necesitaran autorización previa del autor para efectuar la copia, las reproducciones que: 1. Se realice sobre obras ya divulgadas, 2. Sean realizada por persona física, para uso privado, 3. No sean objeto, de utilización colectiva ni lucrativa y 4. Se realicen sobre una obra, a la que se haya accedido legalmente.

Nótese que de conformidad con la norma, al establecerse la copia, como la que se lleva en cualquier soporte, de esta manera se incluye tanto la copia digital como la copia análoga, pero por otra parte, por mención expresa de la norma, quedan excluidas de la copia privada, las bases de datos y programas de ordenador (art. 31.2 del TRLPI.).

¹⁴⁹ VALERO FERNANDEZ DE PALENCIA, Ana. “SOBRE LA RESPONSABILIDAD POR “COPIA PRIVADA” dentro de la obra Modalidades de Responsabilidad Jurídica: deber y Obligación. (coord. HOYO SIERRA, Isabel Araceli y otro) Dykinson. 2008. Disponible en: <http://vlex.com/vid/responsabilidad-copia-privada-digital-55001697>

¹⁵⁰ GALLEGO, José y otros. “DICTAMEN DE LA ABOGACIA GENERAL DEL ESTADO” - Concepto de Copia Privada dentro de *Anales de la Abogacía General del Estado*. Boletín Oficial del Estado. Enero de 2009.

Respecto de la reforma, hay que resaltar también que, en la redacción anterior de la norma, se hablaba del “copista”, término que en la reforma de 2006, fue reemplazado por el de “persona física”, restringiéndose así, la posibilidad de beneficiarse de ella a las empresas e instituciones; lo que para Alonso Palma citado por Fernández de Palencia, resulta: “sin duda plausible, pero, en rigor, innecesaria. Estas copias no eran en nuestra legislación copias para uso privado, y tampoco lo serán con el nuevo tenor del artículo 31.2 LPI”¹⁵¹, a lo cual Fernández de Palencia¹⁵² ratifica la observancia que realiza el autor citado, ya que una empresa o institución podría realizar una copia privada la cual no iba a salir de la compañía, pero tendría un uso considerable, de este modo, tratando de no dejar vacíos la ley determinó de forma limitada, como persona física al sujeto humano para que el uso de la copia privada se realizara.

Es así, como la copia privada además de ser efectuada por la persona física, debe tener por destinación el uso privado. Aunque la ley no define con detalle lo que se debería entender por uso privado, lo cual lleva a generar vacío en la conceptualización del término, y la diferencia que puede nacer de uso privado que podría encerrar a las personas que formen parte de un círculo privado o familiar del usuario, y el uso personal que se emplearía estrictamente para el uso que realizaría el copista. Esta diferenciación por el uso que se haga de la copia resulta de importancia, especialmente para entender el fenómeno de los denominados <<peer to peer>> ya que, si se entiende el uso privado como el de un círculo individualizado de personas, la excepción podría terminar amparando esta forma de intercambio de contenidos, que perjudican la normal explotación de la obra, y por ende atentan contra los derechos exclusivos de los autores; Sin embargo, la misma excepción nos permite aclarar sino el concepto, por lo menos lo limita

¹⁵¹ Ibíd.

¹⁵² Ibíd.

cuando pone como condición, que la copia no puede ser objeto de una utilización colectiva ni lucrativa.

La reforma también incorpora, el requisito de acceder a la obra legalmente para poder realizar la copia, por tanto, tendrá derecho a ejercer esa excepción de la copia privada, solamente quien ha adquirido un ejemplar de la misma, empero, de acuerdo con Valero Fernández de Palencia, si una de las finalidades de la copia privada, es el acceso a la cultura, el que un individuo duplique una obra que ya tiene, no aumenta su acceso a la cultura y por otra parte, esta copia realmente se convertiría en una copia de seguridad exenta de la compensación. Así pues, si la copia privada: “conlleva un canon compensatorio que se incluye, entre otros, en CDs, DVDs y grabadoras, con el fin de compensar al autor de los perjuicios que supuestamente le origina dicha copia. Si interpretamos la copia privada como la “copia de seguridad” del original, la obligación de pagar el canon sería inconcebible, ya que no compensaría ninguna supuesta pérdida”.¹⁵³

Por otra parte, con respecto a las medidas anti copia, estas se encuentran plenamente protegidas en el ordenamiento jurídico, constituyendo un delito la violación de las mismas, aún cuando se realice con el propósito de ejercer un derecho reconocido, como sería el caso de la copia privada. Precisamente por ello, con la reforma del artículo 161 , de las medidas tecnológicas, se impone a los titulares de los derechos, o prestaciones protegidas con medidas tecnológicas, facilitar a los beneficiarios del límite de copia privada, los medios para ejercer su derecho, siempre y cuando hayan tenido legalmente acceso a la obra, en caso de incumplimiento, los perjudicados podrán acudir a la jurisdicción civil, cuestión que puede resultar

¹⁵³ VALERO FERNANDEZ DE PALENCIA, Ana. “SOBRE LA RESPONSABILIDAD POR “COPIA PRIVADA” dentro de la obra Modalidades de Responsabilidad Jurídica: deber y Obligación. (coord. HOYO SIERRRA, Isabel Araceli y otro) Dykinson. 2008. Disponible en: <http://vlex.com/vid/responsabilidad-copia-privada-digital-55001697>

inoperante, por lo dispendioso e incluso oneroso que resulte, acudir ante está, para obtener una copia de una obra que ya se adquirió.

3.1.2.1. Remuneración Compensatoria por Copia Privada

La compensación equitativa se exteriorizado en un canon que se impone a los equipos, aparatos y soportes materiales idóneos para realizar dicha reproducción, por los perjuicios que le pudieren ocasionar la copia para uso privado. La adopción de la remuneración compensatoria de la copia privada, se produjo ante la facilidad que en el mundo analógico existe, de realizar copias no controladas por el titular de los derechos, como por ejemplo: el de las maquinas reprográficas, pero con la llegada de la tecnología digital, las posibilidades de control de las reproducciones que de los contenidos se hagan, son factibles gracias al uso de la misma tecnología.

Es por lo anterior que a primera vista se podría sostener que el principal fundamento que ha sostenido esta figura desapareció en el mundo digital, pero si las excepciones se plantean a favor del acceso a la cultura, y no como la compensación por un daño de difícil control, se debe incluir la copia privada digital dentro de las excepciones al derecho de autor.

Esta no es una solución pacífica, y es por ello que la legislación internacional no ha tomado una posición determinante al respecto, pues, si hablamos de los tratados OMPI, solamente dejan a la voluntad de los Estados contratantes la decisiones de implementar o no, la excepción siempre que:

“no atente a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor”¹⁵⁴

Por su parte la DDASI, tampoco impone la obligación de consagrar la copia privada, solamente plantea, los lineamientos a tener en cuenta en el considerando 39 en el que se establece, que los Estados miembros de la comunidad europea, deben tener muy presente el desarrollo económico y tecnológico, particularmente lo referente en la copia digital privada y a los sistemas de retribución , siempre que existan medidas tecnológicas de protección eficaces,¹⁵⁵ lo que parece evidenciar la diferencia de tratamiento jurídico que se debe dar, entre la copia privada digital y analógica, ya que hay que tener presente, que para la copia privada digital la difusión y utilización de esta deberá ser mas restringida, por que como ya lo dijimos Internet tiene muchas herramientas, que permiten que las copias allí obtenidas sean de mejor calidad y más fácil distribución.

En el artículo 5 de la misma DDASI se consagra la simple posibilidad, para los Estados miembros de crear la excepción de la copia privada; al respecto hay que anotar que la copia en soporte papel y similares se regula en el numeral a), y las demás reproducciones en cualquier soporte en el b) de donde se pueden evidenciar, las diferencias que crea el legislador comunitario para cada una de las modalidades de reproducción. Así pues, para la copia en soporte papel en el que se use una técnica fotográfica o similar, solo se exige una compensación equitativa para los titulares de los derechos, mientras que a la copia en cualquier otro soporte, dentro de la que se encuentra la copia digital, debe de realizarse por una persona física para uso privado y sin fines directa o indirectamente comerciales, siempre que los

¹⁵⁴ Artículo 10 TODA

¹⁵⁵ CADARSO PALAU Juan Op. Cit. Pág. 118

titulares de los derechos reciban una compensación equitativa, además, se debe tener en cuenta la aplicación de las medidas tecnológicas.

A pesar del trabajo diferenciador, la Directiva simplemente crea una opción para los estados miembros de crear ó no la excepción de copia privada, en el que se mantenga el régimen de la compensación equitativa, pero sin dejar de lado las medidas tecnológicas. Es por ello que podemos concluir que la Directiva aún no establece un criterio uniforme y claro para regular la copia privada, si muestra su vocación por implementar las medidas tecnológicas de protección, cuando en el artículo 6 impone a los Estados miembros, la obligación de establecer una protección adecuada contra la elusión de las medidas tecnológicas. Esta protección hacia las medidas tecnológicas ha sido interpretada por Endorzain como: “la presunción de que si no existen estas medidas, el titular de los derechos ha renunciado implícitamente a hacer efectivo el pago de la remuneración”, sin embargo, el legislador español pareciera no entenderlo así, ya que en el artículo 25 del TRLPI, ha consagrado la irrenunciabilidad al derecho de los autores, y los artistas, intérpretes o ejecutantes.

Para Garrote Fernández-Díez, la protección a las medidas tecnológicas le permite llegar a la conclusión que: “es evidente que el legislador europeo pretende que la copia privada sólo pueda jugar si lo permiten las medidas tecnológicas”.¹⁵⁶ Sin embargo, hay que tener en cuenta que la Directiva en su considerando 52, le impone a los Estados que opten por consagrar el límite de la copia privada, el impulsar mediante medidas voluntarias para la consecución del uso de la excepción y de lo contrario “adoptar medidas para que los beneficiarios de la excepción o limitación de que se trate puedan acogerse a la misma”¹⁵⁷

¹⁵⁶ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio. “EL DERECHO DE AUTOR EN INTERNET” Op Cit. Pág. 434.

¹⁵⁷ Ver considerando 52 DDASI

Por su parte el TRLPI, que fue reformado mediante la ley 23/2006, de 7 de julio, actualiza la redacción de la ley de propiedad intelectual adoptando un régimen uniforme, tanto para la copia privada en soporte papel como para las demás reproducciones, la compensación equitativa, en cambio tiene un diferente tratamiento para la copia analógica y la digital, recayendo esta última sobre equipos y soportes idóneos para realizar la copia, y siendo el objeto de la excepción libros y publicaciones asimiladas reglamentariamente a libros, los fonogramas y video gramas. Por su parte, la decisión de grabar o no los nuevos aparatos que hacen posible la copia digital, estará en manos de los ministerios de cultura e industria, pero su decisión no podrá imponer el canon al disco duro de los ordenadores, por mención expresa del mismo artículo 25 (Art. 25.7 b.) .Es por ello, que de conformidad con tal atributo, el 28 de junio de 2008, se actualizó el pago del canon en soportes como el CD y el DVD y se incluyeron los móviles. (Las tarifas serian de aplicadas hasta el 31 de diciembre de 2009).

En la reforma al TRLPI, el canon adquiere la denominación de: “compensación”; antes de la reforma se le denominada como: “remuneración”. Este cambio en la acepción surge quizá para zanjar el debate, sobre la naturaleza jurídica de la figura, ya que como lo señala Valero Fernández de Palencia: “La nueva redacción no deja lugar a dudas: el hecho que origina dicho derecho es un daño o perjuicio que se compensa a través del citado derecho de compensación equitativa por copia privada. Importante es también el que la compensación se califique de “equitativa” ya que, en cierto modo, es una manera de “zanjar” la polémica sobre la corrección de dicha compensación”, en el mismo sentido lo entiende Serrano Gómez, para quien lo que se pretende es compensar, para así evitar en la medida de lo posible que los titulares de los derechos “sufran una merma

excesiva en sus expectativas económicas derivadas de la normal explotación de la obra”¹⁵⁸

A consideración de Esteve Pardo:“el origen y justificación de este canon no es otro, que compensar los perjuicios económicos que el límite de copia privada para uso personal produce a la explotación normal de las obras y de prestaciones protegidas por derechos de propiedad intelectual”¹⁵⁹, lo anterior es la consagración de uno de los motivos y no el absoluto del canon que debe respetar todo sujeto que realiza una copia privada, empero lo consagra como una retribución de un perjuicio, pero esta compensación no siempre se retribuye por haber ocasionado un perjuicio, sino como reconocimiento de los derechos de autor, por sumarse a una cantidad considerable de copias privadas.

Desde otro punto de vista Cadarso considera, que la remuneración compensatoria (hoy “compensación equitativa”) surge :“como sistema que trata de conciliar, de una parte, los intereses patrimoniales del autor, titular de los derechos de explotación exclusiva en cualquier forma, y de otra parte, el acceso que la realidad tecnológica actual pone al alcance de la mayoría de los ciudadanos, sin posibilidad práctica de control individualizado, mediante la realización de copias o reproducciones para uso privado, en muchos casos necesarios para cumplir con el objetivo de acercar la cultura a los ciudadanos.”¹⁶⁰ Este aparte no conceptualiza simplemente la compensación por copia privada como retribución a las arcas del autor, sino

¹⁵⁸ SERRANO GOMEZ, Eduardo. “LA COPIA PRIVADA EN EL REFORMA DE LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL” Diario la ley N° 6493, Sección Doctrina, 30 de mayo de 2006.

¹⁵⁹ ESTEVE PARDO, Asunción. “EL CANON POR COPIA PRIVADA” dentro de la obra Novedades en la Ley de Propiedad Intelectual. (Coord. GINÉS CASTELLET, Núria) Ed. Bosch. 2007 Disponible en: <http://vlex.com/vid/canon-copia-privada-450146>

¹⁶⁰ CADARSO PALAU, Juan. Op. Cit. Págs.122-123

que la establece como medio de equilibrio entre autor y beneficiario que trata de mantenerse por medio de este sistema de conciliación, entre los derechos de explotación y el acceso de los usuarios a la información que ofrecen los medios tecnológicos.

Son beneficiarios de la compensación equitativa los titulares de los derechos exclusivos de autor y para su ejercicio necesitarán de las entidades de gestión, por tanto el autor solo podrá reclamar proporcionalmente ante las entidades de gestión y no frente a los sujetos obligados al cobro de la misma, quienes a su vez estarán obligados frente a las entidades de gestión.

Los sujetos deudores del canon de acuerdo con el artículo 25.4 del TRLPI son:

- a) Los fabricantes en España, en cuanto actúen como distribuidores comerciales, así como los adquirentes fuera del territorio español, para su distribución comercial o utilización dentro de éste, de equipos, aparatos y materiales previstos en el apartado 2.
- b) Los distribuidores, mayoristas y minoristas, sucesivos adquirentes de los mencionados equipos, aparatos y materiales, responderán del pago de la remuneración solidariamente con los deudores que se los hubieren suministrado, salvo que acrediten haber satisfecho efectivamente a éstos la remuneración y sin perjuicio de lo que se dispone en los apartados 14,15 y 20¹⁶¹

En cuanto al objeto, el canon recae sobre los equipos, aparatos y soportes materiales idóneos para realizar la copia privada para uso personal, de

¹⁶¹ Artículo 25.4 TRLPI

conformidad con lo que establezcan los Ministerios de Cultura y de Industria, Turismo y comercio.

La compensación equitativa, ha sido criticada por imponer un canon por un perjuicio hacia unos equipos, que aún no han sido utilizados para realizar la copia privada ó que pudieren no llegar a utilizarse nunca para tal fin.

Aunque existe la opción de acudir a la vía jurisdiccional, es poco operante por lo oneroso que puede resultar Sin embargo la audiencia provincial de Málaga, mediante sentencia de 19 de septiembre de 2006, que resuelve el recurso de apelación 267/2006, en el que se reclamaba la devolución del canon pagado sobre un CD-ROM que el demandante, adquirió y entregó en la Secretaria del Juzgado para la emisión de la correspondiente copia del acta del juicio, fundamentando así su acción, en el hecho que con el CD-ROM no estaba realizando copia privada de ningún documento sujeto a derechos de autor. En dicho proceso, el juzgador considera que:“ha de resolverse sobre la presunción legal de que en principio, la compra de soporte es para la reproducción de obras acogidas al amparo de la Legislación Especial, pero cabe, dado el tenor legal, justificar que el soporte se ha usado para otro concreto fin distinto de la reproducción de obras de autores, que es la causa de la tributación” cuestión esta que para el caso se probó; por lo que la audiencia basándose en que la presunción en litigio, es <<iuris tantum>> y la doctrina permite la destrucción del hecho presumido cuando de forma adecuada se impugna la acreditación del hecho básico que la sustenta, que en este caso se observó, trajo como consecuencia que la audiencia fallará a favor del accionante ordenando la devolución del importe pagado por él, a título de pago indebido.¹⁶²

¹⁶² Sentencia de Audiencia Provincial- Málaga, Sección 5ª Nº 570/2006, de 19 de septiembre de 2006. <http://audiencias.vlex.es/vid/propiedad-intelectual-26685051>

Lo sucedido en esta sentencia, nos permite determinar la problemática que puede generar la norma, ya que al permitir vías de escape al canon perdería en gran parte la esencia de la compensación equitativa, ya que precisamente ha sido concebida por la falta de certeza de la copia, donde lo que resulta relevante simplemente es la potencialidad del instrumento para realizar copias de materiales protegidos por derechos de autor. Con ello no se quiere significar, que la mejor opción sea desconocer las circunstancias especiales de los individuos que no utilizan el instrumento para copiar materiales protegidos por el derecho de autor, empero, el controlar cuales instrumentos destina el usuario a realizar copias privadas y cuáles no, resultaría en la práctica inoperante o de muy difícil aplicación.

En relación con los programas de ordenador y las bases de datos, es interesante mencionar que el Art. 31.2, exonera de compensación a los programas de ordenador y bases de datos. Delgado Echevarria, citado por Serrano, justifica esta distinción : “en la necesidad de otorgar a los titulares de los derechos de explotación de los programas de ordenador la posibilidad de controlar el uso de los mismos que otros hagan para hacer operar una máquina, es decir, excluir a cualquier sujeto que no sea un usuario legítimo. Se acude, de este modo a un criterio meramente económico para excluir la posibilidad de realizar copias para uso privado.”¹⁶³ Lo que lleva a concluir que los programas de ordenador y las bases quedan excluidos del marco de la copia privada, por legitimarse en manos de los usuarios a través de la licencia de uso, o el acceso autorizado, que evidencia la autorización previa del titular de derechos económicos. Pero parte de la doctrina española presuponen que no es un justificante fuerte para excluirlos del límite legal.

¹⁶³ SERRANO GOMEZ, Eduardo. “EL DERECHO DE REMUNERACION COMPENSATORIA POR COPIA PRIVADA” dentro de la obra Los Derechos de Remuneración de la Propiedad Intelectual. Ed. Dykinson. 2000. Disponible en:<http://vlex.com/vid/oacute-compensatoria-copia-privada-54681134>

Es por todo lo anterior que podemos decir que quizá la excepción con mayor problemática en su aplicación es la de la copia privada, pues si bien en el mundo analógico no tenía grandes repercusiones económicas y la remuneración equitativa que se pagaba por ella, llegaba a ser una solución a la problemática. En el entorno digital el reconocimiento de la copia privada en subsistencia de las medidas tecnológicas anti copia, puede como vimos terminar acarreado dificultades para el ejercicio de los derechos no solamente de los autores sino de, quienes hacen uso del derecho a la copia privada.

Para solucionar los inconvenientes que presenta el uso de la copia privada, se han realizado varias propuestas entre las que se incluyen eliminar la copia privada, solamente grabar los soportes donde quedan grabadas las copias¹⁶⁴ e incluso el presidente francés Nicolás Sarkozy llegó a un acuerdo con los proveedores de acceso a Internet y algunos sectores de la música y el cine, donde se encomendó a los operadores el deber de vigilar los archivos, que descargan e intercambian sus clientes, para que cuando se detectaran contenidos ilegales, enviar hasta dos correos electrónicos al usuario en el que se le ponía de manifiesto que estaba cometiendo un ilícito, además, en caso de reincidencia suspender temporal o definitivamente el servicio.

Modelo que como sostiene Ribera Blanes no funciona, ya que sería necesario ver el contenido de las comunicaciones con lo que se vulnera el secreto de las mismas, además esta solución es inviable desde el punto de vista tecnológico por la gran cantidad de contenidos que viajan en la red, lo que terminaría poniendo en manos de compañías privadas funciones de

¹⁶⁴ VALERO FERNANDEZ DE PALENCIA, Ana. "SOBRE LA RESPONSABILIDAD POR "COPIA PRIVADA" dentro de la obra Modalidades de Responsabilidad Jurídica: deber y Obligación. (coord. HOYO SIERRRA, Isabel Araceli y otro) Dykinson. 2008. Disponible en: <http://vlex.com/vid/responsabilidad-copia-privada-digital-55001697>

vigilancia y de policía que estarían en contra de sus intereses, ya que : “Los proveedores de acceso a Internet basan su beneficio económico en el número de abonados, si tenemos en cuenta la gran cantidad de usuarios particulares que contratan la línea ADSL para el intercambio de archivos, casi siempre con contenido protegido, ese control no produciría más que la disminución en el número de contratos y, en consecuencia, de sus beneficios. Todo esto hacer dudar que estas empresas pongan mucho empeño en este fin”¹⁶⁵

3.1.3. Límite Relativo a Fines de Seguridad Pública, Procedimientos Oficiales o en Beneficio de Personas con Discapacidad

En concordancia con el Artículo 31 bis, no se necesita la autorización del autor cuando la comunicación pública, reproducción o distribución sea objeto de procedimientos oficiales (tanto administrativos, parlamentarios o judiciales) o seguridad pública, lo que resulta procedente por la necesidad de ejecución de ciertos actos de justicia, o necesidad de protección de otros derechos que encabeza el Estado, delegando a sus entes colaboradores dejando claro que esta clase de autoridad debe proceder sin atropellos ni vulneración de derechos que no solo conciernen a los de autor.

En tanto a las personas con discapacidad, es un beneficio que la ley les otorga por su condición, con limitantes lógicos se establece la no percepción de lucro, para que esta posición de discapacidad, no sea usada por mentes inescrupulosas para infringir el derecho de autor aprovechando así, la prerrogativa que la ley les ha otorgado o, que la misma persona con discapacidad aproveche su condición. Nótese que la excepción aquí

¹⁶⁵ RIBERA BLANES, Begoña. “EL CANON DIGITAL” dentro de Diario La Ley. Sección Tribuna, 25 de Abril de 2008.

planteada no solamente involucra a la reproducción, sino que también autoriza a la comunicación pública y distribución cuando de motivos de seguridad pública se trata.

3.1.4. Limite de Cita

Es común necesitar para algún texto, escrito, trabajo, el conocimiento textual o indirecto de un autor, cuya obra ya ha sido divulgada. Por medio de la cita se va a traer a colación reconociendo la autoría, consecuentemente en alguno de estos trabajos, el derecho de cita va en concordancia con el derecho a la información y el crecimiento de esta; es así, que a consideración de Pérez Gómez, el concepto de cita, consiste: “en la utilización de un fragmento, pasaje o extracto de una obra ajena, pero no la reproducción íntegra de la obra”¹⁶⁶,

Para llegar a entender en qué consiste este límite al derecho de autor, hay que partir de lo establecido en el Convenio de Berna, específicamente en su artículo 10 que reza: “Son lícitas las citas tomadas de una obra que se haya hecho lícitamente accesible al público, a condición que se haga conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga, comprendiéndose las citas de artículos periodísticos y colecciones periódicas bajo la forma de revistas de prensa”

Según el artículo transcrito, dentro de los mínimos requisitos que menciona se encuentra la licitud en la accesibilidad del público, por tanto debe ser una

¹⁶⁶PÉREZ-GÓMEZ CASTÁN, Antonio. “PANORÁMICA GENERAL DE LA CITA COMO LÍMITE AL DERECHO DE AUTOR EN INTERNET” dentro de la Colección de Propiedad Intelectual. Los Límites del Derecho de Autor. (Coord. ROGEL VIDE, Carlos) Ed. Reus. Madrid 2006 Pág. 134

obra ya publicada y en cuanto a la forma se requiere simplemente hacer la cita conforme a los usos honrados. En comentario sobre la consagración de la cita en el Convenio de Berna, Rogel Vide citando a Claude Masouye en la guía del Convenio, deja sentando que la restricción que representa la excepción de la cita al derecho de autor se justifica en atender los requerimientos del público y la necesidad de información. Así mismo, enumera tres condiciones para la licitud de las citas que son: 1. Que la obra de la que se toma la cita haya sido accesible lícitamente al público, 2. Que se haga conforme a los: “Usos Honrados”, entendidos como: “lo que es normalmente admisible, a lo que no se opone en sentido común”. Y por último, la cita debe hacerse “en la medida justificada por el fin que se persiga”¹⁶⁷

En la legislación española la Directiva 2001/29/CE estipula, que los países miembros podrán establecer excepciones o límites a los derechos de reproducción y comunicación pública, consagrando dentro de ellos la cita, en el artículo 5.3 literal d) :“cuando se trate de citas con fines de crítica o reseña, siempre y cuando estas se refieran a una obra o prestación que se haya puesto ya legalmente a disposición del público, se indique, salvo en los casos en que resulte imposible, la fuente, con inclusión del nombre del autor y se haga buen uso de ellas, y en la medida en que lo exija el objetivo específicamente perseguido.”

La Directiva presenta una interpretación más restrictiva que la del Convenio de Berna del derecho de cita, que no solamente se desprende del tenor literal del numeral 3.d. sino del mismo considerando 44 que en su inciso final contempla la posibilidad para los Estados miembros, de limitar aún más, el alcance de determinadas excepciones o limitaciones en lo tocante a ciertas nuevas utilidades de obras protegidas por derechos de autor. Además de

¹⁶⁷ ROGEL VIDE, Carlos. “NOTAS SOBRE EL DERECHO DE CITA DE OBRAS LITERARIAS O ARTISTICAS” dentro de Diario la Ley Tomo 4, Editorial La Ley. Pág. 980.

la lectura del artículo 5.3 de la DDASI, se evidencian que para poder hablar de cita se debe tener por objetivo criticar o reseñar, la obra debe de haber sido publicada y puesta a disposición del público y por último en la medida de lo posible indicar la fuente. Así mismo, aún cuando la norma no establece lo amplio de la cita acude a un criterio subjetivo como es el que se haga buen uso de ellas, en la medida que lo exija el objetivo específico perseguido.

Por su parte el TRLPI recientemente modificado por la ley 23/2006, en lo que respecta a la excepción de cita ha sido especialmente objeto de críticas, pues para algunos autores la nueva redacción de la norma no cumple con la función de adaptar la norma a la Directiva, para lo cual procederemos a estudiar la nueva redacción y compararla con lo establecido en la Directiva.

Pero antes de ello, se hace la salvedad que para el estudio de la totalidad del artículo 32, lo dividiremos en partes ya que se refiere a la cita propiamente dicha, a las revistas de prensa y la ilustración para la enseñanza.

El derecho de cita propiamente dicho se regula en el párrafo primero del artículo 32, que en la adaptación de la Directiva solamente sufre un cambio que es la supresión del vocablo análogo, por lo que de aquí en adelante las obras que se pueden incluir en forma completa pero aislada serán las de caracteres plásticos o figurativos (no análogos). Por ello, en lo que respecta al párrafo primero salvo la modificación anterior, se mantiene la redacción anterior a la reforma de 2006, por que quizá el legislador consideró que no eran necesarias más adaptaciones de la norma, para integrar lo regulado en la DDASI, por ello se hace necesario determinar si la redacción que se mantuvo no interfiere con la Directiva.

Artículo 32. Cita e ilustración de la enseñanza.

1. Es lícita la inclusión en una obra propia de fragmentos de otras ajenas de naturaleza escrita, sonora o audiovisual, así como la de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo, siempre que se trate de obras ya divulgadas y su inclusión se realice a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico. Tal utilización sólo podrá realizarse con fines docentes o de investigación, en la medida justificada por el fin de esa incorporación e indicando la fuente y el nombre del autor de la obra utilizada.

Ahora bien en relación con el artículo transcrito y la Directiva, tenemos que los fines de investigación o docentes no se contiene en la Directiva, ésta se refiere a la justificación para el fin que se persiga; En cuanto a la extensión de la misma, en el texto español debe de tomarse como cita “un fragmento” de obra ajena, salvo en las obras plásticas y fotografía figurativa, cuestión ésta que no se menciona en la norma comunitaria. Por otra parte, la Directiva utiliza la expresión: “puesta a disposición del público”, mientras que la ley española mantiene la expresión “divulgada”; en cuanto a la indicación de la fuente en la norma española se plantea como un deber indicar la fuente y el nombre del autor de la obra, mientras la Directiva previendo la posibilidad de difícil obtención de los datos de la fuente, prevé la posibilidad de no indicarla “en los casos que resulte imposible”; por último la Directiva entiende la cita como una excepción que requiere un buen uso de ella, que no exige la norma interna.

A pesar de las diferencias relacionadas hasta aquí y de la poca adaptabilidad de la norma a la Directiva, lo establecido en la ley española limitando aún más los requisitos de la cita no contradice la Directiva, que como afirma Castán Pérez-Gómez: “es cierto que en sus líneas maestras no parece que la regulación de la cita en nuestra normativa difiera en gran

medida de la propuesta comunitaria”,¹⁶⁸ Además la misma norma comunitaria, es la que prevé la posibilidad para los Estados miembros de establecer limitaciones o excepciones o limitaciones en casos como la cita (considerando 34 DDASI).

En el caso español y basado en lo expresado por Caparrós de Olmedo diremos que los requisitos del derecho de cita son:

- a. Que las obras que se incorporen en la obra propia estén previamente divulgadas.
- b. Que se incorporen fragmentos de obras ajenas o, en el caso de obras de carácter plástico o fotográfico figurativo, se incorporen obras completas pero aisladas.
- c. Que la incorporación de las obras ajenas sea a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico.
- d. Que la finalidad sea docencia o investigación.
- e. Que se indique la fuente y el nombre del autor.”¹⁶⁹

El que la obra ya se encuentre divulgada responde a los requisitos del artículo 4 de la LPI, por tanto se debe de tratar de obras, que con la anuencia del autor hayan sido accesibles al público por primera vez en cualquier forma. Sin embargo, como afirma Gómez Laplaza se podrán citar obras inéditas cuando se cuente con el consentimiento del autor.¹⁷⁰

¹⁶⁸ PÉREZ-GÓMEZ CASTAN, Antonio. “PANORAMICA GENERAL DE LA CITA COMO LIMITE AL DERECHO DE AUTOR EN INTERNET” Op. Cit. Pág. 142.

¹⁶⁹ CAPARRÓS DE OLMEDO, Silvia. “EL DERECHO DE CITA Y EL PRESS CLIPPING” dentro de Novedades en la Ley de Propiedad Intelectual. Bosch Editor Enero 2007. Disponible en: <http://vlex.com/vid/derecho-cita-press-clipping-450147> cita 169

¹⁷⁰ GÓMEZ LAPLAZA, María del Carmen. “LIMITES” Dentro de la obra Comentarios al Código Civil Y Ley de Propiedad Intelectual. Tomo V Vol.4-A Ed. Edersa 1994. VLEX-228640

En la reforma de 2006, el artículo 32 no solamente trata el derecho a cita, sino que también se refiere a las revistas de prensa y la ilustración para la enseñanza, por lo que el nuevo título del artículo se denominará de allí en adelante “cita e ilustración de la enseñanza.” Sin embargo, a pesar de encontrarse en el mismo artículo como decíamos en líneas anteriores lo dividiremos para una mejor delimitación de cada una de ellas, refiriéndonos a continuación a las revistas de prensa, con especial relación a la actividad de estas y el denominado <<press clipping>>.

El inciso segundo del artículo 32.1 del TRLPI tras la reforma, se redactó en los siguientes términos:

“Las recopilaciones periódicas efectuadas en forma de reseñas o revista de prensa tendrán la consideración de citas. No obstante, cuando se realicen recopilaciones de artículos periodísticos que consistan básicamente en su mera reproducción y dicha actividad se realice con fines comerciales, el autor que no se haya opuesto expresamente tendrá derecho a percibir una remuneración equitativa; en caso de oposición expresa del autor, dicha actividad no se entenderá amparada por este límite.”

La discusión respecto de la inclusión de las revistas de prensa dentro del derecho de cita, se ha centrado en el incumplimiento de los requisitos generales de la misma. Sin embargo, lo que hace la norma es una equiparación de una figura que sin cumplir los mismos requisitos de la cita en general se equiparará a aquella.

Esta actividad ha sido relacionada con el derecho de cita por la mención que hace el Convenio de Berna de éstas, en el artículo 10: “comprendiéndose las citas de artículos periodísticos y colecciones periódicas bajo la forma de

revistas de prensa”. Sin embargo, como quiera que la norma no define qué se entiende por revistas de prensa ni en qué condiciones se debían de hacer tales citas, con la llegada de Internet, se ha convertido este negocio en el dolor de cabeza de los que se dedican a las actividades periodísticas, ya que los titulares de las páginas web que realizan <<*press clipping*>> son quienes reciben la visita del usuario a sus páginas web, para luego redireccionarlos, hacia la página web donde se encuentra el original de la noticia consultada mediante la técnica de enlace profundo generando así, pérdidas para los titulares de la página original especialmente en lo que respecta a publicidad.

Por otra parte, el <<*Press Clipping*>> definido por Caparrós de Olmedo como: “seguimiento de los medios de prensa y la elaboración de dosieres de noticias, resumidas o completas, habitualmente a medida del cliente.”¹⁷¹

Los propietarios de los << *press clipping*>> han querido amparar su actividad dentro de la excepción de cita, pero de acuerdo con los requisitos básicos de la cita éstas revistas de prensa, ó por lo menos las que hacen uso de los artículos completos de una noticia, no se ajustan a la excepción del derecho de autor; porque además hay que recordar que todas las excepciones al derecho de autor, estarán determinadas por el cumplimiento de la prueba de las tres fases, que difícilmente podría superar la actividad del << *press clipping*>>

Así mismo, en cuanto a la extensión “fragmento de la obra”, considera Caparrós Olmedo, que no es admisible la inclusión de la obra en su totalidad, así mismo niega la posibilidad de ampararse en lo regulado en el

¹⁷¹CAPARRÓS DE OLMEDO, Silvia. “EL DERECHO DE CITA Y EL PRESS CLIPPING” dentro de Novedades en la Ley de Propiedad Intelectual. Bosch Editor Enero 2007. Disponible en: <http://vlex.com/vid/derecho-cita-press-clipping-450147> cita 169

artículo 52 LPI a favor de obras reproducidas en publicaciones periódicas, pues este artículo se refiere al derecho a explotarlas en cualquier forma, que no perjudique la normal explotación de la publicación de la que se hayan insertado. Por consiguiente, considera la autora: “el <<*Press Clipping*>> no solo actúa contrariamente a los intereses y derechos de los medios de prensa en los supuestos en los que estos sean titulares de los derechos de explotación (bien por contrato de cesión bien por aplicación del artículo 51.2. LPI), sino que infringe también los derechos de explotación de los propios autores de los artículos que reproduce, distribuye y comunica.”¹⁷²

Por otra parte, la figura del <<press clipping>> ha sido estudiada por algunos autores desde la perspectiva de la competencia desleal, teniendo en cuenta la libertad de imitación que protege la ley de competencia desleal (ley 109/1991) donde como manifiesta Peinado Gracia, el derecho se encuentra limitado cuando comporte un aprovechamiento del esfuerzo ajeno. Por ello el autor en mención considera, que lo que determina la deslealtad es el aprovechamiento del esfuerzo ajeno, que para el caso de “las empresas de *press clipping* pueden debilitar o, incluso, destruir la posición ganada por los diarios y revistas mediante la mera actividad, consistente en la reproducción de los contenidos digitales (o en soporte papel) que ofertan al mercado prestaciones equivalentes de informaciones, crónicas, artículos de opinión, viñetas, etc., sin incurrir en gastos; así, suprimen la ventaja temporal del diario o revista y desincentivan la creación de nuevos diarios o revistas o la consolidación de los ya existentes.....

Así las cosas, a través de su reiterada práctica de reproducción de los titulares, noticias y fotografías extraídas de los diarios con el fin de desarrollar su modelo de negocio, consistente en seleccionar noticias

¹⁷² CAPARRÓS DE OLMEDO, Silvia. “EL DERECHO DE CITA Y EL PRESS CLIPPING” Novedades en la Ley de Propiedad Intelectual. Opp. Cit.

previamente editadas y publicadas, las empresas de <<press clipping>> se están aprovechando del esfuerzo de los distintos editores de los diarios, de las inversiones en medios materiales y personales que los mismos realizan y fundamentalmente del trabajo diario de multitud de profesionales del periodismo, volcados en informar a la población de los hechos acaecidos en el día a día. A este aprovechamiento del esfuerzo ajeno habríamos de sumarle el aprovechamiento de la reputación de la que goza cada uno de los diarios periodísticos, cada uno en su sector informativo, reputación obtenida por el esfuerzo realizado día a día con el fin de ganarse la confianza de sus lectores.”¹⁷³

Sin embargo, esta posición no es fácil de sostener ya que una nutrida doctrina sostiene que la ley de competencia desleal, es subsidiaria y por tanto frente a los derechos protegidos por la ley de propiedad intelectual, es esta norma la única que debe acudir en su defensa.

Por su parte el Juzgado de lo Mercantil N° 2 de Madrid en sentencia de 12 de junio de 2006, que aunque anterior a la reforma de la ley se pronuncia respecto de la naturaleza de la actividad del <<press clipping>> entendiendo que ésta, no debe necesariamente cumplir con los mismos requisitos de la cita, que además es de la naturaleza de la revista de prensa la inclusión íntegra y con carácter sistemático de artículos periodísticos previamente divulgados a través de otros medios de comunicación.¹⁷⁴

Por las razones expuestas como se puede observar, se hacía necesario que el legislador interviniera para regular las denominadas revistas de prensa, lo

¹⁷³ PEINADO GRACIA, Juan Ignacio y otro. “PRESS CLIPPING: competencia Desleal y Propiedad Intelectual” dentro de la Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución. N° 2, Sección Estudios, Enero- Junio 2008. Ed. La Ley.

¹⁷⁴ Juzgado Mercantil N° 3 de Madrid, de 12 de junio de 2006. 2006/183319.

que efectivamente se realizó, pues la mayor reforma del derecho de cita en 2006 se operó en este aspecto:

La nueva redacción del segundo párrafo del artículo 32 es: “Las recopilaciones periódicas efectuadas en forma de reseñas o revista de prensa tendrán la consideración de citas. No obstante, cuando se realicen recopilaciones de artículos periodísticos que consistan básicamente en su mera reproducción y dicha actividad se realice con fines comerciales, el autor que no se haya opuesto expresamente tendrá derecho a percibir una remuneración equitativa. En caso de oposición expresa del autor, dicha actividad no se entenderá amparada por este límite.”

Desde el preámbulo de la ley 23 de 2006, que modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, se menciona que esta reforma opera como una matización a la excepción: “facultando al autor, en determinados casos, a oponerse a la realización de aquellas cuando consistan en la mera reproducción de artículos periodísticos.” Es por ello que de conformidad con la nueva redacción de la norma, las recopilaciones en forma de reseñas o revistas de prensa, que no consistan en la “mera reproducción” de los artículos periodísticos ni se realicen con fines comerciales quedan incluidos dentro del régimen de la cita (párrafo 1); por su parte, cuando las recopilaciones supongan la mera reproducción de los artículos periodísticos y se haga con fines comerciales, el autor tendrá derecho a percibir una remuneración equitativa, además si se opusiere expresamente no se podrán incluir los artículos.

Así pues, se crean dos regímenes diferentes dependientes de si la actividad consiste en la mera reproducción o no y de la finalidad comercial que se busque.

La posición adoptada por el legislador ha planteado para la doctrina grandes interrogantes, frente a la utilización efectiva de la figura en el caso del <<*press clipping*>> entre los que se destacan:

- La falta de concreción sobre quién es el titular de este derecho de oposición, teniendo en cuenta que lo que se utilizan son artículos periodísticos, que se encuentran dentro de un periódico en el que en principio corresponde la explotación económica al editor.
- Por otra parte, pareciera que se requieren los dos requisitos para el segundo régimen es decir, que es necesaria que además que la actividad sea la mera reproducción se realice con fines comerciales.
- En cuanto a la remuneración equitativa, no se establece la naturaleza y las condiciones del canon.
- Por último y respecto a la posibilidad que tiene el autor de oponerse expresamente a la reproducción, no queda claro el momento y las circunstancias como se deba dar la negativa.

Pero esta imprecisiones ya se conocían antes de la reforma, pues con el afán de remediarlas, se intentó por medio de un grupo de entidades de prensa la creación de la <<Gestora de Derechos de Prensa>>, precisamente con la finalidad de que gestionara los derechos de propiedad intelectual, respecto de los resúmenes de prensa o noticias divulgadas por cualquier medio o procedimiento, que pertenecieran a los editores de prensa y demás medios de comunicación impresa, sonora y audiovisual. Sin embargo, tal intento fue frenado por el Tribunal de Defensa de la Competencia, para quien el crear esta entidad de gestión, podía producir una alteración importante en la actividad del *press clipping*, creando una “fuerte concentración de las fuentes de aprovisionamiento, especialmente desde la concentración de los materiales publicados por la prensa como insumo fundamental para la producción de *press clipping*.”

Consecuencia de todo lo cual, considera este tribunal que la aplicación del citado contrato deriva en un conjunto de conductas prohibitivas a la luz del Art.1 de la LDC”.¹⁷⁵

Otro aspecto importante que hay que tener en cuenta, es la consideración a si el extracto de la noticia merece la consideración de obra protegida, pues pareciera que la reforma partiera de considerar cualquier fragmento de la noticia de prensa como obras protegidas por el derecho de autor y no hay que olvidar, que cualquier producción del talento humano debe cumplir ciertos requisitos para ser entendida como una obra intelectual y por ende el extracto del mismo debe reflejar tal condición.

Este planteamiento lo pone de manifiesto el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en la sentencia de 16 de julio de 2009, en la que una empresa Danesa, tomaba la prensa escrita, la escaneaba para convertirla al formato informático y tomar pequeños fragmentos, de acuerdo con unas palabras claves, previamente concertadas con sus clientes que se acompañaban de las 5 primeras y las cinco posteriores palabras que acompañaban al termino, para enviar posteriormente a sus clientes. Pues bien, el Tribunal consideró que la finalidad de la Directiva era dar protección a los autores de las obras “siempre que contengan determinados elementos que expresen la creación intelectual del autor...” así mismo establece que por los amplios términos de protección conferidos por la Directiva, no se podría: “descartar que determinadas frases sueltas, o incluso algún elemento de las frases que integran el texto de que se trate, puedan transmitir al lector la singularidad de una determinada publicación, como un

¹⁷⁵ GINER PARREÑO, César A. y otro. “RESEÑAS JURISPRUDENCIALES DEL TS Y DEL TDC SOBRE INCOMPATIBILIDAD ENTRE MARCAS Y NOMBRE COMERCIAL POSTERIOR; Aprovechamiento Indebido de la Reputación de Otros Signos o Medios Registrados; Actividad de Press Clipping, Etc. Derecho de los Negocios, Nº 176, Sección Competencia. Propiedad Industrial e Intelectual, Mayo 2005, Pág. 59, Editorial La Ley.

artículo de prensa, haciéndolo partícipe de un elemento que condensa la expresión de la creatividad intelectual única del autor” Lo que llevó a concluir al tribunal sobre la necesidad de valorar si el extracto de la noticia, “contiene algún elemento capaz de expresar la creación intelectual propia del autor”¹⁷⁶

Por último el artículo 32 se refiere a la ilustración para la enseñanza.

Esta ilustración para la enseñanza ya había sido establecida en el artículo 10 del Convenio de Berna, donde se autoriza a los países miembros a establecer una excepción a favor de la ilustración para la enseñanza, siempre que se realice conforme a los usos honrados y se encuentre justificada por el fin que se persigue.

Por su parte la DDASI, en su considerando 14 pone de manifiesto la necesaria protección de las obras, para fomentar el aprendizaje y la cultura, pero también aspira el permitir al mismo tiempo las excepciones o limitaciones en interés general para fines educativos y docentes. Por su parte, el considerando 42, respecto de la educación a distancia, establece como criterios para determinar su naturaleza no comercial la actividad en sí y no la estructura institucional ni los medios de financiación de la misma. Sin embargo, en el tenor literal de la norma no se hace mención a la educación a distancia, por lo que no queda claro cómo se aplica el considerando 42 en la DDASI.

El TRLPI garantiza al profesorado de la educación reglada el poder realizar sin autorización del autor, actos de reproducción, distribución y

¹⁷⁶ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Sala Cuarta, Sentencia de 16 de julio 2009, Rec. C-5/2008. La Ley 148019/2009.

comunicación pública de pequeños fragmentos de obras o de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo, excluidos los libros de texto y los manuales universitarios, cuando tales actos se hagan únicamente para la ilustración de sus actividades educativas en las aulas, en la medida justificada por la finalidad no comercial perseguida, siempre que se trate de obras ya divulgadas, salvo en los casos en que resulte imposible, se incluyan el nombre del autor y la fuente

Respecto de este límite Rogel Vide citando a Wistrand considera que: «La excepción en favor de la enseñanza ocupa un lugar de relieve en la opinión pública, y las modalidades de su construcción jurídica pertenecen a los problemas que atraen la atención de todas las capas de la población... En nuestros días, la excepción se presenta como un aspecto del problema general respecto del cual el legislador se ve constantemente constreñido a tomar postura, sopesando equitativamente los intereses en juego. El interés opuesto al del autor es definido, en ocasiones, como una «necesidad de instrucción pública», en otras, como una necesidad de «instrucción popular»... La salvaguarda de este interés debe de concebirse como una excepción al derecho exclusivo del autor».¹⁷⁷

La ilustración para la enseñanza regulada en éste parágrafo 2 del artículo 32, se caracteriza por tener por finalidad única la ilustración con fines educativos excluyendo la investigación científica; en lo que respecta a la indicación de la fuente, resulta excusable el no incluirla cuando sea imposible determinarla.

La relación que tiene la ilustración para la enseñanza con Internet, es el paso que los maestros han hecho de la simple pizarra, las obras analógicas al uso de los “spaces”, en los cuales los alumnos ingresan trabajos o el

¹⁷⁷ ROGEL VIDE, Carlos. “NOTAS SOBRE EL DERECHO DE CITA DE OBRAS LITERARIAS O ARTISTICAS” dentro de el diario la Ley. 1984. Base de Datos La Ley.

docente cita obras o links que remiten información de interés del curso, lo cual debe por ende respetar no solo el límite de cita sino todos los derechos de autor, para no incurrir en el común plagio en las comunidades educativas. Pero al respecto hay que señalar que parece ser la intención del legislador exceptuar las reproducciones del mundo digital, ya que establece como requisito que la reproducción distribución o comunicación se realice en el aula de clase. Lo que realmente es una lástima, pues de esta manera se dejan de regular las circunstancias especiales de los planes docentes que se desarrollan a distancia.

En la misma secuencia de ideas, las reproducciones de las obras con el fin absoluto de investigación deben ser llevadas a cabo sin ningún ánimo de lucro y por entes como los museos, bibliotecas, fonotecas, filmotecas, hemerotecas o archivos de titularidad pública o integrada en instituciones de carácter cultural o científico.

3.1.5. Limite Trabajos Sobre Temas de Actualidad

Consagrado en el artículo 33 del TRLPI, se extiende a los medios de comunicación que se presentan no solo en la televisión, radio y periódico sino en portales de noticias en Internet, que cada día son más visitados por presentar en tiempo real lo sucesos transformados en artículos, crónicas o reportajes, razón por la cual es común que todos los canales de televisión que reportan noticias, o periódicos, tengan un portal en internet. Aunque taxativamente no lo exprese la norma, es extensible tal límite por analogía a los ambientes virtuales, porque la esencia de los medios de comunicación no es la forma sino la información de actualidad que difundan.

Para Navas Navarro, este precepto legal engloba dos clases de cesiones voluntaria (artículo 33.1) y legal (artículo 33.2), la primera de estas considera que los medios de comunicación pueden reproducir, comunicar y distribuir trabajos y artículos sobre temas de actualidad, difundidos por otros medios de comunicación a menos que medie reserva de derechos por el autor, autores o cesionarios, la cual debe ser declarada por medio de la voluntad, para que un tercero no pueda explotar económicamente este trabajo, es decir que para que la reserva de derechos sea efectiva debe manifestarse tal suceso, de no ser así se entenderá implícitamente que otro medio de comunicación puede disponer de las creaciones de actualidad. En tanto la cesión legal, no prevé reserva de derechos, su fuente se encuentra en la ley, lo que la diferencia evidentemente de la voluntaria es la retribución onerosa que genera esta por la reserva de derechos, por el contrario la legal no, empero el artículo 33 estipula dos requisitos: originalidad y que la obra ya se encuentre divulgada ¹⁷⁸, (claro está en el caso de no tener reserva de derechos).

Es así como en las conclusiones nuestra autora en remembranza, propone que en la próxima reforma a la LPI, debería haber una referencia expresa a los medios de comunicación presentes en internet, sin estar de mas pronunciarse si las obras objeto de este límite pueden ser reproducidas, distribuidas o comunicadas públicamente de manera parcial o total.¹⁷⁹

El artículo 33.1, contempla dos supuestos que pueden consagrarse como una creación original del ingenio humano inspirada en un hecho social, como es la crónica periodística, la entrevista o las críticas que se basan en un

¹⁷⁸ NAVAS NAVARRO, Susana. "UTILIZACION DE TRABAJOS Y ARTICULOS PRONUNCIADOS EN PUBLICO O DIFUNDIDOS POR LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN SOCIAL, AUTORIZACIONES Y REMUNERACIÓN" dentro de Colección de Propiedad Intelectual. Los Límites del Derecho de Autor (Coord. ROGEL VIDE, Carlos) Ed. Reus. Madrid 2006 Pág. 166-168

¹⁷⁹ *Ibíd.* p.186

tema de actualidad, que reúnen los elementos básicos (entre ellos la originalidad) para recibir protección por el derecho de autor, independientemente del límite estipulado en este aparte legal, por otro lado el numeral 2 del artículo 33, también podría ser susceptible de reserva de derechos, en el caso de las conferencias y alocuciones, dependiendo por quien se haya promulgado y la forma; en el caso de los informes ante los Tribunales, es evidente que no puede poseer reserva de derechos, por que se asemeja a las leyes que por tener origen en el interés general no pueden tener restricción de acceso. No obstante, el mismo numeral al estipular como límite: “otras obras del mismo carácter que se hayan pronunciado en público” su enunciado es ambiguo, ya que no estipula expresamente que clase de obras o que requisitos deberían cumplir para consagrarse como límite.

3.1.6. Reproducción por Bibliotecas y Otras Entidades

En el considerando 40 de la DDASI se crea la posibilidad para los Estados miembros de crear una excepción a favor de “determinados establecimientos sin fines lucrativos, como bibliotecas accesibles al público y entidades similares, así como archivos”. Así mismo, el considerando de manera expresa niega la posibilidad de beneficiarse de tal excepción: “a las utilizaciones realizadas en el contexto de la entrega en línea de obras o prestaciones protegidas”

Por su parte, en el artículo 5 de la misma Directiva cuando refiere a las excepciones al derecho de reproducción, lo trata en los apartados que procedemos a transcribir:

- El apartado 2.c) se refiere a los “actos específicos de reproducción efectuados por bibliotecas, centros de enseñanza o museos accesibles al

público, o por archivos, que no tengan intención de obtener un beneficio económico o comercial directo o indirecto.

- El apartado 3n) se refiere a la limitación tanto a los derechos de reproducción y puesta a disposición del público, cuando se dirija a personas concretas del público para fines de investigación o estudio personal: “a través de terminales especializados instalados en los locales de los establecimientos”; por tanto deja fuera de su ámbito el acceso remoto, y lo limita a las: “obras y prestaciones que figuran en sus colecciones y que son objeto de condiciones de adquisición o licencia”.

El TRLPI contempla la reproducción de estas instituciones en el artículo 37, que fue modificado mediante la Ley 23/2006. La reforma consistió en la modificación del enunciado del artículo como “Reproducción, préstamo y consulta de obras mediante terminales especializados en determinados establecimientos”, además, junto a los fines de investigación se agrega el de conservación y se incluye el nuevo apartado tercero, para incorporar lo ya regulado en la DDASI con respecto a la comunicación y puesta a disposición de obras a determinadas personas, a efectos de investigación en redes cerradas e internas.

Así pues, para que se dé la excepción se requiere que la reproducción se realice por museos, bibliotecas, fonotecas, filmotecas, hemerotecas o archivos públicos ó de instituciones de carácter cultural o científico además, la reproducción debe de carecer de una finalidad lucrativa y por último se debe realizar para fines exclusivos de investigación. El cumplimiento de estos requisitos es inexcusable y así lo han entendido los tribunales declarando la importancia del cumplimiento de las condiciones que expresa la norma; respecto del requisito más discutido, referente a los fines de investigación han conceptualizado sobre la no asimilación con la docencia ya

que para esta última requerirán las bibliotecas de obtener licencias de reproducción (este para las reproducciones reprográficas.)¹⁸⁰

3.1.7. Límite a las Bases de Datos.

Las bases de datos la encontramos definidas en el artículo 12.2 del TRLPI, como: “las colecciones 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 otra parte, el artículo 133 del TRLPI se refiere al derecho <<*sui generis*>> sobre las bases de datos que sin ser originales, para la obtención verificación o presentación de su contenido su fabricante ha realizado una inversión sustancial ya sea de medios financieros, tiempo, esfuerzo, energía u otros.

Estas dos formas independientes de protección sobre las bases de datos, como lo reseña Forgas Folch, trae como consecuencia que exista diferencia entre ambos regímenes: “mientras subjetivamente el derecho de autor protege a éste, el derecho *sui generis* lo hace al fabricante; en el primero las bases de datos se protegen por su originalidad, mientras por el segundo solo se protegerán las bases de datos que sean resultado de una inversión sustancial y en derecho de autor no sólo se tutela la vertiente económica

¹⁸⁰ Tribunal Supremo, Sentencia .8 de junio 2007. Recurso 2510/2000.

sino también la moral lo que no sucede con el derecho *sui generis* que pone especial relevancia en la inversión patrimonial realizada.”¹⁸¹

En lo que respecta a la tutela de las bases de datos , se encuentran protegidas de dos maneras diferentes en el TRLPI; si las mismas son consideradas como originales y teniendo en cuenta la especial disposición y selección de contenidos, contarán con la protección tradicional de la propiedad intelectual, pero si la base de datos no se reviste de originalidad, pero para su fabricación se haya efectuado una inversión sustancial, cualitativa o cuantitativamente considerada, ya de medios financieros, tiempo, esfuerzo, energía u otro de similar naturaleza, este esfuerzo que hace el fabricante es lo que da origen a lo que se ha denominado como el derecho <<sui generis>>.

El derecho *sui generis* sobre las bases de datos reseñado en el artículo 133 del TRLPI, tiene por objeto el otorgar al fabricante el derecho a: “prohibir la extracción y/o reutilización de la totalidad o de una parte sustancial del contenido de ésta, evaluada cualitativa o cuantitativamente”¹⁸², a su vez los literales b y c del mismo artículo definen la extracción y la reutilización en los siguientes términos:

¹⁸¹ FORGAS FOLCH, Jordi Lluís. “EL DERECHO SUI GENERIS DE LA BASE DE DATOS” dentro de Diario La Ley. N° 6134 Sección Doctrina, 24 nov., 2004. Ed. La Ley.

¹⁸² Artículo 133 del TRLPI.

“ b) Extracción, la transferencia permanente o temporal de la totalidad o de una parte sustancial del contenido de una base de datos a otros soporte cualquiera que sea el medio utilizado o la forma en que se realice.

c) Reutilización, de 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 en forma de venta u otra transferencia de su propiedad o por alquiler, o mediante transmisión en línea o en otras formas.”

Respecto de estos actos Messía de la Cerda Ballesteros, considera que los mismos: “exigen que los datos se saquen físicamente fuera de la base para elevarlos a otro soporte, siquiera dicho traspaso, aunque efectivo, se realice de manera temporal”¹⁸³

En cuanto a las excepciones o limitaciones que le afectan, también tendremos dos regímenes diferentes, pues a las primeras bases de datos, es decir, las que se consideren originales les será aplicables las excepciones dispuestas para las creaciones intelectuales que reseñamos en los numerales anteriores; por su parte las bases de datos amparadas por el derecho <<sui generis>>, tiene su propio régimen de excepciones consagrado en el artículo 135 del TRLPI, que se refieren a los actos de extracción o reutilización de una parte sustancial del contenido, que pueden realizar los usuarios legítimos de una base de datos sin la autorización del fabricante cuando:

¹⁸³ MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús Alberto. “LA PROTECCION JURIDICA DEL FABRICANTE DE BASES DE DATOS: Derecho Sui Generis y Competencia Desleal” Dykinson, 2006.

- a) Para fines privados de una base de datos no electrónica.
- b) Para la ilustración de la enseñanza o de investigación científica en la medida justificada por el objetivo no comercial que se persiga y siempre que se indique la fuente.
- c) Para fines de seguridad pública o a efectos de un procedimiento administrativo o judicial.

Por tanto, las excepciones al derecho <<sui generis>> de las bases de datos se otorgan solamente a los usuarios legítimos. Sin embargo algunos autores consideran que cada una de las excepciones responde a intereses diversos, y en el caso de los fines de seguridad pública se debería flexibilizar la norma ya que la excepción obedece a un interés público.

3.2. LIMITES AL DERECHO DE AUTOR EN COLOMBIA.

En Colombia no se ha desarrollado una legislación en cuanto a los límites o excepciones al derecho de autor en el entorno digital, por lo que en su condición de miembro del TODA Y TOIEF se deben de aplicar las mismas normas del mundo analógico, en la medida en que no resulte incompatible con la regla de los tres pasos, que se aplicará de forma prevalente.

Ello es así, por cuanto las excepciones se han planteado para el mundo analógico y su aplicación en el digital no puede ir en detrimento de la normal explotación de la obra, ni causar un perjuicio injustificado a los intereses del autor.

La aplicación de las excepciones por tanto no es tarea fácil, pues como lo sostiene Monroy “Una misma limitación o excepción puede tener efectos diferentes en el entorno analógico y en el entorno digital, en donde sus consecuencias pueden llegar a generar un mayor impacto en detrimento de los titulares de derechos de autor y conexos al punto de afectar la normal explotación de la obra, o causar perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular, cayendo en situaciones contrarias a la regla de los tres pasos”¹⁸⁴

Es por ello que nos referiremos aquí a las normas que en Colombia rigen en materia de límites en el mundo analógico. Los límites al derecho de autor en Colombia tiene fundamento en la búsqueda de “un equilibrio entre una efectiva y razonable protección del derecho patrimonial de los autores por una parte, y del interés público a la información, la educación y el acceso a la cultura por otra, de tal manera, las limitaciones comprenden la facultad para que el usuario pueda utilizar la obra lícitamente sin autorización del autor y sin el pago de remuneración alguna, en los casos expresamente señalados en la ley”¹⁸⁵, a semejanza de lo pretendido por el TRLPI.

¹⁸⁴ MONROY RODRIGUEZ, Juan Carlos. “ESTUDIO SOBRE LAS LIMITACIONES O EXCEPCIONES AL DERECHO DE AUTOR Y LOS DERECHOS CONEXOS EN BENEFICIO DE LAS ACTIVIDADES EDUCATIVAS Y DE INVESTIGACION EN AMERICA LATINA Y EL CARIBE” documento preparado para la decimonovena sesión del Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos conexos. Pág. 140.

¹⁸⁵ Dirección Nacional del Derecho de Autor en Colombia, Concepto: Término de protección del derecho de autor Limitaciones y excepciones. En: listado de documentos disponibles en el centro de documentación (2008) Disponible en:

<http://www.derechodeautor.gov.co/htm/Legal/Servicios/Conceptos/Listado.htm>

El artículo 21 de la Decisión Andina 351 de 1993, otorga la prerrogativa a las legislaciones internas de los países miembros, para que establezcan límites al derecho de autor, desde que no ocasionen perjuicios injustificados a los intereses de los titulares. De manera equivalente los límites deben estar bajo los parámetros del TODA (Art.10), ADPIC(Art.13) y TOIEF (art.16), de donde se establece que los límites deben observar la “regla de los tres pasos”, es decir que se trate de un caso especial, que no atente contra la normal explotación de la obra, y el último que tal limitación no cause perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular o titulares de los derechos.

Es así como en la legislación colombiana, algunos de los límites al derecho de autor por responder a los mismos Convenios Internacionales, resultan semejantes con los introducidos por el TRLPI, como es el caso de la ilustración con fines educativos, el derecho de cita, la reproducción para bibliotecas, archivos, actividades judiciales o administrativas, la copia para uso personal, demostrando el avance que se ha querido implementar en Colombia y los países miembros de la Comunidad Andina en la Decisión 351 de 1993.

Si bien la Decisión 351, prevé la posibilidad para los países miembros de establecer los límites y excepciones al derecho de autor, estos límites no podrán atentar contra la normal explotación de las obras o no causar perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular o los titulares de los derechos¹⁸⁶. Pero esta limitación no siempre es bien apreciada por el órgano jurisdiccional, como lo reseña Jaramillo Mejía¹⁸⁷ en el comentario

¹⁸⁶ Artículo 21 de la decisión Andina 351

¹⁸⁷ JARAMILLO MEJIA, Andrés. “DESAFORTUNADO FALLA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA: Una inadecuada interpretación del sistema de limitaciones y excepciones al derecho de

que hace del fallo que profirió la Corte Suprema de Justicia de 30 de abril de 2008, en el que ante un caso de un individuo que ofrecía en un periódico de amplia circulación, el realizar grabaciones en discos compactos de obras musicales, que se encontraban en formatos de Long Play y/o cassette, por medio de unos equipos que no contaban con un software de licencia de uso, la Corte acudió a criterios propios del sistema anglosajón como son los de los del <<fair use>> y el ánimo de lucro (que no se encuentra consagrado en la legislación colombiana), para absolver al demandado sin tomar en cuenta la doctrina de los tres pasos, especialmente en lo que respecta al perjuicio que se le ocasiona al titular de los derechos.

Ahora bien, como veremos a continuación la consagración de las excepciones en la legislación colombiana y la Decisión Andina no siempre responde a los avances de la tecnología, por tal motivo procedemos a denotar los principios generales del régimen de las excepciones y su relación con la norma española sobre la materia.

Una de las cuestiones más importantes de esta relación comparativa de las legislaciones española y colombiana, la constituyen las reproducciones de carácter temporal que consagra el TRLPI, que no tiene su homóloga en la legislación colombiana, pues como ya mencionamos no existen en ella normas específicas de aplicación al entorno digital; esta falta de regulación al respecto trae como consecuencia que actos técnicos necesarios para el funcionamiento de las transmisiones de contenidos en Internet, a la luz de la norma colombiana, sean tenidos como violaciones al derecho de autor, creando así una desventaja respecto de la seguridad jurídica del país en la materia mencionada.

autor” dentro de la Página Web del Observatorio Iberoamericano de Derecho de Autor. www.odai.org.

3.2.1. Ilustración de la enseñanza

LIMITACIONES Y EXCEPCIONES AL DERECHO DE AUTOR EN EL TRLPI	LIMITACIONES Y EXCEPCIONES AL DERECHO DE AUTOR EN LA LEY 23 DE 1982 [3]	LIMITACIONES Y EXCEPCIONES AL DERECHO DE AUTOR EN EL ACUERDO DE CARTAGENA – DECISIÓN 351 [4]
<p>Artículo 32. ilustración de la enseñanza</p> <p>2. No necesitará autorización del autor el profesorado de la educación reglada para realizar actos de reproducción, distribución y comunicación pública de pequeños fragmentos de obras o de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo, excluidos los libros de texto y los manuales universitarios, cuando tales actos se hagan únicamente para la ilustración de sus actividades educativas en las aulas, en la medida justificada por la finalidad no comercial perseguida, siempre que se trate de obras ya divulgadas y, salvo en los casos en que resulte imposible, se incluyan el nombre del autor y la fuente.</p> <p>No se entenderán comprendidas en el párrafo anterior la reproducción, distribución y comunicación pública de compilaciones o agrupaciones de fragmentos de obras o de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo.</p>	<p>ART. 32 - Ilustración de la enseñanza:</p> <p>“Es permitido utilizar obras literarias o artísticas o parte de ellas, a título de ilustración en obras destinadas a la enseñanza, por medio de publicaciones, emisiones de radiodifusión o grabaciones sonoras o visuales, dentro de los límites justificados por el fin propuesto, o comunicar con propósitos de enseñanza la obra radiodifundida para fines escolares, educativos, universitarios y de formación profesional sin fines de lucro, con la obligación de mencionar el nombre del autor y el título de las obras así utilizadas”.</p>	<p>ART. 22 - Ilustración de la enseñanza:</p> <p>LITERAL b) “Reproducir por medios reprográficos para la enseñanza o para la realización de exámenes en instituciones educativas, en la medida justificada por el fin que se persiga, artículos lícitamente publicados en periódicos o colecciones periódicas, o breves extractos de obras lícitamente publicadas, a condición que tal utilización se haga conforme a los usos honrados y que la misma no sea objeto de venta u otra transacción a título oneroso, ni tenga directa o indirectamente fines de lucro”.</p>

La norma colombiana a diferencia de la española no establece expresamente quienes son los beneficiarios de la limitación, por lo que se

podrán beneficiar las instituciones de enseñanza y los docentes vinculados a ellas.

En lo que respecta a las nuevas tecnologías, es importante resaltar que la norma de la Comunidad Andina de Naciones, solamente permite las reproducciones que se hagan por medios reprográficos, y respecto de la comunicación pública se permite:

“Realizar la representación o ejecución de una obra en el curso de las actividades de una institución de enseñanza por el personal y los estudiantes de tal institución, siempre que no se cobre por la entrada ni tenga algún fin lucrativo directo o indirecto, y además el público esté compuesto exclusivamente por el personal y estudiantes de la institución o padres o tutores de los alumnos y otras personas directamente vinculadas con las actividades de la institución”¹⁸⁸.

Así mismo la ley 23, permite la utilización de obras radiodifundidas con la salvedad que no se entenderá como ejecución pública cuando: “se realice con fines estrictamente educativos, dentro del recinto o instalaciones de las instituciones educativas siempre que no se cobre suma alguna por el derecho de entrada”¹⁸⁹ además, la norma no precisa la calidad de la institución de enseñanza ni su definición aún cuando se establece para fines escolares, educativos y de formación profesional, de igual manera, se requiere que la utilización se haga sin ánimo de lucro.

¹⁸⁸ Artículo 22.j. de la Decisión 351.

¹⁸⁹ Artículo 164 de la Ley 23 de 1982.

Respecto a la extensión en el uso de la obra, la Decisión Andina 351 en el artículo 22 consagra el criterio, de la medida justificada para el fin perseguido en los casos de reproducción: “por medios reprográficos para la enseñanza o para la realización de exámenes en instituciones educativas...”, la misma norma autoriza la utilización de: “artículos lícitamente publicados en periódicos o colecciones periódicas, o breves extractos de la obras lícitamente publicadas, a condición que tal utilización se haga conforme a los usos honrados y que la misma no sea objeto de venta u otra transacción a título oneroso, ni tenga directa o indirectamente fines de lucro”.

Así mismo, dentro del proceso de ilustración de la enseñanza la norma andina contempla la reproducción reprográfica, para la realización de exámenes en las instituciones educativas, en la medida justificada por el fin que se persiga. (Art.22 b).

En cuanto a los apuntes que se toman en clase el artículo 40 de la ley 23 de 1984, establece que las conferencias o lecciones dictadas en establecimientos de enseñanza superior, secundaria o primaria, pueden ser: “anotadas y recogidas libremente por los estudiantes a quienes están dirigidos, pero es prohibida su publicación o reproducción integral o parcial, sin la autorización escrita de quien las pronunció”.

3.2.2. Derecho de Cita

LIMITACIONES Y EXCEPCIONES AL DERECHO DE AUTOR EN EL TRLPI	LIMITACIONES Y EXCEPCIONES AL DERECHO DE AUTOR EN LA LEY 23 DE 1982 [3]	LIMITACIONES Y EXCEPCIONES AL DERECHO DE AUTOR EN EL ACUERDO DE CARTAGENA – DECISIÓN 351 [4]
<p>Artículo 32. Cita e ilustración de la enseñanza.</p> <p>1. Es lícita la inclusión en una obra propia de fragmentos de otras ajenas de naturaleza escrita, sonora o audiovisual, así como la de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo, siempre que se trate de obras ya divulgadas y su inclusión se realice a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico. Tal utilización sólo podrá realizarse con fines docentes o de investigación, en la medida justificada por el fin de esa incorporación e indicando la fuente y el nombre del autor de la obra utilizada.</p> <p>Las recopilaciones periódicas efectuadas en forma de reseñas o revista de prensa tendrán la consideración de citas. No obstante, cuando se realicen recopilaciones de artículos periodísticos que consistan básicamente en su mera reproducción y dicha actividad se realice con fines comerciales, el autor que no se haya opuesto expresamente tendrá derecho a percibir una remuneración equitativa. En caso de oposición expresa del autor, dicha actividad no se entenderá amparada por este límite.</p>	<p>ART. 31 – Derecho de cita: “Es permitido citar a un autor transcribiendo los pasajes necesarios, siempre que éstos no sean tantos y seguidos que razonablemente puedan considerarse como una reproducción simulada y sustancial, que redunde en perjuicio del autor de la obra de donde se toman. En cada cita deberá mencionarse el nombre del autor de la obra citada y el título de dicha obra. Cuando la inclusión de obras ajenas constituya la parte principal de la nueva obra, a petición de parte interesada, los tribunales fijarán equitativamente y en juicio verbal la cantidad proporcional que corresponda a cada uno de los titulares de las obras incluidas”.</p>	<p>ART. 22 – Derecho de cita: LITERAL a) “Será lícito realizar, sin la autorización del autor y sin el pago de remuneración alguna, los siguientes actos: Citar en una obra, otras obras publicadas, siempre que se indique la fuente y el nombre del autor, a condición que tales citas se hagan conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga”.</p>

El derecho de cita como se puede observar en el cuadro anterior, en la norma española se refiere a la inclusión de fragmentos de obras ajenas de naturaleza escrita, sonora o audiovisual, así como la de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo, mientras que en el caso de Colombia la norma interna se refiere a los pasajes necesarios, siempre que estos no sean tantos y seguidos que razonadamente puedan considerarse como una reproducción simulada y sustancial; por su parte la Decisión Comunitaria 351, establece como criterio para calificar la cita los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga.

Por otra parte, la ley colombiana a diferencia de la española no supedita el derecho de cita para fines de análisis, comentario o juicio crítico y para fines docentes y de investigación sino que guarda silencio al respecto.

En cuanto al objeto de la cita, encontramos que difieren las normas de uno y otro país, pues mientras que el TRLPI se refiere simplemente a obras ya divulgadas y exceptuando las bases de datos y los programas de ordenador, la norma colombiana se aplica a las obras literarias y científicas dejando por tanto fuera del derecho de cita las obras artísticas.

Por otra parte el TRLPI habla de la compensación equitativa, sistema que no funciona en Colombia. En cambio si existe la limitación a los derechos de los autores, mediante el sistema de licencias que permite la utilización libre de las obras a cambio del pago de una remuneración al autor, pero que no es equivalente al derecho de cita, pues el sistema de licencias permite la utilización de la obra en su totalidad para por ejemplo publicar su traducción, pero no es aplicable al régimen digital, ya que estas licencias se autorizarán

solamente para publicación en forma impresa, o en cualquier otra forma análoga de reproducción dentro del territorio nacional. (Art. 52 de la Ley 23 de 1982).

Dichas licencias no voluntarias se dividen en licencias legales y licencias obligatorias, que se diferencian porque en las primeras la remuneración se establece en una norma legal, mientras que las licencias obligatorias son las que permiten al autor negociar el valor de la remuneración.

Además existe el Centro Colombiano de Derechos Reprográficos, que otorga licencias a las instituciones educativas a reproducir entre un 10 y 30% las obras protegidas por derechos de autor, a cambio de un pago compensatorio.

Pero nótese que este sistema no tiene en cuenta la copia que se realiza de manera privada, sino que solamente se aplica a la copia que se realiza en ciertas y determinadas instituciones, por tanto no comprende la copia privada que por ejemplo se hace en las copadoras personales. Las licencias que otorga el Centro de reprografía, se caracterizan porque no autorizan de manera exclusiva la reprografía, de tal manera que comprenden también las copias facsímiles tangibles así como las copias digitales, pero no las transmisiones digitales.

3.2.3 La Copia Privada.

El artículo 37 de la ley 23 de 1982, establece: “es lícita la reproducción, por cualquier medio, de una obra literaria o científica, ordenada u obtenida por el interesado en un solo ejemplar para uso privado y sin fines de lucro.

Por tanto la copia privada en el derecho colombiano deberá cumplir con los siguientes requisitos:

1. Que la reproducción se haga en un solo ejemplar.
2. Que se haga para uso privado.
3. Se realice sin fines lucrativos.

En este caso se debería de determinar, lo que se debe entender por uso privado, ya que pareciera involucra no solamente el personal, sino que de conformidad con el glosario de la OMPI, el uso privado se dirige para “fines comunes de un determinado círculo de personas.”¹⁹⁰

Lo que podría llegar a configurarse en un inconveniente, al momento de interpretar lo que sucede en las redes como internet, específicamente en los grupos de intercambio de contenidos (p2p). Sin embargo, la limitación que hace la norma a un solo ejemplar, creemos nos permitirá entender el uso de la copia en el sentido de uso personal.

¹⁹⁰ OMPI. Glosario de la OMPI. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Ginebra 1980. P. 198.

Por otra parte la Decisión 351 del Acuerdo de Cartagena, dispone que el software sea protegido por los derechos de autor y al mismo tiempo autoriza al adquirente de realizar una copia del mismo, cuando sea indispensable para su funcionamiento o con fines de precaver su daño o pérdida.

Así mismo se establece como límite a los derechos de autor, la copia de seguridad y la copia en la memoria del ordenador, siempre que sea para uso personal.

3.2.4. Las Bases de Datos y sus Límites en Colombia.

Para determinar la regulación de las bases de datos en la legislación colombiana, partiremos de lo expresado en el Convenio de Berna, respecto de las obras derivadas que parecieran ser la semilla de lo que hoy entendemos como base de datos, ya que las conforman obras preexistentes que: “por la selección y disposición de las materias, constituyan creaciones intelectuales estarán protegidas como tales, sin perjuicio de los derechos de los autores sobre cada una de las obras que forman parte de esta colección”¹⁹¹

¹⁹¹ Artículo 2.5 Convenio de Berna.

Por su parte, el Convenio TODA hace mención expresa a las bases de datos como la compilación de datos o de otros materiales, que por: “razones de la selección o disposición de sus contenidos constituyan creaciones de carácter intelectual” Es por lo anterior como afirma Rubio Torres, que las bases de datos se clasificarán en dos, aquellas Bases de datos con inclusión de obras y las que incluyen simplemente datos.¹⁹²

Sin bien consideramos que la clasificación que plantea el autor resulta acertada, no estamos de acuerdo en el manejo que a ellas da el autor, pues para éste las bases de datos que se componen de obras originales se entenderán como obras derivadas, por tanto protegidas por el derecho de autor y por otra parte, aquellas cuyo contenido lo configuren hechos o datos que en principio no están protegidas por el derecho de autor, gozarán de la protección de las bases de datos, cuando la recopilación de los mismos se ha hecho de manera que: “implique un esfuerzo intelectual”¹⁹³.

En nuestro entender la norma que se refiere a las bases de datos no hace distinción en cuanto al contenido, sino que, simplemente se refiere a que en cualquiera de los dos casos, es decir cuando las bases de datos estén compuestas por obras o por datos, si cumplen con el requisito que expresa la norma:“ que por razones de la selección o disposición de sus contenidos

¹⁹² RUBIO TORRES, Felipe. “PERSPECTIVA Y CONFLICTOS EN LA PROTECCION DE LAS BASES DE DATOS” dentro de la obra Comercio Electrónico, Grupo de estudios en Internet, comercio electrónico & telecomunicaciones e informática. Universidad de los Andes Ed. Legis Bogotá 2005. Pág. 418

¹⁹³ RUBIO TORRES, Felipe. “PERSPECTIVA Y CONFLICTOS EN LA PROTECCION DE LAS BASES DE DATOS” dentro de la obra Comercio Electrónico, Grupo de estudios en Internet, comercio electrónico & telecomunicaciones e informática. Universidad de los Andes Ed. Legis Bogotá 2005. Pág. 418.

constituyan creaciones de carácter intelectual” serán protegidas por el derecho de autor como bases de datos, no como obras derivadas.

Con lo anterior no queremos expresar, que puedan ocurrir casos en los que el resultado de la recopilación genere una obra derivada, pero esta circunstancia será especial del caso y no la genérica de las bases de datos compuestas por obras preexistentes.

Una vez hechas las acotaciones anteriores, podremos llegar a una conclusión preliminar en referencia a las normas que en principio rigen en Colombia respecto a las bases de datos, según las cuales solamente gozarán de la misma protección que se brinda a las “creaciones intelectuales” las que cuenten con el requisito de originalidad establecido en la norma. Es decir, que solamente las bases de datos que por la selección o disposición de contenidos se tengan por creación intelectual, sin perjuicio de la protección individual, que pueden tener las obras que la conformen.

Ahora bien, con la finalidad de relacionar la realidad española con la colombiana, debemos preguntarnos ¿Qué pasa con las bases de datos que no siendo originales, han denotado un esfuerzo ya sea de carácter financiero, humano o técnico? ¿El derecho colombiano no reconoce las bases de datos sui generis? Para poder responder a los anteriores interrogantes, es importante recordar que el caso español, por medio del derecho sui generis, se protegen por el derecho de autor aquellas bases de datos que sin ser originales para su obtención, verificación o presentación de contenidos, el fabricante ha realizado una: “inversión sustancial, evaluada

cualitativa o cuantitativamente”¹⁹⁴ de medios financieros, empleo de tiempo, esfuerzo, energía u otros de similar naturaleza.

Así pues, estas bases de datos sin cumplir el requisito de originalidad son protegidas por el derecho de autor, cuando se ajustan a lo establecido en el párrafo anterior.

En el caso colombiano además del Convenio TODA, rigen las disposiciones del Pacto andino, específicamente la Decisión 351 del Acuerdo de Cartagena, que en su artículo 28 y respecto a las bases de datos manifiesta qué: “son protegidas siempre que la selección o disposición de las materias constituya una creación intelectual. La protección concedida no se hará extensiva a los datos o información compilados, pero no afectará a los derechos que pudieren subsistir sobre las obras o materiales que la conforman”.

En el Derecho interno, la ley 23 de 1982 no se refiere expresamente a las bases de datos, pero si concede una protección igual a la del derecho de autor a lo que la norma denomina: “obras independientes”, dentro de las que destacan las obras colectivas que las define como: “las publicaciones periódicas, antologías, diccionarios y similares cuando el método o sistema de selección o de organización de las distintas partes u obras que en ellas intervienen, constituyen una creación original.”¹⁹⁵

¹⁹⁴ Criterios de evaluación que expresa el artículo 133 del TRLPI.

¹⁹⁵ Artículo 5.b. Ley 23 de 1982.

Por tanto, como quiera que ni la norma Andina ni la ley interna sobre la materia otorguen protección a las bases de datos <<sui generis>>, en el caso colombiano, la protección a estas bases de datos se debe buscar por otros campos del derecho diferentes al del autor.

4.3 PROTECCION DE LAS MEDIDAS TECNOLOGICAS EN ESPAÑA.

Una de las mayores preocupaciones que enfrenta el derecho de autor es precisamente el respeto por esos derechos, por lo que tradicionalmente se ha optado por conceder a los autores unos derechos exclusivos y crear unas excepciones perfectamente tazadas. Más sin embargo, con la llegada de las nuevas tecnologías, el ámbito en el que se explotan las creaciones así como las facilidades de vulneración de estos derechos se amplía y facilita para cualquier internauta que cuente con el software adecuado.

Es por ello, que se ha creado lo que los autores denominan las tres fases o líneas de protección, reseñadas por Ortega Díaz y que en su orden son:

1. La consagración de unos efectivos derechos exclusivos de autor.
2. Autorización y apoyo a la implementación de medidas tecnológicas de protección respecto del acceso y las reproducciones.

3. Protección de esas medidas tecnológicas.¹⁹⁶

Teniendo en cuenta la importancia que para el derecho de autor y su aplicación en el ambiente digital representan esa segunda y tercera línea de protección se desarrollara en el presente título lo referente a las medidas tecnológicas.

Las medidas tecnológicas se implementaron en los ambientes virtuales, con la finalidad de proteger los derechos de los titulares de los derechos de autor. Pero al mismo tiempo que la tecnología solucionaba los inconvenientes generados por los usos no queridos de las obras, creaba programas que tenían por finalidad la elusión de esas medidas tecnológicas.

La preocupación al respecto se vio reflejada en las posiciones que adoptaron en las negociaciones del TODA y TOIEF los diferentes países. Posiciones que oscilaron desde aquellas, que reflejaban la tendencia al proteccionismo por parte de los Estados a favor de la legitimación de las medidas tecnológicas, con la correlativa prohibición de crear mecanismos cuya finalidad sea eludir las medidas tecnológicas (posición de EEUU y Europa), hasta la posición de los países asiáticos, que se enfocaron por no centrar la protección en contra de los dispositivos de elusión de las medidas tecnológicas.

¹⁹⁶ ORTEGA DIAZ, Juan Francisco. "MEDIDAS TECNOLOGICAS Y DERECHO DE AUTOR" dentro de la Revista de la Revista de Contratación Electrónica. núm. 95, julio de 2008. <http://vlex.com/vid/medidas-tecnologicas-derechos-autor-42464795>

Como consecuencia de esas posiciones encontradas, a pesar de la importancia que tiene no solamente proteger las medidas, sino evitar la creación de dispositivos que vulneren los mecanismos de protección tecnológica, no fue posible conciliar tal posición en los Acuerdos mencionados. De allí que, los artículos 11 del TODA y 18 del TOIEF se limiten a establecer para los Estados miembros, la obligación de proporcionar la protección jurídica adecuada contra la acción de eludir las medidas tecnológicas efectivas, que sean utilizadas por los autores, intérpretes o productores, en relación con derechos reconocidos por el TODA y el Convenio de Berna.

Es por lo anterior, que desde las prerrogativas del TODA y el TOIEF, solamente resulta sancionada la conducta de eludir los mecanismos de protección, sin involucrar a quienes crean los mecanismos que permiten tal elusión.

La actualización de la conducta sancionada, no se realiza de manera inmediata, ya que de conformidad con los dos Acuerdos para que la violación de las medidas tecnológicas genere consecuencias jurídicas se requiere:

1. Una violación efectiva de la medida.
2. La medida tecnológica debió de ser utilizada de forma voluntaria y efectiva por los titulares de los derechos.
3. La medida debió de ser utilizada en el ejercicio de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio de Berna, el TODA ó en el TOIEF.

4. Por último, la medida debe servir para impedir los actos que no estén autorizados por los titulares o derechohabientes o por la ley.¹⁹⁷

Ahora respecto de la Directiva Europea, se crean los lineamientos que involucran a las medidas tecnológicas, que los podemos resumir en:

Primero: Define la medida tecnológica, como: “toda técnica, dispositivo o componente que, en su funcionamiento normal, esté destinado a impedir o restringir actos referidos a obras o prestaciones protegidas que no cuenten con la autorización del titular de los derechos de autor o de los derechos afines a los derechos de autor establecidos por la ley”¹⁹⁸

De la definición se pueden extraer como elementos de las medidas tecnológicas:

1. Es una técnica, dispositivo o componente.
2. Deben tener por función impedir, el acceso a obras, restringir actos referidos a obras, o prestaciones protegidas.
3. No cuentan con la autorización del autor.

¹⁹⁷ ORTEGA DIAZ, Juan Francisco. “MEDIDAS TECNOLOGICAS Y DERECHO DE AUTOR” Op. Cit.

¹⁹⁸ Art. 6.3 DDASI.

Tomando como fundamento éstos elementos de la definición, Gamboa Benavides clasifica las medidas tecnológicas en: “Primero, las medidas tecnológicas cuya función ordinaria es restringir el acceso a las obras; y segundo, las medidas tecnológicas cuya función básica es impedir la reproducción o la comunicación al público de una obra a la que se haya tenido acceso.”¹⁹⁹

Además con los avances de la técnica, se han ido creando mecanismos más eficaces para la protección de los derechos de autor, como por ejemplo los discos compactos no reproducibles o incluso sistemas más sofisticados, como las <<marcas de agua>>, qué: “si bien no impiden la reproducción de las obras musicales, si brinda información sobre el titular de los derechos e inclusive sobre el lugar de distribución”.²⁰⁰

Existe también: “un software, denominado “Electronic Copyright Management System”, útil para proteger los derechos de autor. Por medio de este programa, que contiene los datos del autor y la identificación de la obra, se puede rastrear a las personas que utilizan ilegalmente el material protegido en contravención de los derechos del autor.”²⁰¹

¹⁹⁹ GAMBOA BENAVIDES, Javier. “MARCO JURIDICO DE LAS MEDIDAS TECNOLOGICAS PARA LA PROTECCION DE LOS DERECHOS DE AUTOR EN EL ENTORNO DIGITAL” dentro de la obra *Comercio Electrónico, Grupo de estudios en Internet, comercio electrónico & telecomunicaciones e informática. Universidad de los Andes* Ed. Legis Bogotá 2005. Pág. 467

²⁰⁰ ISAKSSON, Nicolás y otro “LA PROBLEMÁTICA DE LOS DERECHOS DE AUTOR EN INTERNET Y LAS NUEVAS TECNOLOGIAS” Revista de Derecho Informático. Nº 071. Junio del 2004. http://www.alfa_redi.org.

²⁰¹ RODRIGUEZ TURRIAGO, Omar. “APROXIMACION A LA PROBLEMÁTICA DE LOS DERECHOS DE AUTOR EN INTERNET” Revista de Derecho Privado Nº 26. Agosto de 2001. Universidad de los Andes, Facultad de Derecho. Bogotá. Pág. 169

Segundo: En el artículo 6.1, se consagra la prohibición de eludir las medidas tecnológicas, además requiere que esa acción esté acompañada por el elemento: “eficacia de la medida” y por otra parte, es necesario que la persona que realiza la conducta, sepa o tenga motivos razonables para saber que está buscando eludir la medida tecnológica.

Por tanto, la disposición establece que de ser eludida la medida tecnológica que pretende la protección de la obra, el sujeto se encontrará incurso en la conducta descrita. Además, es de resaltar que la norma establece el elemento intencional a título de dolo, cuando expresa: “a sabiendas o teniendo motivos razonables para saber.” También resulta relevante, el determinar cuándo se considerará eficaz la medida: “cuando el uso de la obra o prestación protegida esté controlado por los titulares de los derechos mediante la aplicación de un control de acceso o un procedimiento de protección, por ejemplo, codificación, aleatorización u otra transformación de la obra o prestación o un mecanismo de control del copiado, que logre este objetivo de protección.”

Tercero: Se prohíbe fabricar, distribuir, importar, exportar, vender, publicitar o alquilar cualquier dispositivo, producto o componente que eluda las medidas tecnológicas de protección de obras.

Es así como, se enmarca las posibles actividades que pueden efectuarse en la etapa preparatoria del “*iter criminis*”, como podría llamársele a los actos preparatorios de la consumación de la conducta de elusión de las medidas tecnológicas, entre los cuales se contemplan de forma similar a los de la reproducción, como se vislumbra a consideración de Ortega Díaz, que en la

red se pueden encontrar “*cracks*”, que permiten romper la protección de los programas de ordenador, los cuales pueden en un futuro con un desarrollo más completo quebrantar otras obras puestas en internet, infringiendo las medidas tecnológicas,²⁰² lo que lo lleva a pensar que la estructura del articulado en estudio del DDASI, “responde a un plan de sistematización normativo acertado. Así, los actos de elusión incluidos en el Art. 6.1 estarían pensados para los actos cometidos sin ánimo de lucro y para uso privado; conductas éstas susceptibles de originar una responsabilidad civil por hecho propio de carácter objetivo.

Por el contrario, en el Art. 6.2 parece incluirse aquellos actos prohibidos de desenvolvimiento en la esfera pública, susceptibles de producir daños patrimoniales significativos a los titulares de los derechos.”²⁰³

Pero siguiendo con el extracto de los elementos fundamentales del artículo 6.2, tenemos tres puntos que nacen del fin comercial que busca los actos preparatorios de la elusión, (objeto constante en la mayoría de las infracciones que se cometen a derechos patrimoniales en general). El primero de ellos es la difusión por medio de estrategias publicitarias para la evasión de las medidas tecnológicas, lo cual estaría creando una cultura de infracción en internet de las obras, la segunda comprende la finalidad o un uso comercial limitado, lo que podría prever las excusas que los sujetos conscientes de la elusión podrían presentar al momento de responder por el apoyo a la actividad comercial que podría presentarse, finalmente habla de

²⁰² *Ibíd.*, p. 100

²⁰³ *Ibíd.*, p. 101

la concepción o adaptación de los medios que permitan facilitar la acción de elusión.

Estos tres ítems, resaltan las conductas subsiguientes que puede encerrar la conducta principal de elusión, denotando el esfuerzo que la DDASI presupone, para que no se creen dudas respecto a la protección jurídica que cada país miembro debe efectuar.

Ahora bien, el legislador comunitario al mismo tiempo que reconoce la posibilidad a los titulares de los derechos de utilizar las medidas tecnológicas de protección, teniendo en cuenta las excepciones y su aplicación en el mundo digital, consagra la obligación para los Estados miembros de adoptar las medidas necesarias “para el disfrute de la excepción o limitación “(Art.6.4 DDASI). Como quiera, que no todos los beneficiarios de las excepciones tienen la posibilidad de solicitar el que se levanten las medidas tecnológicas.

Por su parte, el TRLPI tuvo que introducir las modificaciones planteadas en la ley 23 de 2006, que incorpora la Directiva al ordenamiento interno, razonamiento que encuentra un primer justificante en la protección que debe ser realizada por los derechos de autor a los elementos que componen la era digital, a través de las medidas tecnológicas que fueron definidas por la ley en mención en el Art. 160 numeral 3: “Se entiende por medida tecnológica toda técnica, dispositivo o componente que, en su funcionamiento normal, esté destinado a impedir o restringir actos, referidos a obras o prestaciones protegidas, que no cuenten con la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual”.

Al igual que la Directiva dentro de los lineamientos del TRLPI, se establece en el nuevo artículo 160.2 propuesto por la ley 23 de 2006, la prohibición de efectuar los actos necesarios para la elusión dentro de los que se incluyen el fabricar, importar, distribuir, vender, alquilar, publicitar para la venta o alquiler o poseer con fines comerciales tales dispositivos; además, la norma interna va más allá de la Directiva incluyendo el acto de ofrecer un servicio que respecto de cualquier medida tecnológica eficaz:

- a) Sea objeto de promoción, publicidad o comercialización con la finalidad de eludir la protección, o
- b) Sólo tenga una finalidad o uso comercial limitado al margen de la elusión de la protección, o
- c) Esté principalmente concebido, producido, adaptado o realizado con la finalidad de permitir o facilitar la elusión de la protección.

Concluyendo así que el artículo en mención busca la protección de las medidas tecnológicas, tanto en los actos preparatorios como los de elusión.

Por otra parte, con referencia específica de los programas de ordenador el numeral 4 del artículo 160 de la ley 23 de 2006, aclara que lo contenido en él, no es aplicable a las medidas tecnológicas que se emplean para la protección de los programas de ordenador, que estarán sujetas a su propia normatividad, lo que remite al Título VII, artículo 102, literal c), que estipula como infracción de los derechos de autor, la puesta en circulación de una o más copias de un programa de ordenador, conociendo o pudiendo presumir su naturaleza ilegítima ó “ quienes pongan en circulación o tengan con fines comerciales cualquier instrumento cuyo único uso sea facilitar la supresión o

neutralización no autorizadas de cualquier dispositivo técnico utilizado para proteger un programa de ordenador”²⁰⁴

El apartado 4 del artículo 161 en relación con la copia privada, faculta a los titulares de los derechos para que adopten las medidas que sean adecuadas, incluyendo las medidas tecnológicas, respecto del número de reproducciones permitidas en concepto de copia privada.

De todo lo mencionado es importante resaltar lo expresado por Buganza respecto de la reforma: “Con la reforma se establece un marco jurídico adecuado que garantiza un nivel de protección elevado en el entorno digital. Esto permitirá la aplicación y desarrollo de dispositivos técnicos de protección de las obras y contenidos protegidos, como paso previo e indispensable para la implementación de los sistemas de gestión de derechos digitales que podrán ser aplicados tanto a la gestión colectiva como a la gestión individual”²⁰⁵

Por tanto, en líneas generales la normatividad en materia de derechos de autor ha establecido límites al dominio absoluto de las creaciones, lo que a su vez genera la consideración de Ortega Díaz, dos cuestionamientos: el primero de ellos es “la determinación de los límites y excepciones que afectan a las medidas tecnológicas” y el segundo es “la licitud o ilicitud de la

²⁰⁴ TRLPI. Art. 102

²⁰⁵ BUGANZA, Carmenchu “LAS MEDIDAS DE PROTECCION TECNOLOGICA Y LA INFORMACION PARA LA GESTION DE LOS DERECHOS” dentro de la obra Novedades de la Ley de Propiedad Intelectual. (coord. GINÉS CASTELLET, Núria) Ed. Bosch. 2007. en: <http://vlex.com/vid/medidas-tecnologica-gestion-derechos-450148>

elusión de una medida tecnológica, por parte de un beneficiario de una excepción legal”²⁰⁶.

Cuestiones estas, que para el caso del derecho español, se encuentra determinado con la reforma comentada con anterioridad, en la que el legislador no creó unas normas específicas para las excepciones cuando se apliquen medidas tecnológicas de protección, sino que, se decantó por una serie de excepciones generales que vimos al inicio de este capítulo. Sin embargo, establece lo que ha sido denominada por la doctrina como la interfase entre los derechos de autor y las medidas tecnológicas, que se materializó en el artículo 162, según el cual se crea para los titulares de los derechos sobre las obras o prestaciones protegidas con medidas tecnológicas, la obligación de facilitar a los beneficiarios de los límites que enumera éste artículo 162, ejercer dichos límites, remitiendo en algunos casos a las excepciones generales que son:

“a) Límite de copia privada en los términos previstos en el artículo 31.2.

b) Límite relativo a fines de seguridad pública, procedimientos oficiales o en beneficio de personas con discapacidad en los términos previstos en el artículo 31 bis.

c) Límite relativo a la ilustración de la enseñanza en los términos previstos en el artículo 32.2.

d) Límite relativo a la ilustración de la enseñanza o de investigación científica o para fines de seguridad pública o a efectos de un procedimiento administrativo o judicial, todo ello en relación con las bases de datos y en los términos previstos en el artículo 34.2.b) y c).

²⁰⁶ ORTEGA DÍAZ, Juan Francisco. “LOS ENLACES EN INTERNET” Op. Cit. Pág.104

e) Límite relativo al registro de obras por entidades radiodifusoras en los términos previstos en el artículo 36.3.

f) Límite relativo a las reproducciones de obras con fines de investigación o conservación realizadas por determinadas instituciones en los términos previstos en el artículo 37.1.

g) Límite relativo a la extracción con fines ilustrativos de enseñanza o de investigación científica de una parte sustancial del contenido de una base de datos y de una extracción o una reutilización para fines de seguridad pública o a los efectos de un procedimiento administrativo o judicial del contenido de una base de datos protegida por el derecho “*sui géneris*” en los términos previstos en el artículo 135.1.b) y c).²⁰⁷

Es preciso establecer, que la norma en su afán por tratar de solucionar la problemática que se puede presentar entre los límites de los derechos de autor y las medidas tecnológicas que permiten tal protección, ha estipulado estos casos especiales mencionados donde operan los límites al derecho de autor, para que solo en estos eventos el autor o titular de derechos esté obligado a levantar dichas medidas, para que así, no se presente el posible salto a la barrera de protección de las creaciones, que el beneficiario de los límites pueda realizar para legitimar el derecho que la ley le ha otorgado.

Así pues de conformidad con esta enumeración que hace la norma, son solamente estos los casos en que quien haya legítimamente accedido a la obra, podrá obligar al titular del derecho a levantar las medidas tecnológicas. Si bien todos los casos enumerados se revisten de gran importancia, los más conflictivos o de cuidado son los relativos a la copia privada, la ilustración de la enseñanza y el acceso a las bases de datos; esto es así,

²⁰⁷ Art. 161.1 TRLPI.

porque si no son manejadas en debida forma, afectarán la regla de los tres pasos.

Por otra parte, aunque el usuario cumpla con los requisitos para ser beneficiario de la excepción, esto no le autoriza a utilizar mecanismos para levantar las medidas tecnológicas por sí mismo, con lo que respondemos la pregunta planteada, pues la solución que da el legislador, consiste en que se establezca aquello en las medidas voluntarias o los acuerdos adoptados por los titulares de los derechos de autor, y a falta de acuerdo, se autoriza a los beneficiarios para acudir a la jurisdicción civil.

La consagración de la acción civil para obtener el levantamiento de las medidas tecnológicas de protección, ha sido bastante criticada, como quiera que el acudir a la jurisdicción, además de resultar económicamente no justificable, involucra la demora propia de los procesos judiciales complicando así el ejercicio del derecho; es por ello que en la práctica, en la mayoría de los casos la consagración de la acción civil desincentiva al beneficiario de la excepción.

De allí que, Ortega Díaz considere que: “hubiera sido más conveniente la creación de una comisión de Propiedad Intelectual que aglutinara a representantes de todos los sectores de la cultura y que, en estos casos, decidiera si el pretendido beneficiario de la excepción era efectivamente tal”²⁰⁸.

²⁰⁸ ORTEGA DIAZ, Juan Francisco. “MEDIDAS TECNOLÓGICAS Y DERECHO DE AUTOR” Op. Cit.

Así mismo Pérez Gallardo, citando a Oliveria Asansao, resalta como más armónica la solución que ofrece el legislador portugués en la ley N° 50/2004, en la que se crea un sistema por el cual se determina que los titulares depositen en una entidad gubernamental, los medios que permitan beneficiar a los destinatarios de los límites contemplados en el artículo 6 de la Directiva Comunitaria y a su vez los interesados puedan requerir el acceso a los medios de neutralización depositados, pero a su vez el artículo en caso de conflicto envía a la jurisdicción civil, lo que es volver a la raíz del conflicto.²⁰⁹

Como se puede observar, las medidas tecnológicas si bien buscan proteger los derechos de los autores y tienen como fundamento el que las nuevas tecnologías no torpedeen el ejercicio de los derechos exclusivos de los autores, también es cierto que en repetidas ocasiones pueden interferir en cuanto a la utilización de las excepciones y limitaciones al derecho del Autor.

De conformidad con todo lo anterior, podemos concluir que con la finalidad de que puedan subsistir las excepciones y limitaciones, así como las medidas tecnológicas se ha optado por apoyar a las medidas tecnológicas, pero permitiendo en determinados casos el levantar las medidas, en pro de los beneficiarios de la excepción o limitación.

²⁰⁹ PÉREZ GALLARDO, Leonardo. EL NECESARIO AJUSTE ENTRE LOS LÍMITES A LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y LA PROTECCIÓN DE LAS MEDIDAS TECNOLÓGICAS” Opinión Jurídica N° 12. Universidad de Medellín.

Una vez reseñadas las medidas tecnológicas y la protección que de ellas crea el legislador, procederemos a mencionar la gestión de los derechos, cuestión que acompaña a las medidas tecnológicas y que permite la protección de las obras. La gestión de los derechos parte del artículo 162.2 que establece: “toda información facilitada por los titulares que identifique la obra o prestación protegida, al autor o cualquier otro derechohabiente, o que indique las condiciones de utilización de la obra o prestación protegida, así como cualesquiera números o códigos que representen dicha información, siempre y cuando estos elementos de información vayan asociados a un ejemplar de una obra o prestación protegida o parezcan en conexión con su comunicación al público”²¹⁰

Estos datos de identificación resultan importantes para la gestión de los derechos en el campo digital, que tiene por finalidad crear los mecanismos técnicos, que permitan identificar tanto la obra como al titular de la misma y las condiciones de utilización permitidas de ella en el medio electrónico, esta labor se apoyará en el uso de dispositivos anti-acceso u otras medidas tecnológicas.

Aunque estos sistemas de gestión, aún no se han implementado existen normas como el artículo 162 del TRLPI que protege contra la supresión o alteración de la información para la gestión electrónica de los derechos y contra los actos de distribución, importación para la distribución, emisión por radiodifusión, comunicación o puesta a disposición del público de obras o prestaciones protegidas a las que se haya suprimido o alterado sin autorización, la información para la gestión electrónica de derechos.

²¹⁰ Art. 162.2 LPI.

El titular de los derechos puede para proteger y gestionar la explotación de la obra, utilizar medidas tecnológicas eficaces o los sistemas de gestión de los derechos. Estos sistemas de gestión, involucran no solamente a los titulares de los derechos, sino que involucra a las instituciones u organismos que se ocupan de los temas del derecho de autor.

Como ya habíamos apuntado, dependiendo de si los derechos son de exclusiva o de remuneración, tendremos un modo diferente de gestión de los mismos perfectamente diferenciado de tal manera, que si el derecho es de naturaleza exclusiva será gestionado por el autor o titular del derecho, y si es de remuneración se gestionara por las entidades de gestión.

La gestión de los derechos en el campo digital ha sido una de las preocupaciones de la Unión Europea, es por ello que mediante comunicación de la Comisión Europea al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo de fecha 16 de abril de 2004, sobre la gestión de los derechos de autor y los derechos afines en el mercado interior, se planteó que la mayor aplicación de los sistemas digitales de gestión de los derechos (DRMS), puede constituir un valor añadido, que pudiere llegar a sustituir los sistemas de remuneración que existen actualmente en relación con la compensación por copia privada, además y en relación con los derechos exclusivos, considera el documento que los sistemas digitales permiten a los derechohabientes llevar la gestión de sus derechos de exclusiva.

La aplicación de esos sistemas de gestión como lo observa Buganza, requiere de un: “instrumento legislativo a nivel comunitario” que a su entender podría basarse en las recomendaciones que realizó la Comisión para la gestión colectiva Transfronteriza del derecho de autor y afines en el

ámbito de los servicios lícitos de música en línea, que deberá tener como “cuestiones” a consideración las siguientes:

1. “El punto clave de la gestión se sitúa en la libertad de elección que deben gozar los titulares de derechos para escoger a los gestores y los derechos que serán gestionados, sin tener en consideración ni la nacionalidad ni el lugar de residencia del titular de los derechos.
2. El necesario mandato para la gestión en línea”.²¹¹

Pero a pesar de la viabilidad que observa la autora en mención, también resalta la problemática que representa la aplicación de los sistemas DRMS y que lo resume en:

1. La aplicación de los sistemas DRMS, dificulta el ejercicio de los límites al derecho de Autor; pues la aplicación de estos sistemas impide las utilidades autorizadas por la ley, en virtud de los límites al derecho de autor, por ello plantea la autora que la utilización de las obras en los sistemas digitales no debe generar el desconocimiento de los límites, sino la obligación de modificar la gestión de los mismos, especialmente en casos como los de la compensación remuneratoria de la copia privada.
2. La aplicación de los sistemas DRMS, dificultan la relación con los consumidores; considera la autora, que los sistemas de gestión deben

²¹¹ BUGANZA, Carmenchu. “LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN TECNOLÓGICA Y LA INFORMACIÓN PARA LA GESTIÓN DE DERECHOS” Op. Cit. <http://vlex.com/vid/medidas-tecnologica-gestion-derechos-450148>

ser abiertos y flexibles “Abierto para garantizar la interoperabilidad y acceso a las obras y prestaciones protegidas; y flexible para que permita definir un modelo de negocio adaptado a las condiciones que definan los titulares de los derechos”

3. Por último, considera que los DRMS pueden afectar la seguridad de la explotación en línea, por lo que sugiere la utilización de mecanismos que garanticen una explotación segura de las obras.²¹²

Por tanto la aplicación de los sistemas de gestión digital, deben superar varios obstáculos para poder implementarse.

3.4. LAS MEDIDAS TECNOLOGICAS EN COLOMBIA

Colombia es uno de los países que ratificó los dos Tratados de la OMPI, por ello aún cuando no ha promulgado una normativa especial sobre la propiedad intelectual en el entorno digital, tiene la obligación de proporcionar protección jurídica adecuada contra la acción de eludir las medidas tecnológicas efectivas que sean utilizadas por los autores, intérpretes o productores.

Es por ello, que en el nuevo código penal que se aprobó mediante la ley 599 de 2000, se incluyó el tema de las medidas tecnológicas así:

²¹² *Ibíd.*

El código penal en su artículo 272, establece la conducta de violación a los mecanismos de protección de los derechos patrimoniales y morales cuando el sujeto activo de la conducta delictiva “supere o eluda las medidas tecnológicas para restringir los usos no autorizados” de igual forma, en los numerales subsiguientes recoge otra forma de violación de estos derechos, lo cual será sancionado con multa. Al respecto Lipzyc, citada por María Cecilia Ricardo²¹³ considera irrisoria tal sanción ya que en países como Ecuador o Argentina, disponen sanciones de prisión.

Pero para lo que aquí concierne, lo importante no es el tipo de sanción sino el determinar los elementos que permitan descifrar la protección que existe en Colombia de las medidas tecnológicas, para ello procederemos a determinar el contenido del artículo 272.

En su numeral primero se refiere a la conducta típica “quien supere o eluda las medidas tecnológicas adoptadas para restringir los usos no autorizados”.

El numeral segundo, por su parte se refiere a quien “suprima o altere la información esencial para la gestión electrónica de derechos, o importe, distribuya o comunique ejemplares con la información suprimida o alterada”

El numeral 3 se refiere a la prohibición general de fabricar, importar, vender, arrendar o “de cualquier forma distribuya al público un dispositivo o sistema

²¹³ RICARDO AYERBE, María Cecilia. “MEDIDAS TECNOLÓGICAS DE PROTECCIÓN DE DERECHOS DE AUTOR EN EL ENTORNO DIGITAL A LA LUZ DE LA REALIDAD COLOMBIANA” Bogotá, 2004, Pág. 182. Tesis de Grado, Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas.

que permita descifrar una señal de satélite cifrada portadora de programas, sin autorización del distribuidor legítimo de esa señal, o de cualquier forma eludir, evadir, inutilizar o suprimir un dispositivo o sistema que permita a los titulares del derecho controlar la utilización de sus obras o producciones, o impedir o restringir cualquier uso no autorizado de éstos.”

Como se puede observar el artículo 272, se refiere a las dos conductas básicas que en líneas anteriores mencionamos plantea Ortega Díaz, como los actos de elusión sin ánimo de lucro y para uso privado respecto a la elusión de las medidas tecnológicas y las infracciones en la esfera pública, susceptibles de producir daños patrimoniales significativos a los titulares de los derechos.”²¹⁴

A pesar de mencionar las dos conductas, considera Gamboa Benavides que el artículo en mención excede los límites de los Tratados, ya que al: “referirse a “usos no autorizados”, la norma parece estar creando un derecho exclusivo de uso, independientemente de si existe o no infracción a los derechos de autor”. Así mismo, el autor considera que el numeral tercero de la norma: “puede generar confusión, como quiera que la recepción no autorizada de señales de televisión por suscripción, sería en sí misma una infracción al derecho de autor. De esta manera, alguien podría argumentar que la intención del legislador era penalizar los dispositivos para eludir medidas “anti-copia” (que se refieren a los derechos de autor) y no los dispositivos “anti-acceso”. Sin embargo, el mismo autor considera que al

²¹⁴ ORTEGA DIAZ, Juan Francisco. “MEDIDAS TECNOLÓGICAS Y DERECHO DE AUTOR” Op. Cit.

referirse en la parte final a las medidas que controlan la utilización de las obras, esta incluyendo las dos clases de medidas.²¹⁵

Una vez determinado el lugar que ocupa en las legislaciones tanto española como colombiana, la protección al derecho de autor mediante la implementación de las medidas tecnológicas, resulta interesante reseñar la discusión que han generado estas medidas tecnológicas, pues quienes se encuentran en contra de la aplicación de las medidas argumentan, que con ellas, se están impidiendo no solamente el acceso a las obras, sino que se va más allá impidiendo el uso y fabricación de las herramientas necesarias para eludir las medidas tecnológicas, además creen que la implementación de las medidas están evitando los usos honrados, reconocidos y permitidos tradicionalmente por el derecho de autor.

Estos argumentos resultan bastantes disuasorios, máxime si se entiende que con la implementación de las medidas tecnológicas, se está frenando el desarrollo empresarial, ya que no existirían incentivos para renovar tal industria. Sin embargo, como conclusión preliminar, queremos resaltar que las soluciones que ofrecen las tecnologías con estas medidas tecnológicas de protección, han sido la respuesta a las miles de posibilidades de piratería que presenta la red. Empero, en este punto debemos aclarar que la solución no debe siempre proceder de la técnica, pues ésta debe ir acompañada de políticas legislativas claras.

²¹⁵ GAMBOA BENAVIDES, Javier “MARCO JURIDICO DE LAS MEDIDAS TECNOLOGICAS PARA LA PROTECCION DE LOS DERECHOS DE AUTOR EN EL ENTORNO DIGITAL” op cit. Pág. 483-484

Políticas que estén encaminadas precisamente en la búsqueda del equilibrio entre el autor y el derecho que le atañe a la sociedad en general de acceso a la cultura, así como de los demás autores en particular de fundamentar sus nuevas creaciones en lo ya existente, lo que conlleva como afirma Rodríguez Turriago que: “los autores tendrán protección para sus obras, pero al mismo tiempo podrán seguir con su labor inventiva aprovechando las obras anteriores”²¹⁶

Por último, hay que destacar que los regímenes de excepción que establece tanto el derecho español como el colombiano, responden al carácter cerrado de los ordenamientos de carácter continental. Lo que efectivamente, propende por la seguridad jurídica en la interpretación de las excepciones así como un apoyo efectivo a los mecanismos tecnológicos de protección. Sin embargo, en algunas ocasiones resulta necesaria la flexibilización de la norma, sin llegar a extremos como los de *fair use*, que no responden a nuestra tradición jurídica.

Tal opción de interpretación se podría sustentar en la regla de los tres pasos, asemejando el sistema al del *fair dealing*, propio de la ley Británica y Canadiense como lo sugiere Sirinelli, en su estudio sobre excepciones y limitaciones al derecho de autor y los derechos conexos. En este define dicho sistema en dos etapas, según el cual en la primera de ellas se acude a las hipótesis limitativas que contempla el legislador, en cuyo caso solamente se tolerarán estos casos específicos; esta etapa es la denominada *dealing*. En la segunda etapa se deberá determinar si la “utilización en cuestión cae dentro del ámbito de las excepciones admisibles y si es equitativo (*fair*).

²¹⁶ RODRIGUEZ TURRIAGO, Omar. “APROXIMACIÓN A LA PROBLEMÁTICA DE LOS DERECHOS DE AUTOR EN EL INTERNET” dentro de la obra *Comercio Electrónico, Grupo de estudios en Internet, comercio electrónico & telecomunicaciones e informática. Universidad de los Andes* Ed. Legis Bogotá 2005. Pág. 341

Seguidamente (no antes), se evalúa la utilización proyectada pasándola por el tamiz de las condiciones de utilización leal (*fair use*).”²¹⁷

²¹⁷ SIRINELLI, Pierre. “EXCEPCIONES Y LIMITACIONES AL DERECHO DE AUTOR Y LOS DERECHOS CONEXOS”. en el marco del Taller Sobre Cuestiones de Aplicación del Tratado de la Ompi sobre Derecho de Autos (WCT) y el Tratado de la Ompi Sobre Interpretación o Ejecución Y Fonogramas (WPPT). Ginebra, 6 y 7 de diciembre de 1999. Pág. 26. Disponible en la Página Web de la Ompi.

CAPITULO CUARTO.

SUMARIO. 4. La Problemática que Genera la Aplicación del Derecho de Autor en el Espacio Virtual. 4.1. Transmisión de Contenidos 4.2. Las Redes Peer To Peer. 4.3 Los Links 4.4. El Sponsorline

4. LA PROBLEMÁTICA QUE GENERA LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE AUTOR EN EL ESPACIO VIRTUAL.

En el capítulo preliminar, cuando nos referimos a la problemática en la aplicación del derecho de autor, hacíamos mención a la clasificación de los puntos a tener en cuenta que presenta Garrote Fernández-Diez en la obra: “El Derecho de Autor en Internet” y dentro de esos puntos, él autor refiere cuestiones de vital importancia como por ejemplo: la determinación del ámbito de aplicación objetivo, para así establecer qué condiciones se deben cumplir a fin de que los contenidos se protejan por el derecho de autor, así mismo el autor menciona otros aspectos como la necesidad de determinar la ley aplicable, las excepciones, la adaptabilidad de los derechos patrimoniales y la determinación de la responsabilidad de los intermediarios, entre otros.

Como se puede observar, cada uno de los temas que el autor plantea, se revisten de tal importancia y complejidad que se podrían escribir obras completas sobre cada uno de ellos. Sin embargo al abarcar cualquiera de los temas propuestos, como sucede en nuestro caso en estudio (responsabilidad de los intermediarios) necesariamente se deberá hacer alusión a uno o más de los puntos en debate.

Es por lo anterior, que en este capítulo no pretendemos determinar la problemática del derecho de autor en el espacio virtual, desde la determinación del problema y estudio de él, sino que haremos mención a los fenómenos que comúnmente ocurren en la Internet y que pueden resultar en conflicto con el derecho de autor, por violación ya sea de los atributos patrimoniales o morales de éste, a fin de establecer de manera clara en el último capítulo, si existe o no responsabilidad del intermediario por violación al derecho de autor.

Valga aclarar que en este capítulo en alguno de sus numerales, se abandonará el esquema que se ha venido llevando para diferenciar el caso español del colombiano, cuando por las circunstancias de hecho, no comporten grandes diferencias entre una y otra normatividad, en éstos casos, tomaremos como base la norma española, haciendo las salvedades al caso colombiano cuando haya lugar a ello.

Antes de referirnos a cada una de las circunstancias donde comúnmente presenta dificultades la aplicación práctica el derecho de autor, debemos aclarar que las posibilidades de vulneración no son de fácil enumeración, pues a medida que avanzan los sistemas se crean tecnologías cada vez más sofisticadas, que permiten vulnerar el derecho de autor. Por ello, lo que se pretende no es poner punto final a la enumeración de las circunstancias problemáticas, sino simplemente enunciar algunas de las operaciones que ocurren en la red y que comúnmente vulneran el derecho de autor. Este ejercicio se realizará con el objetivo de plantear el derecho de autor y sus violaciones desde el punto práctico para así poder dimensionar la vulneración del derecho de autor que se produce en las redes electrónicas.

A lo que en primera instancia nos debemos referir es al intercambio de información en el ciberespacio, ya que es una actividad que se vuelve

cotidiana entre los usuarios y los mediadores de ésta, generando múltiples demandas cuando de reconocimiento de derecho de autor se trata. Es el caso de la transmisión de música, programas de ordenador, videos, libros, películas, juegos y demás componentes que puedan ser de interés para cierto grupo de usuarios que aprovechan la red abierta como lo es Internet para transmitir esta clase de obras que se encuentran protegidas por el derecho de autor, creando una cadena infinita de “retransmisión” de información, donde cada vez se vincula más gente.

Dentro de la transmisión de contenidos encontramos, que son parte determinante los intermediarios y no se debe desconocer el papel que éstos juegan, pues como afirma Tourné Alegre, ellos son protegidos en razón a la inversión y mayor desarrollo del servicio, pero: “precisamente éste es el caballo de batalla de los titulares de contenidos que ven cómo sus obras son ofrecidas con todo descaro utilizando los servicios que aquéllos prestan.”²¹⁸

La transmisión de información es mayoritariamente realizada por los usuarios de Internet a través de las denominadas Peer to Peer (P2P), lo que las convierten en: “el problema común de todas las compañías dedicadas al entretenimiento, pues a través de ellos pueden millones de usuarios en un solo día intercambiar, música, películas, software, video juegos, aplicaciones y fotografías; no existen límites para los sistemas Peer to Peer como uno de los sistemas tecnológicos más peligrosos para los derechos de autor en el mundo digital.

Sin embargo, no todo puede colocarse bajo la óptica de las infracciones de derechos de autor. Dichos sistemas han demostrado también sus bondades

²¹⁸ TOURNÉ ALEGRE, José Manuel. “PROPIEDAD INTELECTUAL EN LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN”. Diario La Ley. Nº. 4 Sección Temas de Hoy, 14 Dic. 2006.

para actividades lícitas y el mejoramiento de los sistemas de comunicación tradicional. El problema jamás será de las tecnologías, será del uso que demos a las mismas”²¹⁹

Para Barral Viñals, cuando trata el tema de la transmisión digital en redes abiertas, presupone que se enclaustra en la técnica que “permite la difusión infinita y difícilmente controlable de cualquier tipo de creación intelectual en forma de bits”²²⁰, esta idea es concebida no solo dentro de las creaciones que han sido producto del entorno digital como los programas de ordenador, o las obras multimedia, sino también las que se han transformado en un formato digital, y no podría ser de manera diferente ya que las transmisiones atañen cualquier obra que ronde por Internet, dejando a consideración de cualquier usuario del mundo digital la posibilidad de copiar o reproducir la obra que desee por medio de un programa que facilite la transmisión de aquella, a menos que exista un mecanismo efectivo que obstruya tal idea.²²¹

Así pues, teniendo en cuenta lo ya mencionado sobre la comunicación pública y la puesta a disposición, cuando nos referimos a los atributos del derecho de autor, tenemos que uno de los fenómenos con mayor auge, que puede llegar a vulnerar los derechos de autor cuando de transmisión de contenidos protegidos por el derecho de autor se trata, es el que se da en las redes Peer to Peer, de allí la relevancia de hacer una aproximación a tales redes.

²¹⁹ SANCHEZ IREGUI Felipe, citado por Akerman, Yohir y Delgado Alejandro. Avances y Retos de la Propiedad intelectual en Internet. Op. Cit. P.204

²²⁰ BARRAL VIÑALS, Inmaculada “LOS DERECHOS DE AUTOR EN LAS REDES ABIERTAS” dentro de la obra La Regulación del Comercio Electrónico. Dykinson 2003. <http://vlex.com/vid/derechos-autor-redes-abiertas-190218>

²²¹ Ibídem. Disponible en: <http://vlex.com/vid/derechos-autor-redes-abiertas-190218>

Pero antes de adentrarnos en el funcionamiento de las redes P2P, y las consecuencias que trae para el derecho de los autores, nos referiremos a algo que ya habíamos planteado, pero que enfrentaremos con todos los atributos del derecho de autor, y es la transmisión de contenidos en la red.

4.1 LA TRANSMISION DE CONTENIDOS.

Para poder transmitir los contenidos en la red, es necesaria en algunas ocasiones la digitalización de los mismos, siendo ésta la técnica que permite que un contenido tangible, se pueda leer por el ordenador al ser convertido a un lenguaje binario, lo que permitirá además de poder ser leído por el ordenador, el almacenamiento, la transmisión y obtención de copias del mismo.

Por ello y en la medida que la digitalización se constituye en la fijación del contenido protegido y a su vez resulta susceptible de obtener copias de él, la operación de digitalizar se entenderá como una reproducción.

En lo que respecta a la transformación de la obra, la simple digitalización de los contenidos, no constituye una transformación de aquella, pues como afirma López Sánchez: “si convertimos una obra de formato analógico en formato digital no estaríamos realizando un acto de transformación de la misma, ya que el acto de digitalización sólo supone un cambio de formato y no afecta a la integridad de la obra, la cual no sufre alteraciones que puedan

afectar al interés de los autores. En ningún caso se trata de una obra derivada, puesto que la originalidad brilla por su ausencia”²²²

Una vez realizada la digitalización de los contenidos, es posible la explotación de aquellos en la red, para lo cual el internauta tiene dos opciones, que claramente explica Baylina así:

- La primera opción es mediante la carga o almacenamiento en un ordenador conectado a dicha red digital y a cuya memoria puede accederse, libremente o no, desde otros ordenadores igualmente conectados a esa red, a esta modalidad se le conoce como <<pull. >>
- La segunda modalidad, es mediante el envío automático por correo electrónico a sus destinatarios por parte del servidor en cuya memoria se almacena. También conocida como <<push>>.²²³

La primera modalidad de colgar los contenidos, que también se conoce como << up-loading >> consiste en colocar los contenidos protegidos en un servidor que está conectado a la red, desde el cual los contenidos son accesibles y se pueden realizar copias del mismo. Esta operación, de conformidad con la sentencia de 16 de noviembre de 2005, de la Audiencia Provincial de Madrid, se encuentra dentro del derecho de reproducción: “La digitalización y almacenamiento en soportes estables de memoria

²²² LÓPEZ SÁNCHEZ, Cristina “RÉGIMEN JURÍDICO DEL DERECHO DE TRANSFORMACIÓN” Sección Sumario. La transformación de la obra intelectual. Julio de 2008. <http://vlex.com/vid/39450390> Pág. 113.

²²³ BAYLINA MELÉ, Marta. “LA EXPLOTACION DIRECTA DE OBRAS Y PRESTACIONES PROTEGIDAS EN REDES DIGITALES” dentro de Novedades en la Ley de Propiedad Intelectual 2007. Ed. Bosch Editor. Pág. 28 <http://vlex.com/vid/explotacion-directa-protegidas-digitaless-450142>

conectados a la red (<<*up-loading*>>), desde los que las obras son accesibles al público, a cuyo alcance está la comunicación y la obtención de copias (<<*down-loading*>>), viene comprendida en el ámbito de la reproducción, tal como se define en el Art. 18 de la Ley de Propiedad Intelectual”

Además hay que establecer, que cuando la operación de cargar los contenidos en un servidor que está conectado a una red abierta ocurre, permite a un número plural de personas acceder a ellos, desde el lugar y en el momento que elijan, nos encontramos con el derecho de << puesta a disposición>>, que se encuentra dentro de los derechos exclusivos del autor y que para el caso de la legislación española, lo ampara el derecho de comunicación, y en el caso colombiano no se encuentra en la legislación interna pero de conformidad con lo ya visto, por la integración del artículo 15 de la Decisión 351 del Acuerdo de Cartagena y el artículo 8 del Tratado OMPI, se entenderá de igual manera

.

Consecuencialmente con lo anterior, cuando el usuario solicite un determinado contenido, el ordenador de éste remite una solicitud al servidor, donde se encuentran alojados aquellos y le ordena la transmisión de los contenidos a la memoria RAM del ordenador del usuario de la página, efectuándose así una nueva reproducción de los mismos.

La otra opción que plantea Baylina, es el envío mediante correo electrónico del contenido, en el que el usuario al enviar el contenido y este alojarse en la bandeja de entrada del correo electrónico del destinatario, se configura la puesta a disposición, en la medida que el destinatario podrá tener acceso a ellos en el momento y lugar que lo desee. Además, una vez abre el correo

se realizará una copia en la memoria RAM de su ordenador que conlleva un acto de reproducción de la obra.

Ahora bien, desde el punto de vista del usuario de internet que no pone a disposición contenidos, sino que simplemente navega en la red, se ha de analizar los actos de explotación del derecho de autor que comporta tal navegación en la red. Así pues, cuando se solicita algún contenido, lo que sucede es que el ordenador de quien lo solicita envía dicha solicitud al servidor donde esta almacenada la página, quien a su vez, envía el contenido mediante la descomposición del mismo en paquetes que viajan por rutas independientes, en las que los enrutadores los direccionan para ser recompuestos de nuevo. Esta operación que se sucede en la red compromete reproducciones parciales, que se hacen a lo largo del camino, pero que son automáticas y además necesarias para completar la transmisión digital.

Una vez los paquetes han viajado por la red y son recompuestos, se termina la transmisión de los contenidos, con la reproducción de los contenidos en la memoria RAM del ordenador del usuario. La reproducción en la memoria RAM es eliminada, cuando se visualiza otra página o se apaga el ordenador. Sin embargo, si el usuario lo desea puede descargar de manera permanente los contenidos en el ordenador o en cualquier otro soporte, lo que se constituye en una nueva reproducción de los contenidos protegidos.

En términos generales éste es el funcionamiento de la transmisión de contenidos, así como, los derechos que en principio pueden ser vulnerados al transmitir contenidos. Pero como veíamos cuando hablamos de las excepciones, los derechos de los autores no son absolutos por lo que se establecen unas excepciones sobre las obras protegidas por el derecho de

autor, según las cuales se pueden ejercer ciertos actos de explotación sin contar con la autorización del titular del derecho.

Es por ello, que las normas referentes a propiedad intelectual en la comunidad europea, contemplan este tipo de excepciones o limitaciones, que para el caso concreto que nos ocupa las encontramos en la DDASI, específicamente en su artículo 5.1 que plantea la excepción a favor de las reproducciones provisionales, que carecen por sí mismas de significación económica independiente, sean transitorias y formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico y cuya única finalidad sea facilitar una transmisión en red entre terceras partes por un intermediario o una utilización lícita.

Nótese que la excepción, solamente cobija las reproducciones por tanto, si quienes ejecutan las conductas antes descritas como puesta a disposición, no cuentan con la autorización de los titulares de los derechos, se encontrarán incurso en una violación a los derechos de autor.

En lo referente a las reproducciones planteadas, debemos dejar claro que en el caso colombiano, como quiera que no existe norma que cobije las reproducciones técnicas, en principio todas las reproducciones antes enumeradas se tendrán como violación al derecho de autor, sin perjuicio de las interpretaciones que haga la doctrina, en pro del avance de la técnica y salvo, claro está, que por las circunstancias propias del hecho se pudiera encuadrar la conducta dentro de otra excepción como pudiera ser la copia privada o el derecho de cita.

En el caso de la legislación española, con respecto a las reproducciones que se producen en los enrutadores, como quiera que la reproducción sea

provisional y además necesaria para poder transmitir los contenidos, estaría incurso dentro del artículo de excepción, por tanto exenta de la autorización del autor.

Sin embargo, en relación con la copia en memoria RAM, no sucede lo mismo especialmente si se tiene en cuenta, que ella sí puede tener una significación económica, por lo que se suele acudir a la teoría de la licencia implícita, que establece que quien cuelga un contenido en la red, autoriza su visualización y por ende la reproducción en memoria RAM, cuando no ha utilizado medidas tecnológicas que lo impidan. Además, si acudimos a una interpretación exegética de la ley, tampoco podremos amparar en la excepción las reproducciones que se realicen en el cache, tanto local como del sistema.

Como se puede observar, la transmisión de contenidos en la red implica varias operaciones, que de una u otra manera terminan vulnerando los derechos de los autores. Sin embargo, esto no lo podemos afirmar de manera categórica, como quiera que nos encontráramos frente a un derecho eminentemente casuístico, por lo que habrá que atender las circunstancias de hecho en el caso concreto. Sin embargo, del funcionamiento de la transmisión visto, podemos concluir que por lo menos en la primera modalidad, cuando los archivos son colgados en un servidor, se pudiese en relación a las circunstancias del hecho, establecer alguna responsabilidad al intermediario, que administra tal servidor por la puesta a disposición de contenidos.

Pero, la técnica ha evolucionado en pro de los administradores de las redes, a fin de evitar esta posible responsabilidad, pues los sistemas de transmisión de contenidos modernos, en las denominadas Peer to Peer se

ha constituido de tal manera que la incidencia del administrador es nula, lo que garantiza su no responsabilidad como veremos a continuación.

4.2. LAS REDES PEER TO PEER.

En el mundo virtual al igual que en el analógico, para acceder a la información se hacía necesaria la existencia de un archivo base, desde el cual: “pudieran llegar, mediante la oportuna descarga, los archivos deseados al ordenador conectado a dicho servidor a través de la red”²²⁴. Sin embargo, con la llegada del programa Napster, Inventado en 1999 por Shawn Fanning, fue puesto a disposición de manera gratuita a través de la página web Napster.com, la posibilidad para que por medio de este software se pudieran intercambiar archivos entre usuarios de ordenadores, especialmente archivos de MP3, que se podían compartir sin tener que pasar por un servidor, poniendo a disposición de cualquier usuario la localización y la descarga de cualquier canción desde una misma interfaz, permitiendo posteriormente realizar descargas discontinuas.

Con esta notoria innovación Napster fue considerada más que un software, hasta el punto de consolidarse como una comunidad en la que los integrantes comparten archivos de MP3, fortaleciéndose como un bien compartido por todos, ya que cualquier integrante podría tener acceso a la carpeta de MP3, que reposa en el disco duro de los demás ordenador. Sin embargo, se llegó a pensar que el usuario que descargaba el programa, corría el riesgo de que su dirección IP pudiera ser rastreada para usos ilegales, precisamente por ello Napster prevenía a sus usuarios, que se

²²⁴LASARTE ÁLVAREZ, Carlos. “COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS PEER-TO-PEER (P2P) VERSUS DERECHO DE AUTOR” dentro de diario La Ley. Sección Doctrina. 22 de mayo de 2008.

abstuvieran de realizar actos que pudieran violar el derecho de autor, ya que la responsabilidad recaería por cuenta y riesgo de ellos.

Sin embargo, pese a la advertencia anterior, la permisibilidad de obtener música sin reconocer los debidos derechos de autor y la facilidad de la operación de descarga de material protegido por derecho de autor, llevó a Industry Association of América (RIAA) a finales del año de invención de Napster, a instar demanda contra aquella; dentro de las pretensiones de la demanda, solicitaban 100.000 dólares por cada canción que fuera descargada²²⁵, después de un largo proceso, la acción contra Napster termino en que: “en 2001 *Napster* había sido ya fagocitada por una de las sociedades discográficas demandantes y había dejado de ser una prestación gratuita para pasar a ser un servicio de pago, prácticamente olvidado por la comunidad internauta y que permite en exclusiva la adquisición de piezas musicales objeto de la debida licencia.”²²⁶

Al convertirse Napster en una comunidad que exige el pago de sumas de dinero por las descargas, hizo que perdiera interés para los internautas, pero más allá del acierto o no en la resolución del caso, lo que para nuestro interés representa Napster, es el cambio en el modelo de intercambio de archivos por lo que podríamos decirse, que Napster es la semilla que da nacimiento a los sistemas P2P.

²²⁵ OSSA ROJAS, Claudio Patricio. “EL FENÓMENO DEL MP3 Y EL CASO NAPSTER” dentro de Revista Electrónica de Derecho Informático. núm. 32 Marzo 2001. <http://vlex.com/vid/fenomeno-caso-napster-107872>

²²⁶ LASARTE ÁLVAREZ, Carlos “COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS PEER-TO-PEER (P2P) VERSUS DERECHO DE AUTOR” Op. Cit.

Como veíamos Napster, aún no ofrecía el intercambio descentralizado de archivos, pero posterior a éste, aparecieron en el mercado otros programas como <<eDonkey>>, que funcionan de manera descentralizada, por lo que el seguimiento de las descargas se hace más difícil al no dejar rastro de operaciones. Cuestión que con el paso del tiempo y el avance de la tecnología se ha ido perfeccionando aún más.

Es así, como nacen las redes Peer to Peer, definidas como: “un modelo de comunicaciones en donde cada parte tiene las mismas capacidades y a su vez cualquiera de ellas puede iniciar sesiones de comunicación”²²⁷, que además tienen como característica el permitir: “el intercambio de archivos digitales codificados (obras audiovisuales, fonogramas, juegos de ordenador) entre sus diferentes usuarios, quienes necesitan tan sólo un ordenador, una conexión a Internet y el nombre del autor o de la obra a la que desean acceder.”²²⁸

Respecto de su funcionamiento práctico, resulta muy ilustrativa la hipótesis que plantea Álvarez Álvarez, según la cual: “Cuando un internauta quiere obtener de Internet una canción o una película, se conecta a través de una red P2P y de una manera sencilla encuentra la película o la canción buscada, la cual podrá descargar en su ordenador para poder oírla o visualizarla las veces que desee. Es una red, que no tiene clientes ni servidores fijos. Los usuarios que instalan en su ordenador una red P2P

²²⁷ AKERMAN, Yohir y DELGADO Alejandro. “AVANCES Y RETOS DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN INTERNET” Op. Cit. p. 164

²²⁸ PORCUNA DE LA ROSA, Fidel “A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL JUZGADO DE LO PENAL NÚM. 1. DE LOGROÑO QUE CONDENA A UN ADMINISTRADOR DE UN SITIO DE ENLACES A REDES P2P POR INFRACCIÓN DE DERECHOS DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL” dentro de diario La Ley. Sección Doctrina, 19 de junio de 2009.

tienen acceso a las carpetas compartidas del disco duro de los ordenadores de otros usuarios que han instalado dicha aplicación.”²²⁹

La finalidad que pretende esta red, como servicio de comunicación entre usuarios, es la búsqueda de alguna obra o información específica, aunque la mayoría de las búsquedas apuntan hacia la música y el video juego, con lo que no se descarta el intercambio de infinidad de datos.

Adicionalmente esta red, presupone un encadenamiento de ordenadores en el que la comunicación se realiza entre usuarios en condición de iguales y el ordenador de cada uno de estos sujetos contiene información demandada por otros usuarios y viceversa, concluyendo una operación de envío y recibo de información.

Pero lo anterior, no significa que no exista un servidor, sí existe , pero su función no se enclaustra en brindar la información demandada, sino poner en contacto por medio de un programa informático a los diversos usuarios de la red, para dar a conocer los usuarios que están conectados y la información que dispone.²³⁰

Dependiendo de esa forma de intercomunicación del programa informático, las redes P2P son clasificadas por Álvarez Álvarez en centralizados, descentralizados y semidescentralizados o mixtos. Los primeros se caracterizan por la existencia de un servidor central, que hace el enlace

²²⁹ ALVAREZ ALVAREZ, Henar. “LA RESPONSABILIDAD DE LAS REDES P2P Y DE LOS USUARIOS POR LAS DESCARGAS DE MÚSICA DE INTERNET “dentro de la obra *Práctica de Derecho de Daños* N° 53. Sección Estudios, Octubre 2007, Editorial la Ley. www.laley.es

²³⁰ PALMA HERRERA, José Manuel. “LAS REDES P2P DE INTERCAMBIO DE ARCHIVOS DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO PENAL” dentro de la obra *Estudios Penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*. Ed. Dykinson. 2006. <http://vlex.com/vid/redes-intercambio-archivos-perspectiva-322132>

entre los usuarios; en estas redes al solicitar un determinado contenido al programa, éste posteriormente se encarga de buscarlo, entre los discos duros de otros internautas conectados en cualquier parte del mundo, para así permitir la descarga del contenido; por su parte, el sistema descentralizado se da cuando no existe un servidor central, sino que el programa busca el contenido solicitado entre los ordenadores que se encuentren conectados y en ese momento se inicia la transmisión de contenidos directamente entre los dos usuarios; por último, el sistema semicentralizado se caracteriza porque no existe un servidor central que permita descargar los contenidos, pero: “hay un modelo o sistema que podría calificarse como privado, cuando hay un intercambio de ficheros a través del correo electrónico, mediante un programa de correo electrónico, como el Outlook. El intercambio se realiza de forma individual, desde un ordenador a otro, no hay varios usuarios interconectados, ni un sitio Web para hacer descargas, sino que existe solo una comunicación directa entre usuarios individuales sin ninguna intermediación”²³¹

Esta clasificación de la forma de funcionamiento de los sistemas P2P, se ha dado por el avance en la tecnología, pues el programa Napster funcionaba de manera centralizada mientras que los sistemas modernos utilizan los servidores descentralizados o mixtos, no dejando así rastro de las transmisiones.

Una vez establecida la finalidad y el funcionamiento de los sistemas P2P, nace el interrogante de si su uso es legal o ilícito, contemplando en este último caso, en cabeza de quien recaería tal ilicitud, si la soportan los operadores P2P, que desde sus plataformas permiten realizar actos de distribución y reproducción “inconsentidas” o los usuarios que reproducen

²³¹ ALVAREZ ALVAREZ, Henar. “LA RESPONSABILIDAD DE LAS REDES P2P Y DE LOS USUARIOS POR LAS DESCARGAS DE MÚSICA DE INTERNET” Op. Cit.

las obras, cuando bajan el archivo y ponen a disposición los contenidos al intercambiar información en la red P2P.²³²

Para poder responder tal interrogante, hay que determinar si las redes P2P, cobijan actividades lícitas o no, para ello es conveniente estudiar la actividad que desarrollan los usuarios de las redes P2P, desde la óptica del derecho de autor y posteriormente la regulación penal de la conducta.

4.2.1. Las Redes Peer to Peer Frente al Derecho de Autor.

El primer elemento a determinar, es si con las operaciones propias del sistema Peer to peer se está vulnerando alguno de los derechos exclusivos del autor, por lo que se hace necesario traducir los términos que usualmente amparan las operaciones que allí se dan, para lo cual nos remitiremos a lo expresado por Palma Herrera, para quien la terminología usual de las transmisiones de información –bajada, descarga,- no corresponden a la realidad y se convierten en un acto de reproducción:

“En la terminología de estas redes se utiliza el término "descargar" o "bajar" para aludir a la conducta de quien accede al material que otro sujeto distribuye en la red. Si ese material está "colgado" en la red, quien accede a él lo "descarga", lo "baja", esto es, lo lleva al disco duro del ordenador desde el que accede a dicha red. Sin embargo, esta terminología no responde a la realidad de las cosas, pues no se trata de que quien accede a ese material lo "coja" y lo lleve a otro

²³² M.Y. TOLSADA/M.A. RODRÍGUEZ. “LAS REDES P2P Y LA RESPONSABILIDAD DE LOS SUBEN Y DE LOS QUE BAJAN OBRAS PROTEGIDAS” dentro del Boletín de Propiedad Intelectual, Industrial, Nuevas Tecnologías y Medios de Comunicación. núm. 13 nov. 2007. en: <http://vlex.com/vid/redes-p2p-suben-bajan-obras-protegidas-454097>

ordenador, de tal forma que deje de estar en el primero –que es lo que ocurriría al "descargar" o "bajar" algo cuando se trata de enseres físicos. En este terreno, "descargar" o "bajar" algo, en este caso una obra protegida, equivale a hacer una copia de la misma, a reproducirla en los términos que recoge el artículo 18 de la LPI, de manera que si antes sólo había una copia, la del ordenador de quien distribuía el material en la red, tras la descarga sigue existiendo aquella copia, que no ha sufrido alteración alguna, y existe, además, una nueva copia en el ordenador del usuario de la red que accede a ese material descargándolo o bajándolo”²³³

Por tanto, teniendo en cuenta lo que implica la operación de carga y descarga de archivos, se debe tener presente que respecto de los derechos de los autores, se le otorga a aquellos, las facultades de reproducir, distribuir, comunicar y transformar la obra. Como vimos cuando nos referimos a los atributos del derecho de autor, la distribución no se produce en el ámbito Internet; respecto de la transformación, tampoco ocurre en las redes P2P, ya que los archivos son transmitidos en su formato original.

Sin embargo, respecto del derecho de reproducción, entendido como la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda la obra o parte de ella, que permita su comunicación o la obtención de copias,²³⁴ tenemos que la operación que se realiza una vez se ha logrado ubicar el contenido buscado, comúnmente denominada como la descarga, al permitir la obtención posterior de copias,

²³³ PALMA HERRERA, José Manuel. LAS REDES P2P DE INTERCAMBIO DE ARCHIVOS DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO PENAL” Op. Cit.

²³⁴ Definición del artículo 18 del TRLPI, que presenta una definición bastante amplia del derecho de reproducción, al igual que ocurre para el caso Colombiano, con el artículo 14 del Acuerdo 351, que entiende la reproducción como “la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación o la obtención de copias de toda o parte de ella, por cualquier medio o procedimiento”

se comporta en una reproducción de la obra, además en principio no consentida por su autor.

Por otra parte, en relación a la conducta que observa quien pone a disposición, del resto de los usuarios de la red P2P el contenido del disco duro de su ordenador, hay que determinar si su conducta se puede calificar como un acto de comunicación pública ó no.

A partir de la ley 23/2006, que reforma el artículo 20 del texto refundido, la calificación de la actividad propia de las redes P2P, la podemos enmarcará en el nuevo párrafo i del apartado 2 Art. 20 LPI, que incorpora dentro de la comunicación pública, la puesta a disposición del público de obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ella desde el lugar y en el momento que elija, “ Y es que la mera puesta en Internet de la obra en un sitio Web o en la carpeta compartida del disco duro del ordenador del usuario hace que sea potencialmente disfrutada y reproducida por un número indeterminado de personas. Esto afecta a los derechos de explotación exclusivos de la obra, sin que sea preciso verificar si efectivamente alguna persona ha accedido a esa página Web y se ha descargado la canción en cuestión”²³⁵

Respecto a la calificación de dicha conducta en el derecho colombiano, tenemos que la comunicación pública es entendida como “todo acto por el cual una pluralidad de personas reunidas o no en un mismo lugar, pueden tener acceso a la obra, sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas”.²³⁶ Esta definición, que no hace referencia expresa a la puesta a disposición, requiere de un mayor trabajo de interpretación, como quiera que

²³⁵ ALVAREZ ALVAREZ, Henar. “LA RESPONSABILIDAD DE LAS REDES P2P Y DE LOS USUARIOS POR LAS DESCARGAS DE MÚSICA DE INTERNET” Op. Cit.

²³⁶ Artículo 15 de la Decisión 351 de la Comunidad Andina.

las comunicaciones en las redes P2P, se caractericen por ser punto a punto o de persona a persona, donde el enlace se realiza solamente entre dos personas que están conectadas a la red en el mismo instante.

Sin embargo, la expresión que utiliza la norma “pueden tener acceso a la obra”, refleja la potencialidad de la conducta, en donde lo que resulta relevante es la posibilidad que tengan la pluralidad de usuario, y si además nos remitimos a la hipótesis que del funcionamiento de estas redes hace Álvarez Álvarez, el autor afirma que: “Los usuarios que instalan en su ordenador una red P2P tienen acceso a las carpetas compartidas del disco duro de los ordenadores de otros usuarios que han instalado dicha aplicación”,²³⁷ podemos concluir que este sistema, al conectarse el usuario y poner a disposición, las carpetas del disco duro de su ordenador, se produce la opción para que los demás usuarios puedan acceder a los contenidos, existiendo así la pluralidad de personas con posibilidad de acceder a los mismos.

Por tanto aún cuando se vaya por caminos diferentes, tanto en el caso de la legislación española, como en la colombiana, se entenderá que la conducta de quien ingresa a la red P2P y pone a disposición los contenidos, que se encuentran en el disco duro del ordenador, se tendrá como una violación al derecho comunicación, si no se cuenta con la autorización del titular del derecho. Así las cosas tenemos que dependiendo de la operación que se realice se puede infringir el derecho de reproducción o el de comunicación (puesta a disposición). Pero esta calificación de las conductas como infracciones al derecho de autor, no resultan suficientes, ya que es

²³⁷ ALVAREZ ALVAREZ, Henar. “LA RESPONSABILIDAD DE LAS REDES P2P Y DE LOS USUARIOS POR LAS DESCARGAS DE MÚSICA DE INTERNET” Op. Cit.

necesario proceder a la valoración de las mismas, frente a las excepciones y limitaciones al derecho de autor.

Para ello procederemos a determinar si la puesta a disposición y la reproducción que efectúan los usuarios de las redes Peer to Peer, se puede incluir dentro de la copia privada, teniendo en cuenta que dentro de las excepciones vistas, es quizá la que mayor posibilidad tendrá de ajustarse a las circunstancias.

En el caso del derecho español, como decíamos en líneas precedentes, la copia privada: 1. Se debe realizar sobre obras ya divulgadas, 2. Por persona física, para uso privado, 3. Que no sean objeto, de utilización colectiva ni lucrativa y 4. Se realicen sobre una obra, a la que se haya accedido legalmente.

La consideración de las descargas de contenidos propios de las redes P2P como copia privada, resulta no coincidente en cuanto a la utilización para uso privado y no colectivo, pues si bien se debe entender como uso privado, aquel que va más allá del personal, incluyendo así el círculo familiar o cuasi familiar del individuo, ello no indica que la puesta a disposición de copias, a un número de personas indeterminadas que acceden a la red P2P, pueda ser objeto de copia privada, pues si bien no se ofrece al público en general, sí a un número indeterminado de personas que no hacen parte del círculo familiar ni cuasi familiar.

Por otra parte, en lo que respecta al uso no lucrativo, pareciera que el querer ahorrarse el coste individual de adquirir la obra, no representa suficiente entidad para entenderse como destino lucrativo, pues esto dejaría sin soporte a la copia privada, lo que se traduce que para el caso de las redes P2P: “no habrá ánimo de lucro cuando una persona baje música de Internet

y facilite sus propias copias a otros usuarios de la red de forma gratuita. Pero no habría excepción de copia privada porque hay utilización colectiva.”²³⁸

Específicamente, respecto a la copia privada y el cumplimiento de los requisitos precedentes, se ha pronunciado la Abogacía General del Estado, en el entendido que las reproducciones que se hacen en las redes peer to peer, no pueden ampararse en el derecho a la copia privada, como quiera que, para que se produzca la misma debe de cumplir con las exigencias del artículo 31.2 TRLPI, según el cual debe de tratarse de obras ya divulgadas, realizarse por la persona física para uso privado, sobre una obra a la que se haya accedido legalmente y por último no puede ser objeto de utilización colectiva ni lucrativa. En el caso de las transmisiones en estudio no pueden ser consideradas como tales: “Bien por no concurrir dos de los requisitos exigidos por el artículo 31.2 del TRLPI –que la copia sea reproducción de una obra a la que se haya accedido legalmente y que no sea objeto de utilización colectiva o bien por no concurrir tan sólo uno de ellos –que la copia (realizada, ahora sí, sobre una obra a la que se ha accedido legalmente) no sea de utilización colectiva. En efecto, este segundo requisito no podrá concurrir en ningún caso cuando la copia de la obra se obtenga a través de las redes «peer-to-peer», pues el uso ilimitado y colectivo de las mismas va indisolublemente unido a la herramienta o instrumento a que se incorpora la obra y que se caracteriza, resumidamente, por la compartición entre todos los usuarios, de número ilimitado, de dichas redes de los ficheros almacenados en las mismas por cada uno de ellos.”²³⁹

²³⁸ ALVAREZ ALVAREZ, Henar. “LA RESPONSABILIDAD DE LAS REDES P2P Y DE LOS USUARIOS POR LAS DESCARGAS DE MÚSICA DE INTERNET” Op. Cit.

²³⁹ GALLEGO, José y otros. DICTAMEN DE LA ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO - Concepto de copia privada dentro de *Anales de la Abogacía General del Estado*. Boletín Oficial del Estado. Enero de 2009.

Sin embargo, el que la transmisión de contenidos realmente se realice entre dos individuos conectados a la misma red y además la no existencia de un límite cuantitativo de la copia privada, está dificultando la aplicación de los criterios descritos y consiguientemente amparando todas las reproducciones que se hacen en las redes P2P, dentro de la excepción de copia privada.

Además, en lo que respecta al requisito del acceso legítimo, la norma no establece en qué circunstancias nos encontramos ante un acceso legítimo. Es por ello que en el caso hipotético en que un individuo reproduce de manera ilegal un contenido y posteriormente lo pone a disposición de unos usuarios en una red P2P, no es claro si la circunstancia de acceso ilegítimo del primer individuo, se traslada a quien accede al contenido con posterioridad dentro de la Red.

Todas estas circunstancias son las que han llevado, que se presenten casos como el del auto proferido el 2 de julio de 2009 por el Juez No.7 Mercantil de Barcelona, en pleito iniciado por SGAE contra el sitio web Elrincondejesus.com, donde el primero de ellos solicitaba el cierre cautelar de la segunda, la cual se dedicaba a enlazar otros sitios para descarga de películas y música. En dicho caso, estimó el juez que las redes P2P: **“no encuentran un acomodo claro y específico en los comportamientos que prohíbe la ley, [negrilla fuera del texto] en especial la reproducción, distribución y comunicación pública sin autorización”**.²⁴⁰ Lo cual llevaría a concluir que las transmisiones por P2P, no vulneraban en principio algún

²⁴⁰ ROMERO, Pablo “UN JUEZ CONSIDERA QUE EL P2P EN SÍ NO VULNERA LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL” En: periódico elmundo.es 2009. [Consultado el 12 de octubre de 2009] Disponible en: <http://www.elmundo.es/elmundo/2009/07/07/navegante/1246959096.html>

derecho protegido por el TRLPI, dejando claro que las transmisiones “on line” operan en un plano de legalidad.²⁴¹

Este caso referencia así, la situación actual de España en la que las transmisiones no son consideradas como ilegales, pero que si pueden presentar posibles inconvenientes en la legitimación del derecho de autor, tema que se concluirá al referirnos a la posición de estas redes frente al derecho Penal.

Por su parte, en el caso colombiano, la copia privada, de conformidad con el artículo 37 de la ley 23 de 1982, se define así:

“Es lícita la reproducción por cualquier medio de una obra literaria o científica ordenada u obtenida por el interesado en un solo ejemplar para uso privado y sin fines de lucro”

De conformidad con esta definición, la conducta que realiza quien descarga dentro de una red P2P, en su ordenador un archivo protegido por derechos de autor, estaría plenamente amparado por la excepción de copia privada, ya que es directamente el interesado quien obtiene la copia y la descarga en su ordenador y si además, se tienen en cuenta que el coste de no adquirir la obra, no representa la suficiente entidad para configurar el fin de lucro, no existirá inconveniente alguno para calificar su conducta dentro de la excepción planteada.

Quizá la única limitante que tendría el usuario, es que solamente podrá hacer una descarga de cada obra, cuestión que en última instancia no

²⁴¹ Ibídem.

modifica mucho la conducta, por la facilidad de acceso que tiene cualquier individuo a dichas redes.

La realidad de la situación aquí planteada, no deja de ser anecdótica, ya que nos encontramos frente a dos legislaciones, que podríamos considerar extremas en lo que a adaptación del derecho de autor a las nuevas tecnologías se refiere, pero que tanto una como la otra, terminan permitiendo la vulneración de los derechos de los autores, por lo que cabría preguntarnos, si la solución realmente está en adaptar el derecho de autor a los requerimientos de las nuevas tecnologías, cuestión esta hacia donde se apunta la tesis de esta memoria de investigación y que esbozaremos en el último capítulo.

4.2.2. Las Redes Peer to Peer Frente al Derecho Penal

Dentro del Código Penal encontramos el artículo 270, que contempla los delitos contra la propiedad intelectual. De conformidad con el numeral primero de dicho artículo, “será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de 12 a 24 meses, quien con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero reproduzca, plagie, distribuya o comunique públicamente en todo o en parte una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares correspondientes derechos de propiedad intelectual o cesionarios”.

Partiendo de lo establecido por el código penal en el artículo transcrito, se resaltan cuatro conductas: reproducir, plagiar, distribuir y comunicar públicamente, de las cuales para la acción que se realiza en la transmisión de P2P, se puede descartar el plagio, ya que lo que se demanda son

archivos en su estructura original de obras protegidas y tanto el sujeto que las pone a disposición como el que las descarga no las hace pasar como suyas, pues esa no es la finalidad de las P2P.

Por otro lado no se puede presentar tampoco la distribución, que ocurre solamente con las copias tangibles y por último respecto de la reproducción y de la comunicación pública, gracias a la reforma operada en 2006, que como vimos incorpora la reproducción en cualquier soporte y extiende la puesta a disposición como una modalidad de la comunicación pública, incurrirá en puesta a disposición, quien pone a disposición de los demás usuarios de la red P2P, los archivos que se encuentran en el disco duro de su ordenador y realizará una reproducción de contenidos, quien baja los archivos al disco duro de su ordenador.

Pero además de la exigencia de encuadrarse dentro de alguna de las conductas anteriores, de conformidad con el mismo artículo 270, para que la reproducción y comunicación pública (para el caso de las P2P) actualice el tipo penal, deberán ser efectuada con ánimo de lucro, siendo el ánimo de lucro por tanto el elemento subjetivo cuyo objeto: “es obtener un beneficio o ventaja que no siempre se contextualiza en dinero”²⁴²

Es este ánimo de lucro, el elemento conflictivo en la aplicación de la norma pues existen dos grandes concepciones de ánimo de lucro: “de un lado, el lucro en sentido amplio, entendido como la intención de obtener cualquier tipo de beneficio, ventaja, o utilidad aún de mero carácter contemplativo. Y, de otro, el lucro en sentido estricto, la concepción económico-objetiva, que

²⁴² PALMA HERRERA, José Manuel. LAS REDES P2P DE INTERCAMBIO DE ARCHIVOS DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO PENAL. Op. Cit.

considera el ánimo de lucro como la intención de obtener un beneficio o ventaja de carácter patrimonial.”²⁴³

Es por ello que encontramos posiciones radicalizadas al respecto como las de Palma Herrera quien considera, que ya sea para sí o para un tercero, tanto aquél que baja la información de la red a la memoria de su ordenador para ponerla a disposición de los usuarios de la red <<peer to peer >>, como quien descarga ese material reproduciéndolo busca un provecho, ventaja o utilidad, ya sea propio o ajeno, que permite hablar, en cualquier circunstancia, de ánimo de lucro.²⁴⁴ Y además sustenta su posición, en dos circunstancias que se pueden resumir en que:

- _ Los usuarios que intercambian información buscan un beneficio mutuo, adicionalmente el programa informático que gestiona el intercambio de archivos, premia por intermedio con un sistema de “bonus” al usuario que mas información descargue o ponga a disposición, (buscado utilidad tanto quien pone a disposición como quien descarga).
- En tanto el ánimo de lucro puede ser buscado para un tercero, caso que es habitual en las redes P2P, ya que un usuario distribuye obras protegidas con el fin de que estos terceros la puedan descargar y sean beneficiarios de alguna utilidad de manera indirecta.

²⁴³ CRUZ RIVERO, Diego. “DISTRIBUCIÓN DE MÚSICA A TRAVÉS DE INTERNET ¿LUCRO O COPIA PRIVADA? (A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA 309/06, DE 14 DE JULIO DE 2006 DEL JUZGADO DE LO PENAL Nº 3 DE SANTANDER)” dentro de la revista. “*Revista de Contratación Electrónica. Nº 76*” Noviembre de 2006. Pág. 64. <http://vlex.com/vid/mu>.

²⁴⁴ PALMA HERRERA, José Manuel. “LAS REDES P2P DE INTERCAMBIO DE ARCHIVOS DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO PENAL” Op. Cit.

Así mismo, en apoyo de tal posición y respecto de los fonogramas, encontramos el artículo 15.4 del Tratado OMPI, sobre interpretación o ejecución de fonogramas regula que: “Para los fines de este artículo, los fonogramas puestos a disposición del público, ya sea por hilo o por medios inalámbricos de tal manera que los miembros del público puedan tener acceso a ellos desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija, serán considerados como si se hubiesen publicado con fines comerciales”. Lo que terminaría traduciéndose, que la simple puesta a disposición de fonogramas presupondrá el ánimo de lucro comercial.²⁴⁵ Sin embargo habrá que atenerse a lo que suceda en los tribunales con esta excepción iuris et de iure, pues pareciera que el código penal español, no hubiese querido incluirlo, aún cuando en la ratificación del Tratado no hace ninguna salvedad al respecto.

Por otra parte, dentro de lo que se ha denominado la vertiente estricta, se encuentran aquellos para quienes la interpretación del ánimo de lucro debe obedecer a los principios de proporcionalidad e intervención mínima, lo que se evidencia en algunos fallos de los Tribunales donde las conductas solamente se considerarán punibles: “si dañan severamente los derechos de explotación en exclusiva de la propiedad intelectual”²⁴⁶, como ocurrió en el caso de la renombrada sentencia de 14 de julio de 2006, del juzgado de lo penal de Santander, en el que el juez consideró, que en el caso que se juzgaba la responsabilidad de un individuo por descargar canciones y compartirlas con amigos a través del correo electrónico, no se configuró el

²⁴⁵ Esta interpretación será posible, gracias a la ratificación del tratado que hizo recientemente tanto la Unión Europea como el Reino de España, el 14 de diciembre de 2009, y que entra en vigor el 14 de marzo de 2010.

²⁴⁶ ALVAREZ ALVAREZ, Henar. “LA RESPONSABILIDAD DE LAS REDES P2P Y DE LOS USUARIOS POR LAS DESCARGAS DE MÚSICA DE INTERNET” dentro de la obra *Práctica de Derecho de Daños N° 53*. Sección Estudios, Octubre 2007, Editorial la Ley. www.laley.es. Ver relación que hace el autor de sentencias.

tipo penal, por la falta del elemento dolo calificado <<ánimo de lucro>>, pues: “Su intención no es en ningún caso comercializar con el material audiovisual del que dispone, sino simplemente hacerse con copias de productos que le interesan bien a través de descargas de la red o bien mediante el intercambio con otros usuarios de Internet”²⁴⁷

Por lo anterior, en nuestro entender la valoración que del ánimo de lucro que se haga, si bien debe ser proporcional de tal manera que no deje sin contenido la figura de la copia privada, es importante también tener en cuenta que ha sido el querer del legislador, el dar un trato diferenciador a la copia digital, pues la masificación de la copia privada digital, tiene la potencialidad de interferir en la normal explotación de la obra, pues de no poner un límite a las copias privadas, ocurre lo que se presenta actualmente con estas redes P2P que se “fundan sin excepción en una interpretación restringidísima del concepto del ánimo de lucro, tendente a despenalizar las infracciones de derechos de propiedad intelectual, cuando son cometidas por consumidores que pretenden ahorrarse el precio de acceso a ejemplares de obras protegidas por derechos de propiedad Intelectual”.²⁴⁸

La importancia es tal, que la despenalización no solamente ocurrirá en el caso de las redes P2P, sino que incluso, cobija la conducta que se da cuando cualquier persona, abiertamente ofrezca la descarga de contenidos protegidos por el derecho de autor, como ocurrió con la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, de febrero de 2008, en la que se absuelve al inculpado, apoyándose en el principio de intervención mínima

²⁴⁷ Sentencia del Juzgado de lo Penal de Santander de 14 de julio de 2006

²⁴⁸ RODRIGUEZ ANDRÈS, Miguel Ángel LOS DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN LA CIRCULAR 2/2006, DE 5 DE MAYO, DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO SOBRE DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL” dentro de “ La Ley Penal Nº 34” Sección Estudios, Enero de 2007.

del derecho penal y en la que expresamente se dice que: “demostradamente el acusado no actuaba con intención de obtener un beneficio comercial, no cobraba dinero ni se enriquecía económicamente más allá de lo que suponía el ahorro personal gracias al intercambio de los discos, películas y juegos”²⁴⁹

Así mismo, para completar la tipificación que se estipula en el artículo 270.1, falta un tercer elemento, que consiste en causar un perjuicio a un tercero, por medio de la distribución o reproducción, este elemento en mención, tiene dos posiciones subjetiva y objetiva.

La primera de ellas subjetiva, presenta dificultad de ejercicio debido a que en el caso de la puesta a disposición o reproducción de las obras protegidas en una red P2P, el usuario que realiza estas actividades no tendrá el propósito de causar perjuicio a los titulares del derecho de explotación, pues aunque es consciente de que se puede ocasionar un perjuicio, no lo busca como meta principal debido a que el objetivo es el beneficio de la transmisión de datos a otros usuarios, evidenciándose de esta forma la evaluación que habría que realizar sobre el ánimo del sujeto que realiza la conducta, lo que se traduce en una gran dificultad desde el punto de vista probatoria.

Es por lo anterior, que se suele adoptar la segunda posición, denominada objetiva de acuerdo con la cual: “bastaría con que la actividad desplegada por el sujeto fuese susceptible de lesionar intereses patrimoniales de los

²⁴⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial- Cantabria, nº 40/2008, de 18 de Febrero 2008. Disponible en la base de datos vlex. <http://audiencias.vlex.es/vid/delito-propiedad-intelectual-37491729>

titulares de los derechos de explotación de las obras de que se trate, para que la misma resultase típica.”²⁵⁰

Sin embargo, consideramos el optar por esta aplicación de manera objetiva, estará en contravía con la figura de la copia privada, pues toda copia privada, en última instancia termina generando un perjuicio para el titular del derecho de autor y si la solución al posible conflicto, se plantea como pareciera hacerlo el legislador en la reciente reforma a la figura de la copia privada, asimilándola a la copia de seguridad, dejará de existir la copia privada y por ende se terminará derrumbando el sistema de compensación equitativa, pues no tendrá razón de ser, ya que generaría el doble pago del usuario frente a la obra originaria y la copia de seguridad.

Así las cosas y evidenciando la problemática que genera desde el derecho de autor y penal las redes P2P, hay que explorar la responsabilidad, desde otro campo como puede ser el de la responsabilidad extracontractual.

Por su parte, el derecho Penal colombiano, en su artículo 271, reconoce la violación a los derechos de los autores, sin autorización previa de estos, “salvo las excepciones previstas en la ley.” Por lo que, como quiera que la conducta la podemos encuadrar dentro de la excepción de copia privada, no incurrirán en responsabilidad de ningún tipo los usuarios de las redes P2P.

Esta posición es reforzada en el fallo de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, en sentencia de abril de 2008, en el que establece respecto a los delitos contra la propiedad intelectual que si a la actuación no la acompaña,

²⁵⁰ PALMA HERRERA, José Manuel “LAS REDES P2P DE INTERCAMBIO DE ARCHIVOS DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO PENAL” Op. Cit.

el ánimo de lucro y la intención de lesionar el patrimonio ajeno, la conducta será atípica. Además vale la pena resaltar la afirmación despreocupada que hace la corte al afirmar: “Si en el internet circulan millones de canciones, no puede concentrarse en el derecho penal la función de perseguir a los usuarios que, aprovechando tal circunstancia, descargan la música que se coloca a su alcance, pues en estos casos como en todos aquellos en los que la persona obra sin ánimo de lucro y sin el propósito de ocasionar perjuicio a la obra o a los intereses económicos del titular de los derechos, resulta imposible afirmar la existencia de una conducta punible, toda vez que se lesiona o pone efectivamente en peligro el bien tutelado por la ley”²⁵¹

4.2.3. Conclusión en Relación con las Redes Peer to Peer.

De conformidad con lo visto, tenemos que según el artículo 20.2.i. del TRLPI, quien pone a disposición los archivos que reposan en el disco duro de su ordenador y que son objeto de protección por parte del derecho de autor, con su conducta está incurriendo en la comunicación pública denominada como: “puesta a disposición”.

Así mismo, quien descarga tales archivos a su propio ordenador, no puede ampararse en principio en la excepción de la copia privada, pues al ser la utilización de las redes P2P de naturaleza colectiva, impide el subsumir la conducta dentro de la excepción. Además, la copia privada presupone el pago de la compensación equitativa y la norma prohíbe expresamente el

²⁵¹ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, de fecha 30 de abril de 2008, dentro del proceso N° 29188.

cobro de dicha compensación al disco duro de los ordenadores, lo que es un indicio más del no querer del legislador incluir las copias que se realizan en las redes P2P, pues las mismas se hacen precisamente en el disco duro, de quien descarga (reproduce) la información.

Por otra parte, la reproducción y comunicación pública de la obra sin la autorización del autor, se encuentran tipificadas como un delito en el artículo 270 del Código Penal Español, que exige para la realización de la conducta típica, la existencia de ánimo de lucro, que en principio existiría por el interés de ahorro que conduce a quien acude a las redes P2P.

Sin embargo, respecto del ánimo de lucro la tesis que se ha adoptado, ha sido la restrictiva que entiende que el ánimo de lucro debe ser el empresarial, según esto para que se dé el ánimo de lucro, tendrán que realizarse ulteriores actos de explotación, lo que determinarán que la conducta sea típica o no.

Como lo afirma Rodríguez Andrés, ésta posición: "limita extraordinariamente la tutela penal, reduciéndola prácticamente a la nada en el caso de los downloaders que se bajan ficheros de la red,"²⁵² esta posición se evidencia principalmente en la circular 1/2006 de 5 de mayo, de la Fiscalía General del Estado sobre delitos contra la propiedad privada, que considera la baja o descarga de archivos de obras que realicen los usuarios en la red, como una copia privada no tipificada penalmente; lo anterior no significa que la circular deje de reconocer, que la puesta a disposición que hace quien coloca los archivos a disposición así como el que los descarga, sea considerada como

²⁵² RODRIGUEZ ANDRÉS, Miguel Ángel LOS DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN LA CIRCULAR 2/2006, DE 5 DE MAYO, DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO SOBRE DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL" dentro de " La Ley Penal Nº 34" Sección Estudios, Enero de 2007.

una infracción a los derechos de los autores, que se pueda perseguir por la jurisdicción civil sin tener en cuenta la cuestión económica.

Sin embargo, la conducta de reproducir o comunicar públicamente de una obra, sin la autorización, no requieren del elemento subjetivo de la obtención de lucro frente al derecho de autor, pero como afirma Porcuna de la Rosa, la significación económica sigue siendo trascendente, ya que es difícil identificar a un usuario en la red, además: “según la doctrina *Promusicae* del Tribunal del Justicia de las Comunidades Europeas los proveedores de acceso a la red no estarían obligados, en atención a la normatividad actual (L 25/2007, LA LEY 10470/2007), de conservación de datos de comunicaciones electrónicas y de redes públicas de comunicación), a revelar datos identificativos de sus usuarios en la incoación de procesos civiles.”²⁵³

Es por ello, que se continúan haciendo descargas de manera indiscriminada de material protegido por derecho de autor a través de las redes P2P, sin que se enjuicien a los autores de la conducta, ya que los tres primeros apartados del artículo 12 de la Ley 34/2002, solamente obliga a retener los datos relativos a las comunicaciones electrónicas, por parte de las empresas operadoras de servicios de comunicaciones, para los supuestos de infracción penal y su consiguiente investigación criminal, lo que en la práctica convierten en inoperante la acción que pudieren iniciar los titulares de los derechos de autor en razón al ilícito civil cometido por los usuarios de las redes P2P.

²⁵³ PORCUNA DE LA ROSA, Fidel. “A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL JUZGADO DE LO PENAL NÚM1 DE LOGROÑO QUE CONDENA A UN ADMINISTRADOR DE UN SITIO DE ENLACES A REDES P2P POR INFRACCIÓN DE DERECHOS DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL” Diario La Ley, Nº 7200, Sección Doctrina, 19 de Junio de 2009. Ed. La Ley. www.laley.es “la sentencia a la que refiere la autora es del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de fecha 29 de Enero de 2008.

Además la reforma a la Ley 34/2002 de 2007, que incorpora el artículo 12 bis, tampoco permite aún la información en caso del ilícito civil, sino que crea una serie de deberes de información de los intermediarios frente a sus usuarios, de entre los que se destaca el numeral 4, que dice. “Los proveedores de servicios mencionados en el apartado 1 facilitarán información a sus clientes acerca de las posibles responsabilidades en que puedan incurrir por el uso de Internet con fines ilícitos, en particular, para la comisión de ilícitos penales y por la vulneración de la legislación en materia de propiedad intelectual e industrial”. Si bien la inclusión de este numeral cuarto, puede resultar relevante desde el punto de vista del reconocimiento de la importancia al derecho de autor, en la práctica no ofrece una solución a los inconvenientes que tienen los titulares de los derechos para hacerlos valer frente al sistema de redes P2P, por esto ante la imposibilidad de individualización de los individuos que vulneran sus derechos, la norma termina siendo papel muerto.

Por otra parte, en lo que respecta a los operadores de estas redes, la cuestión no es muy diferente, como se evidencia en sentencia del SAP de Madrid de 18 de junio de 2008, << caso sharemula >> en la que basándose en lo establecido en la circular 1/2006, se juzga que la responsabilidad del administrador de una red P2P, se debe estudiar como un prestador de servicios ya que: “ su actividad se centra en facilitar <<”enlaces”, ni alojan archivos, ni realizan directamente la descarga, limitándose a facilitar una dirección donde se puede descargar la obra, esto es, su actividad se centra en “enlazar”>>”. Además señala que un enlace simple no supone una comunicación pública de una obra, sino una indicación de donde se hace dicha comunicación, ya que la página web referenciada (Sharemula) no realiza de forma directa la comunicación pública de obras protegidas por la ley de propiedad intelectual, lo que implica el reconocimiento de la actividad pasiva de la página web e incluso el juzgado va más allá legitimando su actividad en razón a la retribución que recibe la administración de la página

en relación por la publicidad derivada del número de inscripciones sin importar la descarga o no de archivos.

Teniendo en cuenta la anterior precisión, nos remitimos al artículo 17 de la Ley 34/2002, que regula la responsabilidad de los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda, según este artículo aquellos prestadores no serán responsables por la ilicitud de los contenidos a los que enlazan, siempre que: “ a. No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remiten o recomiendan es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o. b. Si lo tienen, actúen con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente”²⁵⁴.

Por lo anterior los administradores de las redes P2P, siempre que no tengan conocimiento efectivo de la ilicitud del contenido o si teniéndolo suprimen o inutilizan el enlace no serán responsables; por tanto, el elemento determinante del deber de actuación o no del intermediario será el <<Conocimiento Efectivo>> y la actuación diligente.

Además en relación con el conocimiento efectivo, es definido en el mismo artículo 17 de la Ley 34/2002 y requiere de la declaración de ilicitud realizada por un órgano competente, más el conocimiento de la correspondiente resolución por parte del prestador de servicio de intermediación.

Como podemos observar, la norma se refiere a la necesaria actitud pasiva del proveedor del enlace, sin embargo consideramos que la actividad de los administradores de redes P2P, no es propiamente la de quien realiza un enlace simple o por lo menos en este caso no estamos hablando de lo que

²⁵⁴ Art. 17 Ley 34/2002.

podíamos denominar enlace tradicional, sino que, como manifiesta Ortega Díaz, los “P2P Links”, son herramientas diferentes a los links simples, por enramarse por las vías del peer to peer, en los cuales los usuarios emplean los instrumentos de búsqueda, para obtener los enlaces que les permiten acceder a los mismos, empero se debe tener presente que para la efectiva transmisión de archivos de la red que se quieran difundir se deben comprimir, por el contrario si el usuario desea obtener determinado archivo, lo hará por medio de los buscadores de sistema que le suministrarán el enlace oportuno, el cual al activarlo realizara actos de reproducción.²⁵⁵ Tanto para la difusión y la adquisición de información “se comprende dentro del ámbito de derechos exclusivos, existiendo *a priori* pocas dudas acerca de la capacidad de vulneración de los derechos patrimoniales por parte de estos enlaces.²⁵⁶

Por otra parte, en el Juzgado de lo penal Nº 1 de Logroño, de 25 de noviembre de 2008, en la que se condena al administrador de una red P2P por responsabilidad penal, derivada del art. 270.1 del Código Penal, teniendo como fundamento que el administrador de la misma, obtenía beneficios económicos no de quienes recibían las descargas, pero si mediante la publicidad que insertaba en la página y que además era de obligatoria visualización.²⁵⁷

²⁵⁵ ORTEGA DÍAZ, Juan Francisco “SITIO WEB Y ENLACES EN INTERNET. UNA REFLEXIÓN DESDE EL ÁMBITO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL” dentro de la Revista de Contratación Electrónica núm. 35 Febrero 2003. <http://vlex.com/vid/sitio-web-enlaces-reflexion-intelectual-181643>

²⁵⁶ *Ibíd*em

²⁵⁷ Sentencia del Juzgado de lo Penal Nº 1 de Logroño, de 25 de Noviembre de 2008. Disponible en <http://www.aranzadi.es/index.php/informacion-juridica/jurisprudencia/penal/sentencia-del-juzgado-de-lo-penal-n-1-de-logrono-de-25-noviembre-2008>

Pero la existencia de sentencias como la anteriormente reseñada, no creemos que haya modificado la posición frente a las redes P2P, pues en sentencia reciente de fecha 9 de Marzo de 2010.(Caso www.elrincondejesus.com), en el que se juzgaba la actuación del titular de una página web, que funciona mediante el sistema de menús, carteles o portadas con títulos de películas u obras musicales, en el que una vez seleccionado por el usuario el archivo a descargar, este se redireccionaba a otra web (p2p) de modo automático para producirse la descarga, fue entendida por el juzgado Mercantil Nº 7 de Barcelona, como no vulneradora del derecho de autor, con base en el argumento que: “ la página web de enlace a redes p2p, de la manera en que se configura la *web* de *elrincondejesus*, no vulnera en la actualidad. El sistema de enlaces o links que se ha descrito, desarrollado por el demandado en este caso, no supone ni distribución, ni reproducción, ni comunicación pública”²⁵⁸

Es por lo anterior, que la solución para los autores se ha querido buscar en la misma tecnología. Existen actualmente medidas tecnológicas de gestión de derechos digitales, como la DRM (Digital Rights Management) que tienen como características generales detectar quien accede a cada obra y bajo qué condiciones, para así reportar la información al proveedor de la obra, también pueden negar el acceso a la obra, de acuerdo con las condiciones establecidas por el proveedor de la obra y por último en el caso de autorizar el acceso, lo pueden hacer bajo condiciones restrictivas.²⁵⁹

Pero estas medidas, si bien pueden resultar efectivas para la protección de los derechos de los autores, tienden a desincentivar a los usuarios de las redes quienes no demandarán los productos que tienen estos sistemas, y

²⁵⁸ Sentencia 67/2010. Juzgado de lo Mercantil Nº 7 de Barcelona, Sentencia de 9 de Marzo de 2010. Disponible en laleydigital.es

²⁵⁹ Características tomadas de la definición que da la Página Web Wikipedia. http://es.wikipedia.org/wiki/Digital_Rights_Management

esto se ha convertido en una realidad tan latente que los mismos proveedores de contenidos (especialmente la música) han abogado por el desmonte de tales sistemas, generalmente impuestos por las entidades de gestión. Incluso se han creado movimientos en contra de los sistemas DRM, que consideran que estos sistemas limitan el acceso a la cultura, no permiten la realización de obras derivadas así como la obtención de la copia para uso privado.

En el caso del derecho español, si bien se permite la utilización de medidas tecnológicas de protección de los derechos, dentro de las que cabrían los denominados DRM, la existencia de las excepciones como la copia privada, así como la obligación de los proveedores de suministrar los datos, solamente en el ámbito de una investigación criminal, son los que impiden que se avance en este aspecto. Sin embargo, es importante ver lo que ocurrió en la sentencia del Tribunal Supremo, sala 2^o de 9 de mayo de 2008, aún cuando la sentencia se refiere a un caso penal de pornografía infantil, en el que la brigada especializada de la guardia civil, había incorporado un mecanismo electrónico denominado número <<hash>>, que permite el rastreo de los usos que se den al contenidos. Considera el alto tribunal que los datos de acceso de los usuarios de las redes *peer to Peer* específicamente la identificación IPs, son datos públicos para los usuarios de Internet, por lo que no hacen parte del ámbito privado de las personas ni son objeto de la protección de los datos de carácter personal.

Lo anterior, significa un avance desde el punto de la investigación, que permitirá la incorporación de este tipo de mecanismos de rastreo, a fin de proteger los derechos de los autores. Sin embargo, se ha de tener en cuenta que la sentencia, se refiere a una investigación de carácter penal, por lo que fue posible en dicho caso obtener los datos de los titulares de los números ISp, que no se podrá obtener en el caso del ilícito civil, por no existir o por lo

menos hasta este momento, la obligación en cabeza de los proveedores de suministrar tales datos.

Así pues, la posible acción de responsabilidad contra los administradores de las redes P2P o de los usuarios de las mismas, que pudieren iniciar los titulares de los derechos de autor, encuentra grandes cortapisas, ya que la actividad de los usuarios, claramente violatoria del derecho de autor, por no subsumirse dentro de las condiciones del delito hace imposible la identificación del individuo. Respecto de los administradores, el que la actividad de los mismos no se pueda entender como una puesta a disposición de contenidos, sino como una actividad de intermediación de enlace, impide la aplicación del régimen sancionador penal, lo que a su vez termina convirtiéndose en la tabla de salvación de los administradores de las páginas P2P, ya que la actividad del administrador, especialmente en los sistemas descentralizados es permitir el enlace entre ordenadores y por lo tanto no tendrá conocimiento de la ilicitud o no de la descarga.

Es por lo anterior, que por lo menos frente a los administradores de las redes Peer to Peer (ya que se pueden identificar), habría que acudir a la posibilidad de una acción de responsabilidad extracontractual, pues el fallo reseñado que condena al administrador de la red, no tiene suficiente fundamento como para modificar la posición anterior de no responsabilidad de los administradores.

Como se pudo observar, estas redes de intercambio de información son quizá la mayor fuente de la defraudación a los derechos de los autores, mayoritariamente en sectores especialmente sensibles como lo son la música y las películas.

Con anterioridad a la incorporación de las nuevas tecnologías, el legislador español, para dar solución a las reproducciones de difícil control, optó por

imponer un sistema de cánones, que trasladado al espacio virtual, busca compensar las pérdidas que tendría el sector como consecuencia de la copia privada digital que obtiene el usuario de la red. Sin embargo, creemos que la razón o fundamento de tales medidas, en el espacio virtual ya no resulta aplicable o por lo menos no en las mismas condiciones, como quiera que precisamente gracias a esas nuevas tecnologías, hoy sea posible determinar exactamente el uso que se da a una prestación protegida dentro del entorno digital.

Es por ello que consideramos que la posición de la legislación española de trasladar el régimen de cánones al ámbito Internet, si bien resulta bastante prudente, llega a ser contraproducente, ya que el pago que se pueda efectuar por adquirir por ejemplo un CD, resulta irrisorio frente a los perjuicios económicos que pudiere ocasionar al titular de los derechos, si tenemos en cuenta la facilidad que presenta la red de realizar un innumerable número de reproducciones y de muy alta calidad.

Para Graciano Regalado, lo que se deben imponer son otras medidas complementarias como la de crear las: “Licencias de descarga transferible entre los usuarios finales, que tras el pago de una cantidad a tanto alzado (a determinar), permiten descargar durante cierto tiempo (por ejemplo, un año) todo tipo de contenidos, y que se pueden vender entre los mismos, en el supuesto de que no se hayan utilizado.”²⁶⁰

Sin embargo, no consideramos que sea el mejor camino, pues esta limitación en el tiempo crearía un régimen de gran desventaja entre el mundo on-line y off-line, ya que los primeros perderían los privilegios que clásicamente se han reconocido a los adquirentes de obras protegidas por

²⁶⁰ GRACIANO REGALADO, Juan Carlos. “PROPIEDAD INTELECTUAL, SUBSECTOR MUSICA E INTERNET: PROBLEMAS ACTUALES Y ALGUNAS CONSIDERACIONES DE FUTURO” Diario La Ley, Sección Doctrina, 2 de Julio de 2009.

el derecho de autor, como son el poder consultar la obra las veces que lo desee, así como hacer una copia de la misma.

4.3. LOS LINKS.

Pareciera ser que los links, son la creación digital que más controversia puede suscitar en ambientes virtuales, ya que como lo vimos en el límite de cita se traían a colación para compararlos con esta, pero sin ahondar en su terminología y en su relación con los P2P, que como ya vimos debe ser tratado de una manera especial, nos dedicaremos a estudiar el link, que se produce para enlazar las páginas de un mismo sitio Web o de dos sitios diferentes, dejando de un lado así las P2P.

Los links, se podrían definir como el vínculo o puente que enlaza de manera instantánea los diversos sitios web que habitan en Internet, empero Ortega los establece como los vínculos que permiten al “internauta desplazarse dentro del propio documento o de éste a otro”²⁶¹, los cuales son fáciles de identificar y emplear ya que por medio de un icono, nombre, recuadro, el usuario los ubica de forma inmediata, lo que ha llevado a los creadores de páginas web, a utilizarlos con más frecuencia, convirtiéndose en una de las rutas fáciles a cualquier página web, sin generar complejidad en su concepto son de gran utilidad para el enlace de información.

Su importancia y utilidad ha llegado a considerarlos parte de la esencia de la red, ya que como manifiesta Prieto: “facilitan enormemente la navegación, al

²⁶¹ ORTEGA DÍAZ, Juan Francisco “SITIOS WEB Y ENLACES EN INTERNET. UNA REFLEXIÓN DESDE EL ÁMBITO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL” Op. Cit.

permitir acceder de forma rápida y sencilla a diversos datos (ya sea páginas web completas, textos, imágenes, programas u otros), con un mero clic de ratón y saber que estamos navegando por un sitio web determinado”²⁶²

Aunque en el común empleo de los links no pareciera existir diversidad de clases, por su forma de direccionar a los sitios web tiene dos grandes clasificaciones: la primera de ellas son los voluntarios, que se definen como aquellos que el usuario voluntariamente (valga la redundancia) activa. Por el contrario los segundos son los involuntarios, que se activan sin la intervención del usuario, dentro de estos dos grupos hay una subclasificación que en resumen se presenta así:

- **Enlaces Voluntarios:** ostenta los enlaces directos que a su vez se subdividen en enlaces de superficie y de profundidad; los cuales de superficie, son definidos por Carbajo Cascón como aquellos: “que vinculan directamente un sitio web con otro sitio en línea identificado perfectamente por el usuario a través de la barra de direcciones de su navegador;²⁶³ y los enlaces de profundidad siguiendo a Ortega Díaz, los podemos definir como aquellos que dirigen al usuario a las páginas interiores de un <<web site>> ajeno, evitando pasar por la pagina inicial.²⁶⁴

²⁶² PRIETO ANDRÉS, Antonio. “LOS RIESGOS JURIDICOS DE LA UTILIZACION DE LINKS EN UN SITIO WEB”. Revista Electrónica de Derecho Informático. Núm. 42, Enero 2002. <http://vlex.com/vid/juridicos-utilizacion-links-sitio-web-122759>

²⁶³ CARBAJO CASCÓN, Fernando. “LA RESPONSABILIDAD POR HIPERENLACES E INSTRUMENTOS DE BUSQUEDA EN INTERNET”. Práctica de Derecho de Daños Nº 20, Octubre 2004 La Ley 2010/2004.

²⁶⁴ ORTEGA DÍAZ, Juan Francisco “SITIO WEB Y ENLACES EN INTERNET”. Op. Cit.

- También existen los enlaces enmarcados o *Frame Link* que es aquel que: “el contenido de una página Web de otro sitio se reproduce dentro del marco del sitio que establece la unión”²⁶⁵

- **Enlaces involuntarios o automáticos:** Este tipo de enlace, como su nombre lo indica no requieren la intervención del usuario para activarse; están integrados por los enlaces ensamblados, los cuales tiene como misión permitir al autor de una página web la integración de contenidos de otra página web, sin que el usuario perciba la existencia del link, un ejemplo constante de esta clase de links son los publicitarios. Este tipo de enlaces como bien lo apunta Carbajo Cascón, si bien consiguen un ahorro de espacio en el servidor de almacenamiento también crean la apariencia de que: “la información de la página enlazada forma parte del sitio desde el cual se produce el enlace, o bien de que existe algún tipo de relación entre los titulares de ambos sitios web”.²⁶⁶

- Otro enlace que integra esta clasificación es el enlace de nueva ventana, el cual opera cuando el usuario abre una ventana de una página web y automáticamente se abre otra, mostrando un sitio web diferente, estos también son utilizados como medios publicitarios, lo que lleva a concluir, que en ambos casos se obtienen beneficios económicos.²⁶⁷

²⁶⁵ PABON CADAVID, Johnny Antonio. “HIPERTEXTO, LINKS Y DERECHOS DE AUTOR”. Revista de Derecho informático. Nº. 098- Septiembre de 2006.<http://alfa-redi.org/enlinea.shtml>

²⁶⁶ CARBAJO CASCÓN, Fernando. “LA RESPONSABILIDAD POR HIPERENLACES E INSTRUMENTOS DE BÚSQUEDA EN INTERNET”. Op. Cit.

²⁶⁷ ORTEGA DÍAZ, Juan Francisco “SITIO WEB Y ENLACES EN INTERNET. UNA REFLEXIÓN DESDE EL ÁMBITO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL” Op Cit.

Los enlaces, son una herramienta útil en el encadenamiento de páginas web y anuncios publicitarios y en principio no vulneran los derechos de los autores, pues como afirma Pabon Cadavid: “los links, son meros enlaces que remiten a información o activan ciertos contenidos, pero que en ningún caso quien coloca el link realiza reproducción de los contenidos a los cuales enlaza”²⁶⁸

Pero por otra parte, hay que tener en cuenta, que si bien queda perfectamente claro que en los enlaces no hay comunicación pública, por cuanto ésta se produce en el sitio enlazado, en cuanto se activa el link, se ha de producir una serie de reproducciones que si bien son técnicas y necesarias, no siempre estarán cobijadas por la excepción por comportar un interés económico. Sin embargo, tal interpretación resultaría demasiado restrictiva, pues por aplicación del principio de la licencia implícita, todas las reproducciones podrían cobijarse en la excepción.

Más sin embargo, esto no deja de ser preocupante, en el caso del derecho colombiano, que no contempla la excepción técnica, Así pues, si tenemos en cuenta el funcionamiento normal de un link, que como afirma Pabon Cadavid: “cuando se activa el link, es necesaria una serie de reproducciones temporales del contenido para poderlo visualizar, de tal forma que básicamente se realizan: a) Copia en la memoria RAM (Random Acces Memory) del computador b) Copia en la memoria temporal para realizar la navegación (memoria cache) c) Reproducción en la pantalla del usuario”²⁶⁹ tendríamos que en estricta interpretación de la norma, plantear la necesidad de la autorización del autor, siempre que se haga un enlace.

²⁶⁸ PABON CADAVID, Jhonny Antonio. “HIPERTEXTO, LINKS Y DERECHO DE AUTOR” dentro de la revista de Derecho Informático -98 Septiembre de 2006.

²⁶⁹ PABON CADAVID, Jhonny Antonio. “HIPERTEXTO, LINKS Y DERECHO DE AUTOR” en la Revista de Derecho Informático N° 98 Septiembre- 2006.

Otro punto a consideración, es que dependiendo de la forma del enlace ciertamente se podrían llegar a vulneraciones de los derechos de los autores, especialmente en los enlaces enmarcados o framed, que presenta la información de la página, pero de una manera alterada generalmente por contenido publicitario. Este tipo de enlace la página enlazada es enmarcado por el contenido de la página que realiza el link; la conducta descrita generalmente se hace con la intención de obtener provecho de un contenido ajeno y hacerlo pasar como propio, lo que podría terminar convirtiéndose en una violación al derecho de paternidad de la obra.

Pero esto no quiere indicar, que cada vez que se enmarque una información se esté produciendo una violación a los derechos de autor, pues en algunas ocasiones los programas informáticos, pueden alterar el tamaño de la pantalla, para facilitar a los usuarios la navegación en Internet y no con ello violan los derechos de autor. Por ello, es necesario exceptuar este tipo de situaciones y siempre tener en cuenta si la conducta se realiza en detrimento de los derechos de los autores o de la obra.

En relación con el enlace simple o de superficie, generalmente se ha entendido que por estar dirigido a la página de inicio de otro sitio web, que por supuesto sea de acceso libre, no supondrá infracción de derecho, y esto ha sido así no solamente por la postura que adopta frente a ellos la doctrina, sino que los tribunales se han pronunciado en este mismo sentido, como en el caso del Tribunal de Navarra en sentencia de 2007, en la que expreso qué: “el enlace simple o de superficie no supone infracción a los derechos de propiedad intelectual. Este tipo de links constituyen únicamente una forma de facilitar al usuario de Internet el acceso a otra página web, sin tener que << teclear >> el nombre de esa página. Por eso no suponen una reproducción ni una distribución de la página web, ya que no reproducen la página enlazada, ni dan lugar a un almacenamiento de la misma en la propia

página web de la remitente. Simplemente como hemos dicho << ahorra>> el trabajo de teclear el nombre de la página en el buscador.²⁷⁰”

Lo que nos lleva a una primera conclusión, respecto de los enlaces, según la cual en los enlaces simples, no existe violación de derechos a no ser que se presente el caso de que un titular de una página web exprese su voluntad contraria al establecimiento de enlaces.

Pues como lo reconoce la misma sentencia citada, en principio quien crea una página Web, tiene por objetivo darse a conocer y la creación de enlaces hacia su página no vulnera sus derechos, pero a su vez se reconoce el derecho que tiene el titular de una página a no querer que se realicen enlaces a su sitio web para lo cual, puede hacer mención expresa en su página e incluso existe la posibilidad de instaurar medidas tecnológicas que le permitan decidir que enlaces desea que se admitan y cuáles no.

Por tanto, si el titular del sitio web, no hace uso de esta libertad de decisión, se podría pensar que no es necesaria su autorización para establecer el enlace, lo que se ha traducido para la doctrina en la teoría de la “licencia implícita”, que tiene como fundamento el que los enlaces son el motor de la World Wide Web, que facilitan la difusión de la información y que por tanto quien crea la página Web, sabe que pueden hacerse enlaces a su página y los acepta con anticipación al no prohibirlos, ni instaurar medidas tecnológicas que lo impidan.

Pero hay que resaltar, que el planteamiento anterior, será válido en la medida que los enlaces sean simples o de superficie, porque en materia de

²⁷⁰ Sentencia Nº 223/2007, de la Audiencia Provincial de Navarra.

enlaces profundos debe evidenciarse siempre la autorización previa del titular de la página a enlazar, pues aquí no se puede partir de la presunción implícita, por que se estaría afectando la explotación económica por pérdida de ingresos, e incluso se pueden llegar a afectar los derechos morales del autor de la página Web.

Sin embargo, existen casos como el del tribunal Alemán (Handelsblatt vs. paperboy) en que se estableció, que el uso de enlaces profundos no es una violación al derecho de autor, además una corte californiana en el caso (Ticketmaster Corp vs. Tickets.com) manifestó que: “aunque los links profundos pudiesen ser actos de competencia desleal, no constituyen violación de copyright porque las direcciones URL, son meros hechos que no están protegidos por el copyright y por lo tanto no se está realizando copia de una obra”²⁷¹.

En nuestro entender, si bien estamos de acuerdo que la dirección URL, no es protegida por el derecho de autor como ubicación de la Página, no debemos olvidar que el contenido hacia el que ella dirige o Página Web, sí que es susceptible de protección por parte del derecho de Autor y esto sin perjuicio de que en un caso concreto, los contenidos que a su vez ésta alberga, también gocen de protección; por lo que resulta conveniente, el plantear cada uno de los enlaces, desde la perspectiva del derecho de autor continental.

Pero antes de proceder a ello, debemos traer a colación, que en el derecho colombiano, La Dirección Nacional de Derechos de Autor, mediante

²⁷¹ PABON CADAVID, Johnny Antonio. HIPERTEXTO, LINKS Y DERECHO DE AUTOR. Revista de Derecho informático. Nº. 098- Septiembre de 2006.<http://alfa-redi.org/enlinea.shtml>

concepto de fecha 7 de septiembre de 2006, reconoce a los links, como una herramienta esencial en Internet, que permite de manera sistemática y ágil el acceso de información y de no existir frenaría el acceso a la misma. Así mismo en el concepto reseñado manifiesta que: “desde el punto de vista técnico y jurídico, la simple realización de hipervínculos no involucra un acto de reproducción propiamente dicho por parte proveedor del enlace. En estricto sentido, el hipervínculo tan sólo le indica al usuario el sitio web donde se encuentra la obra enlazada, sin que este sólo acto implique la realización de copias de la misma.”²⁷²

Sin embargo, creemos que el concepto solamente tiene en cuenta los enlaces a la página principal, de tal manera que igual como sucede con el caso de la norma española y en virtud a la protección debida a los derechos de los autores es necesario, matizar el concepto y estudiar el fenómeno del link con un mayor detenimiento. Por lo que procederemos a ver cada una de las formas de enlace, que pudieran llegar a constituirse en una vulneración al derecho de los autores:

- El enlace de profundidad o *deep link*: es aquel enlace que se dirige hacia una página interior de otro *web site*, omitiendo así el paso por la página principal. Para determinar lo que sucede con esta forma de enlace, debemos partir, como ya habíamos manifestado, que la página web es susceptible de protección por el derecho de autor; por tanto las consecuencias de un enlace de este tipo son:
 - En primer lugar estos enlaces, tienen el poder de ocasionar perjuicios al titular de la página enlazada desde el punto de vista económico. Ya

²⁷² Ibíd.

que es común que las páginas web deriven parte de sus ingresos, por la publicidad que albergan en ellas y que se encuentra en la página de inicio; por tanto, con los enlaces de profundidad en los que el internauta no visita la página principal y por ende no observa la publicidad allí colocada y tampoco se contabiliza su visita, perjudica al titular de la página web, que no recibirá los ingresos que pudiere obtener si se enlazará a la página principal.

- El segundo aspecto relevante en relación con esta clase de enlaces, lo configura la posible violación al derecho de comunicación pública, ya que: “en este tipo de enlaces a priori, la obra se visualiza sin la autorización del titular del derecho exclusivo”²⁷³ poniéndola a disposición del público
- Por otra parte, en relación con el derecho de transformación, se les reconoce a los autores, la potestad de impedir la modificación o alteración de su obra. Si tenemos que la página web es protegida por el derecho de autor, la forma de visualización de la misma también, lo que se verá afectado en esta clase de enlaces por no respetar el orden de visualización de la página.
- Por último como quiera que esta forma de enlazar, generalmente se realiza con la finalidad de hacer pasar los contenidos enlazados como propios, se violará con éstos el derecho de paternidad sobre la obra.

²⁷³ ORTEGA DIAZ, Juan Francisco. “LOS ENLACES EN INTERNET. Op. Cit. Pág. 126

- Los enlaces enmarcados o de frame, como ya lo mencionábamos tienen como particularidad que la página enlazada es enmarcada dentro de la página del titular del enlace. Estos enlaces producen para el titular de la página web la vulneración de sus derechos en razón a que:
 - En este tipo de enlaces como afirma Carbajo Cascón, no suele aparecer la dirección electrónica o nombre de dominio de la web enmarcada: “lo cual puede provocar situaciones de conflicto al generar entre los usuarios la falsa apariencia de que el sitio enlazado mediante *framing*, y por lo tanto su información, pertenece al mismo sitio en que se encuentra el usuario o bien que existe una relación jurídica o económica entre los titulares de ambos sitios en línea.”²⁷⁴
 - Así mismo, se constituyen en una violación al derecho exclusivo del autor de comunicación pública, en su modalidad de puesta a disposición, ya que pone a disposición de una pluralidad de personas los contenidos, de tal forma que se puede acceder a ellos, en el momento y lugar que el usuario decida, que para el caso, será cuando el internauta haga uso del enlace.

En este sentido se pronuncia Bouza, para quien: “estamos ante una infracción, porque aunque no se ha realizado una copia en el servidor que

²⁷⁴ CARBAJO CASCÓN, Fernando. “LA RESPONSABILIDAD POR HIPERENLACES E INSTRUMENTOS DE BUSQUEDA EN INTERNET” Práctica de Derecho de Daños Nº 20. Octubre de 2004. Ed. La Ley. La Ley 2010/2004.

contiene el sitio en el marco, el sitio web enmarcado es puesto a disposición del público sin la autorización de su titular.”²⁷⁵

- Así mismo con esta forma de visualización de la obra, se produce una violación al derecho de transformación, ya que se modifica la forma en que el autor ha querido que se visualice la obra.

Esta última circunstancia, en algunas ocasiones ha querido ser relacionada, con la obra derivada, que en principio necesitará la autorización del autor de la obra original.

Sin embargo, no creemos que este tipo de enlaces pueda producir una obra derivada, pues como manifiesta Ortega Díaz: “al usar un <<frame>>, únicamente se produce una alteración visual en la presentación de la web, pero esta permanece integra ofreciendo al internauta la posibilidad de visualizarla y desplazarse por ella sin restricciones”²⁷⁶

Además en cuanto a la obra derivada, se ha de tener presente, el necesario esfuerzo creativo que la identifique, cuestión que no se produce en los enlaces frame. Sin embargo, por lo valorativo de la modificación habría que plantearlo desde la perspectiva del caso en concreto, pues en algunos casos sí que podría surgir una obra derivada, pero la regla general, es que el link no llegue a transformar la obra a tal punto. A pesar de ello, no hay que perder de vista lo referente a las bases de datos protegidas por el derecho sui generis, en las que habría que entrar a valorar los nuevos elementos

²⁷⁵ BOUZA LÓPEZ, Miguel Ángel. “LA PROTECCION JURIDICA DEL SITIO WEB”. Dentro de la obra Comercio Electrónico en Internet. (DIR. GÓMEZ SEGADE, José Antonio) Marcial Pons. Madrid-Barcelona 2001. Pág. 146

²⁷⁶ ORTEGA DIAZ, Juan Francisco. “LOS ENLACES EN INTERNET. Propiedad Intelectual e Industrial y Responsabilidad de los Prestadores.” Ed. Thomson Aranzadi. Navarra 2006 Pág. 133.

incluidos en la misma.

- En relación con los enlaces ensamblados, que como ya mencionábamos tienen como característica, el que no necesitan de la intervención del usuario para activarse. Estos enlaces, desde la óptica de la violación de los derechos del titular de la página enlazada implican:
 - En primer lugar, como quiera que estos contienen dentro de la página que realiza el enlace, el contenido de una página ajena, para poder lograrlo deben realizar una copia de los mismos, que por demás es no consentida. Por ende, se vulnera con esta forma de enlace el derecho exclusivo de reproducción.
 - Así mismo al poner a disposición contenidos ajenos sin autorización, se produce una violación al derecho de comunicación pública en su modalidad de puesta a disposición.

Sobre el creador de dicho enlace puede recaer la conducta de comunicación pública, en su modalidad de puesta a disposición establecida en el artículo 20. i del TRLPI, por hacer accesible al público la obra, por medio de su inclusión en una página diferente a la de origen, lo cual se posibilita por medio de un enlace ensamblado, pero esta conducta en posición de Garrote Fernández, basado en la teoría de la licencia implícita , no existirá: “infracción de la facultad moral de autorizar la divulgación , puesto que esta se ha producido mediante la inclusión –autorizada, se entiende – primera de la obra en la página web del titular.”²⁷⁷

²⁷⁷ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio. “EL DERECHO DE AUTOR EN INTERNET” Óp. Cit. Pág. 369

- Por último esta forma de enlace, llega a considerarse como una violación al derecho a la integridad de la obra.

Como se puede observar dependiendo de la forma de enlace, se ve vulnerado uno u otro derecho exclusivo del autor. Pero estas conductas, propias de los links, antes de calificarlas como violación a los derechos de los autores, se deben pasar por el tamiz de las excepciones.

En ese orden de ideas, tenemos que los links, siempre han querido relacionarse con el derecho de cita, para lo cual hay que tener en cuenta lo establecido en el artículo 5.1 de la DDASI y 32 del TRLPI, que reconoce esta excepción en la medida que cumpla con los requisitos de realizarse sobre obras divulgadas, fragmentos de obras ajenas, se hiciera a título de cita, fines docentes o investigación y además que se identifique la fuente y el nombre del autor.

Lo que no siempre se da a cabalidad, pues generalmente los enlaces no se hacen sobre fragmentos sino el total del contenido y tampoco es lo usual que se realice para fines docentes o de investigación. Pero también, podrían ampararse en lo establecido en el artículo 33 sobre temas de actualidad, siempre que se cumplan los requisitos de citar la fuente y el autor.

Lo usual es que no se presenten las circunstancias de la cita ilustradas, pero tampoco se podrá descartar ya que esto depende de las circunstancias propias del caso a definir en un determinado momento.

Por otra parte, en relación con la responsabilidad de los creadores del link, debemos expresar que la responsabilidad por tal actividad, se encuentra regulada en la Sección 2ª, Capítulo II de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico, norma que no solamente hace mención a los prestadores de servicios de intermediación, sino que cubre dentro de su campo de acción a todos los prestadores de servicios de la sociedad de la información que faciliten instrumentos de búsqueda de información y/o hiperenlaces a sitios de terceros, sin ser ésta su única o principal actividad.

Por ello, acudiendo a los anexos de la LSSICE, definiciones, tenemos que serán objeto de aplicación de la responsabilidad contemplada en el reseñado artículo solamente la persona física o jurídica que proporcione un servicio de la sociedad de la información y que a su vez se entenderá por servicio de la sociedad de la información aquel prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario, así como los servicios no remunerados por sus destinatarios, pero que constituyan una actividad económica para el prestador de servicios.

Adicionalmente en la Directiva 2000/31/CE, se estableció que no serán responsables los prestadores de servicios que faciliten los enlaces, lo cual la doctrina y la jurisprudencia han sustentado. De la misma forma el Art. 17 del LSSICE, establece el principio de no responsabilidad a priori, que exime a estos sujetos por facilitar los enlaces y por la información de terceros, a la que dirijan a los destinatarios del servicio de programas de buscadores,

siempre y cuando se den las dos condiciones que establece el artículo en mención²⁷⁸:

- No tengan conocimiento de la información a la que remiten o recomiendan es ilícita, o lesiona bienes o derechos de un tercero.²⁷⁹
- Si poseen conocimiento del punto anterior, actúen de manera eficaz para suprimir el enlace correspondiente.

De esta forma, los problemas que pueden presentarse por la inclusión de los enlaces, en principio se regirán por el principio de conocimiento efectivo y reacción diligente. Sin embargo, como veremos en el próximo capítulo, no siempre podremos atenernos a dicha regulación especialmente en lo que ha derechos de autor se refiere.

Como ya se mencionó al inicio del capítulo, el objetivo de este no es la enumeración taxativa de los fenómenos de la red que pudieren llegar a vulnerar los derechos de los autores, por lo que se intento hacer un recuento de las situaciones más controversiales, como son la transmisión de contenidos, las redes P2P y los links.

Pero consideramos antes de dar por terminado éste capítulo, reseñar una práctica publicitaria que ha dado mucho de hablar, por la posible vulneración

²⁷⁸ CARBAJO CASCÓN. Fernando. "LA RESPONSABILIDAD POR HIPERENLACES E INSTRUMENTOS DE BUSQUEDA EN INTERNET" de la obra *Práctica de Derecho de Daños*, Nº 20, Sección Estudios, Octubre 2004, Editorial La Ley. Disponible en base de datos laleydigital.es

²⁷⁹ *Ibíd*em

al derecho de marcas, que aunque no es objeto de este trabajo, nos resulta significativa por cuanto el medio que utiliza es el link. La Práctica a la que nos referimos, parte de la figura del sponsorline que desarrollaremos a continuación.

4.4 EL SPONSORLINE

También denominados patrocinios aplicados a las webs, Arribas explica su funcionamiento como aquel método en que: “el anunciante o patrocinador establece una relación con el prestador de servicios de Internet de tal modo que puede hacer llegar sus productos o servicios al público que visita un determinado sitio web colocando en él su marca, su logo, su nombre, etc., o simplemente estableciendo un link que conduzca al usuario directamente a la página del anunciante. En virtud de esta relación, el patrocinador desembolsa una cantidad al responsable de una web y como contraprestación obtiene un beneficio en forma de publicidad.”²⁸⁰

Por lo general, este tipo de negociaciones, se suelen realizar con las páginas de buscadores, en que lo que se negocian son una palabras claves, que serán las que hagan que el link del patrocinador aparezca, en el momento en que se tecleen las misma por parte del usuario.

Este tipo de prácticas publicitarias, necesariamente hace que el intérprete se pregunte, si con ellas, el prestador de servicio de búsqueda no podría llegar

²⁸⁰ ARRIBAS DEL HOYO, Paloma. “SPONSORLINES Y RESPONSABILIDAD CIVIL” dentro del Boletín de Propiedad Intelectual, Industrial, Nuevas Tecnologías Y Medios de Comunicación. Nº 5, Abril de 2004. <http://www.vlex.com/vid/349004>

a vulnerar derechos como el de marcas, cuando la palabra clave corresponde a una marca, que no sea de propiedad del patrocinante.

Para poder determinarlo, es necesario acudir a la LSSICE, que en su artículo 17, establece que los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda, no serán responsables por la información que faciliten a los destinatarios de sus servicios, cuando no tengan conocimiento efectivo de que la actividad o información a la que remiten es ilícita, o si lo tuvieran, actué con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente.

Pues bien, en el caso de esta nueva práctica publicitaria, como quiera que existe una negociación de por medio, en la que se establecen las palabras clave, se podría entender que si hay conocimiento; pero solamente en la eventualidad de que la marca sea notoriamente conocida. Sin embargo, de conformidad con la misma LSSICE, solamente existirá el conocimiento efectivo, cuando proceda de una declaración de ilicitud, que además sea conocida por el prestador o que proceda de los acuerdos voluntarios que estos apliquen. Cuestión, esta última que pareciera dar a entender que en estos casos, el que opera el motor de búsqueda no tendrá ninguna responsabilidad.

Sin embargo, creemos que el legislador al redactar el artículo 17, cuando exceptúa al prestador de servicios, lo hace pensando en los prestadores de servicio de búsqueda que no tuviesen ninguna ingerencia sobre el link al que remitían o por el contrario les negaba la excepción cuando el titular del link, actuará bajo el control del prestador de servicio.

Pero por otra parte, nada se estableció, respecto de la responsabilidad cuando el prestador de servicio de búsqueda, le facilita al usuario de su servicio, con su conocimiento un vínculo a través del cual se de acceso a una web con contenidos ilícitos.

En el caso de ésta forma publicitaria, hay que tener en cuenta que su modo de operar, se realiza por intermedio de las denominadas metaetiquetas, que son “mensajes dirigidos a los buscadores para conseguir atraer a los usuarios hacia una página”²⁸¹, que si bien constituyen una forma de comunicación destinada a promocionar, directa o indirectamente, bienes, servicios o la imagen de una empresa, lo que permite incluirlos dentro del concepto de publicidad (art. 2 de la Ley General de publicidad), en relación con la utilización de la marca, se ha de valorar, si dicha utilización se hace a título distintivo o no.

Algunos doctrinantes “se muestran en contra del posible carácter distintivo de la marca ajena utilizada como meta etiqueta, ya que a su juicio ésta no tiene como finalidad la distinción de productos o servicios en el tráfico económico, sino únicamente conseguir que el recurso que examinamos sea localizado por los buscadores cuando se introduzca la marca en cuestión, siendo de este modo ofrecida su dirección a los usuarios. El argumento en este sentido, determinante para negar el carácter distintivo de las meta etiquetas es que no son perceptibles por los usuarios de Internet”²⁸²

²⁸¹ TATO PLAZA, Anxo. “PUBLICIDAD Y COMUNICACIONES COMERCIALES. Aspectos Jurídicos de la Publicidad y de las Comunicaciones Comerciales en Internet. Dentro de la obra *Comercio Electrónico en Internet*. (Director. GOMEZ SEGADE, José Antonio). Marcia Pons. Madrid- Barcelona. 2001. Pág. 217

²⁸² LÓPEZ JIMÉNEZ, David. “PRACTICAS PUBLICITARIAS ELECTRÓNICAS EVENTUALMENTE VULNERADORES DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL”. La Notaría- Núm. 59-60, Noviembre 2008. Pág. 82. El autor cita Kur, Massaguer Fuentes, Kott-Hoff, Varanidek y Miguel Asensio. <http://vlex.com/vid/publicitarias-nicas-eventualmente-vulneradoras-56688252>

Así mismo, existen autores para los que todo uso de la marca como *metatag*, constituye una infracción al derecho de marcas. Pero a nuestro entender, creemos que la mejor posición que se pudiere tomar al respecto es la que expresa Ortega Díaz, según la cual existirá infracción solamente cuando la utilización de la marca o el signo distintivo sean utilizados, para distinguir productos y además puedan crear confusión en el mercado.²⁸³

Consideramos que la mejor opción, será la de atenerse a las circunstancias propias de cada caso, en el sentido de determinar si el uso de la marca se utiliza para distinguir productos, si existirá violación al derecho de marcas, pues de lo contrario podrá existir una infracción de otro tipo como competencia desleal, pero no infracción a la propiedad industrial.

Otra cuestión, que si bien relacionada, que ha de tenerse en cuenta es que en el caso de la práctica del enlace patrocinado, en la que el proveedor de enlace, tendrá cierta incidencia sobre la utilización de las metaetiquetas, por ello, ya que este contrata el uso de las mismas, de tal manera que: “cuando un usuario introduce en el buscador una palabra clave adquirida por una empresa, junto a la lista de resultados de tal búsqueda aparece insertado un banner o recuadro publicitario con un enlace a la página del anunciante que adquirió tal palabra clave, bajo el encabezamiento: <<enlace patrocinado>>”²⁸⁴

²⁸³ ORTEGA DIAZ, Juan Francisco. “LOS ENLACES EN INTERNET” Op. Cit. Pág. 213

²⁸⁴ LÓPEZ JIMÉNEZ. David. “PRACTICAS PUBLICITARIAS ELECTRONICAS EVENTUALMENTE VULNERADORAS DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL”. La Notaría. núm. 59-60 Noviembre 2008. Pág. 88 <http://vlex.com/vid/publicitarias-nicas-eventualmente-vulneradoras-56688252>

Pues bien, un caso como el del supuesto, se presentó en Francia, en el que se enfrentaban Louis Vuitton vs Google, en el que el empresario de la moda, demanda a Google (motor de búsqueda) , por vender unas palabras claves, para incorporar en un sistema publicitario en el que una vez se tecleaba el nombre de la marca, en la parte derecha de la página, frente al link que remite a la página del titular legítimo de la marca, se presentaban unos link (patrocinados) donde se comercializaban productos falsificados de la marca.

Hay que tener en cuenta, que por presentarse en Francia habrá que hacer algunas matizaciones, al interpretarlo dentro del derecho español, como quiera que allí no existe norma que exima de responsabilidad a los proveedores de búsqueda y enlace y además involucra falsificación de marca, pero puede resultar orientador sobre las consecuencias de la práctica comercial.

En comentario al caso descrito, Ruiz Muñoz considera que en estos casos: “la utilización-presentación de una marca ajena, está referida por lo general a sus propios productos y servicios, en cuyo caso la posibilidad de riesgo de confusión no parece en principio muy probable, porque el usuario percibe el carácter publicitario de los << banner>> por una doble vía: el indicativo del <enlace patrocinado> y la marca propia del anunciante junto con la descripción de sus servicios. Pero de nuevo aquí se plantea la cuestión fundamental sobre la utilización de signo a título de marca, fin distintivo o de manera meramente descriptiva”²⁸⁵

El Tribunal francés estableció en apelación, que la forma de publicidad ideada por Google, se constituía en una infracción al derecho de marcas, por

²⁸⁵ RUIZ MUÑOZ, Miguel. SOBRE PROPIEDAD INDUSTRIAL Y EXCLUSION DE RESPONSABILIDAD DE LOS INTERMEDIARIOS EN INTERNET: Enlaces y Buscadores (a Propósito del Conflicto Judicial Francés Louis Vuitton Malletier V. Google). En la Revista de Comercio Electrónico Nº 99 – 2008. Págs. 61-84

imitación que conduce a error sobre el origen de los productos y los servicios, además que Google, con su actuación no se limitó a la tarea de almacenamiento, sino que organizó la redacción de los anuncios, su colocación y además puso a disposición de los anunciantes las herramientas informáticas para modificar y seleccionar las palabras claves, con lo que incitaba a los anunciantes a aumentar el canon publicitario, para poder obtener ingresos por la explotación ilícita de la marca. Con base en tales fundamentos se condeno a Google, por utilización indebida de una marca.

Sin embargo Google, interpuso el recurso de casación. Por su parte, la Corte de Casación, suspendió el proceso y planteo consulta sobre el asunto al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, que el pasado 23 de marzo de 2010, determinó que el uso de una marca ajena como criterio de búsqueda, no vulnera la Directiva sobre derecho de marca. Esta decisión tomando como criterios determinantes, que el motor de búsqueda, no hacia un uso del signo distintivo, ya que se requiere para que se de el uso, la utilización del mismo en el marco de su propia comunicación comercial. Además sostiene, que el titular de la marca, no puede oponerse al uso de un signo idéntico a la marca, si no menoscaba las funciones de la marca que son garantizar al consumidor la procedencia de los productos, la calidad, etc., y que el uso que daba Google es solo como criterio para búsqueda de contenidos, sin tener relevancia el que este recibiera un pago por concepto de publicidad patrocinada.

Esta consulta que resuelve el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, si bien no resulta muy alentadora para el derecho de marcas, si establece unos criterios de determinación de responsabilidad de los prestadores de servicios de búsqueda, que consideramos de gran utilidad como son:

“112 Es también necesario, para que el almacenamiento por el prestador del servicio de referenciación quede incluido en el artículo 14 de la Directiva 2000/31, que su comportamiento se ciña al de un «prestador intermediario» en el sentido que el legislador ha querido dar a esta expresión en la sección 4 de esta Directiva.

113 A este respecto, se desprende del cuadragésimo segundo considerando de la Directiva 2000/31 que las exenciones de responsabilidad establecidas en dicha Directiva sólo se aplican a aquellos casos en que la actividad del prestador de servicios de la sociedad de la información tiene naturaleza «meramente técnica, automática y pasiva», lo que implica que el prestador «no tiene conocimiento ni control de la información transmitida o almacenada».

114 Por lo tanto, para comprobar si la responsabilidad del prestador del servicio de referenciación podría verse limitada con arreglo al artículo 14 de la Directiva 2000/31, es necesario examinar si el papel desempeñado por el prestador es neutro, es decir, si su comportamiento es meramente técnico, automático y pasivo, lo que implica que no tiene conocimiento ni control de la información que almacena.

Así pues, este concepto nos permite precaver que dependiendo de cómo se califique la conducta del prestador de servicio, se podrá aplicar el régimen de excepción o no.

Pero volviendo al caso de la referencia, si nos remitimos a la legislación española, existe una norma específica que regula la conducta de los

proveedores de búsqueda y enlaces, en las mismas condiciones que la de los proveedores de alojamiento de contenidos, según la cual estos intermediarios estarán exentos de responsabilidad siempre y cuando no tengan conocimiento efectivo y en caso de tenerlo actúen diligentemente. Además la norma describe el conocimiento efectivo, que dependerá de una resolución que dicte un órgano competente; y como quiera que en el caso de la publicidad patrocinada, no ocurre esta forma de conocimiento, no existiría por ende responsabilidad, hasta tanto no exista una resolución judicial y que además se incumpla lo ordenado allí.

Por otra parte, con la reforma operada por la Ley 56/2007 la exención de responsabilidad no se da cuando el proveedor de contenidos al que se enlace actúe bajo la dirección, autoridad o control del prestador que facilite la localización de esos contenidos.

Los conceptos referidos, pudieran entenderse como la guía, para determinar si el papel del intermediario ha sido neutral o no, sin embargo, por lo susceptible de valoración de los términos habrá que atenerse a lo que interpretan los jueces.

CAPITULO QUINTO

SUMARIO. 5, Los Prestadores de Servicios de Intermediación. 5.1. Principios de la LSSICE ha Tener en Cuenta. 5.2 Proveedores de Servicios de Intermediación. 5.3. Proveedores de Servicios de Internet en Colombia.

5. LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE INTERMEDIACION

Uno de los motivos de este trabajo de investigación, ha sido el evaluar el nivel de adaptabilidad del derecho de autor a las nuevas tecnologías, para así poder determinar la responsabilidad de los intermediarios de la sociedad de la información, frente a las infracciones que de éste, cometan los usuarios de sus servicios. Para lograr tal objetivo se hizo necesario, hacer un recorrido por los atributos y prerrogativas que se otorgan a los autores, así como a los intérpretes y ejecutantes tanto en la legislación española como la colombiana, teniendo siempre como punto de referencia las normas tanto nacionales como internacionales que rigen el derecho de los autores.

De esta manera, se pudo evidenciar que la vocación que tiene la red, para facilitar la comisión de conductas contrarias al derecho de autor es bastante evidente, máxime si tenemos en cuenta que como resalta Barral Viñals, en ella confluyen cuatro factores que dan un carácter diferenciador a los ataques al derecho de autor en el entorno digital, como son:

- La facilidad de realizar copias ilegales.
- La alta calidad de las copias.
- La obra digital es polivalente: El mismo canal permite la reproducción de texto, imagen y sonido.
- La maleabilidad de la obra digital, ya que se puede transformar con gran facilidad ²⁸⁶

Además, si tenemos en cuenta que la adaptabilidad del derecho de autor al medio digital en puntos álgidos como el de la excepción por copia privada, no ha sufrido modificación considerable al momento de incorporarse la Directiva al derecho español (a pesar de que el considerando 38 y 39 de la Directiva 2001/29 de Derechos de autor, ya preveía, la necesidad de un trato diferente a las copias digitales), vemos como la situación de los titulares de los derechos de autor se ve cada vez más precaria.

Sin embargo, no hay que desconocer que se ha tratado de adaptar las normas que permitan la protección a los autores e intérpretes, frente a la violación de sus derechos exclusivos acaecidos en la red, por lo que independientemente de las conclusiones que se puedan sacar al final de este estudio, en principio los autores están protegidos en los derechos que le concede la propiedad intelectual, lo que se traduce en posicionar la teoría según la cual la red simplemente modifica el lugar donde se comete la infracción.

²⁸⁶ BARRAL VIÑALS, Inmaculada. "LA REGULACION DEL COMERCIO ELECTRONICO" Ed. Dykinson. 2003. Disponible en: <http://vlex.com/vid/estatuto-juridico-prestadores-sociedad-190204>

Esta posición es la que asume la legislación española, al mantener un concepto amplio de reproducción y crear una excepción por reproducciones técnicas, así como proteger las medidas tecnológicas; a pesar de ello, el ejercicio real de los derechos, se ve impedido por la difícil individualización del infractor por parte del afectado, especialmente frustrado por el reconocimiento a los prestadores de servicios de la sociedad de la información, de un amplio sistema de exoneración de responsabilidad y una limitada colaboración con los órganos jurisdiccionales y administrativos.

Es por ello, que se ha querido por parte de quienes detentan los derechos exclusivos que les otorga la propiedad intelectual que se establezca responsabilidad, a aquellos quienes ponen la tecnología al servicio de los usuarios y quienes en su entender, de cierta forma colaboran con la comisión de la conducta infractora.

Pero a pesar de la lucha de los titulares de los derechos y las asociaciones que los agrupan, existen circunstancias políticas y de globalización, que entre otras cosas resultan más ruidosas, por el contenido social que se le imprime de <<acceso a la cultura>>, que unidas a las circunstancias sociales, se pudieran resumir en el axioma que plantea Sánchez Almeyda, que consideramos la visión quizá más cruda, pero realista del tema que nos ocupa. El autor en cuestión considera que: **“Nunca se volverá a pagar por simples copias, nunca jamás.** En un mundo de clones, lo único por lo que la gente está dispuesta a pagar es por lo auténtico²⁸⁷”

²⁸⁷ SANCHEZ ALMEYDA. Carlos. “INTERNET Y CULTURA LIBRE: MANUAL DE USO (O CÓMO ACABAR DE UNA VEZ POR TODAS CON EL P2P) disponible en <http://www.bufetalmeida.com>

Esta realidad ha sido muy bien entendida por los operadores de las redes, que además tienen muy bien posicionado su papel de indispensables para el funcionamiento de la red. Es tal su importancia y poderío, que se ha querido protegerles en las distintas legislaciones, además con el fundamento que su intervención es puramente instrumental.

Con lo anterior, no queremos significar que el problema radique en el no establecimiento de responsabilidad por los contenidos, que introduzcan en la red los usuarios de los prestadores de servicios de la sociedad de la información, ni que pretendamos que el sistema de excepciones se transforme por uno objetivo, más bien abogamos por la necesidad de tener presente el sitio donde se realiza la explotación de la creación, no solamente para permitir la extensión de los derechos, sino para crear los mecanismos de protección de los mismos.

Es por ello, que se hace necesario antes de estudiar la posible responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación, recordar lo ya mencionada respecto del funcionamiento de la Internet.

La red que hoy conocemos como internet, ha sido el fruto de la evolución constante en el estudio de la informática con la finalidad de agilizar las intercomunicaciones. Esta facilidad ha generado que en el mundo de las comunicaciones no solo ingresen los que buscan o requieren información sino que también los comerciantes, quienes hoy día ofrecen sus productos por este medio y por último los que simplemente utilizan la red como un medio de esparcimiento. Para que esta comunicación se pueda llevar a cabo, se requiere de la interacción entre unos ordenadores que sirven una información y otros que la solicitan, a su vez para hacer posibles las

comunicaciones entre clientes y servidores, es necesario un protocolo de comunicación específico Hypertext Transfer Protocol (HTTP); por último para que las comunicaciones funcionen en debida forma, intervienen una serie de operaciones que pueden ser prestada por un poco o muchos sujetos. Esas son:

En primer lugar un operador de telecomunicaciones, quien es el que se encarga de que la conectividad a la red funcione en debida forma, también reciben el nombre de servicio portador, (art. 2 del decreto 556 de 1998). Ellos son quienes como lo manifiesta Moro Almaraz: “Su función esencial es la de transmitir por una red de telecomunicaciones datos facilitados por el destinatario del servicio o en facilitar acceso a esta infraestructura básica y servicio de conexión a Internet”,²⁸⁸ La infraestructura más habitual para transmitir datos es la línea telefónica conmutada, pero también se pueden utilizar las redes de cable, infraestructura de teléfonos móviles, satélite, etc. De ellos se puede afirmar, que son quienes preparan la plataforma para que el proveedor de acceso, pueda ofrecer a sus clientes las condiciones necesarias para poder navegar en forma eficiente, (en el caso del internauta corriente) o que su negocio opere correctamente en el caso del titular de un sitio web.

Por su parte los proveedores de acceso a internet, son: “quienes proporcionan el servicio de acceso a Internet (PAI). Los proveedores de acceso conectan los ordenadores de los usuarios con el prestador de servicios en Internet (PSI) ya sea a través de una conexión propia a la red o,

²⁸⁸MORO ALMARAZ, María Jesús. “SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACION Y SUJETOS INTERVINIENTES” en la obra Autores, consumidores y comercio Electrónico. (Dir. María Jesús, MORO ALMARAZ) Editorial Colex 2004. Pág. 124

lo que es mucho más frecuente, valiéndose de las infraestructuras propiedad de los operadores de telecomunicaciones.”²⁸⁹

Hasta aquel punto se podría afirmar, que las condiciones de conectividad para un internauta X y para un titular de un sitio web son las mismas. Sin embargo, cuando se trata de un sitio web, para su efectivo funcionamiento debe de contratar con un prestador el servicio de hosting, que pone a disposición un espacio dentro de un servidor para almacenar la información.

El servicio que presta el proveedor de hosting, aun cuando sea muy bueno, no resulta suficiente, por la gran cantidad de información que circula en la red y la rapidez que requiere, de allí que para mayor rendimiento se haga necesaria la aparición de otro proveedor de servicio tecnológico, que es el conocido como memoria tampón, consistente en la realización de una copia temporal de la página web o algunos contenidos, en un servidor que sea más cercano al usuario con la finalidad de que la transmisión posterior de los mismos datos sea más rápida. Esta última operación de copiar los contenidos en memoria tampón, es especialmente útil, cuando la página en cuestión es ampliamente demandada por los internautas, dado que reproduciendo en memoria la parte de información estática, el servidor intermediario no tiene que descargar del destino toda la información solicitada por el destinatario, sino sólo aquella que personaliza la demanda.²⁹⁰

²⁸⁹ GARCIA CACHAFEIRO, Fernando y Otro. “NO SUJECCION A AUTORIZACION PREVIA DE LA PRESTACION DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACION” dentro de la Revista de la Contratación Electrónica Nº 45 Enero 2004.

²⁹⁰ MORALES GARCIA, Oscar. “CRITERIOS DE ATRIBUCION DE RESPONSABILIDAD PENAL A LOS PRESTADORES DE SERVICIOS E INTERMEDIARIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACION” en

A groso modo, el funcionamiento de la red pareciera muy ordenado en la imposición de roles, pero la realidad es otra cuando algunos de los proveedores de los servicios antes vistos, cumplen una o más funciones o cuando el titular del sitio web crea enlaces a otras páginas o a otros sitios web, que a su vez pueden estar operados por otros servidores nacionales e incluso internacionales.

Pero la norma que crea el régimen de responsabilidad, lo hace en función de las actividades de cada prestador de servicios de la sociedad de la información, por lo que en el caso específico habrá que ser cuidadosos en interpretar las funciones que el prestador cumple y el régimen aplicable por cada una de ellas. Así mismo, como quiera que la red es global y los operadores pueden ser transnacionales, pudiera que en algunos casos no resulte de aplicación las normas a las que hacemos referencia, es por ello que se hace necesario tener en cuenta los principios de aplicación de la ley de servicio de la sociedad de la información (LSSICE).

5.1. PRINCIPIOS DE LA LSSICE A TENER EN CUENTA.

Tanto la Directiva como la LSSICE, establecen el principio de libre prestación de los servicios según lo cual: “La prestación de servicios de la sociedad de la información no estará sujeta a autorización previa”,²⁹¹ lo que no implica un desconocimiento de los requisitos que establezcan algunas normas, pues como lo explica García Cachafeiro: “el principio de

Derecho y Proceso Pena Nº 8. Contenidos Ilícitos y Responsabilidad de los Prestadores de servicios de Internet. Navarra 2002. Pág.189

²⁹¹ Art. 6 LSSICE

autorización previa se refiere únicamente al establecimiento de requisitos que tengan por objeto específico y exclusivo la prestación de los servicios on line, pero no afecta el resto de las exigencias a las que se somete el ejercicio de una actividad económica en el mundo real”²⁹²

Por tanto, los prestadores de servicios de la sociedad de la información, se deberán someter a lo establecido en la ley general de telecomunicaciones, que eliminó el sistema de autorizaciones y licencias, sustituyéndolo por la obligación de comunicar a la autoridad administrativa competente, la intención de explotar una red de comunicaciones o de prestar un determinado servicio de comunicaciones electrónicas.

Por otra parte la LSSICE asume el principio de “Control de Origen”, según el cual las normas que regulen a los prestadores de servicios de la sociedad de la información serán las propias del país de establecimiento, así pues sus normas resultan de aplicación a:

- Los prestadores establecidos en España.
- Cuando los servicios son prestados, por un prestador no establecido en España pero que los ofrece a través de un establecimiento permanente situado en España, que se presume cuando disponga en forma continua o habitual de instalaciones o lugares de trabajo.

²⁹² GARCIA CACHAFEIRO, Fernando y otro. “NO SUJECCION A AUTORIZACION PREVIA DE LA PRESTACION DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACION” en la Revista de Contratación Electrónica 45 Enero 2004.

Además se crea un régimen de excepciones, según las cuales la ley española también se aplicará a los prestadores de servicios establecidos en otro Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, sobre algunas materias específicas, dentro de las que se encuentran los derechos de propiedad intelectual.

Como se puede observar al referirnos a los sujetos a quienes se aplica la ley, se ha de referenciar a los proveedores de servicios de la sociedad de la información, para lo cual se hace oportuno individualizar dichos autores. Los proveedores de servicios de internet o también conocidos por la sigla inglesa ISP (Internet Service provider) los define la Directiva 2000/31/CE de 8 de junio de 2000, como: “cualquier persona física o jurídica que suministre un servicio a la sociedad de la información”.²⁹³ A su vez la ley 34/2002 de 11 de junio de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSICE), aún cuando no define los prestadores, permite realizar una aproximación al concepto desde la actividad o servicio que prestan. Por tanto de acuerdo con lo establecido en los anexos de la LSSICE, se entenderá como servicio de la sociedad de la información: “todo servicio normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario. El concepto de servicios de la sociedad de la información comprenden también los servicios no remunerados por sus destinatarios, en la medida en que constituyan una actividad económica para el prestador de servicios”. Así mismo, los anexos definen el prestador de servicios o prestador como: “La persona física o jurídica que proporciona un servicio de la sociedad de la información”

²⁹³ Art. 2b de la directiva 2000/31/CE de 8 de junio de 2000 Relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la Información en particular el comercio electrónico en el mercado interior.

Por tanto de la integración de lo expresado en la Directiva y la descripción de la actividad que debe de cumplir de acuerdo con la LSSICE, se ha de entender como ISP o proveedores de servicios de internet, aquellos personas físicas o jurídicas que proporcionan un servicio de la sociedad de la información a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario; así como, los servicios no remunerados que representen una actividad económica para el prestador del servicio.

En relación con los servicios de intermediación, tenemos que dentro de los anexos de la LSSICE, se definen como: “Aquellos que facilitan la prestación o utilización de otros servicios de la sociedad de la información o el acceso a la información: provisión de servicios de acceso a Internet; transmisión de datos por redes de telecomunicaciones; realización de copia temporal de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios; alojamiento en los propios servidores de datos, aplicaciones o servicios suministrados por otros; la provisión de instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos o enlaces a otros sitios de Internet”.

Por ende, los intermediarios de conformidad con la Directiva y la LSSICE (ley 34/2002), se podrán clasificar así:

- Quienes realizan actividades de transmisión de datos o facilitan el acceso a una red de telecomunicaciones. (Art. 12 de la Directiva)
- Quienes prestan el servicio de memoria tampón (Art. 13 de la Directiva)
- Quienes proveen el alojamiento de los datos (Art. 14 de la Directiva)
- Proveedores de enlace e instrumentos de búsqueda (Art. 17 de la LSSICE)

Además de lo anterior, se establecen otros principios como el del conocimiento efectivo y la reacción diligente, pero que como quiera que inciden directamente en la posible responsabilidad de los intermediarios, serán desarrollados cuando nos referimos a la responsabilidad; sin embargo es importante tener en cuenta que aquellos principios, tienen su base en las obligaciones que se crean para los prestadores de servicios de la sociedad de la información, por lo que procederemos a enumerarlas, especificando unos deberes generales para todos los proveedores de servicios de la sociedad de la información y otros particulares que atañen a los intermediarios.

5.1.1. Deberes Generales.

Regulados en la Ley 34 de 2002, que a su vez fue modificada por la ley 56 de 2007 de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información y adicionada por la ley 59 de 2003, de 19 de diciembre de Firma Electrónica. Estos deberes generales para todos los prestadores de servicios de internet son:

- **Constancia Registral del Nombre de Dominio:** De conformidad con el artículo 9 de la LSSICE, se establecía la obligación de informar, ya fuese en el registro mercantil o el que fuese necesario para la adquisición de la personalidad jurídica el nombre de dominio. Pero en la ley 56/2007, fue eliminado el artículo quedando sin contenido, por considerar el registro poco operativo desde el punto de vista práctico. Sin embargo en relación con los servicios de telecomunicaciones, se prevé en la ley de telecomunicaciones, la creación de un registro de operadores dependiente de la Comisión del Mercado de las

Telecomunicaciones, reglamento aprobado por el Real Decreto 424/2005, en el que se establece el registro para los operadores.

- **Información General:** La LSSICE, consagra en su artículo 10 el deber de información sobre los datos, que permitan identificar el prestador de servicios de la sociedad de la información, ese deber tiene como sujetos pasivos de la obligación, tanto los usuarios como los órganos competentes; los datos y condiciones son el nombre o razón social, con la indicación de la dirección o domicilio y demás datos que permitan identificarle; los datos de la inscripción en el registro, al igual que los de la licencia, si la actividad está sujeta a régimen de autorización; en el caso de las profesiones reguladas, los datos del colegio al que pertenezca, así como los del título profesional; el número de identificación fiscal así como los códigos de conducta a los que se encuentre adherido. El mismo artículo, además establece que dicha obligación de informar, se tendrá por cumplida si el prestador la incluye en su página o sitio web.

5.1.2 Deberes Particulares.

A los intermediarios se les imponen el deber particular de colaborar con los órganos competentes, cuando éstos en el ejercicio de sus funciones decreten cualquier medida, que para ejecutarla se requiera la participación de los intermediarios. Así mismo, se les impone una obligación de ofrecer toda la información que sea necesaria, y si fuere del caso permitir el acceso

del personal inspector a instalaciones y documentos que se consideren relevantes para la actividad de control.²⁹⁴

La obligación impuesta a los prestadores de servicios de intermediación se concreta en:

- **El deber de colaborar** con el órgano competente que haya ordenado la interrupción en la prestación de un servicio o la retirada de los contenidos, la colaboración consistirá en ofrecer toda la información necesaria y en su caso, permitir el acceso del personal de inspección a instalaciones y documentos relevantes²⁹⁵, de este deber de colaboración se desprende la exoneración de responsabilidad de los intermediarios.
- **Deber de retención de datos:** se impone específicamente a los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, los proveedores de acceso a redes de telecomunicación y a los prestadores de servicios de alojamiento de datos; los prestadores deberán retener los datos de conexión y tráfico necesario para la localización del equipo terminal e imprescindible para conocer el origen y el momento de la transmisión por un período máximo de 12 meses, pero dichos datos no se podrán utilizar para fines distintos de

²⁹⁴ Ver Artículo 11.

²⁹⁵ MORO ALMARAZ, María Jesús. "SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACION Y SUJETOS INTERVINIENTES" Óp. Cit. Pág. 131

la investigación criminal, la salvaguardia de la seguridad pública y la defensa nacional.²⁹⁶

El deber de retención de datos que se encontraba dentro de la LSSICE fue derogado de forma expresa por la ley 25/2007, de 18 de octubre de conservación de los datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones. Dicha ley obliga a los operadores a conservar los datos generados o tratados en el marco de la prestación de servicio de comunicaciones electrónicas o de redes públicas de comunicación, a ceder los mismos a los agentes facultados siempre que sean requeridos a través de la correspondiente autorización judicial, con fines de detección, investigación y enjuiciamiento de delitos graves contemplados en el código Penal o en las leyes penales especiales.

Así mismo, la ley concreta cuales son los datos que se deben de conservar, además de establecer la obligación a los operadores de adoptar las medidas necesarias para la conservación y solo utilizarlos para los fines previstos en dicha ley y en la ley general de telecomunicaciones.

Esta modificación de la LSSICE, aún cuando necesaria para determinar de una mejor forma lo referente a la conservación de los datos de tráfico, reduce su ámbito de aplicación, ya que de su interpretación literal podría concluirse que el operador solo deberá de ceder los datos a las autoridades en el caso de los delitos graves y los especiales de las leyes penales,

²⁹⁶ Artículo 12. de la Ley 34 de 2002, De Servicios De La Sociedad De La Información Y Comercio Electrónico y Directiva 2002/58 sobre privacidad de comunicaciones electrónicas.

dejando fuera otras circunstancias en las que las autoridades puedan requerir los datos.

Sin embargo, en éste momento se tramita el proyecto de ley sobre economía sostenible, que pretende subsanar aquello por lo menos en cuanto a los derechos de autor.

Por tanto, ésta circunstancia por lo menos en este momento dificulta en gran medida, la investigación de las conductas que sin ser delitos, atentan contra los derechos de los autores, ya que como lo expresábamos al referirnos a la vulneración del derecho de reproducción en las redes P2P, la falta del cumplimiento del requisito <<ánimo de lucro>> impide que prospere la acción penal, lo que unido a lo expresado sobre cesión de datos, no permite la individualización de los usuarios, generando que los autores se vean imposibilitados para hacer valer sus derechos.

Ahora bien en relación con el carácter del deber de colaboración con las autoridades, tiene una doble vertiente, pues además de entregar la información que solicite la autoridad competente, debe de retirar los contenidos de las páginas web. Además el deber de colaboración, genera para los proveedores de servicios de Internet, que acceden a los datos de carácter temporal, la obligación de respetar el derecho a la intimidad personal.

En cuanto a ese derecho a la intimidad personal, Barriuso Ruiz afirma: “El Derecho fundamental de la protección de los derechos persigue garantizar a la persona un poder de control sobre cualquier tipo de dato personal, sobre

su uso y destino con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y el derecho afectado.”²⁹⁷

Por su parte Barral Viñals manifiesta, que cada vez se entiende el derecho a la intimidad más allá de la intimidad personal o familiar y que además este concepto ha: “recibido un reciente impulso en el art. 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada en Niza el 7 de diciembre de 2000. Entre los datos que integrarían este concepto de privacidad se hallan los referidos al tráfico de los mismos y los de localización, considerándose personales siempre que puedan vincularse con un usuario concreto (art. 3.a LOPD)”.²⁹⁸ Es por ello, que se hace necesario determinar cuáles son los datos personales.

La Directiva 97/66/CE definió los datos personales, como toda información sobre una persona física identificada o identificable, para lo cual se debe de valorar si con los datos que se tiene se podría identificar la persona; esta deducción debe ser tan clara que permita individualizar al usuario, pues cuando partiendo de los datos contenidos en un fichero se puedan inferir otros datos, como por ejemplo las creencias religiosas y al tratar de individualizar a las personas no fuere posible identificarlas estos datos no tendrían la categoría de datos personales, aún cuando traten aspectos que objetivamente si lo serían.

²⁹⁷ BARRIUSO RUIZ, Carlos “LA CONTRATACION ELECTRONICA” 3 edición. Dykinson 2006. . pg.565

²⁹⁸ BARRAL VIÑALS, Inmaculada. “LA REGULACION DEL COMERCIO ELECTRONICO” Ed. Dykinson. 2003. Disponible en: <http://vlex.com/vid/estatuto-juridico-prestadores-sociedad-190204>

Esta Directiva fue derogada por la Directiva 2002/58/CE, sobre la privacidad de las comunicaciones electrónicas, la nueva Directiva se creó para adaptarse tal como lo establece en su cuarto considerando: “al desarrollo de los mercados y de las tecnologías de los servicios de comunicaciones electrónicas para que el nivel de protección de los datos personales y de la intimidad ofrecido a los usuarios de los servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público sea el mismo, con independencia de las tecnologías utilizadas”²⁹⁹

La Directiva se transpuso a la legislación española mediante la Ley 32/2003, de 3 de noviembre General de Telecomunicaciones, que dentro de su objeto contempla la explotación de las redes y la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, pero excluye de su ámbito de aplicación los servicios de la sociedad de la información. Por otra parte, la Directiva 95/46/CE se planteó dentro de sus objetivos eliminar los obstáculos a la hora de la transmisión de los datos entre los Estados miembros, pero sin dejar de lado la protección de los derechos de los individuos especialmente el derecho a la intimidad, creando una norma básica en el artículo 6 que señala como deben tratarse los datos:

- Ser tratados de manera leal y lícita.
- Se recojan para fines determinados, explícitos y legítimos.
- Sean adecuados, pertinentes y no excesivos con relación a los fines para los que se recaben y para los que se traten posteriormente.
- Sean exactos y cuando sea necesario actualizados.

²⁹⁹ Considerando 4 de la Directiva 2002/58/CE del 12 de Julio Relativa al Tratamiento de los Datos Personales Y a la Protección de la Intimidad en el Sector de las Comunicaciones Electrónicas.

- Se conserven en una forma que permita la identificación de los interesados durante un período no superior al necesario.

Además, se conceden unos derechos al propietario de los datos, con sus consecuentes obligaciones para el encargado del tratamiento de los datos, como son el de informar debidamente al propietario de los datos, sobre la identidad del responsable del fichero y el objetivo de recabar los datos, así como su posterior utilización si la hubiere (Art. 10), el derecho de acceso a los datos y a modificar o rectificar los ya existentes (Art. 12). Pero estos derechos se podrán limitar, cuando constituyan una medida necesaria para la salvaguardia de la seguridad del Estado, la defensa, la seguridad pública, la prevención de la investigación del delito, un interés económico y financiero importante de un estado miembro por una función de control de inspección o reglamentaria relacionada aunque solo sea ocasionalmente con el ejercicio de la autoridad pública. (Art. 13) Con relación a la identificabilidad la Directiva (95/46/CE) determinó que se considerará identificable “toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un número de identificación o uno o varios elementos específicos, característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social”³⁰⁰

Por su parte la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre sobre Protección de Datos de Carácter Personal, se dicta con el objeto de garantizar y proteger lo concerniente al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas,³⁰¹

³⁰⁰ Art. 2 Directiva 95/46/Ce Del Parlamento Europeo Y Del Consejo de 24 de octubre de 1995 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos

³⁰¹ Ley Orgánica 15 de 1999. Artículo 1.

que entre otros aspectos de acuerdo con lo ya establecido en la Directiva 97/66/CE (protección al sector de las comunicaciones) definió el dato de carácter personal, como aquel concerniente a personas físicas identificadas o identificables y establece el deber de secreto que cobija al responsable del fichero, así como a todos los que intervengan en el tratamiento y se mantendrá tal obligación, aún cuando cese la relación entre éste y el responsable del fichero. La Ley Orgánica fue desarrollada por el Decreto 994/1999 de 11 de junio, sobre medidas de seguridad de los ficheros automatizados que contengan datos de carácter personal, medidas encaminadas a dar seguridad a los ficheros en que se establecieron tres niveles de protección básico, medio y alto que se aplicarán dependiendo del tipo de información tratada.³⁰²

El Tribunal Constitucional en relación con los datos de carácter personal, planteó en sentencia 292/2000 de 30 de noviembre que no solo tendrán protección los datos de carácter personales relativos a la vida privada , sino que “los datos amparados son todos aquellos que identifiquen o permitan la identificación de la persona, pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, o que sirva para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituya una amenaza para el individuo”³⁰³ por lo tanto, no sólo se protegerán los datos privados, sino todos aquellos que sin ser íntimos, que incluso siendo

³⁰² Decreto 994/1999 Artículo 4. Aplicación de los niveles de seguridad. *“Cuando los ficheros contengan un conjunto de datos de carácter personal suficientes que permitan obtener una evaluación de la personalidad del individuo deberán garantizar las medidas de nivel medio establecidas en los artículos 17, 18, 19 y 20”*

³⁰³ SENTENCIA 292/2000 de 30 de Noviembre del Tribunal Constitucional.

públicos permiten ser tratados por medios telemáticos mediante combinaciones que arrojen el perfil del individuo.³⁰⁴

Esta sentencia, además aporta una diferenciación clara en lo que respecta al derecho de control de los datos y el derecho de la intimidad, configurándolos como dos derechos fundamentales autónomos que se distinguen tanto por su función, como por su objeto y contenidos.³⁰⁵ La función del derecho a la intimidad es la de: “Proteger contra cualquier invasión que pueda realizarse en aquel ámbito de la vida personal o familiar, que la persona desea excluir del conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceros en contra de su voluntad” y por su parte, el derecho a la protección de datos: “Persigue garantizar a ésa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre sus usos y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y el derecho del afectado” y concluye, que: “Por tanto el Derecho a la intimidad le permite resguardar su vida privada de una publicidad no querida, y el derecho a protección de datos garantiza a los individuos el poder de disposición sobre esos datos”, por lo que el derecho a la protección de los datos es más amplia que el de la intimidad, ya que comprende: “la garantía constitucional a aquellos de esos datos que sean relevantes para, o tengan incidencia en el ejercicio de cualquier derecho de la persona, sean o no derechos constitucionales y sean o no relativos al honor, la ideología, la intimidad personal y cualquier otro bien constitucionalmente amparado”

³⁰⁴ BARRAL VIÑALS, Inmaculada. “LA REGULACION DEL COMERCIO ELECTRONICO” Ed. Dykinson. 2003. Disponible en: <http://vlex.com/vid/estatuto-juridico-prestadores-sociedad-190204>

³⁰⁵ ORTS BERENQUER, Enrique y Otra. “DELITOS CONTRA LA INTIMIDAD, UTILIZACION FRAUDULENTE DE TARJETAD DE CREDITO Y FALSEDAD EN DOCUMENTO ELECTRONICO” en *Incorporación de las Nuevas Tecnologías en el comercio: Aspectos Legales*. (Director Enrique San Juan Muñoz) Consejo General del poder Judicial. Madrid 2006. Pág. 90

Esta sentencia, además de aportar esta clara distinción entre el derecho fundamental a la intimidad y el derecho a la protección de los datos, manifiesta que la protección puede ceder ante bienes o intereses constitucionalmente relevantes, siempre que sea necesario, proporcionado para alcanzar el fin previsto y por sobre todo, respetuoso del contenido esencial del derecho fundamental afectado. Es así, como se concreta la denominada autodeterminación informativa, que se materializa en el control de los propios datos personales y en el límite de los usos de la informática, para proteger el libre desarrollo de la personalidad.

Ahora bien, una vez definidos los aspectos generales de los prestadores de servicios de intermediación y los deberes que les impone la ley, los individualizaremos de acuerdo a la función que cumplen.

5.2. PROVEEDORES DE SERVICIOS DE INTERMEDIACION.

En las redes digitales intervienen una serie de prestadores de servicios que posibilitan la comunicación, que como expresa Moro Almaraz: “aún cuando no sean los que oferten el producto o servicio concreto al destinatario final. De esta manera será posible distinguir entre un proveedor de contenidos, distintos proveedores de servicios de intermediación y un destinatario final.”³⁰⁶ Precisamente, esa posibilidad de distinguir cada individuo que actúa

³⁰⁶ MORO ALMARAZ, M^a Jesús. “SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACION Y SUJETOS INTERVINIENTES” dentro de la Obra Autores, consumidores y Comercio electrónico. Ed. Colex. Madrid 2004. Pág. 107

en la red, es la que ha permitido crear un régimen de responsabilidad, específico para cada proveedor de servicios de intermediación.

5.2.1. Operadores de Redes y Proveedor de acceso:

La norma que regula la responsabilidad de estos proveedores no hace ninguna distinción entre ellos, sin embargo los operadores de redes se pueden definir de manera breve, como los conectores y facilitadores para que los datos puedan ser suministrados,³⁰⁷ también son reconocidos como los operadores de telecomunicaciones, constituidos por las compañías que proporcionan la infraestructura básica, que permite la transmisión de la información.

Por su parte el proveedor de acceso, es quien: “suministra al destinatario el servicio de conexión a Internet, desde su propio ordenador o red local,”³⁰⁸ Pérez Pereira los define como: “Los prestadores de servicios de transmisión de datos a través de las redes electrónicas de comunicación se ocupan de prestar un servicio de intermediación entre el originador o remitente de un mensaje de datos y el destinatario del mismo, por lo que se

³⁰⁷ PEREZ PEREIRA, María. “LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACION: Cuestiones generales” dentro de la revista de la Contratación Electrónica núm. 89. Enero de 2008. disponible en: <http://vlex.com/vid/prestadores-sociedad-cuestiones-generales-38317522> Es relevante anotar que para la autora, doctrinalmente ha identificado a los intermediarios por medio de la siguiente clasificación de acuerdo a las actividades que realizan: Netamente transmisores de los mensajes de datos, Acceso a las redes de transmisión de datos, Prestación de servicios complementarios, Certificación de firmas electrónicas.

³⁰⁸ APARICIO VAQUERO, Juan Pablo “LOS CONSUMIDORES Y SUS RELACIONES CON LOS PROVEEDORES DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACION” en la Revista de Contratación Electrónica #89 de Enero de 2008.

refiere al envío del mismo (la transmisión). Para ello se hará necesaria la modificación de datos pero únicamente se permite si esta modificación es estrictamente técnica y necesaria”³⁰⁹

La LSSICE en el artículo 14 se refiere a los operadores de redes de telecomunicaciones y a los proveedores de acceso, englobando en una sola norma las dos operaciones, por lo que comúnmente se habla de una doble función, que les concede la posibilidad de almacenar los datos transmitidos sin perder su calidad, siempre y cuando el almacenamiento además de utilizarse solamente para hacer posible la transmisión de los datos, sea automático, provisional, transitorio y su duración no supere el tiempo razonable necesario.³¹⁰

García Vidal, haciendo referencia a la función que cumplen los proveedores de acceso resalta el papel de la dirección de IP, que permite individualizar los ordenadores que se encuentran en la red en un determinado momento, y que además en sus palabras operan así: “Los proveedores deberán obtener la asignación de varias direcciones IP, que distribuirán entre sus clientes. Generalmente esta distribución se produce de modo dinámico, es decir, se da un número IP solamente para el período de tiempo que dure cada conexión en concreto, pudiendo ser otorgado a otro usuario una vez que esta ha cesado. De este modo, el proveedor consigue atender a un número de clientes mayor al de direcciones IP de que dispone, dado que difícilmente

³⁰⁹ PEREZ PEREIRA, María. “LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACION: Cuestiones generales” dentro de la revista de la Contratación Electrónica núm. 89. Enero de 2008. disponible en: <http://vlex.com/vid/prestadores-sociedad-cuestiones-generales-38317522>

³¹⁰ Artículo 12.2 de la Directiva 2000/31/CE de 8 de Junio de 2000, Relativa a Determinados Aspectos Jurídicos de los Servicios de la Sociedad de la Información, en Particular el Comercio Electrónico en el Mercado Interior.

se conectarán todos los clientes a la vez. Esto no quita, no obstante, que los clientes con mayor volumen de tráfico en internet cuenten con un IP estático.”³¹¹

Por ello se ha preguntado la doctrina: ¿si la dirección IP, podría contribuir a la localización y determinación de un individuo? A lo que la Agencia Española de Protección de Datos conceptuó en el informe 327/2003, que la dirección IP es un dato de carácter personal de conformidad con los siguientes razonamientos:

- Los proveedores de acceso a Internet normalmente tienen unos ficheros históricos con la dirección IP (fija o dinámica) asignada, el número de identificación del suscriptor, la fecha, la hora y la duración de la asignación de la dirección, gracias a ellos el proveedor y los administradores de redes locales pueden identificar a los usuarios de internet.
- Cuando es un tercero el que busca averiguar la dirección IP, puede llegar a determinarla pero no otros datos relacionados que le permitan individualizar el usuario, sin embargo, en algunos casos puede relacionarse la dirección IP del usuario con otros datos de carácter personal, que potencialmente creen perfiles del individuo máxime cuando por ejemplo, se utilizan medios invisibles de tratamiento de datos como los cookies.

³¹¹ GARCIA VIDAL, Ángel. “LOS CONTRATOS DE ACCESO A INTERNET” en la Revista de Comercio Electrónico #6 de Junio de 2000.

- Existe la posibilidad de relacionar la dirección IP del usuario con otros datos de carácter personal, de acceso público o no, que permitan identificarlo, especialmente si se utilizan medios invisibles de tratamiento para recoger información adicional sobre el usuario, tales como cookies con un identificador único ligados a bases de datos.

Concluye el informe diciendo: “Así pues, aunque no siempre sea posible para todos los agentes de internet identificar a un usuario a partir de datos tratados en la red, desde ésta Agencia de Protección de Datos se parte de la idea de que la posibilidad de identificar a un usuario de Internet existe en muchos casos y, por lo tanto, las direcciones IP tanto fijas como dinámicas, con independencia de tipo de acceso, se consideran datos de carácter personal resultando de aplicación la normativa sobre protección de datos.”³¹² Por todo lo anterior la dirección IP, se considerará un dato de carácter personal que deberá ser protegido como tal.

En cuanto al contrato de acceso y sus formalidades en el Real Decreto 424/2005 de 15 de abril - por el que se aprueba el reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio Universal y la protección de los usuarios- crea unos requisitos mínimos que debe contener el contrato como los datos de ubicación del operador y las características del servicio entre otros; además si el contrato se produce a través de internet, deberá contener los requisitos del artículo 27 de la LSSICE que son: los distintos trámites que deben seguirse para celebrar el contrato; si el prestador va a archivar el documento electrónico en que se formalice el contrato y si esta va ser accesible; informar sobre los medios técnicos que pone a disposición para identificar y corregir en la introducción de los datos y la lengua o lenguas en que podrá formalizarse el contrato; por último, poner a disposición del destinatario las condiciones

³¹² Informe 327/2003 de la Agencia Española de Protección de Datos.

generales a que en su caso deba sujetarse el contrato, de manera que estas puedan ser almacenadas y reproducidas por el destinatario.

Con la ley de medidas de impulso de la sociedad de la información (ley 56/2007), nace para los proveedores de acceso a Internet, la obligación de informar a sus usuarios sobre los medios técnicos para brindar seguridad a la información frente a virus informáticos, programas espía y la restricción de los correos electrónicos no deseados. Así mismo, se les obliga a informar a sus clientes sobre las medidas técnicas que permiten la protección de la niñez y la juventud, como el filtrado de los contenidos no aptos para los mismos.

5.2.2. Prestadores de Servicio Caching.

Esta clase de intermediación se suele enlazar directamente con la copia privada, que es permitida con ciertos límites en internet, en relación con el servicio que presta, se entiende como: “el sujeto intermediario en las comunicaciones electrónicas que favorece la celeridad en la puesta a disposición del usuario de los datos solicitados, realizando copias con carácter temporal de los datos más frecuentemente solicitados por los usuarios del sistema o por el usuario que haya solicitado tales datos.”³¹³

En la misma línea y relacionando la fuente legal, para Barral Viñals al considerar esta forma de intermediación, afirma que: “el servicio que prestan se concreta en dotar de mayor eficacia a la transmisión, por una red de telecomunicaciones, de datos facilitados por un destinatario del servicio (art.

³¹³ PÉREZ PEREIRA, María. “LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACION: Cuestiones generales.” Op.cit.

15 LSSICE). Con esta finalidad de hacer más eficaz la ulterior transmisión de dichos datos a otros destinatarios que los soliciten, los almacenan en sus sistemas de forma automática, provisional y temporal para lo cual efectúan una copia temporal de los datos que posteriormente transmitirán (caching)".³¹⁴

Pérez Pereira a su vez los define, como: "el sujeto intermediario en las comunicaciones electrónicas que favorece la celeridad en la puesta a disposición del usuario de los datos solicitados, realizando copias con carácter temporal de los datos más frecuentes solicitados por los usuarios del sistema o por el usuario que haya solicitado tales datos"³¹⁵

La función de los prestadores de servicio caching, consiste en que ante una primera petición de un sitio web, realizan una copia del mismo de manera tal que cuando nuevamente sea requerido, no exista la necesidad de transmitir los contenidos estáticos, porque estos ya se encuentran en el servidor caching, que está más cerca al usuario. Dicha técnica tiene por objetivo la celeridad en la prestación del servicio además de reducir el tráfico en la red, pues como afirma Peguera Poch: "se liberan de tráfico innecesario las vías por las que de otro modo debería circular la información requerida hacia el servidor del usuario solicitante."³¹⁶

³¹⁴ BARRAL VIÑALS, Inmaculada. "LA REGULACION DEL COMERCIO ELECTRONICO" Ed. Dykinson. 2003. Disponible en: <http://vlex.com/vid/estatuto-juridico-prestadores-sociedad-190204>

³¹⁵ PEREZ PEREIRA, María. "LOS SERVICIOS DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACION: CUESTIONES GENERALES" Revista de Contratación Electrónica núm. 89 Enero 2008.

³¹⁶ PEGUERA POCH, Miquel. "LA EXENCION DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR CONTENIDOS AJENOS EN INTERNET" dentro de la obra Contenidos Ilícitos y Responsabilidad de los Prestadores de Servicios de Internet, que hace parte de la Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal Nº 8. Ed. Aranzadi. Navarra 2002. Pág. 51

Dependiendo del lugar donde se realice el almacenamiento, el caché podrá ser clasificado, así pues si la copia de los contenidos se efectúa en el disco duro del ordenador del solicitante de la página o contenido, estaremos ante lo que se ha denominado el cache local, pero si la copia de los contenidos se realiza en un servidor externo, que además atiende los requerimientos de un grupo más o menos amplio de internautas, se habla de el System Caching.

Para Ribas, el cache genera riesgos en el caso de: "información cuya frecuencia de actualización es muy alta, ya que el navegador puede presentar en pantalla una información no actualizada. Ello puede hacer que el usuario asuma dichos datos como actuales y tome una decisión basada en un información errónea"³¹⁷

5.2.3. Proveedores de Alojamiento o Hosting

En palabras de Pérez Pereira, "Todo servicio comercial en Internet y toda información disponible en Internet se encuentra ubicada o "alojada" en la red. El servicio de alojamiento de datos tiene como objeto facilitar de forma permanente a los usuarios información de todo tipo, archivos a cuyo contenido se puede acceder y descargar en el ordenador de cada usuario o consumidor, etc."³¹⁸

³¹⁷ RIBAS, Javier. "CONSECUENCIAS NEGATIVAS DE LA CACHÉ DE LOS NAVEGADORES" dentro de Aspectos Jurídicos del Comercio Electrónico. Sección. Prevención de responsabilidad civil. Editorial Vlex 2001.

³¹⁸ PEREIRA PÉREZ, María. "LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACION: Cuestiones generales." Op.cit.

El servicio de hosting consiste en facilitar el alojamiento de la información en un sitio específico de la red, el prestador de este servicio será el intermediario que presta un servicio de internet consistente en el alojamiento a solicitud del propietario de los datos; ³¹⁹ para Roberto Sobrino: “hosting service provider” es una especie de “posadero tecnológico virtual”³²⁰El alojamiento puede tener dos modalidades de contrato: El de hosting y el de housing.

Hosting: Es el alojamiento que tiene como característica, que el alojador es quien escoge el lugar físico donde permanecerán los datos, éste servicio se puede contratar a título oneroso o gratuito. Para Prenafeta Rodríguez, el hosting se puede clasificar en dos formas, dependiendo de si el servidor es compartido o dedicado:³²¹

- Hosting en servidor Compartido: En el que la empresa de Hosting, asigna un espacio en el disco y una cantidad de información que puede transmitir en un período de tiempo.
- Hosting en servidor dedicado: En esta clase de hosting el cliente tiene el uso exclusivo del servidor; se diferencia del Housing, porque en el Hosting de servidor dedicado, es la empresa la que adquiere la máquina.

³¹⁹ REYES SANCHEZ, Leria. “CONTRATO DE HOSPEDAJE EN PAGINA WEB: Estructura Contractual Básica y la Protección de los Usuarios” Revista de Comercio Electrónico. N° 61. 2005.

³²⁰ ROBERTO SOBRINO, Waldo Augusto. “RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS PROVEEDORAS DE SERVICIOS DE INTERNET (INFORMATION PROVIDERS;) dentro de la Revista Electrónica de Derecho Informático. Núm. 25, Agosto del 2000.

³²¹PRENAFETA RODRIGUEZ, Javier “CONTRATO DE HOSTING. UNA VISION GENERAL ACERCA DE LAS PRINCIPALES CUESTIONES QUE CONVIENE TENER EN CUENTA AL NEGOCIAR ESTE TIPO DE CONTRATOS” dentro de Revista Electrónica de Derecho Informático núm. 41, Diciembre de 2001.

Como veremos más adelante la condición sine qua non, para que el prestador de servicio de hosting, se vea exonerado de responsabilidad por la ilicitud de los contenidos que hospeda, tiene como piedra angular la no manipulación de los datos; por ello puede resultar desde el punto de vista probatorio relevante, las diferencias entre el hosting en servidor compartido y hosting en servidor dedicado, pues en esta última modalidad la administración del servidor reside en el cliente del servicio de hosting, quien tiene la posibilidad de manipular la información desde sus oficinas como si tuviesen allí mismo el servidor, lo que permite suponer una abstención en la manipulación de los datos, por parte del operador del servicio.

Pero por otra parte, esta característica no se observa de manera muy clara cuando el servicio es gratuito o con servidor compartido, pues en ésta forma de contratación el prestador del servicio de hosting, se reserva el derecho a administrar el servidor, ya que en un mismo servidor se alojan múltiples dominios, lo que podría presumir un cierto conocimiento, que no necesariamente existe.

Housing: Esta forma de alojamiento se diferencia del hosting, por la especificidad y conocimiento por parte del usuario del sitio exacto de alojamiento de sus datos. Para Pérez Pereira, esta modalidad de contrato se da cuando: “se dispone de un lugar físico en el que se incluirán los datos del cliente: a modo de habitáculo donde existen ordenadores, y quien contrate con el alojador podrá saber en qué ordenador están grabados o alojados sus datos.”³²²

³²² PEREZ PEREIRA, María. “LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACION: CUESTIONES GENERALES” dentro de la Revista de Contratación Electrónica. Núm. 89. Enero de 2008.

Por su parte Gómez-Juárez en su artículo sobre los contratos de hosting y housing, al referirse a este último, lo define como: contrato de housing: "se prestan servicios de alquiler de espacio físico para el alojamiento de equipos informáticos y servicios de telecomunicaciones. El cliente instala sus equipos informáticos en los locales del prestador de servicios, para disponer de infraestructuras que no tiene en sus instalaciones. Por tanto, lo que contrata el cliente al prestador de servicios mediante un contrato de housing es "el espacio físico" para dar una casa (house) a los equipos informáticos del cliente en unas condiciones determinadas, así como una infraestructura de telecomunicaciones para conectar éstos equipos"³²³

Así pues, el servicio de hosting y el de housing en principio se pueden diferenciar claramente, pues mientras que en el primero el servidor es de propiedad de la empresa que ofrece el servicio, en el segundo lo que se contrata es el espacio físico para la colocación de los equipos, que serán de propiedad del usuario.

De allí que la exoneración se deba de aplicar solamente a los proveedores de hosting. El contrato de hosting, generalmente es celebrado por medios electrónicos. En relación a su naturaleza, se ha considerado que el servicio de alojamiento de datos es como un contrato similar al contrato de depósito, donde lo que se da es un arrendamiento más de obra que de servicios, como quiera que la obligación es de hacer y no de dar, ya que, la obligación principal consiste en alojar en un lugar determinado los mensajes de datos o registros electrónicos entregados por el cliente del servicio, para que estén

³²³ GOMEZ-JUAREZ SIDERA, Isidro. "LOS CONTRATOS INFORMATICOS DE HOSTING Y HOUSING EN RELACION CON LAS NORMATIVA ESPAÑOLA DE PROTECCION DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL" dentro de la Revista de Comercio Electrónico. Núm. 78. Enero de 2007.

disponibles para él mismo y para los terceros que accedan a su sitio web³²⁴Es por ello, que podemos establecer que el objeto de este contrato, lo constituye precisamente el espacio que destina el servidor, para alojar los datos del solicitante del servicio, así como la conexión de ellos a la red.

En cuanto a la responsabilidad en ocasión del contrato de hosting, vale la pena mencionar que cuando la Directiva y la LSSICE, se ocupa de exonerar a éste prestador de servicios de la sociedad de la información, no lo hace por el incumplimiento de las obligaciones contractuales, por tanto la problemática que se genere por algún aspecto del servicio, como podría ser las condiciones del ancho de banda, la velocidad, la seguridad del sitio de alojamiento, etc. se regirá por las normas que le resulten aplicables al contrato como tal.

Pero algunos elementos relevantes del contrato si se deberán de tener en cuenta, al momento de establecer las circunstancias de exoneración de responsabilidad de la LSSICE, específicamente en lo que respectan a la calificación del prestador de servicios. El elemento al que nos referimos es la reciprocidad en cuanto a las obligaciones del servicio, ya que es posible que el servicio de alojamiento o hosting sea oneroso o gratuito. Cuando el servicio se ofrece de manera gratuita, usualmente se insertan por parte del proveedor del servicio, anuncios publicitarios en la página del usuario, lo que terminará incidiendo en la calificación de la responsabilidad. Para aclarar este punto, se habrá que recurrir al concepto de proveedores de servicios de internet en España, que como ya mencionamos es el sujeto que

³²⁴ PEREZ PEREIRA, María. “LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACION: CUESTIONES GENERALES” dentro de la Revista de Contratación Electrónica. Núm. 89. Enero de 2008.

proporciona un servicio de la sociedad de la información, a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario, así como los servicios no remunerados que representen una actividad económica para el prestador del servicio.

Por tanto, de esta última categoría de prestadores hará parte el proveedor de servicio de hosting gratuito, cuando se presente un caso como el planteado, ya que la publicidad inserta hace nacer la representación de la actividad económica que contempla la norma. Claro está, que en cada caso en específico se habrán de estudiar las circunstancias individuales. Sin embargo, se resalta que la calificación de gratuito, no necesariamente impide el que se pueda otorgar la calidad al prestador de servicios, a quien ofrezca el servicio de hosting, pues como afirma Márquez Lobillo , cubre no solamente los servicios remunerados sino: “otros servicios que carecen de >>carácter oneroso para el destinatario>>, siempre, y ésta es en nuestra opinión, una de las matizaciones fundamentales de la Directiva, que sean prestados, facilitados o suministrados en el ejercicio de una actividad económica, directa o de intermediación”.³²⁵ Así pues, se recoge lo ya establecido por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, que había establecido la remuneración: “en el sentido de existencia de una actividad que tiene naturaleza económica o referido a la presencia de una contrapartida económica, y no a una modalidad concreta de financiación del servicio”³²⁶

³²⁵ MÁRQUEZ LOBILLO, PATRICIA. “LOS SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACION” Sección Sumario en Empresario y Profesionales en la Sociedad de la Información. Ed. Edersa. 2007. Disponible en <http://vlex.com/vid/servicios-sociedad-informacion-344759>

³²⁶ Ibidem.

Por tanto, el carácter oneroso no se entenderá solamente como contraprestación del servicio, sino que abarca los servicios gratuitos siempre que se constituyan en una actividad económica para el intermediario, que no necesariamente resulte coincidente con un pago o remuneración. Pues como sostiene López- Monís, al referirse a la onerosidad considera: “ la Ley, siguiendo las directrices de las Directivas comunitarias, alude a que el servicio se preste a título oneroso en términos objetivos, es decir, que en condiciones normales del tráfico se exija por el prestador una contraprestación, con independencia de que en cada caso concreto se haya satisfecho o no la oportuna contraprestación; porque la norma atribuye este carácter incluso a los servicios recibidos a título gratuito siempre que puedan considerarse parte de una actividad más amplia que el prestador ofrece en condiciones empresariales, es decir, persiguiendo un lucro global ”³²⁷

En la misma línea de caracterización del contrato, tenemos que respecto a las calidades de las partes que intervienen en aquel, el prestador del servicio de hosting es un empresario que ofrece sus servicios en la red, que además debe de cumplir los requisitos de la LSSICE, por tanto será la persona física o jurídica que proporciona un servicio de la sociedad de la información, entendido como la actividad económica, a distancia, por vía electrónica con el fin de tratar y almacenar datos o celebrar contratos, realizando dicha actividad a petición individual.³²⁸

³²⁷ LÓPEZ-MONÍS GALLEGU, Mónica. “ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA NUEVA LEY DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACION Y DE COMERCIO ELECTRONICO” dentro de Derecho de Internet. (COOR: MATEUS ROS, Rafael) Cizur Menor (Navarra) Thompson. Aranzadi 2003. Pág. 29

³²⁸ Anexo Letra a. LSSICE

5.2.4. Proveedores de Búsqueda y Enlaces.

Los motores de búsqueda son sistemas que rastrean en internet, (algunos buscan sólo en la web pero otros buscan además en News, Gopher, FTP, etc.) cuando el usuario solicita información sobre algún tema. Las búsquedas se hacen con palabras clave o con árboles jerárquicos por temas; el resultado de la búsqueda es un listado de direcciones web en los que se mencionan temas relacionados con las palabras clave buscadas.³²⁹

Los proveedores de servicios de búsqueda e hiperenlaces, se caracterizan por realizar rastreos de forma continua e ininterrumpida a los sitios web existentes en la red, para identificar su contenido y proceder a su selección y clasificación sistemática, previa introducción en una base de datos electrónica para la puesta a disposición de los destinatarios de su servicio mediante el sistema de hiperenlaces que conducen directamente al sitio mediante una simple pulsación sobre la dirección electrónica resaltada en el texto³³⁰

Estos prestadores de servicio de intermediación, no fueron contemplados en la Directiva, pero si en la LSSICE que crea el régimen de exención de responsabilidad de estos en su artículo 17. A pesar que la norma interna los contempla no los define, pero si los caracteriza como prestadores de servicios de la sociedad de la Información (no intermediarios como los

³²⁹ [http:// es.wikipedia.org/wiki](http://es.wikipedia.org/wiki)

³³⁰ *Ibidem.*

demás). Por lo que, se habrá de repasar el concepto de servicio de la sociedad de la información, que se encuentra en el anexo de la LSSICE, según la cual los servicios de la sociedad de la información comprende todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario, así como los servicios prestados que no son remunerados por sus destinatarios, pero constituyen una actividad económica para el prestador de los servicios.

Al respecto la Directiva Comunitaria 2000/31 CE del Parlamento y del Consejo de 8 de junio de 2000, define el prestador de servicios como cualquier persona física o jurídica que suministre un servicio de la sociedad de la información; y a su vez en cuanto a los servicios de la información, por remisión al artículo 1 apartado 2 de la Directiva 98/34/CE, modificada por la Directiva 98/48/CE, se entenderán como “todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios.”³³¹

Por tanto de las apreciaciones de la LSSICE y de las Directivas se puede establecer, que lo que resulta determinante para el legislador español al contemplar estos prestadores, no es su caracterización como intermediario, sino el crear el enlace o proporcionar el instrumento de búsqueda, ya que el régimen de excepción cobija a cualquier prestador de servicios de la sociedad de la información, sin importar si su actividad principal es la de crear enlaces o proveer instrumentos de búsqueda.

³³¹ Artículo 1 de la Directiva 98/48/CE del Parlamento Europeo y Consejo del 20 de julio de 1998, que modifica la Directiva 98/34/CE por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas.

Esta actuación del legislador incluyendo a todos los prestadores de servicios de la sociedad de la información, ha sido de buen recibo dentro de la doctrina, pues para autores como Carabajo Cascón resulta bastante lógico, pues: “se hace extensivo a cualquier prestador de servicios de intermediación que facilite esos instrumentos de búsqueda de información (programas buscadores, directorios, etc.) y/o hiperenlaces a sitios de terceros, no siendo esa su única o principal actividad. Lo cual es tanto como decir todos los prestadores de servicios de la sociedad de la información, pues será raro encontrar, en el inabarcable y caótico mundo virtual instaurado en la red, un prestador de servicios de la sociedad de la información que no incorpore en su sitio y entre sus contenidos instrumentos de búsqueda o, sobre todo, enlaces a sitios y contenidos de terceros.”³³²

Plaza Penadés, al respecto afirma: “La Directiva 31/2000 no habla de “proveedores” sino de “prestador de servicios de la Sociedad de la Información” o “Service Provider”, que es la persona natural o jurídica que facilita algún servicio en la sociedad de la Información, con lo cual engloba tanto a proveedores o Intermediarios como a las personas físicas o jurídicas que ofrecen a través de la red información comercial de sus productos o servicios o información ajena y de utilidad”³³³

En nuestro parecer, la inclusión de todos los prestadores de servicios de la sociedad de la información, puede resultar contraproducente cuando del régimen de exoneración de responsabilidad nos referimos, ya que como veremos más adelante, habría que hacer extensiva la exoneración de responsabilidad a los proveedores de contenidos.

³³²CARBAJO CASCÓN, Fernando “LA RESPONSABILIDAD POR HIPERENLACES E INSTRUMENTOS DE BUSQUEDA EN INTERNET” dentro de Practica de Derecho de Daños N° 20. Octubre de 2004. Editorial La Ley. Base de datos Vlex.

³³³PLAZA PENADÉS, Javier. “PROPIEDAD INTELECTUAL Y SOCIEDAD DE LA INFORMACION (Tratados OMPI, Directiva 2001/29/CE Y RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA RED”. Aranzadi. Navarra 2002. Pág. 246.

Ahora bien en cuanto a la redacción de la norma, el legislador español en el artículo 17 al mencionar los prestadores, utiliza la disyuntiva (o) para denotar equivalencia frente a la responsabilidad de quienes faciliten enlaces a otros contenidos o incluyan en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda. Sin embargo, desde el punto de la técnica las circunstancias son diferentes, por lo que se tratara de hacer una breve referencia tanto a los buscadores como a los creadores de links.

- **El proveedor de Búsqueda:** La función del proveedor de búsqueda, es la de rastrear la información que se encuentra en la red, para clasificar dichos contenidos en una base de datos electrónica o sitio de donde toma los contenidos para presentárselos al usuario por medio de los hiperenlaces, que le conducirán a la información solicitada.

La selección de los contenidos puede ser:

- Alimentada rudimentariamente, mediante la utilización de personal que ingresa los datos en la misma y los clasifican.
- También se utilizan los programas de rastreo como son los spidering, o la técnica del filtrado de contenidos (Scoring Techniques); cuando se hace por medio de estos mecanismos técnicos, se utilizan los denominados metatags o metaetiquetas, entendidas como las palabras que hacen parte del lenguaje de creación del sitio web, que indican los contenidos de los sitios web y que son conocidos por los rastreadores, pero no por los usuarios.

- Por último el proveedor de búsqueda, puede dar la posibilidad a los titulares de los sitios web, que introduzcan en la base de datos la información de su sitio web. Esta última técnica facilita el trabajo de los buscadores, porque ya no deben rastrear el sitio web en la red, sino que solo se remiten a esta base de datos.

Los buscadores a su vez se clasifican en dos, siendo los primeros los que buscan por índices temáticos y los demás ejecutan la búsqueda por medio de palabra clave; también se han clasificado teniendo en cuenta la selección de contenidos como:

- Buscadores tipo araña que son los más amplios, ya que pueden recorrer las páginas existentes en la web recopilando información sobre los contenidos, para presentarlos resultados por orden de relevancia. Estos buscadores tienen unos programas que se ocupan de explorar la red denominados spiders, otros constituyen las bases de datos, también los hay que utilizan programas para el uso de los usuarios.

Estos buscadores usualmente presentan los resultados mediante la figura de los enlaces patrocinados o sponsorlines, que como ya lo vimos, suelen utilizar marcas reconocidas como criterio de búsqueda.

- Los buscadores directorio, que son mucho más sencillos pues no recorre las webs en su búsqueda, sino que tiene una información almacenada en sus bases de datos y es la que

presentan como resultado. Por tanto la información que arroja la búsqueda, es aquella sobre los sitios que se encuentran registrados como en una colección de directorios, solo utilizando los datos de las páginas como los títulos y la descripción si la hubo cuando se registró el sitio en el directorio.

Estos buscadores para su funcionamiento utilizan operadores humanos, lo que puede hacer más efectiva la búsqueda por índice temático, pero a su vez por la rapidez del mundo digital, éste tipo de buscadores pueden en un momento determinado no estar actualizados.

- Los buscadores mixtos, son los que combinan los dos anteriores, pues presentan su propia información y la de otras webs y subdivide la información, por lo que utilizan tanto la técnica tipo araña, como la de directorio.
- Los meta buscadores analizan los contenidos de las páginas, lo que resulta más beneficiosos para el usuario, ya que le entregará resultados más precisos, además, tienen la especial característica que pueden realizar varias búsquedas en motores seleccionados al mismo tiempo, respetando el formato del buscador.
- Por último, los buscadores de portal son los específicos de un sitio portal o Web, que se instalan dentro del web site y permiten que la búsqueda se haga solamente dentro de las páginas que lo conforman.

- **Los Creadores de Links:** Los estudiosos del funcionamiento de la red, han considerado que la World Wide Web o telaraña de información, basa gran parte de su éxito en la utilización de los links, ya que ofrecen la posibilidad técnica, que cualquier persona pueda establecer un enlace desde su propia página a otra distinta e incluso a páginas internas de su mismo sitio web. Estos enlaces, se realizan por medio de vínculos denominados links, enlaces, hiperenlaces, híper links o vínculos.

En principio, los enlaces como facilitadores del funcionamiento de la red no presentan mayor dificultad, ya que incluso se ha reconocido por los Tribunales, que es de la esencia al situar un sitio web en internet, el que se realicen enlaces a la misma³³⁴. Sin embargo, como vimos cuando estudiamos el fenómeno del link en el capítulo anterior, en algunas ocasiones el enlace puede lesionar los derechos de autor, por lo que debemos preguntarnos hasta que punto resulta válida la premisa que sustenta el libre enlace o principio del <<free link>>, pues si bien resultan determinantes para el buen funcionamiento de la red, no deja de ser preocupante que dependiendo de la modalidad, se puedan ver afectados en algunas ocasiones los derechos de los titulares de las páginas enlazadas o terceros perjudicados.

Si a la circunstancia anterior, le sumamos el régimen de exoneración de responsabilidad bastante amplio de cada uno de los prestadores de servicios

³³⁴ PLAZA PENADES, Javier. "LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS INTERMEDIARIOS EN INTERNET" En la obra Principios del Derecho de Internet. 2ª Edición. (DIR. GARCIA MEXÍA, Pablo) Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia 2005. Pág. 421 el autor cita el caso de la Corte de apelaciones de Dusseldorf en un caso sobre framing.

de intermediación, la situación no solamente es preocupante sino caótica para el titular del derecho de autor, respecto de su interés de encontrar dentro de la red responsabilidad a dichos proveedores de servicios.

5.3 PROVEEDORES DE SERVICIOS DE INTERNET EN COLOMBIA.

En el caso colombiano, la Ley de comercio electrónico 527/1999 de fecha 18 de agosto de 1999, “por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones”, se ocupó de la reglamentación de los mensajes de datos del comercio electrónico y de las firmas digitales, así como de las entidades de certificación. No obstante, en cuanto a los proveedores de servicios de internet nada se mencionó.

Sin embargo, de dicha ley es importante resaltar para nuestro estudio las definiciones de mensaje de datos y de sistema de información. Entendiendo el mensaje de datos, como la “información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), internet, el correo electrónico, el telegrama o el telefax”. El sistema de información a su vez se define como: “todo sistema utilizado para generar, enviar, archivar o procesar de alguna forma mensajes de datos” (Art. 2)

Posteriormente se dictó la Ley 679 de 2001 de agosto 3, conocida como el “Estatuto para prevenir y contrarrestar la explotación, la pornografía y el turismo sexual con menores de edad” aun cuando, tampoco hizo referencia

expresa a la definición de prestadores de servicio de internet, su campo de aplicación permite incluirlos, ya que cobija las personas naturales y jurídicas que su objeto tenga relación directa o indirecta con la comercialización de bienes y servicios a través de redes globales de información.

Lo que resulta más relevante de esta ley para el propósito del presente trabajo, es que a partir de ella se desarrolló un código de conducta para los proveedores de servicios de internet, que por la especialidad del tema no resulta aplicable al derecho de autor, pero si pudiera dar algunos indicios de la forma de regulación de la responsabilidad de los proveedores de servicios. Las características más relevantes de dicha ley son:

- Se crea el sistema de autorregulación, que pone en cabeza del Ministerio de Comunicaciones, la obligación de incentivar la adopción de sistemas de autorregulación y códigos de conducta para el aprovechamiento de las redes. (Art.6)

El código de conducta a que hace referencia éste artículo, se promulgo en febrero de 2004, inspirado en los lineamientos de los artículos séptimo y octavo de dicha ley, que se reglamentó mediante el Decreto 1524 de 2002, reglamentario del artículo 5 de la Ley 679 de 2001 que define entre otros el ISP como proveedor de acceso a internet y el servicio de alojamiento como el servicio de hospedaje a través del cual, se le brinda a un cliente un espacio dentro de un servidor para la operación de un sitio. Así mismo, el Decreto prohíbe a los proveedores:

- Alojarse en su propio sitio imágenes, textos, documentos o archivos audiovisuales que impliquen directa o indirectamente actividades sexuales con menores de edad.

- Alojar en su propio sitio material pornográfico, en especial en modo de imágenes o videos, cuando existan indicios de que las personas fotografiadas o filmadas son menores de edad.
- Alojar en su propio sitio vínculos o "links". sobre sitios telemáticos que contengan o -distribuyan material pornográfico relativo a menores de edad.

Se establece a los proveedores, la obligación de denunciar ante las autoridades competentes, cualquier acto criminal contra menores de que tengan conocimiento, así como, combatir por medio de la tecnología la difusión de éstos materiales, mediante el establecimiento de mecanismos técnicos de bloqueo, que puedan proteger a los hijos de los usuarios de sus servicios

Por tanto, en el caso colombiano los deberes específicos y prohibiciones de los intermediarios e incluso el régimen sancionatoria solamente es contemplado, en los casos en los que circule por la red material pornográfico en el que intervengan menores de edad.

En los demás casos, como no es posible su aplicación por analogía, él interprete se debe remitir al régimen general de telecomunicaciones contenido en el Decreto 1900 de 1990 (9), que otorga la facultad de direccionar este campo al Ministerio de Comunicaciones. En este Decreto, se reglamentan algunas disposiciones generales o principios consagrados en el capítulo primero, en los que se garantiza el derecho a la información y a la libre opinión. Así mismo, el derecho a la protección de la intimidad individual y familiar y el secreto en las telecomunicaciones. De igual manera, establece que las comunicaciones se utilizarán para defender la democracia, la dignidad humana y la convivencia pacífica entre los ciudadanos, respetando los derechos fundamentales de la libertad de expresión y

opinión, el derecho a la rectificación, al buen nombre, la intimidad, la privacidad y la inviolabilidad de las telecomunicaciones. (art.6)

El Decreto que define la red de comunicaciones, cobijando dentro de la misma definición los prestadores de servicio de internet tanto públicos, como aquellos que se autorice a las personas naturales o jurídicas privadas. Luego la red de comunicaciones, puede ser operada de manera directa por el Estado, por sus entidades descentralizadas o de manera indirecta por intermedio de las personas naturales o jurídicas de derecho privado y las sociedades de economía mixta, a quienes se les concederá licencia para su funcionamiento.

Valga aclarar, que la red de comunicaciones comprende varias clases de servicios, por lo que resulta oportuno determinar cuáles de estos servicios son los que prestan los ISP. Para tal fin, partiremos de las definiciones que de cada uno aporta el mencionado decreto en la clasificación de los servicios de comunicaciones en básicos, de difusión, telemáticos y de valor agregado, auxiliares de ayuda y especiales.

Los servicios básicos, a su vez se dividen en los servicios portadores y los teléservicios, de donde, los portadores serán los que presten la capacidad necesaria para la transmisión de señales entre dos o más puntos de la red, los teléservicios son los que proporcionan la capacidad completa para la comunicación entre los usuarios, incluidas las funciones del equipo terminal (Art.28)

Los servicios de difusión, son los que tienen como característica que la comunicación se realiza en un solo sentido a varios puntos de recepción en forma simultánea, como por ejemplo la televisión. (Art. 29)

Los servicios telemáticos, son los que utilizan como soporte servicios básicos, para permitir el intercambio de información entre terminales con protocolos establecidos para sistemas de interconexión abiertos, como el de telefax, publifax, teletex, videotex y datafax. (Art. 30).

Por último los servicios de Valor Agregado, son aquellos que utilizan como soporte servicios básicos, telemáticos, de difusión, o cualquier combinación de éstos, y con ellos proporciona la capacidad completa para el envío o intercambio de información, agregando otras facilidades al servicio soporte o satisfaciendo nuevas necesidades específicas de telecomunicaciones. (Art. 31)

En consecuencia, de las anteriores definiciones, se puede entrever que un ISP es aquel que:

- presta un servicio de transmisión de señales entre dos o más puntos a través de redes conmutadas (línea telefónico) o no conmutadas. **(servicio básico portador)**
- Permitiendo así, el intercambio de información entre terminales para sistemas de interconexión abiertos **(servicios telemáticos)**
- Proporcionando de esta manera, la capacidad necesaria para satisfacer las necesidades de telecomunicación como son el acceso, envío, tratamiento, depósito y recuperación de información almacenada, transferencia electrónica de fondos, videotexto, teletex y correo electrónico **(servicio telemático de valor agregado)**

Al respecto Álvarez considera, que dentro de estos servicios telemáticos y de valor agregado “se cuentan los servicios de conexión o acceso a internet,

Hosting, correo electrónico, Chatrooms, y en general, cualquier servicio de envío o intercambio de información que se preste a un usuario de internet, y que sea contratado por el usuario directamente.”³³⁵ En consecuencia, los servicios que prestan los ISP en el caso de la legislación colombiana, estarán comprendidos entre los servicios telemáticos de valor agregado, que para poder funcionar requieren de un servicio básico portador que les brindara el servicio de transmisión de señales; además, para poder prestar dichos servicios, se requiere de una licencia de concesión que otorga el Ministerio de Comunicaciones, por un término de 20 años prorrogable hasta por una vez por un período igual al inicial.³³⁶

En consecuencia, el ISP no puede prestar sus servicios sin obtener la respectiva licencia, ni puede excederse en los servicios más allá de los términos de la concesión de conformidad como lo establece el artículo 52 del decreto 1900.

Se establece un régimen de infracciones, que deberán ser respetadas por el titular de la concesión, dichas infracciones establecidas en el artículo 52 son:

- El establecimiento, uso, explotación, ampliación, modificación o renovación de redes de telecomunicaciones sin la previa autorización del ministerio de comunicaciones.
- El ejercicio de actividades o la prestación de servicios sin la correspondiente concesión o autorización, así como la utilización de frecuencias radioeléctricas sin permiso o en forma distinta de la permitida.

³³⁵ ALVAREZ, Carlos M. “RESPONSABILIDAD DE LOS IPS’S EN COLOMBIA” en el libro *Comercio Electrónico*. (Dir. Grupo de Estudios en Internet, Comercio Electrónico & Telecomunicaciones e informática Universidad Los Andes.) Editorial Legis S.A. Bogotá, 2005 Pg. 537

³³⁶ Artículos 40 y 45 del Decreto 1900

- El ejercicio de actividades o la prestación de servicios amparados por concesión o autorización que no corresponda al objeto o al contenido de estas.
- La conexión de otras redes a la red de telecomunicaciones del Estado, sin autorización o en forma distinta a la autorizada o a lo previsto en el presente decreto y en sus reglamentos.
- La instalación, la utilización o la conexión a la red de telecomunicaciones del Estado, de equipos que no se ajusten a las normas fijadas por el Ministerio de Comunicaciones.
- La producción de daño a la red de telecomunicaciones del Estado como consecuencia de conexiones o instalaciones no autorizadas.
- La conducta dolosa o negligente que ocasione daños, interferencias o perturbaciones en la red de telecomunicaciones del Estado en cualquiera de sus elementos o en su funcionamiento.
- La alteración de las características técnicas de terminales homologados o la de sus signos de identificación.
- La emisión de señales de identificación falsa o engañosa.
- La violación o desconocimiento de los derechos y deberes consagrados en éste estatuto.
- Cualquier otra forma de incumplimiento o violación de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia de telecomunicaciones.

En consecuencia y de acuerdo con el artículo 52, el ISP será responsable por el incumplimiento de los términos de la licencia, así como por todas las conductas que la norma antes transcrita menciona.

Por otra parte, lo que resulta de mayor relevancia no es que el ISP, deba de respetar los términos de la concesión a él otorgada, sino que cuando este no sea el autor de la conducta también deberá responder junto con el autor de conformidad con el artículo 54: “además del autor de la misma responderá el titular de la concesión, permiso o autorización del respectivo servicio o actividad por acción u omisión en relación con aquellas.”

El Decreto Ley 1900 de 1990, al que se ha hecho referencia, fue reglamentado por el Decreto 1794 de 1991, mediante el cual: “se expiden normas sobre los servicios telemáticos y se reglamenta el Decreto 1900 de 1990”. Este por su parte, fue modificado por el Decreto 600 de marzo 24 de 2003: “por medio del cual se expiden normas sobre los servicios de valor agregado y telemáticos y se reglamenta el Decreto- Ley 1900 de 1990”.

Los cambios más relevantes que se realizaron en el régimen de las telecomunicaciones en cuanto a los servicios telemáticos de valor agregado (clase de servicio del que es el ISP) son las siguientes.

- Modifica la definición que sobre los servicios telemáticos traía el Decreto 1900, suprimiendo la parte final de la misma donde se mencionaban algunos servicios que hacían parte de esta clasificación.
- En relación a los servicios de valor agregado, también se establece una nueva redacción, en los siguientes términos:

“aquellos que proporcionan la capacidad completa para el envío o intercambio de información, agregando otras facilidades al servicio soporte o satisfaciendo necesidades específicas de telecomunicaciones”. (Art.2)

- Se define el prestador de los servicios telemáticos o de valor agregado, como la persona natural o jurídica autorizada o licenciada en los términos del presente Decreto, para prestar al público servicios de valor agregado o telemáticos, haciendo uso de redes de telecomunicación del Estado establecidas por otras personas de derecho público o privado o haciendo uso de su propia red de valor agregado o mediante cualquier combinación de ambas modalidades. (Art. 6)

Posteriormente, el Decreto 1794 de 1991 se volvió a regular la materia en el año 2003, por intermedio del Decreto número 600 de marzo 14, que a su vez fue modificado en el mismo año por el Decreto 3055 de 2003, de ellos se puede deducir que:

- En lo que respecta a los servicios telemáticos, en el Decreto 600 se mantiene la definición del Decreto 1794 de 1991, pero el Decreto 3055 de 2003 que lo modifica, vuelve a incorporar la definición que traía el Decreto 1900 de 1990, por lo que se añadirá a la definición en su parte final nuevamente los ejemplos de la siguiente manera: “Forman parte de estos, entre otros, los de telefax, publifax, teletex, videotex y datafax.

5.3.1. Deberes de los Proveedores en la Legislación Colombiana.

En el caso colombiano, como quiera que no existe norma específica, la mayor regulación de los ISP se encuentra en la reglamentación que sobre las telecomunicaciones existen y que como vimos crea unas obligaciones en relación a la concesión del servicio, pero no hacen mención alguna al régimen de responsabilidad que pudiera existir con respecto a terceros en la ejecución del servicios.

Por otra parte la Ley 527 de 1999, “por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones”, se ocupa mayoritariamente del mensaje de datos y su validez probatoria, así como algunos aspectos de ése mensaje de datos en relación con los contratos especialmente con el de transporte de mercancías, así mismo trata lo referente a las entidades de certificación en cuanto a la validez de sus certificados y las obligaciones con el suscriptor de su servicio. Se debe aclarar que esta ley, no vincula a aquellos que hacen posible que funcione la red, por la cual se transmitirán esos mensajes de datos.

Posteriormente en el año 2001, se establecen unos deberes para los ISP mediante la Ley 679, conocida como “El estatuto para Prevenir y Contrarrestar la Explotación, la Pornografía y el Turismo Sexual con Menores de Edad”.

Luego en 2003 se presentó el proyecto de ley número 234 de 2003, que buscaba reformar el numeral 4 del artículo 8. El proyecto tuvo por objetivo obligar a los proveedores, administradores y usuarios de las redes globales de información a adquirir, ofrecer y usar mecanismos que garanticen el bloqueo de material pornográfico, pero fue archivado por vencimiento de términos. Por lo que, aún no se han determinado que clase de mecanismos deben establecer por parte de los proveedores, administradores y usuarios de redes globales de información.

Hay que resaltar que la Ley 679, aún cuando se aplica de manera restrictiva al tema de la pornografía infantil en internet, tiene dos características muy importantes la primera de ellas, como lo expresaron los representantes de la cámara la posibilidad de convertirse en marco para controlar todo tipo de material ilegal y limpiar la red³³⁷ y la segunda, que fue la que impulsó la creación del código de conducta “Para el Manejo y Aprovechamiento de las Redes Globales de Información y la Protección de los Menores de Edad Contra la Pornografía Infantil”

³³⁷ Gaceta del Congreso número 488 de 2000 “Este proyecto puede convertirse en el marco para empezar a controlar los contenidos de internet y limpiar la red de todo tipo de material ilegal con el fin de garantizar a los usuarios un lugar limpio y seguro donde se pueda trabajar y aprender...”

CAPITULO SEXTO.

SUMARIO 6. Responsabilidad de los ISP. 6.1. Responsabilidad Civil Extracontractual de los Intermediarios en Colombia. 6.2. Responsabilidad Civil Extracontractual de los Intermediarios en España. 6.3. Papel que Juega el Régimen de Responsabilidad de la LSSICE y Consecuencias Frente al Derecho de Autor.

6. RESPONSABILIDAD DE LOS ISP.

La utilización de internet o redes telemáticas supone una variación en la forma de interrelación de los individuos. Sin embargo, esto no supone en principio un cambio exponencial en las normas, por tanto, en lo que se refiere a la responsabilidad para juzgar la conducta del individuo que vierte los contenidos en la red, se aplicarán las normas generales de responsabilidad civil, las contractuales o las de responsabilidad extracontractual.

Asimismo, se aplicarán las normas del código penal, cuando la conducta pueda calificarse como delito, y también las normas administrativas si lo que afectan es la actividad de la empresa.

El prestador de servicios de intermediación podrá incurrir en responsabilidad civil contractual, frente a los usuarios que contraten directamente con éste sus servicios y frente a terceros será responsable a título de responsabilidad extracontractual. En particular si el destinatario

contrata directamente con el prestador y éste le proporciona los servicios de intermediación, no hay responsabilidad extracontractual, puesto que el destinatario no es un tercero, aun cuando no haya contratado directamente con el intermediario. Es claro, que este actúa aquí como auxiliar del prestador de servicios, quien responde por aquel por ser el único obligado frente al destinatario y esa responsabilidad es de índole contractual.³³⁸

A primera vista, la aplicación de leyes en materia de responsabilidad frente a los prestadores de servicios de la sociedad de la información como partes contratantes y/o a los usuarios que introducen los contenidos en la red no genera dificultad, pues serán de plena aplicación las normas generales a fin de determinar su responsabilidad civil.

El problema se plantea para Plaza Penadés,³³⁹ en cuanto a la posible responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación, por las conductas que cometen los sujetos por intermedio del servicio que el primero les presta. Es éste supuesto de responsabilidad, el que se estudia en el presente trabajo, por lo que no se abordará la responsabilidad civil que se genere entre los prestadores de servicios de la sociedad de la información y los destinatarios del mismo.

Vera Santos, al referirse a la responsabilidad civil considera que según el modelo que se adopte la responsabilidad puede recaer en el autor de la

³³⁸ VATTIER FUENZALIDA, Carlos “LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL EN EL COMERCIO ELECTRONICO” en *Revista de Contratación Electrónica* N° 18 de Agosto de 2001.

³³⁹ PLAZA PENADES, Javier. “LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS INTERMEDIARIOS EN INTERNET” en *Principios de Derecho de Internet*. Op. Cit. Pág. 395

información, en el proveedor de acceso o incluso en los usuarios que reflejan dicha información en su página web: “ En los modelos bi-direccionales clásicos (el teléfono) la atribución de responsabilidad es simple y vinculada a quien vierte el contenido; en ningún caso la compañía telefónica que ofrece el servicio tiene responsabilidad, ya que no es responsable de dichos contenidos. En el caso de los sistemas unidireccionales (prensa, radio, Televisión clásicas), la responsabilidad es asumida por el periodista y solidariamente por quien tiene el control efectivo de la información (editor)”³⁴⁰

Así mismo, Plaza Penadés afirma que las posibilidades: “desde un punto de vista *lege ferenda*, oscilaban entre la total exoneración de las entidades prestadoras de servicios intermediarias, hasta la configuración de una responsabilidad civil directa.”³⁴¹ Para Bustos Lagos, ante los supuestos de responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación, plantea la existencia de dos posibles respuestas antagónicas entre sí: la primera de ella es la de “asimilar a los prestadores de servicios a las personas naturales o jurídicas titulares de los medios de difusión escrita –editores de publicaciones-, hablada o visual de manera que respondan subsidiariamente, ex art. 120.2º del CP, en defecto del autor material de la actividad ilícita – responsabilidad civil en cascada (o incluso solidariamente en el caso contemplado por el artículo 212 CP, para el caso del propietario del medio de comunicación a través del que se propague una injuria o una calumnia que responderá solidariamente con el autor).” La segunda

³⁴⁰ VERA SANTOS, José Manuel “PARTE SEGUNDA: EL DERECHO DEL GOBIERNO ELECTRONICO. Capítulo I Derechos Fundamentales, Internet y Nuevas Tecnologías de La Información y de la Comunicación” en *Principios de Derecho de Internet*. (DIR. GARCIA MEXIA, Pablo) 2 Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2005. Pág. 200

³⁴¹ PLAZA PENADES, Javier. “LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS INTERMEDIARIOS EN INTERNET” en *Principios de Derecho de Internet*. Óp. Cit. pg. 403

respuesta consiste en “asimilar a los prestadores de servicios de intermediación a los impresores de una obra en soporte material – o a los libreros y distribuidores de la misma-, no obligándolos a conocer y a supervisar la información que sus servicios albergan o que permite que circule y se difunda en la red, eximiéndolos de responsabilidad civil (y penal)”

342

Aún cuando la Directiva y la LSSICE, establecen las circunstancias bajo las cuales el prestador de servicio de intermediación responde civilmente, no especifica claramente el régimen jurídico aplicable en el caso de que se configure responsabilidad, por lo que resulta de interés determinar las diferencias entre las opciones que se pueden adoptar, con el fin de establecer cuál de los regímenes está más acorde con la naturaleza de la función que se presta.

Los regímenes de responsabilidad por los que se puede optar, pueden ser muy exigentes para los prestadores de servicios de intermediación o extremadamente laxos, en relación a los daños que se puedan causar con los datos o contenidos, que por razón de sus funciones de intermediación pueden llegar a manipular.

Con ocasión de la creación de la Directiva 2000/31 CE, se discutió sobre la posibilidad de imputar responsabilidad a los intermediarios. Sin embargo, crear una imputación de responsabilidad de tal naturaleza acarrea

³⁴² BUSTO LAGO, José Manuel. “LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACION (ISPs)” en Colección de monografías Aranzadi. *Tratado de Responsabilidad Civil*. (coordinador L. Fernando Reglero Campos) 3. Edición. Thomson- Aranzadi. Navarra 2006. Pág. 2030

consecuencias gravosas para los intermediarios, consecuencias que como expresa Busto Lagos, pueden ser de naturaleza económica, técnica y jurídica puesto que: “desde la perspectiva económica y técnica supondría para los intermediarios imponerles aquella obligación de control de todos los contenidos que transmitan y albergan y que en la práctica, supondría una obligación de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen la existencia de datos o hechos susceptibles de causar daños ilícitos , de imposible cumplimiento, al menos en el actual estado de la técnica...-, dada la naturaleza de la red Internet – miles de páginas *web* susceptibles de ser modificadas en cada momento por el *webmasters*, e incluso por sus abonados- frente al ejemplo representado por el editor clásico, cuyo ámbito de control se restringe al contenido de páginas fijas y no modificables. Desde la perspectiva estrictamente jurídica,... podría colisionar con los derechos fundamentales a la libertad de expresión e información y con los arts. 20.2 CE y 10.0 CEDH, siendo esta una función que, de conformidad con su naturaleza prístina, ha de ser atribuida a los órganos integrantes del poder judicial”³⁴³

Consecuencia de lo anterior, al considerar el elevado volumen de información que circula por la red y la imposibilidad técnica para determinar si un contenido es lícito o no, se establecieron unas especiales circunstancias en relación con la responsabilidad de los intermediarios.

Pero antes de referirnos a esas especiales condiciones de responsabilidad, que consagra la Directiva y la norma española, creemos procedente en atención a que en el caso colombiano no existe norma específica al respecto, invertir el orden que hemos venido llevando y estudiar en un primer

³⁴³ BUSTOS LAGO, José Manuel. “LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACION (ISPs)” Óp. Cit. Pág. 2038

momento lo que sucede con la responsabilidad de los intermediarios en la legislación colombiana.

6.1 RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL DE LOS INTERMEDIARIOS EN COLOMBIA.

Dentro de la legislación colombiana, no existe una norma específica que regule la responsabilidad de los intermediarios, por lo que resulta oportuno señalar los requisitos que se deben tener en cuenta de conformidad con las reglas generales al momento de imputar responsabilidad.

Se reconocen dos clases de responsabilidad civil, la contractual y la extracontractual, la primera que parte del vínculo jurídico preexistente y la segunda que solamente nace por la ocurrencia del hecho que causó el daño. En el caso de nuestro estudio << la responsabilidad de los intermediarios frente a terceros >> se ha de regir por la responsabilidad civil extracontractual.

Para que se configure la responsabilidad extracontractual, se hace necesario el cumplimiento de unos requisitos que son: el daño o perjuicio, la culpa y el nexo causal. Estos elementos se fundamentan en lo establecido en el artículo 2341 del Código Civil, que dice: “El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley le imponga por la culpa o el delito cometido.”

De acuerdo con la norma trascrita, los elementos son:

- El Daño: La jurisprudencia y la doctrina han clasificado el daño, en daño patrimonial y daño extrapatrimonial. El daño patrimonial, a su vez se divide en daño emergente y lucro cesante, donde el primero es entendido como “el empobrecimiento directo del patrimonio económico del perjudicado. La disminución específica, real y cierta del patrimonio”³⁴⁴ y el lucro cesante como la: “frustración o privación de un aumento patrimonial. La falta de rendimiento, de productividad, originada en los hechos dañosos.”³⁴⁵ Por su parte el daño extrapatrimonial, es el que no afecta al patrimonio sino a los sentimientos, la honra u otros bienes de carácter no patrimonial como los derechos morales de los autores.
- La culpa: los hermanos Mazeaud, la dividen en la culpa delictual y cuasi delictual; en la que la delictual: “tiene contornos muy precisos: noción puramente subjetiva, se caracteriza por la voluntad torcida, por la intención de perjudicar” y la cuasi delictual es definida: “como un error de conducta que no hubiera podido cometer una persona advertida colocada en las mismas circunstancias externas que el autor del perjuicio”³⁴⁶

³⁴⁴ MARTINEZ RAVE, Gilberto. “LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL EN COLOMBIA. Aspectos Sustanciales y Procesales” Biblioteca Jurídica Dike. Bogotá 1996 Pág. 232.

³⁴⁵ *Ibidem* Pág. 233.

³⁴⁶ MAZEAUD, Henri y León. “COMPENDIO DEL TRATADO TEORICO Y PRACTICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DELICTUAL Y CONTRACTUAL” Ed. Colmex. Tomo I, México. Pág. 207.

- El nexo causal: Este tercer elemento es necesario, siempre que se atribuya un daño a título de culpa, el nexo causal es definido por Martínez Rave: “Como la necesaria e indispensable relación de causa a efecto, entre el hecho y el resultado o daño”³⁴⁷

Es importante tener en cuenta, que en algunas circunstancias pudiese darse la figura de la concausa, cuando se presentan varios hechos o circunstancias que pueden influir en el resultado dañoso. Por otra parte, las causales de exoneración de responsabilidad civil que rompen el nexo causal, son el hecho de la víctima, la fuerza mayor o el caso fortuito y el hecho de un tercero. Por ende, si ha sido el actuar de la víctima el que ha influido en el daño, se romperá el nexo causal, igual sucede, si el daño obedece a la ocurrencia de fenómenos de la naturaleza o el azar, que además sean imprevisibles o irresistibles, y por último cuando a quien se imputa responsabilidad, no es el causante sino una persona distinta a esta o un tercero.

Una vez establecidos los elementos de la responsabilidad civil extracontractual, es preciso enumerar el fundamento de dicha responsabilidad, que se establece entre dos corrientes de responsabilidad antagónicas como son la subjetiva y la objetiva.

La responsabilidad subjetiva, se basa en el comportamiento del sujeto causante del daño, que hará depender la imputación de un comportamiento intencional o no, constitutivo de la culpa que también comprende la imprudencia de quien conociendo el riesgo, confía en poder evitarlo. Por su

³⁴⁷ MARTINEZ RAVE, Gilberto. “LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL EN COLOMBIA. Aspectos Sustanciales y Procesales” Biblioteca Jurídica Dike. 1996. Pág. 26.

parte, la corriente objetiva ya no se ocupa del individuo sino del daño, partiendo de la teoría del riesgo creado, según la cual, todo el que con su actividad genera un riesgo para los terceros debe responder.

Aquí debemos aclarar que en el caso del derecho colombiano, se ha creado mucha resistencia a reconocer la responsabilidad objetiva, pues si partimos de lo regulado en el título XXXIV del Libro 4 del Código Civil en el título de “Responsabilidad Común por los Delitos y las Culpas” veremos, que aquella se ha entendido estructurada sobre el principio de responsabilidad subjetiva, que en palabras de la Alto Tribunal se resumen en: “Quien por sí o por uno de sus agentes cause a otro daño, originado en hecho o culpa suyos, queda obligado jurídicamente a resarcirlo. Y según los principios reguladores de la prueba, quien demande la indemnización corre con el deber de demostrar en principio el daño producido, el hecho intencional o culposo del demandado y la relación de causalidad entre el proceder o la omisión negligente de éste y el perjuicio sufrido por aquel”³⁴⁸

A pesar de ello, la Corte también reconoce que en algunos casos existirán otras fuentes generadoras de los derechos como son la omisión, por la inejecución de actividades positivas impuestas a determinadas personas y las actividades riesgosas por la actividad desarrollada.³⁴⁹

Por otra parte, se ha de interpretar la responsabilidad por el hecho propio del artículo 1341 que se basa en la culpa por los hechos directos y personales del obligado, así mismo la responsabilidad por el hecho ajeno de los

³⁴⁸ Casación Civil de 17 de mayo de 1982.

³⁴⁹ Casación Civil de 11 de Octubre de 1985.

artículos 2347 a 2349 en los que taxativamente se contempla la responsabilidad de los padres por las conductas de los hijos y la del empleador por los daños causados por sus trabajadores, con ocasión del servicio prestado por éstos.

Pero, también se ha desarrollado jurisprudencial y doctrinalmente el reconocimiento de la responsabilidad por las actividades riesgosas, que por importación de algunas doctrinas, fueron modificando las instituciones, así el principio general de presunción de responsabilidad, según el cual: “quien alega prueba” fue un poco moldeándose gracias a la reinterpretación del inciso tercero del artículo 1604 que se entendió, permitía su uso tanto en la responsabilidad contractual como la extracontractual, y que al tenor de la norma dice : “La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega”

Es así, como se reconoce expresamente la responsabilidad por malicia o negligencia, la posibilidad de aplicar la teoría del riesgo, que en palabras de la Corte a quien produce el riesgo se le tiene por responsable, en atención a la dificultad que: “suele llegar a imposibilidad, de levantar las respectivas probanzas los damnificados por hechos ocurridos en razón o con motivo o con ocasión de ejercicio de esas actividades.... Y de ahí también que tal agente o autor no se exonere de la indemnización, sea en parte en algunas ocasiones, sea en el todo en otras veces, sino en cuanto demuestre caso fortuito, fuerza mayor o intervención del elemento extraño”³⁵⁰

³⁵⁰ Casación Civil de 11 de Marzo de 1976.

Lo anterior, como aclara el Alto Tribunal en sentencia de casación de 8 de mayo de 1969, no se convierte en la creación de un sistema de responsabilidad objetiva pues en el sentir de ésta: “ Nuestro sistema y su interpretación jurisprudencial, procura en la máxima medida la protección de los asociados contra el hecho ajeno, puesto que no se limitan a ellos a exigirle a todo individuo la máxima prudencia, sino que también por aplicación del art. 2356 del C.C, en punto de las actividades peligrosas, establecen la presunción de dicha culpa. Por esta vía llegase a que la exoneración de la responsabilidad, de quien haya participado en actividades de aquella índole resulte extremadamente difícil, pues este tendrá que demostrar que el acaecer lesivo superó su diligencia, esto es, que el daño se produjo a consecuencia de un caso fortuito, o de un hecho de un tercero asimilado al mismo, o de la culpa exclusiva de la propia víctima. No se ve, por tanto razón para reemplazar este sistema profundamente humanístico y justiciero por la concepción materialista de la absoluta responsabilidad objetiva.”

Estos planteamientos, dieron lugar a la creación de algunas modificaciones a la teoría de la responsabilidad por riesgo, abanderadas por Tamayo Lombana se establece como principio, que no es posible en el derecho colombiano una responsabilidad sin culpa, por lo que en las actividades peligrosas, la responsabilidad se ha de fundamentar en la culpa probada por medio de indicios, por ello, para el autor el que la norma establezca: “puedan imputarse a malicia o negligencia”, se constituye en una presunción iuris et de iure de culpa, que por naturaleza no será desvirtuable, lo que no cambiaría mucho las consecuencias, pero si por lo menos se puede fundamentar en proteger a la víctima.³⁵¹

³⁵¹ TAMAYO LOMBANA, Javier. “DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL” Ed. Temis. Bogotá 1986. Pág. 61

Así las cosas, de acuerdo con lo apreciado por Bobenrieth. “El juicio valorativo entonces se estructura así: nadie puede desarrollar una actividad que represente riesgo para los demás, sin que asuma sus consecuencias. Es decir, ya no se trata de un criterio individualista, ni con referencia a un individuo, ni con referencia a los individuos que toman parte de esta relación; sino que se está enfrentando a un individuo y su actividad con el conglomerado social en cuanto colectividad. Ya no hay lugar a estructurar un juicio valorativo “negativo”, pues la actividad en si es reputada en principio como articulable dentro del desarrollo socioeconómico, siempre y cuando se asuma en todos sus desarrollos. Por lo tanto la reparación abandona definitivamente el carácter de sanción, pues no se puede sancionar algo amparado por el sistema, para adquirir un carácter total de indemnización, que se convierte finalmente en parte de los costos necesarios en el desarrollo de esa actividad”³⁵²

Sin embargo, se ha de tener en cuenta que esta evolución jurisprudencial, se ha dado principalmente en el derecho administrativo, cuando el Estado es el llamado a responder por los daños a los particulares cuando crea riesgo o en algunos pocos y específicos casos, como los daños derivados del accidente de tránsito, por lo que no resulta del todo claro, que se pueda aplicar de manera automática esta doctrina, máxime cuando por un lado el derecho colombiano, se basa en la teoría culpabilista y por el otro, en materia de Internet de conformidad con los conceptos emitidos por la DNDA, se reconoce la función eminentemente técnica del intermediario y por ende en principio exonerado de responsabilidad.

³⁵² BOBENRIETH, Andrés. “LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA: Salto Valorativo en el Proceso Autocomprehenhivo del Derecho” Trabajo de Investigación. Universidad de los Andes. Bogotá 1988.

Pero a pesar de ello, lo cierto es que el artículo 8 de la Ley 183 de 1987 establece: “Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes y en su defecto la doctrina constitucional y las leyes generales de derecho”. Los principios generales son 1) La “Buena fe” que nos obliga a obrar con “lealtad, con rectitud, con honestidad” 2) El no abuso del Derecho. 3) La obligación de indemnizar a quien se le ha infringido daño por dolo o culpa de autor, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por el delito, los que permiten la realización de la justicia.

Según los principios generales, se habrá de garantizar la indemnización de los perjuicios. Sin embargo, tenemos la Ley 29 de 1944 que en su artículo 55 establece: “todo el que por cualquier medio eficaz para divulgar el pensamiento, por medio de la imprenta, de la radiodifusión o del cinematógrafo, cause daño a otro, estará obligado a indemnizar, salvo que demuestre que no incurrió en culpa”.

Respecto de este artículo Santos Ballesteros, considera que estamos frente a una excepción de la teoría de la culpa, como quiera que: “Esta norma establece en materia de responsabilidad civil por el empleo de los medios de comunicación social, responsabilidad civil por el hecho propio o hecho personal, una presunción de culpa en contra del sujeto causante del daño que la puede desvirtuar acreditando su diligencia y cuidado o la prueba de un factor extraño, es decir, fuerza mayor o caso fortuito, culpa de la víctima o hecho de un tercero. La disposición citada implica una derogación a la carga de la prueba de la culpa en la responsabilidad civil por el hecho personal en

Colombia, cuyo soporte es el artículo 2341 del Código Civil, ya que dentro de este sistema la víctima debe probar la culpa del responsable”³⁵³

Ahora bien, teniendo en cuenta las diferentes posiciones que ha tomado la jurisprudencia y la doctrina, frente a la responsabilidad civil extracontractual, resulta preciso dejar claro, que el derecho colombiano ha querido modificar la carga de la prueba, en relación a ciertas actividades en las que resulta muy gravoso para el demandante probar la culpa o negligencia y no instaurar un sistema de responsabilidad objetiva.

Por lo anterior, resulta de importancia estudiar el papel de los intermediarios que encontramos en la red, pues la responsabilidad siempre habrá de nacer del nivel de diligencia que se exige a cada uno de ellos, o en términos más precisos el grado de supervisión sobre los contenidos que se establezca. Así pues, tenemos que en términos generales los intermediarios en la red, cumplen un papel eminentemente técnico, por ello se podría afirmar que su función es simplemente operativa frente a los contenidos que circulan en la red. Con una cierta salvedad en relación con el creador del link, pues si no lo hace de manera profesional, sino que lo incorpora en su propia página, se debería de exigir cierta diligencia, en la selección de los contenidos.

Respecto a la responsabilidad de estos intermediarios se han mantenido dos posturas diferentes. La primera de ellas, los considera como un simple mandatario que transmite información y la segunda, como un editor de la información. Pero, si se tienen en cuenta las circunstancias en que funciona la red, y especialmente la rapidez con que viajan los contenidos por ella,

³⁵³ SANTOS BALLESTEROS, Jorge. “LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN SOCIAL” dentro de Revista Universitas N° 64, 1984.

debemos llegar a la necesaria conclusión, de que resulta imposible para un proveedor de acceso, ejercer algún control sobre los contenidos que viajan por la red, gracias a su actividad técnica.

Por ello creemos que la fijación de responsabilidad, ha de inclinarse por entender este proveedor como un simple mandatario, a quien no se podrá exigir responsabilidad alguna sobre los contenidos, salvo que con su actuar abandone su posición técnica y tome una posición activa frente a los contenidos, en cuyo caso responderá de manera directa por los daños y perjuicios que ocasione.

Por otra parte, la responsabilidad de los intermediarios, puede ser mirada desde la óptica de los servicios de telecomunicaciones, regulados en el Decreto 1900 de 1990, régimen general de telecomunicaciones, que en su artículo 3 señala que las telecomunicaciones serán utilizadas: “responsablemente para contribuir a la defensa de la democracia, a la promoción de la participación de los colombianos en la vida nacional y la garantía de la dignidad humana y de otros derechos fundamentales consagrados en la Constitución para asegurar la convivencia pacífica”. Entre los derechos se encuentran el pluralismo, la libertad de opinión, la rectificación de informaciones falsas, el buen nombre, el derecho a la intimidad, la privacidad y la inviolabilidad de las telecomunicaciones. El Decreto, no hace mención a la responsabilidad por los contenidos.

Posteriormente la Ley 1341 de 2009, sobre: “principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC.” En la que se define las tecnologías de la información y las comunicaciones como: “el conjunto de

recursos, herramientas, equipos, programas informáticos, aplicaciones, redes y medios, que permiten la compilación, procesamiento, almacenamiento, transmisión de la información como voz, datos, texto, video e imágenes” (Art. 6)

En cuanto al régimen de los proveedores de redes y servicios de las tecnologías de la información y las comunicaciones aquella establece: “Los actos y los contratos, incluidos los relativos a su régimen laboral y las operaciones de crédito de los proveedores de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, cualquiera que sea su naturaleza, sin importar la composición de su capital, se registrarán por las normas del derecho privado.” Lo que permite aplicar a estos proveedores las normas del Código Civil, en cuanto a la responsabilidad. Pero como quiera que, dicha responsabilidad se ha de fundamentar en la culpa, se hace necesario nuevamente la determinación del nivel de diligencia que se pueda exigir.

En búsqueda de tal nivel, nos remitimos al régimen de sanciones que crea la misma Ley 1341 de 2009, en los artículos 64 y s.s, que comprende solamente actos específicos de la calidad del servicio y cumplimiento de las condiciones de la concesión, sanción, licencias y autorizaciones, así como el respetar la confidencialidad de las comunicaciones. Además, se establece la obligación para los intermediarios de no discriminar a sus usuarios, de manera que el servicio se preste de manera eficiente. Por ende las normas que regulan a los intermediarios, se ocupan de la neutralidad tecnológica que estos deben observar, a fin de garantizar la interconexión sin tener en cuenta el contenido de las telecomunicaciones, por el contrario se les obliga a garantizar la confidencialidad de las mismas, lo que se resume en una no obligación de supervisión de contenidos. Por tanto el intermediario, no podrá resultar responsable por los daños y perjuicios que generen los mismos,

salvo claro está, que intervenga en la colocación, almacenamiento o transmisión de aquellos, pero en este caso, la sanción nace de su propio actuar y no de la conducta de los usuarios de su servicio.

6.2 RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL DE LOS INTERMEDIARIOS EN ESPAÑA.

Antes de referirnos al régimen especial de cada uno de los intermediarios, haremos mención de algunas cuestiones que resultan de aplicación a todos los intermediarios, y que constituyen los pilares en los que se sustenta el régimen de responsabilidad de los ISP`s.

En primer lugar debemos recordar que la LSSICE, será de aplicación solamente a los prestadores de servicios de la sociedad de la información por tanto, la posible responsabilidad que se genere frente a los usuarios de las redes, que no cumplan con los requisitos que establece la norma en mención para ser sujetos de la misma no se les podrá aplicar el régimen de excepción que ella contempla.

Sin embargo, si hablamos de qué ley aplicamos a quienes no cumplan los requisitos de la norma, pero ofrezcan las mismas prestaciones ¿les resultará aplicable el régimen de la LSSICE o no? Al respecto, considera Cavanillas que si se deben aplicar estas mismas reglas, a los que el autor denomina como los prestadores “aficionados” ya que: “una mayor lenidad hacia quien desarrolla una actividad de forma profesional es contraria a los principios del Derecho de daños y, por ello, debe descartarse a falta de algún dato o argumento que permita sostenerla”.³⁵⁴ Respecto de esta misma

³⁵⁴ CAVANILLAS MUGICA, Santiago. “LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN INTERNET” dentro de la obra La Responsabilidad civil y su problemática actual. Agosto 2008. Pág. 109.

situación, Peguera Poch argumenta que la solución puede venir por la aplicación analógica de las reglas de exclusión de responsabilidad, con fundamento en el artículo 4.1. C.C, ya que el autor considera que en el caso de los servicios gratuitos y el que no lo es, existe la identidad de razón que se requiere para proceder a la aplicación analógica, pues según el autor: “En efecto, el fundamento de la exclusión de responsabilidad por los contenidos ajenos se halla en el carácter puramente técnico y pasivo de la función desarrollada, carácter que no se da de modo distinto en función de la naturaleza económica o gratuidad del servicio”³⁵⁵

Por otra parte, se ha de tener en cuenta que el artículo 13 de la LSSICE, establece que a los prestadores de servicios de la sociedad de la información, les será de aplicación el régimen general de responsabilidad civil, penal y administrativa, sin perjuicio de lo establecido en la ley. Lo que se traduce, en un régimen de responsabilidad civil de carácter horizontal, que se impone sobre cualquier otra ley que regule la responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información, sin importar la materia de la que se trate.

Tal régimen se sustenta en unos principios, siendo el primero de ellos la “Libre Prestación de Servicios” según el cual, los servicios que se prestan dentro de la red no estarán sujetas a autorización previa por tanto, se podrán exigir los requisitos necesarios para el ejercicio de la actividad que se pretenda prestar, pero ninguno adicional. Este sistema de libre prestación no indica total libertad para el prestador, pues lo que se ha implementado es la

³⁵⁵ PEGUERA POCH, Miquel. “LA EXCLUSION DE RESPONSABILIDAD DE LOS INTERMEDIARIOS EN INTERNET” dentro de la obra Derecho de la Sociedad de la Información. (DIR: CAVANILLAS MÚGICA, Santiago) Ed. Comares. Granada 2007. Pág. 218

simplificación de los tramites, como lo explica Veleiro: “Los que estén interesados en la explotación de una red o en la prestación de un determinado servicio de comunicaciones electrónicas, deben con anterioridad al inicio de la actividad, notificarlo fehacientemente a la Comisión Nacional del Mercado de Telecomunicaciones y cada tres años a contar desde la notificación inicial, deberán comunicar al mismo organismo su intención de continuar con la prestación o explotación de la red o servicio.”³⁵⁶

Así mismo, la ley de impulso de la sociedad de la Información (ley 56/2007 de 29 de diciembre) ha contribuido a la flexibilización de las condiciones para la prestación de los servicios en internet. El régimen de simplificación, establece unos deberes para los operadores a fin de garantizar el servicio universal, que en palabras de Aparicio Vaquero: “supone, al decir de la Directiva 2002/22 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación a las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, garantizar la prestación de un determinado conjunto mínimo de servicios a todos los usuarios finales a un precio asequible y a una calidad determinada, con independencia de su ubicación geográfica (art. 3 Dir. 2002/22)”³⁵⁷

Por ende, como operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas deberán: garantizar la interconexión de las redes y el acceso a éstas y a los recursos asociados; respetar las normas y resoluciones

³⁵⁶VELEIRO REBOREDO, Belén “PROTECCION DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL Y SOCIEDAD DE LA INFORMACION” Boletín Oficial del Estado, 2008. Pág. 284.

³⁵⁷APARICIO VAQUERO, Juan Pablo “LOS CONSUMIDORES Y SUS RELACIONES CON LOS PROVEEDORES DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACION” en la Revista de Contratación Electrónica. #89 de enero de 2008.

aprobadas por las autoridades competentes, pues la función del régimen de libre prestación lo que hace es minimizar los tramites, para quien quiere prestar un servicio, pero estos deberán cumplir con los deberes que se establezcan para cada servicio, así como el cumplimiento de la protección de los datos personales, cuando son tratados por el prestador en el tráfico de la comunicación o para efectos de facturación.

El régimen de libre prestación, se restringe de conformidad con el artículo 8 de la LSSICE, cuando estos atenten o puedan atentar contra la salvaguarda del orden público, la investigación penal, la seguridad pública, la defensa nacional, la protección de los consumidores y usuarios, el respeto a la dignidad de la persona, así como la protección de la juventud y la infancia. Dicho artículo fue modificado por la Ley de medidas de impulso de la sociedad de la información, en el que se crea el procedimiento de cooperación intracomunitario, según el cual, cuando un órgano competente decida tomar medidas restrictivas contra un servicio de la sociedad de la información deberá:

- a) “Requerir al Estado miembro en que esté establecido el prestador afectado para que adopte las medidas oportunas.

- b) En el supuesto de urgencia, el órgano competente podrá adoptar las medidas oportunas, notificándolas al Estado miembro de procedencia del prestador y a la Comisión Europea o en su caso, al comité mixto con la mayor brevedad y como máximo, en el plazo de quince días desde su adopción.”

Actualmente se tramita el Proyecto de ley de Economía Sostenible que en su borrador, modifica el artículo 8, reconociendo la salvaguardia de la propiedad

intelectual, y se establece para el prestador de servicio la obligación de retener los datos y facilitarlos a la autoridad competente.

Dentro de los principios que sustentan el sistema de responsabilidad de los intermediarios, encontramos también la inexistencia de una obligación general de supervisión, que ya venía establecido desde la Directiva en el artículo 15.1, según la cual ningún Estado miembro puede imponer: “una obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen, ni una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas, respecto de los servicios contemplados en los artículos 12,13 y 14”. Este principio al momento de adaptar la Directiva al derecho español no fue incorporado, no quedando del todo clara la intención del legislador, ya que la regulación de la responsabilidad de los intermediarios, al mantenerse en las mismas condiciones que en la Directiva, parece continuar su sustento en este principio.

A pesar de la falta de indicación del principio en la norma española, se ha de tener como incluido para poder entender el régimen de responsabilidad, pues como manifiesta Moro Almaraz, el imponer a los intermediarios la obligación de supervisión sobre los contenidos: “significaría la determinación de una responsabilidad tan amplia que puede considerarse como objetiva. Dado el funcionamiento de la red, determinaría unas exigencias tales que incrementaría extraordinariamente los costes e incluso haría imposible actuar con la rapidez que se exige a los prestadores de servicios de intermediación”³⁵⁸

³⁵⁸ MORO ALMARAZ, M^a Jesús. “SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACION Y SUJETOS INTERVINIENTES” Óp. Cit. Pág. 133.

Así pues, el establecimiento de ésta no obligación de supervisión sobre los contenidos, es el pilar que sustenta el sistema de responsabilidad de los intermediarios, como quiera que si no deben supervisar los contenidos, tampoco deberán responder por la ilicitud de los mismos, ya que, como sostiene Clemente Meoro, la responsabilidad no podrá por tanto basarse en: “el incumplimiento de una obligación general de supervisión, que en ningún caso, cabe imponer; ni en la presunción de conocimiento de unos contenidos que no hay porque supervisar.”³⁵⁹

Tanto la Directiva como la LSSICE, crean un régimen de exención de responsabilidad para cada prestador de servicio de intermediación, bajo diferentes circunstancias, por lo que no podrá establecerse un régimen uniforme para todos los intermediarios, pues dependiendo en cada caso de la “producción de daño, y según el tipo de PSSI que lo haya producido, un régimen de responsabilidad puede ser diferente, yendo desde la responsabilidad objetiva hasta la responsabilidad por culpa, dependiendo asimismo del contenido del contrato (si nos encontramos ante un único objeto o una pluralidad de servicios)”³⁶⁰

Aun cuando existe una norma específica para cada intermediario, que obligaría a estudiarlos por separado, consideramos que la clasificación que hace Cavanillas en dos regímenes de responsabilidad resulta bastante didáctica, por lo que la utilizaremos como referencia. El autor citado, plantea que el primer régimen dependerá de la neutralidad tecnológica, el segundo

³⁵⁹ CLEMENTE MEORO, Mario E. “LA RESPONSABILIDAD DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACION” dentro de la obra Responsabilidad Civil y Contratos en Internet. Su regulación en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico. Ed. Comares. Granada 2003. Pág. 256

³⁶⁰ PEREZ PEREIRA, María “LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACION: CUESTIONES GENERALES” dentro de la Revista de Contratación Electrónica. Núm. 89. Enero de 2008.

del conocimiento efectivo y por último existe una régimen mixto para el caso del prestador de servicio caching.

6.2.1. Régimen de Responsabilidad Derivado de la Neutralidad Tecnológica.

Si bien todo el sistema de responsabilidad de los intermediarios se sustenta dentro del principio de la neutralidad de los prestadores del servicio, precisamente por la exigencia a los mismos de no intervenir como proveedor de contenidos, las especiales circunstancias de exoneración de responsabilidad que competen a los prestadores de servicios de acceso, como servicios básicos hacen que como afirma Cavanillas: “el legislador establece una exención de responsabilidad basada en su comportamiento tecnológicamente neutral, es decir, si no intervienen en los datos que fluyen a través de ellos más que en la medida en que su intermediación tecnológica es necesaria.”³⁶¹

Ahora bien, los prestadores de servicio que se verán cobijados dentro de este régimen, son los operadores de redes y proveedores de acceso, que se reconocen en la LSSICE, en los siguientes términos:

³⁶¹ CAVANILLAS MUGICA, Santiago. “LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN INTERNET” dentro de la obra La Responsabilidad civil y su problemática actual. Agosto 2008. Pág. 112.

Artículo 14. Responsabilidad de los operadores de redes y proveedores de acceso.

1. Los operadores de redes de telecomunicaciones y proveedores de acceso a una red de telecomunicaciones que presten un servicio de intermediación que consista en transmitir por una red de telecomunicaciones datos facilitados por el destinatario del servicio o en facilitar acceso a ésta no serán responsables por la información transmitida, salvo que ellos mismos hayan originado la transmisión, modificado los datos o seleccionado éstos o a los destinatarios de dichos datos.

No se entenderá por modificación la manipulación estrictamente técnica de los archivos que alberguen los datos, que tiene lugar durante su transmisión.

2. Las actividades de transmisión y provisión de acceso a que se refiere el apartado anterior incluyen el almacenamiento automático, provisional y transitorio de los datos, siempre que sirva exclusivamente para permitir su transmisión por la red de telecomunicaciones y su duración no supere el tiempo razonablemente necesario para ello.

Estos proveedores se regirán por la Directiva de Servicios de la Sociedad de la Información y la LSSICE, que en su artículo 14 engloba las dos funciones de actividades de transmisión y concesión de acceso, además no les modifica su calidad por el hecho de realizar el almacenamiento de datos, siempre que sea de carácter automático, provisional y transitorio y se utilice para la transmisión de los datos en la red, sin superar el tiempo necesario para ello.

Resulta oportuno aclarar, que la Directiva cuando menciona a los destinatarios del servicio, se está refiriendo a los clientes o destinatarios del servicio de intermediación, por tanto en el caso del servicio de acceso será quien pide y obtiene el acceso

Aún cuando están regulados en una misma norma, como vimos con anterioridad es diferente la función que cumple cada uno y por ende las funciones frente a las cuales serán irresponsables también. Para Corripio Gil-Delgado: “Los operadores de red utilizan las tecnologías existentes de cable y ofrecen el acceso a los usuarios aprovechando el tendido de una red de telefonía hasta los domicilios de empresas y particulares (lo que se

denomina bucle de abonado o última milla)",³⁶² y los proveedores de acceso permiten el acceso a los usuarios en internet.

Los operadores de redes no incurren en responsabilidad de los contenidos que sean transmitidos y que pueden estar vulnerando los derechos de autor de determinada obra, ya que como lo sostiene la Comunicación de la Unión Europea del 16/11/1996 (COM 96-487) al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones; "los operadores de red, por otra parte, no suelen estar sujetos a responsabilidad en el penal o civil por los contenidos que ofrecen en sus redes, aunque se les puede exigir, según lo dispuesto en la legislación pertinente o las licencias, que tomen medidas respecto a sus clientes (suministradores de acceso) en caso de que éstos utilicen medios para ofrecer material ilícito."³⁶³

Así mismo frente a los proveedores de acceso, se dijo en la Comunicación de la Unión Europea del 16/11/1996 (COM 96-487) al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, que: "Aunque los suministradores de acceso no controlan de manera directa el contenido disponible en Internet ni qué parte deciden consultar sus clientes, en determinados casos las autoridades los han sometido a investigación debido a la existencia de contenidos ilícitos y nocivos a los que es posible acceder mediante los medios técnicos de los suministradores. Puede que

³⁶² CORRIPIO GIL-DELGADO, María de los Reyes. "REGULACION JURIDICA DE LOS TRATAMIENTOS DE DATOS PERSONALES REALIZADOS POR EL SECTOR PRIVADO EN INTERNET " Editorial vLex,2000.[Diciembre 7 de 2009] Disponible en: <http://vlex.com/vid/profesora-universidad-pontifica-comillas-171367>

³⁶³ MARTINEZ BARBIERI, Mónica Susana. "RESPONSABILIDAD DE LOS OPERADORES DE LA RED QUE EN SU INTERACCION PRODUCEN DAÑOS". Alfa-Redi: Revista De Derecho Informático .Disponible en: <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=1003>

sea preciso cambiar o clarificar la legislación para ayudar a los suministradores de acceso y los suministradores de servicios de ordenador central, cuya ocupación primordial es prestar servicio al cliente, a abrir un camino que evite, por un lado, las acusaciones de censura, y por otro, el riesgo de acciones judiciales.”³⁶⁴

Ahondando en la razón de la estipulación legal del artículo 14 de la LSSICE, se encuentra en palabras de Rolero, que lo que se pretende es el principio de buena fe y actuar diligente, para así evitar las situaciones que se pueden generar cuando los ISP, si ejercen un control sobre el contenido.³⁶⁵

Como decíamos con anterioridad, el legislador se refiere a los operadores de redes y los proveedores de acceso en una misma norma, creemos que éste obedece a que no siempre se podrán diferenciar, pues lo usual es que un solo prestador ofrezca los dos servicios, pues como sostiene Peguera: “Dar acceso a una red supone recibir los datos del usuario e introducirlos en la red (y lo mismo a la inversa: recibir los datos de la red y entregarlos al usuario), lo que implica en todo caso una conducción o transmisión de la información, por pequeña que sea la distancia que dichos datos recorran, aunque se trate tan solo de circular por el interior de los equipos de conexión del proveedor”³⁶⁶

³⁶⁴ MARTINEZ BARBIERI, Mónica Susana. “ RESPONSABILIDAD DE LOS OPERADORES DE LA RED QUE EN SU INTERACCION PRODUCEN DAÑO”...Disponible en: <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=1003>

³⁶⁵ ROLERO, Graciela Lilian. “VII CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO DE DAÑOS, RESPONSABILIDADES EN EL SIGLO XXI” Ponencia No. 37. (online). Asociación de Abogados de Buenos Aires, 1998/2001. disponible en: http://www.robertexto.com/archivo11/responsab_internet.htm

³⁶⁶ PEGUERA POCH, Miquel. “LA EXCLUSION DE RESPONSABILIDAD DE LOS INTERMEDIARIOS EN INTERNET” Óp. cit. Pág.240

Si bien el régimen de responsabilidad de estos intermediarios se basa en la simple neutralidad tecnológica, habrá que preguntarse entonces, si esta circunstancia resulta ser tan determinante, que le permita al prestador continuar prestando el servicio aún cuando pudiese llegar a tener conocimiento efectivo de la infracción a los derechos de terceros por los contenidos que estos transmiten. La respuesta la encontramos en la ley de propiedad intelectual, que dentro de la acción de cese de la actividad ilícita comprende: “La suspensión de los servicios prestados por intermediarios a terceros que se valgan de ellos para infringir derechos de propiedad intelectual.” Además se autoriza al perjudicado a solicitar medidas cautelares, contra los: “intermediarios a cuyos servicios recurra un tercero para infringir derechos de propiedad intelectual” (Art. 138)

Sin embargo, hay que tener presente que la obligación frente a estos intermediarios a diferencia de lo que ocurre con los prestadores de hosting, no nace del conocimiento de la ilicitud de los contenidos, sino de la orden expresa que en virtud del proceso de cesación se haya declarado en tal sentido.

Al respecto en auto de 10 de noviembre de 2004, el Juzgado de lo Mercantil nº2 de Madrid, en la que se debatía la responsabilidad del proveedor de acceso por no impedir el acceso a los contenidos, conociendo la sentencia en la que se condenaba al usuario de su servicio por infracción a los derechos de autor, el Tribunal conceptuó, que a los proveedores de acceso “en principio, no incumbe la obligación de cesar. Por el contrario, al contemplar un deber generalizado de colaboración con las autoridades que hayan dictado orden de cesación, constituye pieza esencial para la operatividad del precepto la previa existencia de esa orden de cesación emanada de autoridad competente, en su caso judicial, de tal suerte, que

aquel deber no se concibe como la concreción de una obligación propia y genuina de cesación del prestador nacida para él ex lege del art. 1089 del Código civil en relación con los arts. 15 y 16 de la Ley 34/2002, sino como un deber de derecho público que obliga a todo operador de internet – de la clase que sea—a colaborar con las autoridades en la materialización o cumplimiento de una obligación, que no es propia del llamado a colaborar, sino ajena y que genuinamente no incumbe más que aquél, frente a quien se ha dirigido la orden de cesación emanada de aquella autoridad.³⁶⁷

6.2.2 Régimen de Responsabilidad Derivado del Conocimiento Efectivo.

Según la clasificación de Cavanillas que venimos utilizando, dentro de este régimen encontramos a los proveedores de alojamiento y los motores de búsqueda y proveedores de enlace. La exención de responsabilidad de los proveedores de alojamiento, parte de lo establecido en la Directiva, pero lo que respecta a los motores de búsqueda y proveedores de enlace no fue allí contemplado, sin embargo la ley española sí crea a una norma expresa para dichos prestadores.

Procederemos a transcribir los artículos, que regulan la responsabilidad de cada uno de los prestadores de dichos servicios, para determinar el régimen así como algunas diferencias que se han de tener en cuenta.

³⁶⁷ Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid, Auto de 10 nov. 2004. Dentro de la Ley210/2005

<p style="text-align: center;">SERVICIO DE ALOJAMIENTO O HOSTING (Art. 16 LSSICE)</p>	<p style="text-align: center;">PROVEEDOR DE BUSQUEDA Y ENLACES (Art. 17 LSSICE)</p>
<p>1. Los prestadores de un servicio de intermediación consistente en albergar datos proporcionados por el destinatario de este servicio no serán responsables por la información almacenada a petición del destinatario, siempre que:</p> <p>a) <u>No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o</u></p> <p>b) Si lo tienen, actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos.</p> <p>Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo a) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse.</p> <p>2. La exención de responsabilidad establecida en el apartado 1 no operará en el supuesto de que el destinatario del servicio actúe bajo la dirección, autoridad o control de su prestador.</p>	<p>1. Los prestadores de servicios de la sociedad de la información que faciliten enlaces a otros contenidos o incluyan en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda de contenidos no serán responsables por la información a la que dirijan a los destinatarios de sus servicios, siempre que:</p> <p>a) <u>No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remiten o recomiendan es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o</u></p> <p>b) Si lo tienen, actúen con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente.</p> <p>Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo a) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse.</p> <p>2. La exención de responsabilidad establecida en el apartado primero no opera en el supuesto de que el proveedor de contenidos al que se enlace o cuya localización se facilite actúe bajo la dirección, autoridad o control del prestador que facilite la localización de sus contenidos.</p>

La LSSICE consagró, que para el caso de los prestadores de alojamiento y de quien facilita enlaces o instrumentos de búsqueda, existirá conocimiento

efectivo cuando:³⁶⁸“un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenando su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiese declarado la existencia de la lesión y el prestador conociera la correspondiente resolución”.

Sin embargo, hemos de tener en cuenta que los prestadores del servicio de alojamiento fueron regulados de manera diferente en la Directiva y la Ley española, lo que por la preeminencia de la norma comunitaria nos obliga a tener en cuenta aquellas diferencias entre una y otra norma. En la Directiva al proveedor de alojamiento se le exonera de responsabilidad por los contenidos que almacena, cuando no tenga conocimiento efectivo de que la información es ilícita y en relación a la acción de daños y perjuicios se exonera, cuando no tenga conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito, o de que cuando tenga conocimiento actué con prontitud para retirarlos del servidor.

Como se puede observar, la Directiva hace depender la responsabilidad de un conocimiento efectivo que no define, además que habla del conocimiento de hechos o circunstancias por las que la actividad o la información revelen su carácter ilícito, que junto a la consagración de no obligación de supervisión de contenidos resulta ilógico.

Vallepuga González, considera que según esta norma si bien a: “los servidores que tengan alojadas páginas web no se les obliga a hacer una

³⁶⁸ Artículos 16 y 17 de la ley 34/2002 de 11 de julio de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico.

revisión periódica de su contenido, pero si por cualquier circunstancia conocen que una actividad o información es ilícita deberá o bien retirarla, o bien impedir el acceso a la misma. Esto plantea al menos dos cuestiones:

1. Deja en manos de los prestadores de estos servicios determinar cuándo una actividad es lícita o ilícita. Puede que en ocasiones la ilicitud de la actividad o de la información sea obvia, pero en otros casos no sea tan claro. ¿Qué debe hacer en estos casos el PSIs?”
2. “¿Cómo se puede demostrar que el ISP conoce de la ilicitud de las actividades o informaciones alojadas en su servidor? La propia Directiva excluye la obligación de supervisión general, luego ¿Qué circunstancias son tenidas en cuenta para atribuir responsabilidad a los PSIs por no cumplir con la obligación de retirar la información ilícita o hacer el acceso a ella imposible?”³⁶⁹

Por tanto, se ha de tener presente que resulta prácticamente imposible para el intermediario presumir si determinado contenido de una página web es lícito o no, y en cuanto a los derechos de autor, el saber si cuenta con la debida autorización del autor o titulares de derechos, o si se encuentra dentro de alguno de los límites a los derechos, consagrados en la norma de propiedad intelectual.

³⁶⁹ VALLEPUGA GONZALEZ, Paula. “RESPONSABILIDAD DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACION” dentro de la Revista de Derecho Informático Nº 030 de Enero de 2001.

Quizá para subsanar aquello, la LSSICE al regular la responsabilidad de los proveedores de alojamiento, les concede la exención de responsabilidad frente a la información almacenada a petición del destinatario, siempre que no tenga conocimiento efectivo de que la información es ilícita o lesiona bienes o derechos de terceros susceptibles de indemnización, y al mismo tiempo crea lo que parece ser una presunción de conocimiento efectivo, a favor de las decisiones tomadas por las autoridades competentes y que el intermediario conoce; pero no una definición, como quiera que deja abierta la puerta al conocimiento derivado de acuerdos voluntarios y otros medios de conocimiento efectivo.

La ley interna, si bien por una parte establece la claridad en cuanto a las resoluciones dictadas por las autoridades competentes, crea de alguna forma inseguridad jurídica por no establecer claramente cuales serian los otros medios de conocimiento efectivo. Es por ello que autores como Roselló Mallol creen que: “la LSSICE ofrece más sombras que soluciones en relación a esta figura de mero intermediario en los servicios de alojamiento, y si bien la definición general de prestador de servicios de intermediación, puede encajar en su actividad, los criterios de limitación de responsabilidad no parecen adecuarse a la misma.

En consecuencia debemos concluir que son inciertos los criterios por los que debe considerarse "irresponsables" a dichos prestadores de servicios, en relación a los datos o contenidos facilitados por sus clientes para ser alojados en el ISP.”³⁷⁰

³⁷⁰ ROSELLÓ MALLOL, Víctor. “CONSIDERACIONES LEGALES PRESTADORES DE SERVICIOS DE INTERNET “INTERMEDIARIOS” “ dentro de Pórtico Legal S.L. 2001 Disponible en: http://www.porticolegal.com/articulos/pa_217.php

A pesar de ello, se ha de notar que la norma se refiere al conocimiento efectivo y esta consagración supone en el legislador interno alejarse un poco de las previsiones de la Directiva, por tanto en el hosting se trata de conocer de modo efectivo que la actividad o la información es ilícita, no resulta relevante el conocer efectivamente la existencia de la actividad o de los datos, así como indicios que deriven su carácter ilícito.

Las circunstancias y las consecuencias que del conocimiento efectivo, han generado grandes debates acerca de la amplitud del concepto, a fin de aplicarlo en <<cualquier circunstancia de conocimiento de la ilicitud de la conducta>>. Sin embargo, como lo apunta Porcuna de la Rosa, esto no podría aceptarse ya que ese no ha sido el querer del legislador, pues en su momento el Consejo de Estado en relación con el anteproyecto, ya preveía la dificultad del concepto y aconsejaba sustituir por: "y de cualquier otra forma de conocimiento efectivo", ³⁷¹ criterio que no se incorporó, lo que reafirma el no querer del legislador de ampliar el conocimiento efectivo.

A pesar de ello, el Tribunal Supremo en un caso en el que se interpretó el <<conocimiento efectivo>> en el hosting. (definido en el mismo sentido que para los proveedores de enlaces), estimo que: "el propio artículo 16 permite esa interpretación favorable a la Directiva - al dejar a salvo la posibilidad de " otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse " -, no cabe prescindir de que la misma atribuye igual valor que al " conocimiento efectivo " a aquel que se obtiene por el prestador del servicio a partir de hechos o circunstancias aptos para posibilitar, aunque mediatamente o por inferencias lógicas al alcance de cualquiera, una efectiva aprehensión de la

³⁷¹ PORCUNA DE LA ROSA, Fidel. "A PROPOSITO DE LA SENTENCIA DEL JUZGADO DE LOS PENAL Nº 1 DE LOGROÑO, QUE CONDENA A UN ADMINISTRADOR DE UN SITIO DE ENLACE A REDES P2P, POR INFRACCION DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL" en el Diario La Ley, Sección Doctrina. 19 de junio de 2009. Ed. La Ley.

realidad de que se trate”³⁷². Así pues, el Tribunal entendió de manera ampliada las posibilidades de conocimiento efectivo, cuando las circunstancias fácticas permitan determinar, que por ejemplo el administrador de la red, conoce de la ilicitud de la descarga.

La sentencia referida, aún cuando se convierte en referente de interpretación del concepto <<conocimiento efectivo>>, consideramos debe ser recibida con cierto cuidado, pues a nuestro entender la posibilidad de la que habla, en razón a la expresión: “otros medios de conocimiento efectivo que pudieren establecerse”, se refiere a medios previamente establecidos y conocidos por el intermediario de los que se derive su conducta diligente , no como sinónimo de <<cualquier otro medio de conocimiento efectivo>> .

Pues como afirma Cavanillas, si recurrimos a la interpretación literal de la norma, al: “insertar un “sin perjuicio” solo tiene sentido si la oración principal puede perjudicar o contradecir aquello que se quiere salvar. Pues bien, mi tesis es que la inclusión del inciso “sin perjuicio de...” en los artículos 16 y 17 de la LSSICE solamente tiene sentido si la orden de la autoridad competente es la única forma de conocimiento efectivo realmente conocida. Sólo en tal caso es necesario “salvar” dos casos en los que puede haber conocimiento efectivo legalmente reconocido sin tal orden”³⁷³

Por lo cual, el conocimiento efectivo en el caso de los prestadores de servicios de alojamiento y en los proveedores de enlaces o instrumentos de búsqueda, se obtendrá, cuando éstos conozcan que un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se

³⁷² Tribunal Supremo Sala I de lo Civil. Sentencia 773/2009, de 9 de diciembre. Fundamento de Derecho 4. Ponente: JOSE RAMON FERRANDIZ GABRIEL

³⁷³ CAVANILLAS MUGICA, Santiago. “LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN INTERNET” dentro de la obra La Responsabilidad Civil y su Problemática Actual. Agosto de 2008.

imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse con anterioridad.

Además de la determinación del conocimiento efectivo, se plantea otro problema en cuanto se debe determinar cuándo se debe comunicar la resolución de retirada de los contenidos a los proveedores de acceso o servidor, para ello se deberá establecer si es necesario que el prestador fuese parte en el proceso judicial o administrativo o si por el contrario, basta con el simple conocimiento de la resolución que ordene al autor la retirada del contenido.

Para Márquez Lobillo en el caso del proceso administrativo, se puede hacer parte o no el prestador y la resolución le obligará. En el proceso de responsabilidad civil o penal considera que: “En orden a la responsabilidad civil o penal, según podemos deducir de los artículos 14 y siguientes, parece suficiente con el conocimiento por el prestador de la correspondiente resolución, con independencia del medio o vía por el que dicho conocimiento le sea efectivo.”³⁷⁴

Sin embargo queda el interrogante, de qué sucede en el caso de una simple denuncia cuando la conducta es flagrante, cuestión a la que responde Plaza

³⁷⁴ MARQUEZ LOBILLO, Patricia “DEBER DE COLABORACION CON LA AUTORIDAD COMPETENTE EN LA SUSPENSIÓN DE SERVICIOS Y RETIRADA DE CONTENIDO (artículos 8 y 11 LSSICE)” dentro de la “Revista de Contratación Electrónica Nº 88” Diciembre de 2007, <http://vlex.com/vid/38232506>

Penadés, en el sentido que esta obligará al prestador de servicio, a actuar de manera diligente de conformidad con la supremacía del Derecho comunitario, para evitar ser responsable.³⁷⁵

Dentro de esta misma clasificación de la responsabilidad dependiente del conocimiento efectivo, encontramos a los proveedores de búsqueda y de enlaces, quienes hemos de recordar que no fueron regulados en la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio del 2000, relativa a determinados aspectos de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior. Sin embargo en el artículo 21 de la misma Directiva, se contempla la necesidad de reexaminar tal responsabilidad, pues específicamente el apartado 2 reza: "... Analizará especialmente la necesidad de presentar propuestas relativas a la responsabilidad de los proveedores de hipervínculos y servicios de instrumentos de localización".

Respecto a los proveedores de enlaces y búsqueda, es necesario realizar algunas apreciaciones, como quiera que no queda del todo claro, si su régimen de responsabilidad se sustenta al igual que en los demás intermediarios en la no obligación de supervisión sobre los contenidos. Pues al incorporarse la Directiva al derecho español, nada se dice al respecto. Por otra parte, se ha de tener en cuenta que al establecer la responsabilidad de quienes facilitan enlaces a otros contenidos o incluyan en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda de contenidos, no es necesario que

³⁷⁵ PLAZA PENADES, Javier. "LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS INTERMEDIARIOS EN INTERNET" en *Principios de Derecho de Internet. (DIR. GARCIA MEXIA, Pablo)* 2 Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2005. Pág. 415

se ostente la calidad de intermediario. Lo que llevó a que en algún momento algunos sectores de la doctrina se preguntasen si era necesaria la calidad de intermediario para que le resultara aplicable la exención.

A nuestro entender, lo que va a resultar trascendente no es la calidad de intermediario o no, pues si la misma norma no lo establece, por tanto no es dado al intérprete crear más requisitos. Sin embargo, es importante tener en cuenta que lo que realmente sustenta la exención es la relación con los datos, pues si pertenecen a terceros se requerirá del conocimiento efectivo conforme a la norma y si el titular de la página a la que se enlaza o recomienda tiene alguna relación con quien realiza el enlace, no se necesitará conocimiento efectivo, sino que ese solo hecho le hace responsable.

Es por ello, que en principio el realizar enlaces aún cuando se haga a contenidos ilícitos, el realizador del enlace no será responsable hasta tanto no tenga conocimiento efectivo o cuando teniendo conocimiento, no actué diligentemente. Sin embargo, es importante tener en cuenta que esta forma de regular la responsabilidad puede traer un mayor espectro de permisibilidad no justificable, en el que el creador del enlace, tome de manera muy ajena la defensa de los derechos de autor, partiendo del desconocimiento de los contenidos que ellos indican, por el hecho de no tener la obligación legal de revisarlos.

Por lo anterior la igualdad normativa, entre el proveedor de enlace profesional y el que no lo es, termina desconociendo el nivel de conocimiento que existe en quien al momento de crear su página web, establece enlaces a otros contenidos.

6.2.3 Régimen de Responsabilidad Mixto.

Este régimen de responsabilidad que se establece para los prestadores de servicio de copia temporal o caching combina los dos anteriores, donde se exige al prestador para beneficiarse de la excepción tanto la neutralidad tecnológica como el conocimiento efectivo. La norma que contempla la actividad de estos prestadores de servicios de intermediación de la sociedad de la información, es el artículo 15 de LSSICE, que reza:

Los prestadores de un servicio de intermediación que transmitan por una red de telecomunicaciones datos facilitados por un destinatario del servicio y, con la única finalidad de hacer más eficaz su transmisión ulterior a otros destinatarios que los soliciten, los almacenen en sus sistemas de forma automática, provisional y temporal, no serán responsables por el contenido de esos datos ni por la reproducción temporal de los mismos, si:

- a) No modifican la información.
- b) Permiten el acceso a ella sólo a los destinatarios que cumplan las condiciones impuestas a tal fin, por el destinatario cuya información se solicita.
- c) Respetan las normas generalmente aceptadas y aplicadas por el sector para la actualización de la información.
- d) No interfieren en la utilización lícita de tecnología generalmente aceptada y empleada por el sector, con el fin de obtener datos sobre la utilización de la información, y
- e) Retiran la información que hayan almacenado o hacen imposible el acceso a ella, en cuanto tengan conocimiento efectivo de:
 - 1. ° Que ha sido retirada del lugar de la red en que se encontraba inicialmente.
 - 2. ° Que se ha imposibilitado el acceso a ella, o
 - 3. ° Que un tribunal u órgano administrativo competente ha ordenado retirarla o impedir que se acceda a ella

Como se puede observar, para no incurrir en responsabilidad dichos ISP deben ajustar su actividad a lo que previene el art. 15 LSSICE, que exige un doble comportamiento, en parte pasivo en parte activo. En cuanto a la vertiente pasiva, se concreta en la necesidad de mantener inalterada la información (art. 15.a) y en la no interferencia en la tecnología utilizada (art. 15.d). Respecto del comportamiento activo, el ISP debe permitir el acceso sólo a los destinatarios que cumplan las

condiciones que haya impuesto, aquél de quien se solicita la información (art. 15.b), ha de actualizar la información conforme a las reglas aceptadas por el sector (art. 15.c) y, finalmente, ha de retirar la información almacenada o imposibilitar el acceso a la misma al tener conocimiento, de que ha sido retirada del lugar de la red donde inicialmente se encontraba, o se haya imposibilitado el acceso a la misma, o si un tribunal u órgano administrativo competente ha ordenado retirarla o que se impida el acceso a ella (art. 15.e).³⁷⁶

La no responsabilidad de estos intermediarios, como afirmábamos se basa en una primera parte de neutralidad tecnológica, que le obligan a no interferir, lo que se traduce en las obligaciones de:

- No Modifique la información: Esta circunstancia ya se contempla en el considerando 43 de la Directiva, que al referirse a la no responsabilidad por la mera conducción y el almacenamiento temporal establece que es necesario que: “no tenga participación alguna en el contenido de los datos transmitidos; esto requiere, entre otras cosas, que no modifique los datos que transmite”, pues si los modifica deja de ser intermediario técnico y adquiere la calidad de proveedor de contenido.
- Mantenga actualizada la información, este supuesto a diferencia del anterior no resulta suficiente, pues el solo hecho de no mantener actualizada la información, no podrá tenerse

³⁷⁶ BARRAL VIÑALS, Inmaculada. “LA REGULACION DEL COMERCIO ELECTRONICO” Ed. Dykinson. 2003. Disponible en: <http://vlex.com/vid/estatuto-juridico-prestadores-sociedad-190204>

como presupuesto de responsabilidad del intermediario, ya que además de requerirse un daño, este debe proceder de la no actualización de la información.

- Respete las condiciones de acceso a la información, esta condición al igual que la anterior, no resultan de muy clara interpretación, pues como sostiene Clemente Meoro: “Cabe interpretar la Directiva en el sentido de que es el prestador de servicio el que incumple las condiciones de acceso a la información que ha reproducido y aloja en el servidor del prestador de servicio de <<memoria tampón>> o *caching*. Sin embargo, en la LSSI son los destinatarios de la información los que no cumplen las condiciones de acceso a ella, aunque por causa imputable al prestador del servicio de *caching*”.³⁷⁷ A lo que el autor hace referencia es a dos posibles interpretaciones de la norma; en la primera por el incumplimiento propiamente dicho del intermediario, quien ilícitamente accede al contenido y lo alberga en el servidor para posterior transmisión, caso en el que actúa como proveedor de contenidos ilícitamente obtenidos; y el segundo, que es al que parece referirse la norma, en el que el prestador del servicio *caching* permitió que la información llegara a quien no cumplía los requisitos de acceso, generando perjuicios al proveedor de contenidos.
- No Interferir en la utilización de la tecnología sobre utilización de la información: la responsabilidad nace de la conducta del intermediario que interfiere en la utilización lícita de la

³⁷⁷ CLEMENTE MEORO, Mario E. “RESPONSABILIDAD DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN” Óp. Cit. Pág. 94

información, por lo que despliega una conducta que se habrá de valorar en cada caso en específico.

Nótese que la responsabilidad que se atribuye a quien realiza la copia temporal, tiene su carácter diferenciador respecto de la que se pueda generar para los prestadores antes vistos, en que no parte de que la información será ilícita, sino que la ilicitud de la conducta, nace de una conducta efectiva del prestador de servicio, lo que consecuentemente ha llevado a que el legislador español al trasponer la Directiva al ordenamiento interno, reconozca la exoneración, no solamente por el contenido de los datos sino que, contemple también la reproducción temporal de los mismos. Pues pudiera darse el caso que la información sea perfectamente lícita, pero el prestador de copia temporal, por ejemplo no respetará las condiciones de ingreso a la página, lo que traería como consecuencia que quien suministra los datos no incurra en responsabilidad y el intermediario si ocasione un daño precisamente a quien suministra esos contenido.”³⁷⁸

Por tanto la exclusión de la responsabilidad no ha de provenir de la licitud o no de los contenidos, sino del cumplimiento de las obligaciones del proveedor de caché. Estas circunstancias de exoneración de responsabilidad, han sido especialmente criticadas por la doctrina, como quiera que la Directiva Comunitaria, copia lo establecido en la ley estadounidense del Copyright, en donde resulta perfectamente justificadas las obligaciones que se imponen a los prestadores de servicio de caching, ya que frente al derecho de autor la simple reproducción en cache del contenido protegido por los derechos de autor, puede ser considerada una infracción a

³⁷⁸ PEGUERA POCH, Miquel. “LA EXENCION DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR CONTENIDOS AJENOS EN INTERNET” dentro de la obra *Contenidos Ilícitos y Responsabilidad de los Prestadores de Servicios de Internet*, que hace parte de la Revista *Aranzadi de Derecho y Proceso Penal* Nº 8. Ed. Aranzadi. Navarra 2002. Pág. 56.

los derechos y por ende, se busca que el proveedor de caching, no se vea incurso en responsabilidad por el simple almacenamiento de los contenidos.

Además la norma, como decíamos al principio hace depender la exoneración de una obligación de actuar diligentemente, y es allí donde juega su papel el conocimiento efectivo, porque a partir de éste nacerá la responsabilidad. Pero éste "conocimiento efectivo" del prestador de servicios de memoria temporal, no viene definido por la ley. Sin embargo, por la redacción de la norma sabemos que hace depender el conocimiento efectivo, de las transformaciones de la información que se hagan en la página inicial, cuando conozcan que la información, ha sido retirada del sitio o del lugar de la red en que se encontraba inicialmente, que se ha imposibilitado el acceso a ella o que un Tribunal u órgano administrativo competente, ha ordenado retirarla o impedir que se acceda a ella.³⁷⁹

Por tanto en el caching, el conocimiento efectivo se refiere a elementos de hecho: "concretamente el <<hecho>> de la retirada o el bloqueo de la información en el sitio original, o de la orden dictada en este sentido por un tribunal o una autoridad administrativa."³⁸⁰ Lo que puede generar inseguridad jurídica para el realizador del caching, como en el caso de los buscadores, en los que según Sánchez Almeyda: "La situación es especialmente problemática para buscadores del tipo Google, que almacenan en su caché una copia de todas las páginas de Internet indexadas, copia que es llevada a

³⁷⁹ Artículo 15 Ley 34/2001 de 11 de julio. De Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico.

³⁸⁰ PEGUERA POCH, Miquel. "LA EXENCION DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR CONTENIDOS AJENOS EN INTERNET" dentro de la obra Contenidos Ilícitos y Responsabilidad de los Prestadores de Servicios de Internet, que hace parte de la Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal Nº 8. Ed. Aranzadi. Navarra 2002. Pág. 55

cabo por programas robots, sin intervención humana y sin verificación de contenidos. Tan pronto como la página de Internet origen haya sido modificada, el caché puede encontrarse en situación de ilegalidad, sin necesidad de notificación de la orden judicial o administrativa de retirada de contenidos, dirigida exclusivamente a la página origen”³⁸¹.

La problemática de la notificación es responsabilidad primero de la ley, por no establecerla taxativamente como medida procedimental y segundo del intermediario, por no percatarse de la modificación en los datos ilícitos de la pagina web o eliminación de su contenido inicial, de donde se extrae la copia temporal, lo que lleva a pensar que dicha notificación se presenta implícitamente en la observancia de estos posibles hechos.

Otro aspecto a tener en cuenta, en relación con estos prestadores de servicios, es que para beneficiarse de la excepción, deberá cumplir con el requisito en relación con el almacenamiento que debe ser automático, provisional y temporal. Para Peguera, el que sea automático: “no significa que se trate de un almacenamiento necesario e independiente de la voluntad del proveedor. Éste decide implantar un sistema de *caching*, y lo configura del modo que estima más oportuno. Ahora bien, en el día a día, el proceso tiene lugar de forma automática, sin que el proveedor deba tomar la decisión sobre el almacenamiento de cada una de las páginas en concreto”³⁸²

³⁸¹ SANCHEZ ALMEIDA, Carlos. “LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN INTERNET (II)” dentro de Ciencia y Tecnología. La Insignia. Tercera República, España, Marzo de 2005.

³⁸² PEGUERA POCH, Miquel. “LA EXENCION DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR CONTENIDOS AJENOS EN INTERNET Óp. Cit. Pág. 257.

6.3. PAPEL QUE JUEGA EL REGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LA LSSICE Y CONSECUENCIAS FRENTE AL DERECHO DE AUTOR.

Una vez estudiadas las diferentes circunstancias, según las cuales el prestador de servicios de intermediación no resulta responsable de los contenidos que transmite, aloja o remite, procederemos a verificar las implicaciones que estas reglas traen frente a la violación de los derechos de los autores en la red. Por lo que, creemos oportuno el determinar el papel que juega la LSSICE, frente a la responsabilidad de los intermediarios.

Para algún sector de la doctrina, lo que la norma crea es un verdadero régimen de responsabilidad, entre ellos Plaza Penadés, para quien: “Aunque nada se dice en la Directiva comunitaria sobre la responsabilidad general en la que puede incurrir todo prestador de servicios de la sociedad de la información, la normativa española parece resuelta no sólo a especificar el régimen de responsabilidad, que es, salvo en el caso de la responsabilidad de los intermediarios, el régimen general de responsabilidad civil”³⁸³(subrayado propio)

La posición planteada no es aceptada por toda la doctrina, pues para algunos como Peguera: “los artículos de la Directiva que establecen las exclusiones de responsabilidad no pueden interpretarse *a contrario*, esto es,

³⁸³ PLAZA PENADÉS, Javier. “LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN INTERNET (SU REGULACION EN EL DERECHO COMUNITARIO Y SU PREVISIBLE INCORPORACION AL DERECHO ESPAÑOL) dentro del Diario la Ley Sección Doctrina La Ley 20177/2001.

En el mismo sentido GARROTE FERNANDEZ-DIEZ. “LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS EN LINEA POR INFRACCIONES DE LOS DERECHOS DE AUTOR Y CONEXOS” en la Revista de Propiedad Intelectual Nº 6 Septiembre-Diciembre 2000. Pág. 39

como si el mandato de la norma comunitaria fuera el de exigir a los Estados miembros que hagan responsables de los contenidos a los intermediarios que no reúnan los requisitos exigidos para la exclusión de responsabilidad.

El alcance de la DCE sobre responsabilidad se limita a la exclusión de la misma: fijan los supuestos en los que el intermediario debe quedar libre de responsabilidad, pero no prejuzgan si en caso de no quedar cubierto por la exclusión deberá responder”³⁸⁴

En la misma línea de pensamiento, Fajardo López sostiene que : “la Directiva sólo establece que bajo determinadas condiciones no puede exigirse responsabilidad a los proveedores, y *no precisa cuándo dicha responsabilidad existe*; esto es, establece una exoneración de responsabilidad, para facilitar la prestación de servicios de la sociedad de la información. Determinar si existe o no responsabilidad (obligación de reparar el daño causado), dependerá de la regulación nacional, que deberá respetar dichas excepciones”³⁸⁵

Así mismo, afirma Villar Urbarri, lo que establece la norma son simplemente criterios para determinar su responsabilidad, pues los prestadores de servicios de la sociedad de la información, deberán estar sujetos a la responsabilidad civil, penal y administrativa establecida con carácter general

³⁸⁴ PEGUERA POCH, Miquel. “LA EXENCION DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR CONTENIDOS AJENOS EN INTERNET Óp. Cit. Pág. 322.

³⁸⁵ FAJARDO LOPEZ, Luís. “LSSI: APORTACIONES DESDE EL DERECHO PRIVADO” en la Revista Electrónica de Derecho Informático Nº35. Junio de 2001.

en el ordenamiento jurídico, respondiendo de los daños y perjuicios que causen en el ejercicio de su actividad.³⁸⁶

Por la divergencia de conceptos y sobre todo teniendo en cuenta las consecuencias jurídicas, creemos oportuno, el observar al detalle, el artículo 13 de la LSSICE, cuyo tenor es:

“1. Los prestadores de servicios de la sociedad de la información están sujetos a la responsabilidad civil, penal y administrativa establecida con carácter general en el ordenamiento jurídico, sin perjuicio de lo dispuesto en ésta Ley.

2. Para determinar la responsabilidad de los prestadores de servicios por el ejercicio de actividades de intermediación, se estará a lo establecido en los artículos siguientes.”

De la literalidad del artículo, parece claro que la norma lo que está creando es un régimen especial para los prestadores de servicios de intermediación, pero siempre en el ejercicio de sus actividades, de tal manera que si el intermediario se excede en sus funciones, ya no se tendrá por prestador de servicios de intermediación, sino que responderá, ya no por la conducta de los usuarios de sus servicios sino de manera directa por su propia conducta.

³⁸⁶VILLAR URIBARRI, José Manuel. “EL REGIMEN JURIDICO DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACION” dentro de la obra Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico. (COOR. MATEU DE ROS, Rafael) Ed. Thomson Aranzadi. Navarra 2003. Pág. 403.

La norma entendida de tal manera, atendiendo a la finalidad de la misma, pues si se observa el considerando 42 de la DSSICE, establece que tales reglas: “sólo se aplican a aquellos casos en que la actividad del prestador de servicios de la sociedad de la información se limita al proceso técnico de explotar y facilitar el acceso a una...” Así mismo el 43 al referirse a la mera transmisión y el almacenamiento temporal, supedita la exención en que los intermediarios: “no tengan participación alguna en el contenido de los datos transmitidos.”

Por ello, nos sumamos a la posición de Clemente Meoro, respecto del artículo 13 de la LSSICE, que afirma que éste: “viene a distinguir entre los proveedores de contenidos y los prestadores de servicios de intermediación: los primeros se encuentran sometidos a las reglas generales de responsabilidad (apartado 1 del artículo 13); los segundos (prestadores de servicios en <<el ejercicio de actividades de intermediación>>) estarán a lo establecido en los artículos 14 a 17.”³⁸⁷

Como consecuencia de lo anterior, se ha de entender que para los prestadores de servicios de intermediación se crea un régimen especial, sustentado en la no obligación de supervisión sobre los contenidos, ni de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas. Así mismo, el otro aspecto importante a destacar, es que el régimen que se crea para los intermediarios parte de la necesaria actividad de intermediación, por ende se está refiriendo a los contenidos que han puesto en la red los usuarios de sus servicios, y que en tal caso la

³⁸⁷ CLEMENTE MEORO, Mario E. “LA RESPONSABILIDAD DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACION” dentro de la obra Responsabilidad Civil y Contratos en Internet. Su regulación en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico. Ed. Comares. Granada 2003. Pág. 81.

norma no se decanta por una absoluta irresponsabilidad de los intermediarios, sino que establece unos supuestos en los que existirá responsabilidad civil del intermediario, ya sea por incumplimiento en los deberes de neutralidad tecnológica o por negligencia una vez se tenga el conocimiento efectivo.

Por ende, consideramos que al momento de juzgar a los prestadores de servicios de intermediación los artículos de la LSSICE se deberán aplicar en primera instancia, ya que parten de la irresponsabilidad del intermediario cuando cumpla estrictamente con su función técnica. Sin embargo. A falta de tal circunstancia serán esos mismos artículos 14 a 17 de la LSSICE, los que permitan la aplicación de los regímenes civil, penal, administrativo o especial en virtud de entenderse, ya no como intermediario sino como proveedor de servicios de la sociedad de la información.

Así pues, para aplicar solamente las excepciones de la LSSICE, el requisito sine qua non, es el que a quien se juzga, sea un proveedor de servicio de intermediación (salvo en el caso de los motores de búsqueda y de enlaces), que además actúa en su calidad de intermediario, es decir frente a contenidos ajenos y conforme a las exigencias de dicha ley.

El considerar que la LSSICE crea un régimen de responsabilidad para los intermediarios, no indica que ante alguna de las circunstancias impuestas por la norma se cree automáticamente la responsabilidad para los intermediarios, pues las condiciones que se expresan allí tienen solamente como papel delimitar las condiciones bajo las cuales se aplicará tal régimen o como afirma Gramunt Fombuena respecto del régimen de los intermediarios: "tienen en común que no ejercen control sobre la elaboración

o la distribución de los contenidos que se ofrecen en Internet, de ahí que el régimen especial de responsabilidad tome la información suministrada y el grado de conocimiento que el PSSI tenga sobre la misma para deslindar responsabilidades.”³⁸⁸

Con lo anterior queremos referir que la Directiva y la LSSICE, crean un régimen especial para los prestadores de servicios de intermediación, por lo cual al momento de determinar la responsabilidad que pueda recaer sobre aquellos por los contenidos que colocan en la red los usuarios de sus servicios, en primera instancia nos deberemos remitir a estas normas, que parten del principio de no responsabilidad del intermediario, salvo las excepciones en las que pudiere existir responsabilidad. Como afirma Cavanillas al indicarse en el artículo 13 la oración “sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley” se ha de entender: “que el régimen (de irresponsabilidad) de la LSSICE se impone a cualquier otro (como la Ley de Propiedad Intelectual o la Ley Orgánica de Protección del Honor, Intimidad personal y familiar, y propia Imagen) que pudiera interpretarse en el sentido de hacer responsable a uno de los intermediarios a que se refiere la LSSICE.”³⁸⁹

Por tanto la real interpretación de la norma la encontramos en la “posibilidad” de que exista responsabilidad en el intermediario, y es allí donde juega su papel lo establecido en el numeral 1 del artículo 13 de la LSSICE, ya que si

³⁸⁸ GRAMUNT FOMBUENA, María Dolores. “EL REGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACION” dentro de *Societas &Lex*. Nº 8. Junio de 2002.

³⁸⁹ CAVANILLAS MUGICA, Santiago. “LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN INTERNET” dentro de *La Responsabilidad Civil y su Problemática Actual* (Agosto 2008) Pág. 111. Disponible en <http://www.vlex.com/vid/41265155>

se admite la sola aplicación de los artículo 14 al 17 de la LSSICE estaríamos afirmando que el intermediario al encontrarse incurso en alguna de las circunstancias que establece la norma, se tendría automáticamente como responsable, sin tener en cuenta los demás elementos de la responsabilidad.

Por otra parte, dentro del ejercicio de interpretación de la responsabilidad del intermediario nos encontramos con un nuevo inconveniente, pues la misma no podrá ser encuadrada totalmente en una responsabilidad por el hecho propio o por el hecho ajeno, además de la necesidad de determinar si la concurrencia de éste es solidaria o subsidiaria.

Este planteamiento no resulta de fácil solución, pues si se observa con detenimiento las circunstancias propias de los prestadores de servicios de intermediación, en principio no se podrán ajustar de forma perfecta a ninguna de las formas de responsabilidad planteadas.

Para Clemente Meoro, la responsabilidad de los intermediarios es básicamente por hechos propios, aún cuando haya en la mayoría de los casos un hecho ajeno y solamente admite la responsabilidad por hecho ajeno en unos casos específicos, para lo cual expone:“a) Estamos claramente ante un supuesto de responsabilidad por hecho ajeno cuando el daño deriva de información que tiene su origen en un destinatario que actúa bajo la autoridad o el control del prestador de servicios de intermediación, tal y como se establece en los artículos 14-2 de la Directiva y 16-2 y 17-2 LSSI; preceptos vendrían a ser trasunto del artículo 1903 CC. Pero en los demás supuestos la falta de dependencia entre el prestador del servicio y el

proveedor del contenido ilícito y lesivo impide hablar de responsabilidad por hecho ajeno.”³⁹⁰

Busto Lago, entiende que ante la dificultad de encuadrar la conducta dentro de alguna de las opciones clásicas de responsabilidad por el hecho propio o ajeno, propone una reinterpretación de las formas de responsabilidad conocidas, para poder encajar la conducta de los intermediarios, que aunque como manifiesta el autor resulte subversivo contra la forma tradicional de configurar la responsabilidad civil por el hecho propio y por el hecho ajeno, la manera en que se debe de plantear el problema de la responsabilidad civil para el autor, es por el hecho ajeno matizada así: “No puede afirmarse que, en la mayor parte de los supuestos, se tratará de una responsabilidad civil derivada de daños causalmente imputable a contenidos o informaciones ajenas al ISP cuya responsabilidad se cuestione, pero imputable subjetivamente a éste en atención a la concurrencia de negligencia en la prestación del servicio de intermediación y en este sentido la responsabilidad civil de los profesionales que nos ocupa habrá de ser calificada por hecho ajeno y ello porque el ISP tiene capacidad de control sobre la actividad del responsable de los contenidos ilícitos, si bien esto no implica que nos encontremos ante un supuesto de responsabilidad civil subsidiaria o vicaria, sino de una responsabilidad directa del prestador de servicios de intermediación frente al perjudicado(...) en todo caso, la concurrencia de los presupuestos que permiten apreciar la responsabilidad del ISP no es óbice para la imputación de una responsabilidad civil concurrente con el autor o del responsable directo de los contenidos ilícitos, de acuerdo con el régimen jurídico que resulte aplicable, en función del tipo de derecho o de interés legítimo lesionado por aquellos contenidos, de manera que, en su caso y si

³⁹⁰ CLEMENTE MEORO, Mario E. “RESPONSABILIDAD CIVIL Y CONTRATOS EN INTERNET. Su regulación en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico” Ed. Comares. Granada 2003. Pág. 113.

esto es así, podrá responder solidariamente en los daños concurrentes”, lo anterior manifiesta el autor garantiza que:

- El daño estará en cabeza del usuario.
- La responsabilidad del intermediario nace de su negligencia y,
- Responderá solidariamente con el autor del hecho pero a partir de su concurrencia.³⁹¹

A pesar de lo satisfactoria que pudiese llegar a considerarse la solución planteada por Busto Lago, el calificar la conducta como responsabilidad por el hecho ajeno, termina desconociendo la falta de subordinación entre el proveedor del contenido y el intermediario, además existen dos inconvenientes más que se han de tener en cuenta como son el que : a) la norma que crea la responsabilidad por el hecho ajeno, hace una enumeración taxativa de las circunstancias y no admite interpretaciones análogas y b) el intermediario debe responder por todos los hechos dañosos, incluso por aquellos que se produjeron antes de su negligencia.

Ante este panorama resulta tentador el inclinarse por la teoría que abandera Plaza Penadés, según la cual lo que crea la LSSICE es un sistema general de responsabilidad, basado en el deber de actuar de los prestadores de servicios para evitar o poner fin a actividades ilegales cuando tienen conocimiento de las mismas, ya que: ”si bien no consagra una responsabilidad general del prestador de servicios intermedio ya que no le puede imponer un deber general de supervisión, tampoco se decanta por

³⁹¹ BUSTO LAGO, José Manuel “La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la Información (ISP) en Colección de monografías Aranzadi. *Tratado de Responsabilidad Civil*. (coordinador L. Fernando Reglero Campos) 3. Edición. Thomson- Aranzadi. Navarra 2006. Pág. 2084 y s.s

una total exoneración de responsabilidad de la misma, sino que va acotando, según los supuestos específicos, una responsabilidad civil del intermediario que se asienta o bien sobre el efectivo control o supervisión que ejerce sobre los datos e informaciones de las personas que utilizan sus servicios, o bien sobre la obligación de anular e impedir el alojamiento y transmisión de datos de los destinatarios cuando un tercero, particular o funcionario público, les pone en conocimiento de la realización de actividades ilícitas del destinatario de servicios mediante una «acción de cesación».³⁹² Pero esta teoría, ha sido criticada por indicar, que ante todas las eventualidades propuestas por la ley existirá responsabilidad del intermediario.

Es por ello, que consideramos que la mejor manera de resolver este conflicto de interpretación, es en primer lugar teniendo en cuenta el querer del legislador, al incluir estas normas especiales aplicables a los intermediarios, quien quiso salvaguardar a los prestadores de servicios de intermediación, por las actividades de los usuarios de sus servicios. Pero que, tampoco se decanta por una absoluta irresponsabilidad cuando los contenidos han sido puestos en la red por los usuarios de sus servicios. Si se observa en el artículo 14 del anteproyecto de la LSSICE en su versión de 18 de enero de 2001, se disponía que los prestadores de servicios de la sociedad de la información, solo fuesen responsables por los contenidos, que ellos mismos elaboren o que se hayan elaborado por cuenta suya. Pero no serán responsables por el ejercicio de las actividades de intermediación si respetan los artículos 15 y s.s.

³⁹² PLAZA PENADES, Javier. “LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN INTERNET (SU REGULACION EN EL DERECHO COMUNITARIO Y SU PREVISIBLE INCORPORACION AL DERECHO ESPAÑOL” Diario la Ley, Sección doctrina, 2001.20177/2001.

Esta norma finalmente no fue incluida, pero sí nos puede indicar su exclusión que la intención del legislador no fue crear una responsabilidad automática, por el hecho ajeno, pero si se abre la posibilidad a que los intermediarios, no solamente respondan a título de hecho propio << por los contenidos que ellos mismos elaboren >> sino que es posible que respondan aún cuando los contenidos no hayan sido elaborados por ellos o por su cuenta, pero con fundamento en su actuar u omisión, que aún cuando no crea el perjuicio inicial, producen algún daño con su conducta.

Por tanto, podremos llegar a la conclusión que salvo en los casos cuando el proveedor del contenido actúe bajo la dirección, autoridad o control del proveedor de alojamiento o en el caso de los enlaces, en que el proveedor de contenidos al que se enlace o cuya localización se facilite actúe bajo la dirección, autoridad o control del prestador que facilite la localización de sus contenidos, en los que la responsabilidad del intermediario será por el hecho ajeno, en los demás existirá responsabilidad por el hecho propio. Claro está, con ello no se quiere desconocer que existe un hecho ajeno, que nace de la conducta del proveedor de contenido, pero que salvo en los casos reseñados no resulta suficiente, como quiera que las circunstancias del intermediario no permiten encuadrar la conducta en ninguno de los supuesto del artículo 1903 C.C. por la falta del lazo de subordinación o dependencia requerido.

Así pues, la responsabilidad del intermediario, será la propia del artículo 1902 CC: “El que por acción u omisión cause daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado,” que en este caso nace de la conducta activa del intermediario, cuando por ejemplo origina la transmisión, ó por falta de diligencia en el supuesto de no retirar los contenidos, cuando tiene el deber de hacerlo. Además, debe existir una

relación o nexo causal, entre la conducta del intermediario y el daño causado.

Por otra parte, como quiera que la responsabilidad salvo en los casos propuestos se entenderá por el hecho propio, no será solidaria con quien incorpora la información ilícita, sino que el intermediario responderá solamente por los daños que el mismo haya causado y desde el momento en que actuó o dejó de hacerlo de conformidad con las reglas de la LSSICE.

Por todo lo anterior, concluimos que el régimen de responsabilidad de los intermediarios por contenidos incorporados a la red por los usuarios de los servicios, deberá pasar en un primer momento por el tamiz de las normas creadas en la LSSICE, y si por decirlo de alguna manera no se supera esta etapa, por encontrarse el intermediario en alguna de las limitantes que crea la norma, se procederá a la aplicación del régimen general, que para el caso que nos ocupa su conducta se deberá adecuar a las normas que rigen la propiedad intelectual. Consideramos oportuno, ante cada uno de los supuestos limitantes que crean la posibilidad de responsabilidad del intermediario confrontarlo con las normas que rigen el derecho de los autores, intérpretes y ejecutantes así:

- Operadores de Redes y Proveedores de Acceso: de acuerdo con la LSSICE, estos solamente responderán en el evento de que hayan originado la transmisión, modificado los datos o seleccionado los datos o los destinatarios. Por tanto, si ocurre alguna de las conductas descritas el almacenamiento automático, provisional y transitorio de los datos no estarán cubiertos por la excepción.

Nótese, que aunque a los operadores de red, no se les puede imputar responsabilidad por los contenidos que sean transmitidos y la posible vulneración de los derechos de autor que éste evento puede ocasionar, sí se les exige ciertas obligaciones para que prevengan la transmisión de datos, que puedan estar inmersos en un ilícito o daño, lo que llevaría a los operadores de red a impedir el acceso a esta información y/o su reporte a las autoridades competentes o gestores de derechos de autor.

Pero independiente del deber de colaboración, para el ejercicio práctico partimos del incumplimiento de la obligación, lo que por remisión de la LSSICE, nos obliga a recurrir a la Ley de Propiedad Intelectual, En ésta como se vio en el capítulo tercero, se establece una excepción por dichas reproducciones provisionales, cuando además de carecer de significación económica independiente sean transitorias o accesorias y formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico y cuya única finalidad consista en facilitar bien una transmisión en red entre terceras partes por un intermediario, bien una utilización lícita.

Esta norma plantea dudas de interpretación, ya que la existencia de la manipulación en el contenido o la intervención en la transmisión por parte del intermediario, no determinan el que las reproducciones dejen de ser provisionales, carezca de significación económica independiente y sean parte esencial de un proceso tecnológica e incluso continúan facilitando la transmisión de contenido entre terceras partes. De ahí la importancia de la interpretación de la norma propuesta, pues resulta evidente, que se ha de entender que el intermediario pierde en tales eventos su calidad, para convertirse en un proveedor de contenidos que por ende, se hará responsable no solamente por las reproducciones que amparaban al intermediario, sino que dependiendo de las modalidades propuestas en la

norma, por ejemplo si ha modificado los contenidos, responderá por la modificación de la obra así como la puesta a disposición de los contenidos protegidos por el derecho de autor.

- Los proveedores de servicio de alojamiento y los de enlaces parten de la misma situación de conocimiento efectivo, en relación a la información que alojan o a la que recomiendan o remiten es ilícita o lesiona derechos de terceros. Es así, como los principios reguladores del artículo 17 de la ley LSSICE, según Ortega Díaz³⁹³ son:
 - El principio de conocimiento efectivo
 - El principio de reacción diligente

Principios, que reflejan lo estipulado por la normatividad del artículo 17 de la ley LSSICE, donde se exime de responsabilidad al prestador de servicios por la información contenida , cuando no cuenta con el conocimiento efectivo y de tenerlo ,si actúa con diligencia para impedir su observancia.

En el caso de los proveedores de alojamiento, partiremos de que los contenidos a los que se alojan vulneran derechos de un tercero (el autor), que además se ha decretado por parte de una autoridad competente la lesión de los derechos y por tanto se ha ordenado el retirar los contenidos. Pero el proveedor de alojamiento, no ha cumplido la orden, por tanto, no se podrán amparar en las excepciones de la LSSICE y nos hemos de remitir a las normas de propiedad intelectual para calificar su conducta.

³⁹³ ORTEGA DÍAZ, Juan Francisco. "LOS ENLACES EN INTERNET" Propiedad Intelectual e Industrial y Responsabilidad de los Prestadores. Op. Cit. p.152

El primer aspecto a tener en cuenta es que con su conducta negligente está permitiendo el acceso a la obra por una pluralidad de personas, cuando y desde el lugar que éstas decidan, por tanto vulnera el derecho de comunicación pública.

Por otra parte en relación con los límites al derecho de autor, en el caso planteado no es posible encuadrar la conducta del proveedor de alojamiento negligente en ninguna de las causales, fundamentalmente por dos razones: la primera porque la excepción por operaciones tecnológicas solamente cubre las reproducciones temporales, no la puesta a disposición y la segunda porque el proveedor de alojamiento con su conducta ha dejado de actuar como un intermediario. Por ende en principio se entenderá responsable por la infracción al derecho de puesta a disposición, pero solamente desde que debía retirar los contenidos y no lo efectuó.

Por otra parte, en relación con los enlaces e instrumentos de búsqueda y la posible vulneración a los derechos de autor, ha de ser estudiada desde otro ángulo, ya que si se observa con detenimiento la limitante de responsabilidad nace en relación a los contenidos ilícitos o los que lesionen bienes o derechos de un tercero. Por ende si partimos del supuesto que la página web es protegida por el derecho de autor, si se realiza un enlace a la misma, no necesariamente los contenidos de aquella son ilícitos ni lesionan bienes o derechos de un tercero, pues los derechos que lesiona el enlace son los del titular de la página web enlazada.

Es por ello, que debemos afirmar en relación a los enlaces que generalmente se hacen a contenidos protegidos por el derecho de autor, no se ha de regir por la LSSICE, sino que en dicho caso, quien realiza el

enlace, se someterá directamente por el régimen que crea las normas de propiedad intelectual.

Por tanto, en este punto debemos traer a colación lo ya expresado en relación a las formas de enlace y la vulneración a los derechos de propiedad intelectual, de donde podremos concluir que el enlace en sí, como indicador del sitio donde se encuentran los contenidos no constituye una violación a los derechos de los autores. Así mismo, hay que tener en cuenta que quien realiza la violación a los derechos de autor, no es quien permite realizar el enlace sino el titular del sitio donde los contenidos son puestos a disposición. Así pues que en relación con los enlaces de superficie no existirá ninguna violación a los derechos de autor por parte de quien crea el enlace; sin embargo, en las demás formas de enlace profundos, ensamblados y de nueva ventana, existirá violación a los derechos de autor, atribuible al titular del sitio donde se ejecuta el enlace, que en algunos casos podrá ser el mismo proveedor del instrumento de búsqueda.

Así pues, en la eventualidad de los facilitadores de enlaces y proveedores de búsqueda aún cuando hemos llegado por un camino diferente podremos concluir, que no será responsables por el enlace a los contenidos protegidos por el derecho de autor, ni resultará determinante la modalidad de enlace, mientras que actúen como intermediarios; es decir, mientras que provean el enlace o el instrumento de búsqueda, para ser ejecutado en el *website* del usuario de sus servicios.

Por último, decíamos que la situación del proveedor de alojamiento al igual que la del proveedor de enlaces e instrumentos de búsqueda parte de una misma base, representada en el conocimiento efectivo. De igual manera,

estos intermediarios tienen otro punto importante de convergencia, que es el de los numerales 2 de cada una de las normas que los regulan, en el evento en que los titulares de los contenidos que se alojan o a los que se enlazan o facilitan la localización actúen bajo la dirección, autoridad o control del proveedor de alojamiento, de enlace o de instrumento de búsqueda. En estos dos casos específicos, los intermediarios responderán como proveedores de contenidos ilícitos o que lesionan derechos de terceros y desde el momento en que los contenidos se han colocado en la red, a título de responsabilidad por el hecho ajeno.

- En relación con los proveedores de caching, como veíamos para poder ser beneficiarios del régimen de exención se les exige además de cumplir con las condiciones propias de la técnica, actuar en el momento de tener conocimiento.

Frente al proveedor de caching, destaca la palabra eficaz; característica de todos los servicios puestos en Internet y finalidad específica de éste intermediario, la cual se convierte en una de las razones de ser de las responsabilidades dispuestas en la ley, ya que la verificación total de los contenidos generaría un proceso más lento en la transmisión de la información.

Resulta especialmente relevante para el derecho de autor, el que a este proveedor de servicio de intermediación, no se condiciona el beneficio de la excepción de responsabilidad al conocimiento efectivo de los contenidos ilícitos, sino en el cumplimiento de las condiciones técnicas propias del cache. Esta circunstancia ha sido especialmente criticada por cuanto hace

parte de un régimen de responsabilidad horizontal, en el que en nada agrava el ilícito, el que por ejemplo la página no se encuentra actualizada.

Pero para el caso que nos ocupa, su inclusión crea un carácter diferenciador en relación con los proveedores de servicio de hosting y los de enlaces e instrumentos de búsqueda, ya que a diferencia de estos, cuando el contenido almacenado en el cache sea protegido por el derecho de autor, podrá existir responsabilidad del intermediario, por incumplimiento de las obligaciones de no modificar los contenidos, respetar las condiciones impuestas para el ingreso a la página, mantener actualizados los mismo al igual que no interferir en los mecanismos técnicos de uso de los contenidos. Lo anterior, aún cuando pueda ser un tanto esperanzador para los titulares de los derechos de autor, no deja de convertirse en un inconveniente cuando lo aplicamos a los contenidos ilícitos, ya que en nada modifica la conducta el que se actualicen o no los contenidos de la página o se respeten las condiciones de acceso, por ende el cumplimiento de los requisitos no tendría sentido para excluir de responsabilidad al proveedor. Sin embargo, como quiera que el legislador no hace ninguna salvedad habrá que determinar al momento de evaluar la responsabilidad de estos prestadores, si ha cumplido con los requisitos que impone la norma, que en el caso de la actualización de los contenidos, remite a las maneras “ampliamente reconocida y utilizada por el sector”, por lo que el interprete habrá de recurrir a los protocolos reconocidos.

En relación con la responsabilidad que nace para el proveedor de caching, por no haber retirado los contenidos, cuando estos ya han sido retirados en la página de origen, se ha imposibilitado el acceso a ella o un tribunal u órgano administrativo ha ordenado su retiro, si pudiese existir una violación clara a los derechos de autor, pues la técnica del caching permite el

almacenamiento de las páginas web o de los contenidos configurándose así una reproducción de los mismos; de allí la necesidad de determinar si ésta reproducción, se pudiere incluir dentro de la excepción de la LPI, para lo cual se deberá tener en cuenta si constituye parte integrante de un proceso tecnológico, cuya única finalidad consista en facilitar bien una transmisión en red entre terceras partes por un intermediario y que además carezca de significación económica.

La calificación del caching como sujeto de la excepción, a pesar de los inconvenientes que ha traído el no poderla encuadrar exactamente en aquella, se podría decir que ha sido superada por las ventajas que trae para la eficacia de la red la práctica del caching. Por ende, aún cuando puede existir una conducta negligente por parte del proveedor del servicio no resulta suficiente para hacerlo responsable pues su conducta se encuadran dentro de la excepción. Salvo que, por la interpretación del requisito temporal, más los usos ampliamente reconocidos, se llegue a determinar que si hay violación a los derechos de comunicación de autor. Pero creemos, que sería una circunstancia excepcional, teniendo en cuenta la no obligación de supervisión sobre los contenidos, ni el conocimiento de una resolución de ilicitud.

Así las cosas, hemos de concluir que aún cuando existe un régimen especial para los prestadores de servicios de intermediación y además en algunas circunstancias como las reseñadas con anterioridad pudiere existir responsabilidad por violación a los derechos de autor, la realidad a la que hemos querido responder en relación a la responsabilidad por los contenidos ajenos resultará excepcional. No solamente por que se entienda responsable al intermediario preferentemente por contenidos propios, o por ilícitos que supeditan al conocimiento efectivo la responsabilidad, lo que crea mayor

seguridad jurídica para el intermediario, pero también mayor facilidad para que se continúen violando los derechos de los autores en la red.

Lo anterior, sumado a las normas relativas a la protección de datos y la inclusión dentro de la red digital de la copia privada constituye la verdadera causa de las grandes pérdidas que afronta hoy día la industria de contenidos. Sin embargo, en respuesta a ello, el gobierno se ha encaminado hacia la disminución de los riesgos, frente a los derechos de los autores, que se ve cristalizado en el Proyecto de Ley de Economía Sostenible, que en su disposición final primera, modifica la ley 34/2002 de servicios de la sociedad de la información y el texto refundido de la ley de Propiedad Intelectual.

Dicho proyecto de ley, es el fruto de la comisión interministerial para el asesoramiento del gobierno respecto a los derechos de propiedad intelectual en internet, que recomendó la creación de una vía administrativa, rápida y efectiva que solamente tenga como función el retiro de contenidos, por desarrollo del artículo 11 de la LSSI, así como crear un sello de calidad de los contenidos legales, como la creación de un mecanismo ágil para la solución de conflictos.

Las modificaciones concretas se dan en el artículo 8, donde se reconoce como principio la salvaguardia de la propiedad intelectual, además se crea la obligación del prestador del servicio de retener los datos y facilitarlos, ésta reforma facilitaría la individualización de las personas, en los casos de vulneración de los derechos de autor. Además se crea la Comisión de Propiedad Intelectual, como órgano colegiado del ámbito nacional, para la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual, a la que se asigna

dentro de sus funciones la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual “frente a su vulneración por los responsables de servicios de la sociedad de información.” Por intermedio de un procedimiento administrativo judicial, contra las páginas que vulneren la propiedad intelectual, con ánimo de lucro o causando o pudiendo causar una daño patrimonial. Este procedimiento no afectará a los usuarios finales de Internet, ni a las páginas donde se encuentren contenidos amparados por la libertad de expresión.

Como podemos observar, el querer del gobierno español, ha sido el de la protección de los autores, mediante la creación de aquel sistema de retirada de contenidos, que si bien puede ser tenido como una medida diligente frente las posibles violaciones a los derechos de los autores, no siempre van a responder a las circunstancias propias de la red, donde más que medidas de este tipo son necesarias políticas globales, conscientes con lo que sucede en la red. Precisamente en relación con la realidad que vive la red, es importante resaltar los nuevos fenómenos ocurridos en ella como es el caso del copyleft y la licencias creative commons.

El sistema del copyleft en el mundo jurídico, encuentra su inspiración con lo sucedido con los lenguajes de programación, que se sustenta en la existencia de redes basadas en el pro común, entendido como los bienes que son de todos, pero que a su vez no son de nadie, según lo cual en estas redes lo que circulan son archivos digitales, comprendidos por un conjuntos de unos y ceros que no serán susceptibles de apropiación y por ende aprovechables por todo el que lo requiera. Entonces en consideración al funcionamiento de la red, se establece una capa física, configurada por el hardware que estará sujeta a patentes y una capa lógica, que si bien hace parte de la propiedad intelectual se maneja como un bien procomún.

Dicha filosofía se evidencia claramente, con lo sucedido con el sistema operativo Linux, caracterizado por la libre utilización del producto. Esta circunstancia se ha querido llevar al mundo jurídico, por medio de las licencias <<creative commons>> que tienen por finalidad: “olvidarnos de la cultura del permiso.”³⁹⁴ Por ende, las licencias otorgan un permiso previo en relación a los usos, las obras derivadas y el reconocimiento de las mismas condiciones a la obra derivada de la original, los modelos de licencias son:

- Reconocimiento (by), que la única condición que impone es la de reconocer la autoría; por tanto puede hacer cualquier uso, incluso comercializarla.
- Reconocimiento Sin Obra Derivada (by-nd), la limitante que pone es no hacer obras derivadas de esta, a fin de obtener la forma intacta.
- Reconocimiento- Compartir Igual (by-sa), en la que se permite el uso comercial de la obra, así como de las obras derivadas, pero la licencia de la derivada se deberá dar en las mismas condiciones que la obra original. (visión amplia del copyleft)
- Reconocimiento- No comercial (by-nc), en la que se permiten todos los usos de la obra menos el comercial.
- Reconocimiento- No comercial- sin Obra Derivada (by-nc-nd), en la que no se permite ni el uso comercial, ni las obras derivadas.

³⁹⁴ DE LA CUEVA GONZÁLEZ-COTERA, Javier. “COPYLEFT, CREATIVE COMMONS: Conceptos y Recepción Jurisprudencial” dentro de la Jornada Sobre Derecho de Autor e Internet, llevadas a cabo en la Universidad de Alicante el 5 de Mayo de 2010.

- Reconocimiento – No Comercial – Compartir igual (by-nc-sa), en la que no se permite el uso comercial del original ni de las obras derivadas y la distribución se debe hacer con una licencia igual a la original.

La utilización de aquellas licencias, que más que licencias son expresiones anticipadas de la voluntad de los titulares de las obras, han llegado a ser tenidas en cuenta dentro de los tribunales españoles. La primera sentencia que hace mención al fenómeno del Copyleft, es la sentencia Nº 12 del juzgado de lo mercantil Nº de Madrid en el caso de “ladinamo” donde se abre el camino, para determinar que no en todas las circunstancias las SGAE, están legitimadas para demandar, como quiera que existen algunas obras, en las que sus propios autores han decidido ceder los derechos y permitir su uso libre. Posteriormente en la sentencia de primera instancia caso “Birdland ” el juzgado Nº 4 de Salamanca, en fecha 11 de abril de 2007, se retoman los argumentos y se expresa en dicha sentencia: “en los últimos tiempos está alcanzando en nuestro país cierto auge un movimiento denominado de “música libre”, muy relacionado con la expansión de Internet como medio de distribución de música. De un modelo de difusión de los contenidos musicales limitado a la venta y al alquiler de ejemplares, controlado por la industria de contenidos, se ha pasado a un modelo casi limitado, gracias a la difusión global que proporciona internet, ámbito en el que los propios creadores, sin intermediación de la industria, pueden poner a disposición de los usuarios de Internet copias digitales de sus obras. Este fenómeno ha originado la concurrencia o coexistencia de diferentes modelos de difusión de contenidos en relación a las nuevas posibilidades ofrecidas por Internet” y específicamente se refiere a las licencias copyleft y las creative commons en los siguientes términos: “ Con la Cláusula “copyleft” el titular permite, por medio de una licencia pública general, la transformación o

modificación de sus obras, obligando al responsable de la obra modificada a poner la misma a disposición del público con las mismas condiciones, esto es, permitiendo el libre acceso y su transformación. Con las licencias creative commons, el titular del derecho se reserva la explotación económica y puede impedir transformaciones de la misma. Por tanto, debe distinguirse las licencias creative commons de las cláusulas “copyleft”. En ocasiones habrá licencias creative commons que incluyan la cláusula “Copyleft”.³⁹⁵

Por su parte en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, en el caso del establecimiento denominado Buena Vistilla Club Social, en el que se alegaban al igual que en los anteriores la explotación de música amparada por el copyleft, se reconoció como un modelo, que: “otorga al autor el control absoluto de sus obras, y surge como respuesta frente al tradicional modelo del copyright, controlado por la industria mediática.”³⁹⁶

Respecto a la utilización de las obras literarias, también existe una sentencia en la que se trata el fenómeno del Copyleft, ventilado en la Audiencia Provincial de Valencia, en la que se demanda al Instituto Valenciano de la Música y al Instituto Cervantes de la Música, por la inclusión en su página web, de una bibliografía que se encontraba libre en la red (copyleft) y a la que no se indicó el nombre del autor y además se impuso reserva de derechos mediante copyright, en esta sentencia se reconoce, que efectivamente los demandados no podían modificar las condiciones y se otorga el reconocimiento e indemnización por los derechos morales.

³⁹⁵ Sentencia de Primera Instancia, Juzgado de Primera Instancias nº 4 de Salamanca de 11 de abril de 2007.

³⁹⁶ Sentencia 150, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28, de 5 de julio de 2007.

Como se puede observar, los autores ante la ineficiencia del ordenamiento jurídico para proteger sus derechos, en algunos casos, han decidido tomar las ventajas que les ofrece la red y colocar sus contenidos en ella, por medio de estas licencias, que combinadas con las debidas tecnologías, les permiten gestionar sus propios derechos, lo que pareciera ser el principio de un replanteamiento frente a la conveniencia de las entidades de gestión, o por lo menos en el campo digital, donde seguramente poco a poco empezarán a perder su campo de acción.

Todas las circunstancias reseñadas en este trabajo de investigación, nos han permitido establecer como punto de partida, que el camino hacia la solución en pro de la defensa de los derechos de los autores, no se ha conseguido aún ni en el caso español a pesar del querer del legislador y del gobierno de regular la cuestión, ni mucho menos en el colombiano.

Creemos que por una parte, la vocación global que tiene la red y por otra en razón a que tanto España como Colombia, pertenecen en esencia a una misma raíz jurídica, la propuesta de este trabajo termina siendo igual de valedero en los dos países.

El tratar de responsabilizar a los intermediarios por los perjuicios causados al derecho de autor, por las conductas de los usuarios de sus servicios, no es la solución oportuna para proteger a los autores, no solamente por lo que representaría crear un sistema de responsabilidad tan oneroso, que terminaría trasladando los costes a los usuarios del Internet, o aún peor sumir a los países en el atraso tecnológico, sino porque como se pudo constatar, la realidad de estos intermediarios es que independientemente de que sus empresas reporten grandes dividendos, por lo menos en lo que

respecta a la circulación de los contenidos, su labor es eminentemente técnica.

Como afirma Ruiz Muñoz la: “verdadera particularidad que hace surgir un régimen jurídico específico en beneficio de estos intermediarios del mundo electrónico, a diferencia de lo que sucede con los prestadores de servicios de la sociedad de la información, es que intervienen de una manera pasiva respecto a los contenidos y la información que manipulan, dado que no participan en la creación ni en la decisión de hacer accesibles los contenidos.”³⁹⁷ Por ende, mal podríamos pretender crear una responsabilidad de carácter objetivo, a dichos intermediarios, con el único fundamento que son la parte más visible o más solvente frente a quien se podría solicitar indemnización. Pues, la finalidad del derecho ha de ser regular las nuevas realidades y no pretender ser un obstáculo a los avances que se operan en la sociedad.

También se ha de resaltar, que la red no solamente se ha utilizado para cometer ilícitos y defraudar los derechos de los autores, también ha sido el medio que ha puesto al alcance de todos gran cantidad de información y un mayor acceso al conocimiento.

³⁹⁷ RUIZ MUÑOZ, Miguel. “SOBRE PROPIEDAD INDUSTRIAL Y EXCLUSION DE RESPONSABILIDAD DE LOS INTERMEDIARIOS EN INTERNET: Enlaces y Buscadores (a Propósito del Conflicto Judicial Francés Louis Vuitton Malletier v. Google) dentro de Revista de Contratación Electrónica. Núm. 99. Diciembre 2008 disponible en: <http://vlex.com/vid/buscadores-louis-vuitton-malletier-52035271>

Resulta preciso recordar, aquella frase de Antequera que resaltamos al inicio del capítulo 3: “Sin autores no hay obras y sin obras no hay cultura”³⁹⁸, por lo que es preciso proteger a los autores, pero no asumiendo una posición de empresario dueño de entidad de gestión, que ve amenazado su negocio y establece unas políticas represivas, que en la práctica no tendrán mayor validez, como quiera que los ingenieros resultan más ágiles que el legislador, quienes frente a cada norma de derecho, crean una nueva tecnología que permita eludir sus consecuencias.

Pues bien nuestra propuesta va encaminada a tener como norte, el que aquello que se ha denominado como la sociedad de la información, al igual que sucedió cuando se creó la imprenta no tiene freno y resulta una solución irrisoria el pretender crear mecanismos de protección estrictos en el mundo global e inmaterial de la red, pues de nada servirá una norma fuertemente represiva que además requiera para su efectividad de acciones judiciales, que deberán ser aún más rápidas, que las propuestas en el reciente proyecto de ley de economía sostenible.

Pero también, se ha de tener en cuenta que la protección característica del derecho continental, especialmente en lo que respecta a los derechos morales, no podrá ser conciliada, lo que no significa que se deba renunciar a tales derechos o terminar aplicando principios anglosajones en nuestras controversias.

Por lo que hay que buscar otras soluciones acordes con la realidad existente y principalmente con la necesaria armonización entre la norma y la técnica;

³⁹⁸ ANTEQUERA PARRILLI, Ricardo. “DERECHO DE AUTOR.” 2ª ed. Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual, SAPI. Dirección Nacional de Derecho de Autor, Caracas, Venezuela, 1998. Pág. 86

pues creemos que de allí ha de partir la solución al conflicto que se nos plantea.

Del estudio que se realizó, respecto de las condiciones de responsabilidad de cada uno de los intermediarios de manera independiente, creemos que aún cuando el legislador comunitario y español, ha querido permanecer neutral ante las circunstancias técnicas, la excesiva regulación de las circunstancias, tiene la potencialidad de crear problemas de interpretación, además de arrojar muy pocas luces en relación al régimen de responsabilidad de los intermediarios.

Es por ello que creemos que la solución más pertinente sería dejar claro, las condiciones bajo las cuales se crea el régimen de responsabilidad de los intermediarios, que habrá de basarse en la finalidad última de la intermediación como puede ser el facilitar la transmisión, hacerla más eficaz, etc. De tal manera, que ante el incumplimiento de la función propia de intermediación, se pierde tal calidad y se aplique el régimen general de responsabilidad.

Pero más allá de la aclaración en relación con el régimen de responsabilidad, creemos que ha de respetarse la función eminentemente técnica que deben prestar los intermediarios. Pues de lo contrario, el crear un régimen de responsabilidad objetiva, que además de considerarse inviable, por los costos que acarrea sería jurídicamente peligroso, en la medida que otorgaría facultades omnipotentes al intermediario, quien debería decidir cuando un contenido es ilegal o no, que además unido al riesgo que para aquél representa, podría crear circunstancias anómalas en las que se retiren contenidos que después resulten lícitos.

Lo anterior no indica que la solución sea solamente reconocer su función de intermediación y no atribuir ningún tipo de responsabilidad. Pues la realidad es que por lo menos frente a los derechos de autor, el régimen actual resulta poco eficiente, ya que los intermediarios encuentran suficientes medios de defensa validos, como el desconocimiento de la ilicitud y falta de notificación para el retiro o impedimento de acceso de dicha información.

Así mismo, la imposibilidad de individualización del proveedor de contenido o ejecutor de la violación al derecho de autor, argumentado principalmente en la protección de datos personales, son las causas que hacen necesario que la solución definitiva se plantee principalmente desde las normas que regulan el derecho de autor.

Por tal razón se justifica que los intermediarios se encuentran en internet para realizar sus labores de prestación de servicios específicos de la sociedad de la información, más no para ostentar la idoneidad total de identificación y posterior eliminación e impedimento de acceso a la información ilícita, ya que en materia de derechos de autor el estudio es más complejo, que como lo expresa Barceló, la identificación de violación al derecho de autor tiene premisas a establecer más complejas:

“Efectivamente en supuestos de presuntas infracciones de derechos de autor muy a menudo presentan muchos problemas para que pueda determinarse si hay o no una violación a los derechos. En particular, con mucha frecuencia los tribunales se enfrentan a cuestiones tales como quién es el titular del derecho de autor, sobre si ha finalizado la protección de la obra por el derecho de autor; sobre si el presunto infractor tiene licencia para publicar el presunto material ilegal; sobre cuál es el alcance y la duración de

tal licencia, y sobre si el presunto acto infractor se incluye en cualquier excepción al derecho de autor.”³⁹⁹

Por ende, consideramos procedente como primera medida regular de manera global los límites a los derechos de los autores, como quiera que en el espacio virtual han de ser desarrollados de una manera diferente, teniendo en cuenta los perjuicios que pudieran generar para el autor. Para ello tanto Colombia como España, cuentan con la mejor herramienta que es la regla de los tres pasos, la cual se deberá aplicar de manera estricta.

En la medida en que se regulen los límites a los derechos de los autores, será posible imponer a los intermediarios, unas obligaciones de colaboración oportuna en la defensa de los derechos que otorga la propiedad intelectual; Aquel deber de diligencia, basado específicamente en la información frente a la violación de las medidas técnicas, será causal suficiente para poner en cabeza del intermediario la obligación de resarcir los daños y perjuicios ocasionados. Sin embargo, no creemos que sea oportuno. Crear un régimen de “Detección y retirada” similar al incluido en el US Digital Millennium Copyright Act de 1998, pues resultaría inconveniente y extraño a las tradiciones jurídicas preexistentes. Nuestra propuesta justifica un cierto grado de control por parte de los intermediarios, pero a título de colaboración, materializado en el reporte al ente de control que se cree, que con su esperable experticia ordenará el cese de la vulneración a los derechos de los autores. Esto en cuanto al cese de la conducta infractora, sin perjuicio de los procesos judiciales a que hubiere lugar.

³⁹⁹ BARCELÓ, Rosa Juliá. “LA RESPONSABILIDAD DE LOS INTERMEDIARIOS DE INTERNET EN LA DIRECTIVA DE COMERCIO ELECTRONICO: Problemas no Resueltos” dentro de la Revista de Contratación Electrónica Núm. 6. Junio 2000. Disponible en: <http://vlex.com/vid/intermediarios-directiva-resueltos-128680>

Por otra parte, la labor de protección de los derechos de autor no puede estar solamente en cabeza de los propuestos entes de control, sino también deben ser gestionados por los mismos autores y titulares de derechos. Máxime en un mundo tan cambiante como Internet, donde la experiencia muestra que la norma generalmente ha quedado al muy poco tiempo obsoleta, ante el avance de la ciencia informática. Pues como afirma Rodríguez Turriago: “Si la Ley pierde efectividad en la protección de los derechos de autor en internet, los particulares deben proveer esa protección. Se hace necesario que cada autor asuma las medidas que considere pertinentes para proteger sus derechos. Esto es posible a través de medios tecnológicos. Esto no es más que una privatización de la protección requerida. Existen una serie de alternativas que lo hacen posible. Una primera opción puede ser requerir el uso de claves para el acceso a la información protegida, lo cual ayuda a que el autor controle y disfrute su obra impidiendo a terceros que se aprovechen ilegalmente de esta. Otro método es el denominado *watermarking* que consiste en incorporar en una obra digital una identificación que la cataloga como un material protegido y de propiedad de su autor. Esta tecnología le brinda seguridad al dueño del material y permite determinar más fácilmente cuando surjan violaciones a los derechos. Existe también, un programa *software* que se denomina “Electronic Copyright Management System”, útil para proteger los derechos de autor. Por medio de este programa, que contiene los datos del autor y la identificación de la obra, se puede rastrear a las personas que utilizan ilegalmente el material protegido en contravención de los derechos de autor. La empresa que presta estos servicios, con la copia del material protegido, hace una búsqueda de los posibles infractores para así comunicarlo a su autor”⁴⁰⁰

⁴⁰⁰ RODRIGUEZ TURRIAGO, Omar. “APROXIMACION A LA PROBLEMÁTICA DE LOS DERECHOS DE AUTOR EN INTERNET”. Dentro de la Revista de Derecho Privado Nº 26, de agosto de 2001. Universidad de los Andes, Facultad de Derecho. Bogotá. Pág. 169.

Por ello la importancia de tener en cuenta lo que sucede en la red, ya que realidades como las de la organización Creative Commons, en las que a partir de un cuestionario sencillo, el autor define previamente los usos que permiten sobre sus obras, para crear un código que se inserta en la web o en los contenidos, indicando como pueden utilizarse de forma gratuita, lo que se traduce en un cambio de visión de los derechos, donde el autor define cuales de sus derechos los somete a reserva y cuáles no, que como afirma Prenafeta Rodríguez “no es la negación de la propiedad intelectual (lo que sería el movimiento por la devolución) ni la extinción de los derechos por el transcurso del tiempo (dominio público), sino una cesión de derechos realizada de antemano y al amparo de la legislación sobre propiedad intelectual”⁴⁰¹

Así pues, creemos que para que exista una verdadera responsabilidad de los intermediarios por la vulneración a los derechos de autor, se ha de crear una nueva visión respecto de tales derechos, de tal manera que se permita a los autores gestionar sus derechos de la manera que lo decidan, pues en última instancia la finalidad de la propiedad Intelectual es proteger los derechos de los autores, pero con el consiguiente apoyo y reconocimiento al ejercicio de tales derechos, otorgándole plena validez a aquellas manifestaciones de voluntad.

Pero aquello no será posible, si no se adoptan políticas claras frente a las excepciones a tales derechos. Frente a éste aspecto queremos resaltar la carta Adelphi, presentada a la Unión Europea, en la que precisamente se plantea la necesidad de armonizar las excepciones en toda Europa, de tal manera que permita incentivar el acceso a las nuevas tecnologías, así como

⁴⁰¹ PRENAFETA RODRIGUEZ, Javier. “NUEVAS FORMAS DE EXPLOTACION DE CONTENIDOS EN INTERNET. Del Copyright al Copyleft” disponible en www.njbosch.com

convertirse en un camino que garantice el equilibrio de los derechos de los creadores con el interés del público y apoyar la educación y la investigación.

Específicamente creemos que la copia privada fuente de los mayores conflictos, se ha de manejar de una manera diferente en el entorno digital. Las opciones que se han presentado al legislador, van desde la supresión absoluta de la copia privada, tanto en el entorno virtual como en el analógico, hasta solamente impedirla en el entorno virtual. La opción que se ha tomado en la norma española, es la de permitir la subsistencia de la copia privada, junto a las medidas de protección que se autorizan al autor.

Sin embargo, muy al contrario de lo que ha querido el legislador, con este tipo de medidas eclécticas, lo que se ha creado es una puerta abierta, para que sistemas como el P2P, continúen funcionando y generando grandes pérdidas a la industria de contenidos. Por esta razón y principalmente la gran habilidad de los programadores, para crear programas que permitan eludir los cambios legales, se ha planteado, la supresión de la copia privada.

Tal supresión de la copia privada puede darse de dos maneras, la primera mediante la supresión relativa, es decir, solamente se prohibiría la copia privada en el entorno digital, que debería ser manejada al igual que se realizaba con los programas de ordenador, lo que resultaría beneficioso por la unificación de régimen. Sin embargo, hay que tener en cuenta, que esta era la primera opción que había tomado la DDASl pero, que no fue admitida por cuanto era además contraria al acervo comunitario en materia de propiedad intelectual.

Por ende si se ha de optar por la supresión de la copia, se debe aplicar tanto en el entorno digital como en el analógico. Pero antes de tomar una decisión de tal naturaleza es preciso, el determinar si con las nuevas circunstancias sociales, pierde su justificación la copia privada.

Respecto de ello Carbajo Cascón considera, que el único fundamento de la excepción estriba en la imposibilidad práctica de controlar la copia privada, de donde deriva la consecuencia necesaria, de que no se puede prohibir lo que no se puede impedir.⁴⁰²Cuestión, que con los avances tecnológicos resulta controversial, como quiera que dentro de las ventajas que trae la red, esté el poder conocer los usos, que de los contenidos se realicen en la red. Sin embargo, fuera de internet aún subsiste la imposibilidad.

Garrote Fernández-Díez, habla de las cuatro patas o apoyos fundamentales: “El primero es que los derechohabientes no podían en la práctica licenciar las reproducciones que los usuarios hacían, pues los costes transaccionales eran imposibles de afrontar.... El segundo es que se entendía que incluso si los derechohabientes tuvieran los medios para negociar con cada uno de los usuarios individualmente considerados era imposible verificar en la práctica si éstos incumplían dichos contratos debido al necesario respeto al derecho a la intimidad e inviolabilidad del domicilio.....El tercer presupuesto que justifica la excepción de la copia privada es que ésta supone una merma de ingresos que hay que compensar, pero que dicha merma no llega a afectar la explotación normal de la obra... El cuarto apoyo señalado por la doctrina es que la copia privada supone un beneficio para la comunidad, para acercar

⁴⁰² CARBAJO CASCÓN, Fernando. “EL PULSO EN TORNO A LA COPIA PRIVADA” dentro de la revista de Propiedad Intelectual núm. 16, 2004.

la cultura a los ciudadanos.”⁴⁰³ El autor, teniendo como apoyo estos cuatro fundamentos, ha llegado a la necesaria conclusión, que con la llegada de las nuevas tecnologías, algunos de los pilares han cambiado pero, teniendo en cuenta que se debe crear una solución aplicable dentro y fuera de la red, aún se justifica la copia privada, por lo menos en el entorno analógico.

Por ello, es que el legislador español, aún con el riesgo de parecer incoherente ha mantenido, el derecho a la copia privada, la figura de la compensación por copia privada y la protección a las medidas tecnológicas.

La opción que ha tomado el legislador ha sido quizá la más acertada, pero como hemos visto aún con éstas medidas, existen sistemas tecnológicos que se cobijan en la copia privada para realizar masivas explotaciones de la obra. Por ende, creemos que las modificaciones que se han realizado, cerrando el ámbito de aplicación de la copia privada han sido buenas, como quiera que el mantenerla figura y hacer difícil su utilización, reporta ventajas para el autor, pero para su total adecuación, se ha de reducir aún más el campo de acción trazando debidamente el derecho, de tal manera que se conceda solamente una copia, a título de copia privada. (En el caso colombiano mantenerla)

Con dicha reforma se garantiza el mantener la cierta ventaja que pueda generar la compensación por copia privada, se permitirá crear medidas de protección más eficaces que solamente permitan una copia del contenido y que a su vez dicha copia no sea susceptible de reproducción.

⁴⁰³ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio. “LA REFORMA DE LA COPIA PRIVADA EN LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL” dentro de Colección de Estudios de Derecho Privado. Ed. Comares. Granada 2005. Pág. 173-174.

Pero esta única copia, se ha de manejar en las mismas condiciones, que la copia de seguridad de los programas de ordenador, ya que de nada servirá reconocer una sola copia, sin determinar las condiciones de aquel derecho. Es decir, la única copia privada, existirá en razón a cada ejemplar y no en relación a los individuos.

Lo anterior y para lo que respecta a nuestro trabajo de investigación, reportaría la ventaja adicional, de establecer una obligación más clara de colaboración, en cabeza de los intermediarios, de la que se hará pender su responsabilidad, por la omisión de denuncia.

La propuesta planteada, puede resultar un poco controvertida por el excesivo proteccionismo a los derechos de los autores, pero creemos que la carga que supone el acceso a la cultura, por lo menos en lo que respecta a las redes de información, no puede ser asumida por el autor, en tanto que desincentiva la labor creadora.

Cuestión diferente es que las circunstancias sociales y de operatividad de la red, en ocasiones crean en el autor necesidades diferentes a las de obtener el pago por una copia, adaptándose incluso a la manera de funcionar la red y obteniendo dividendos de otras fuentes como la publicidad. Pero todo ello, ha de estar enmarcado en los derechos absolutos del autor y no en una imposición del Estado, que por demás afecta la normal explotación de la obra y los derechos del autor.

En conclusión, es oportuno decir que este trabajo de investigación, nos ha llevado a considerar que la solución para los problemas que afectan al

derecho de los autores en la red, se encuentra en asumir que los límites tradicionales al derecho de autor, no podrán trasladarse al internet en las mismas condiciones que en el entorno analógico, menos aún cuando afecten gravemente la normal explotación de la obra.

CONCLUSIONES

Primera: La protección a los derechos de los autores, se ha convertido en una constante, desde el Convenio de Berna. Pero, resulta claro que se han creado unas circunstancias especiales, que se traducen en un mayor grado de protección en cuanto a las bases de datos y los programas de ordenador.

Segunda: Junto a las especiales condiciones de protección a las que nos referimos en el numeral anterior, encontramos que para el efectivo funcionamiento de la transmisión de contenidos en la red, se hace necesaria la intervención de los prestadores de servicios de la sociedad de la información. Es por ello que tanto el legislador comunitario, como el español, se han ocupado de aquellos operadores. Específicamente en cuanto a los intermediarios, se han establecidos especiales circunstancias de exoneración de responsabilidad, fundamentada en su papel eminentemente técnico y neutral. (Cuestión que no ocurre con el derecho colombiano)

Tercera: Pero el legislador, no solamente se ha ocupado de proteger los derechos de los titulares de las bases de datos y los programas de ordenador, ni de salvaguardar la función de los intermediarios. Si no que al igual que en el supuesto anterior, tanto el legislador comunitario como el español, han sido más diligentes que el colombiano, realizando algunas modificaciones a las normas sobre la propiedad intelectual, a fin de adecuar el ejercicio de los derechos de los autores en el campo digital.

Es así, como se modifica el derecho de reproducción, de tal manera que pueda abarcar las operaciones que se suceden en la red. Así mismo, a fin de permitir calificar la transmisión de contenidos a la carta, se adiciona un nuevo numeral en la norma sobre derecho de comunicación, que crea la puesta a disposición.

En relación a los dos aspectos anteriores hay que resaltar, que aún cuando en el derecho colombiano, no existen normas específicas, las preexistentes y en especial los Tratados Internacionales, permiten calificar las dos circunstancias reseñadas en las mismas condiciones que el derecho español. Es decir, entender algunas operaciones de la red como reproducción o como comunicación.

Cuarta: Sin embargo, en cuanto a las excepciones al derecho de los autores, se han de presentar las primeras grandes diferencias en el régimen jurídico español y colombiano. Pues, mientras que en España, se ha creado una excepción a favor de las reproducciones de carácter técnico, que permiten cobijar las operaciones que realizan los intermediarios de la sociedad de la información. En el caso colombiano, por interpretación estricta de la norma, se ha de partir del principio, según el cual todos los usos de los contenidos protegidos por el derecho de autor en las redes, deben necesariamente contar con la autorización del autor.

Lo anterior, no quiere significar que en la legislación española, no existan problemas de interpretación, pues precisamente la copia RAM, se ha caracterizado por no adecuarse del todo a las condiciones de la excepción, ya que como afirma Carbajo Cascón: “las reproducciones transitorias en la memoria RAM (y lo mismo puede decirse de las reproducciones accesorias

en el espacio de cache local) no pueden quedar excluidas del derecho exclusivo de reproducción, porque como expresamente apunta el artículo 5.1 DDASI, tienen o pueden tener por si mismos una significación económica independiente, toda vez que permiten el acceso a la información protegida y, en consecuencia, un uso efectivo y real de la obra o prestación por parte de los usuarios, lo cual, ante la aplicación del derecho de reproducción en el ámbito privado y las posibilidades de controlar la reproducción por los titulares del derecho, las convierte de hecho en una forma específica de explotación de la obra o prestación”⁴⁰⁴

De allí, que recapitulando lo visto en las páginas que componen este documento, se haga necesario la adopción de la teoría de la licencia implícita o mejor aún se adopte soluciones como las expresadas por Sirinelli, en el sentido de crear una nueva restricción a los derechos, en relación con las copia RAM y el cache local, que por no ser excepción, sea susceptible de compensación equitativa.⁴⁰⁵

Quinta: Consecuentemente con la conclusión anterior, se ha de afirmar que el legislador colombiano, además de adoptar la excepción a favor de las reproducciones técnicas, ha de aprovechar la experiencia de otros países, para tener en cuenta que se han de establecer unas circunstancias especiales, en relación no solamente con la copia RAM, sino con el cache local.

⁴⁰⁴ CARBAJO CASCÓN, Fernando. “LA PROPIEDAD INTELECTUAL COMO OBJETO DEL COMERCIO ELECTRONICO” dentro de la obra Autores Consumidores y Comercio Electrónico. (DIR: MORO ALMARAZ, M^a Jesús) Ed. Colex. Madrid. 2004. Pág. 68

⁴⁰⁵ SIRINELLI, Pierre. “EXCEPCIONES Y LIMITACIONES AL DERECHO DE AUTOR Y LOS DERECHOS CONEXOS.” dentro del Taller Sobre Cuestiones de Aplicación del Tratado de la OMPI Sobre Derecho de Autor (WCT) y el Tratado de la OMPI Sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT). Ginebra, 6 y 7 de diciembre de 1999. Pág. 34-35. Disponible en la página Web de la OMPI

Sexto: Para poder determinar, la responsabilidad de los intermediarios, frente a las infracciones a los derechos de autor, que se deriven por la conducta de los usuarios de sus servicios, se hizo necesario no solamente abarcar el tema de la excepción técnica. Si no que, fue necesario el estudio de las demás excepciones, de donde podemos llegar a concluir, que la labor del legislador español, en aspectos tan importantes como el de la copia privada, ha sido consecuente con el avance de la ciencia, pero desafortunadamente poco eficaz.

De allí, que tanto en el caso español, como en el colombiano, aún cuando sea contemplada la excepción en diferente forma, en los dos casos, permiten que se vulneren los derechos de los autores en la red.

Séptima: Los inconvenientes que trae la copia privada, son los que han permitido que proliferen circunstancias, que atentan contra los derechos de los autores, como son la práctica conocida como el press clipping, que actualmente se encuentran reguladas mediante el reconocimiento al autor del derecho a oponerse a aquella.

Así mismo, se pudo evidenciar que existen prácticas como las que se suceden en las redes Peer to Peer, donde se vulneran los derechos de los autores, amparándose en el derecho de cita.

Esto es así, por cuanto se ha querido trasladar el régimen de la copia privada al ámbito virtual, sin las suficientes adecuaciones de la figura.

Octava: Junto con lo anterior, se resalta la subsistencia de la copia privada junto con las medidas tecnológicas de protección. Si bien, han tenido por finalidad mantener la copia privada y por ende el régimen de compensación equitativa, resultan contraproducentes máxime si se tiene en cuenta que la opción que tiene el beneficiario de la excepción es acudir a la vía judicial.

De allí, que dentro de esas medidas que se han de adoptar, consideramos que aprovechando la iniciativa que ha tenido el gobierno con el anteproyecto de ley de Economía Sostenible en el que se crea la Comisión de Propiedad Intelectual, a dicho órgano, se le han de otorgar facultades especiales, a fin de garantizar la excepción.

Pues como afirma Ortega Díaz: “hubiera sido más conveniente la creación de una comisión de Propiedad Intelectual que aglutinara a representantes de todos los sectores de la cultura y que, en estos casos, decidiera si el pretendido beneficiario de la excepción era efectivamente tal”⁴⁰⁶.

Novena: Ahora bien, en relación con los intermediarios de la sociedad de la información, es preciso concluir que los servicios que prestan dentro de la red, resultan de suma importancia, para la efectiva transmisión de los contenidos, de allí que se ha de mantener tal circunstancia.

⁴⁰⁶ ORTEGA DIAZ, Juan Francisco. “MEDIDAS TECNOLÓGICAS Y DERECHO DE AUTOR” Op. Cit.

Es importante resaltar que el legislador comunitario y español, han fundamentado la responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación en los principios de conocimiento efectivo y reacción diligentes. Pero, también se ha creado un especial deber de colaboración, desde el que consideramos se ha plantear la solución a los inconvenientes que crea, las violaciones a los derechos de autor de los usuarios de sus servicios.

Décima: para los prestadores de servicios de intermediación, se establece en la Directiva y en la LSSICE, unas especiales circunstancias de exoneración de responsabilidad de cada uno de los intermediarios.

Lo que la LSSICE crea es un régimen especial de exoneración de responsabilidad, que tiene como fundamento la neutralidad tecnológica y el actuar diligente del intermediario, so pena de perder aquel régimen y verse incurso en la aplicación del régimen general.

Como se pudo constatar en el desarrollo de este trabajo, la determinación de la forma de responsabilidad de los intermediarios frente a los contenidos que colocan en la red los usuarios de sus servicios y que pudieren ser ilícitos o causar perjuicios, se han creado verdaderas corrientes del pensamiento, que catalogan la responsabilidad ya sea por el hecho propio o por el hecho ajeno.

De allí la importancia de que se aclaren estos aspectos, pues en nuestro entender la responsabilidad será por el hecho propio de la negligencia. Sin

embargo, somos conscientes de la importancia de que existan normas clarificadoras al respecto.

Undécima: La conclusión anterior, no solamente se ha de sustentar en la conveniencia para el funcionamiento de la red, pues ha de quedar claro, cual es el régimen de responsabilidad de los intermediarios. Si se crea un régimen objetivo o responsabilidad sin culpa, en el que como afirma Rubio García Mina “desaparece como fuente de responsabilidad del empresario la negligencia, ni por nombramiento, ni por inspección, ni de ninguna otra clase. El empresario responde sencillamente por lo que es; porque la ley remite sobre su patrimonio el daño causado en el desempeño del negocio”,⁴⁰⁷ se han de afrontar las consecuencias que implique su implementación, no solamente desde el costo económico, sino el necesario atraso tecnológico que conllevaría para cualquier país, optar por aquella opción.

De allí que, por lo menos en el caso de los países de tradición continental, la mejor opción sea la de la responsabilidad subjetiva, para los casos en que el intermediario pierda su calidad, interviniendo como sujeto activo de la conducta.

Por lo anterior la importancia de resaltar el necesario papel neutral que debe cumplir el intermediario, pero que se acompañará de un deber de colaboración con las autoridades competentes.

⁴⁰⁷ ANGEL YAGÜE, Ricardo de “LA RESPONSABILIDAD CIVIL” Universidad de Deusto. Bilbao 1978. Pág. 80

Duodécima: El crear un régimen de responsabilidad basado en la obligación de colaboración de los intermediarios, permite garantizar los derechos de los autores, frente a las infracciones directas de los derechos.

Por lo que resulta necesario colocar en cabeza de los intermediarios deberes de supervisión sobre los contenidos, aprovechando las ventajas que trae la red. Así como, plantear la existencia un control proporcionalmente racional y cierto, dirigido a los intermediarios, para que logren la gestión y la defensa de los derechos de autor.

Empero, todo lo relacionado a sus funciones y deberes, deben estar determinados por la ley y los entes de control, que deberían crearse para que verifiquen que los datos objeto de intermediación respeten el derecho legítimo de autor. (Por ejemplo la Comisión de Propiedad Intelectual, que crea el proyecto de ley de Economía Sostenible)

Aquella herramienta, que podría colaborar a la gestión de derechos de autor, se deberá basar en el empleo de las medidas tecnológicas, tales como el número hash, que se utilizó para la protección contra pornografía infantil⁴⁰⁸, las cuales pueden cumplir diferentes metas en el objetivo común de la protección y justicia del daño que se le pueden ocasionar a los autores o titulares de derechos.

Pero, para adoptar una solución de tal naturaleza, resulta necesario la reevaluación de algunas de las excepciones a los derechos de autor, pues la

⁴⁰⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2 de 9 de Mayo de 2008-

coexistencia de las medidas tecnológicas junto a régimen de excepción, si bien, permiten el no desmontar el régimen de compensación equitativa, que entre otras cosas, también habrá de ser modificado, de tal manera que resulte consecuente con la verdadera realización de la copia privada.

Decimotercera: Por ello, se hace necesario llegar a una solución intermedia, teniendo en cuenta, que el crear medidas proteccionistas, en la práctica puede disminuir las conductas de piratería, pero no acabarlas del todo.

Es decir, el desmonte absoluto de la excepción por copia privada y la absoluta protección a los derechos de los autores, podrán disminuir las infracciones a los derechos de los autores, pero no erradicarlas del todo, especialmente si se tiene en cuenta que la explotación de la obra se produce en el mundo virtual.

Es por lo anterior, que hemos llegado a la conclusión que la copia privada, por ser la excepción más conflictiva, se ha de ajustar, más no eliminar para su funcionamiento en la red. Pues, si bien la labor del legislador español (que a diferencia del colombiano, ha legislado para adaptarla a la red), ha ido dirigida hacia el camino correcto, manteniendo la copia privada, pero reduciendo su ámbito de aplicación, se hace necesario el limitar el derecho aún más, en cuanto al número de copias.

Con la medida anterior, es posible mantener el sistema de excepciones y consiguientemente la compensación equitativa. Aún cuando creemos, que tal sistema de compensación, se ha de adaptar a la realidad de la red, como

quiera que su aplicación automática, pudiese llegar a encontrar inconvenientes como el de la doble tributación por parte del titular de la excepción de la copia privada, o la prohibición de establecer compensación al disco duro del ordenador. Por ello, resulta pertinente el que se disminuya su aplicación en el campo virtual y fortalezca en el entorno fuera de línea.

Decimocuarta: Con las conclusiones anteriores, no pretendemos decir la última palabra en relación con las excepciones al derecho de autor, simplemente resaltar la importancia de adecuarlas al entorno digital, de tal manera que aquellas medidas sean el camino que sustente la posible responsabilidad de los intermediarios.

Decimoquinta: Con fundamento en todo lo anterior, concluiremos expresando que en nuestro entender, la solución a favor de la protección de los derechos de autor, se ha de conseguir en la medida que se garantice una efectiva colaboración de los intermediarios, quienes en última instancia tiene las posibilidades técnicas de controlar los contenidos.

Debe por tanto, surgir de una obligación de colaboración en cuanto a informar a quien corresponda, sobre la vulneración de aquellas medidas tecnológicas específicas, así como a la identificación de los infractores, so pena de nacer para el intermediario, responsabilidad por el hecho propio por su negligencia al informar.

Nuestra propuesta, se podría apoyar en lo expresado por Vallepuga, quien al referirse al régimen establecido por la LSSICE, afirma: "Por otra parte, cabría plantearse hasta qué punto es beneficiosa esta exoneración de

responsabilidad de los PSIs eximiéndoles de una obligación general de supervisión. Estoy de acuerdo en que no es posible para el prestador de servicios de almacenamiento controlar el contenido de todas las páginas y por tanto no sería adecuado responsabilizarle por el mismo, pero si se les podría imponer una obligación de supervisión, aunque no se realice un control en profundidad, utilizando por ejemplo programas específicos que existen al efecto”.⁴⁰⁹

Decimosexta: La legislación española, en materia de derechos de autor, en los últimos años ha presentado un desarrollo, destacable que se comprueba en la forma como la jurisprudencia ha venido desarrollando las controversias que se presentan entre los actores que en diferentes ocasiones se han presentado. Pero también hay que destacar, que tanto en Colombia como en España, con la llegada de las nuevas tecnologías se ha generado la cultura de la explotación libre y el no pago, que es necesario combatir. Sin embargo, el avance innovador que representa en nuestro caso la legislación española con algunas modificaciones como la propuesta, se transforma en un modelo a seguir para los países de Latinoamérica, la Comunidad Andina, y específicamente Colombia.

Aquí es importante resaltar, el valor agregado de la regulación española, en cuanto al respeto de las instituciones jurídicas, inspiradoras del derecho Continental, demostrando así, que es posible adaptar nuestro derecho a las nuevas realidades, sin acudir a principios del common law.

⁴⁰⁹ VALLEPUGA GONZALEZ, Paula. Responsabilidad de los Prestadores de Servicios de la Sociedad de la Información. Op. Cit.

Por tanto, podemos concluir que con unas pocas modificaciones para disminuir sus falencias, la regulación comunitaria y en especial la española, han de ser la guía a seguir, en materia de regulación de las nuevas tecnologías y específicamente en lo que respecta al derecho de autor, para los países latinoamericanos, en especial Colombia.

BIBLIOGRAFIA

AKERMAN Yohir, DELGADO Alejandro. “AVANCES Y RETOS DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN INTERNET” Bogotá. 2004. Trabajo de Tesis de Grado. Universidad de los Andes.

ALVAREZ, Carlos M. “RESPONSABILIDAD DE LOS IPS´S EN COLOMBIA” en el libro *Comercio Electrónico*. (Dir. Grupo de Estudios en Internet, Comercio Electrónico & Telecomunicaciones e informática Universidad Los Andes.) Editorial Legis S.A. Bogotá, 2005

ALVAREZ ALVAREZ, Henar. “LA RESPONSABILIDAD DE LAS REDES P2P Y DE LOS USUARIOS POR LAS DESCARGAS DE MÚSICA DE INTERNET” dentro de la obra *Práctica de Derecho de Daños N° 53*. Sección Estudios, Octubre 2007, Editorial la Ley. www.laley.es

ANTEQUERA, Ricardo. “DERECHO DE AUTOR.” 2ª ed. Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual, SAPI. Dirección Nacional de Derecho de Autor, Caracas, Venezuela, 1998

ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. “EL DERECHO DE AUTOR EN EL ENTORNO DIGITAL” dentro de la obra *Derecho Informático y Telecomunicaciones*. Diciembre de 2002. Universidad de los Andes, Facultad de Derecho. Bogotá.

ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. “LOS LIMITES DEL DERECHO SUBJETIVO Y DEL DERECHO DE AUTOR” (Coordinador ROGEL VIDE, Carlos)... Madrid: Reus, 2006

APARICIO VAQUERO, Juan Pablo. "LOS CONSUMIDORES Y SUS RELACIONES CON LOS PROVEEDORES DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACION" dentro de la Revista de Contratación Electrónica núm. 89 de 2008.

ARRIBAS DEL HOYO, Paloma. "SPONSORLINES Y RESPONSABILIDAD CIVIL" dentro de Boletín de Propiedad Intelectual, Industrial, Nuevas Tecnologías y Medios de Comunicación. Núm. 5, Abril 2004 disponible en: <http://vlex.com/vid/sponsorlines-responsabilidad-civil-349004>

BARCELÓ, Rosa Juliá. La responsabilidad de los intermediarios de internet en la directiva de comercio electrónico: problemas no resueltos" dentro de la Revista de Contratación Electrónica Núm. 6. Junio 2000. Disponible en: <http://vlex.com/vid/intermediarios-directiva-resueltos-128680>

BARRIUSO RUIZ, Carlos "LA CONTRATACION ELECTRONICA" 3 edición. *Dykinson 2006*. . pg.565

BARRAL VIÑALS, Inmaculada. "LA REGULACION DEL COMERCIO ELECTRONICO" Ed. Dykinson. 2003. Disponible en: <http://vlex.com/vid/estatuto-juridico-prestadores-sociedad-190204>

BARZALLO, José Luis. Derechos patrimoniales del autor en Internet: una perspectiva ecuatoriana" dentro de la Revista de Contratación Electrónica núm. 64. Octubre de 2005. Disponible en: <http://vlex.com/vid/patrimoniales-perspectiva-ecuatoriana-279140>

BAYLINA MELÉ, Marta. "LA EXPLOTACION DIRECTA DE OBRAS Y PRESTACIONES PROTEGIDAS EN REDES DIGITALES" dentro de

Novedades en la Ley de Propiedad Intelectual 2007. Ed. Bosch Editor. Pág. 28 <http://vlex.com/vid/explotacion-directa-protégidas-digitales-450142>

BERCOVITZ, Alberto. EL DERECHO DE AUTOR EN EL ACUERDO TRIPS. dentro de la obra Temas de Derecho Industrial y de la Competencia 1. Propiedad Intelectual en el GATT. Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires. 1997.

BOBENRIETH, Andrés. “LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA: Salto Valorativo en el Proceso Autocomprehensivo del Derecho” Trabajo de Investigación. Universidad de los Andes. Bogotá 1988.

BOUZA LÓPEZ, Miguel Ángel. “LA PROTECCION JURIDICA DEL SITIO WEB”. Dentro de la obra Comercio Electrónico en Internet. (DIR. GÓMEZ SEGADE, José Antonio) Marcial Pons. Madrid- Barcelona 2001.

BUGANZA, Carmenchu. “LAS MEDIDAS DE PROTECCION TECNOLOGICAS Y LA INFORMACION PARA LA GESTION DE LOS DERECHOS.” en la obra Novedades de la Ley de Propiedad Intelectual (Enero 2007) Pág. 154 <http://vlex.com/vid/450148>

BUSTO LAGO, José Manuel. “LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACION (ISPs)” en Colección de monografías Aranzadi. *Tratado de Responsabilidad Civil*. (Coordinador L. Fernando Reglero Campos) 3. Edición. Thomson-Aranzadi. Navarra 2006.

CADARSO PALAU, Juan. "SOBRE ALGUNOS LIMITES DEL DERECHO DE REPRODUCCION" dentro de la Colección de Propiedad Intelectual. (Cor. ROGEL VIDE, Carlos) Nuevas Tecnologías y Propiedad Intelectual. Madrid Reus 2006

CÁMARA AGUILA, Ma. Del Pilar. "EL DERECHO MORAL DEL AUTOR: *(con Especial Referencia a su Configuración y Ejercicio Tras la Muerte del Autor)*". Granada: Ed. Comares. 1998.

CAPARRÓS DE OLMEDO, Silvia. "EL DERECHO DE CITA Y EL PRESS CLIPPING" dentro de Novedades en la Ley de Propiedad Intelectual. Bosch Editor Enero 2007. Disponible en: <http://vlex.com/vid/derecho-cita-press-clipping-450147> cita 169

CARBAJO CASCÓN, Fernando. "PUBLICACIONES ELECTRONICAS Y PROPIEDAD INTELECTUAL". Ed. Colex. Madrid 2002.

CARBAJO CASCÓN, Fernando. "LA PROPIEDAD INTELECTUAL COMO OBJETO DEL COMERCIO ELECTRONICO" dentro de la obra Autores, Consumidores y Comercio Electrónico. (DIR. MORO ALMARAZ, M^a Jesús.) Ed. Colex. Madrid 2004

CARBAJO CASCÓN, Fernando. "EL PULSO EN TORNO A LA COPIA PRIVADA" dentro de la revista de Propiedad Intelectual núm. 16, 2004

CARBAJO CASCÓN, Fernando. “LA RESPONSABILIDAD POR HIPERENLACES E INSTRUMENTOS DE BUSQUEDA EN INTERNET”. Práctica de Derecho de Daños Nº 20, Octubre 2004 La Ley 2010/2004.

CAVANILLAS MUGICA, Santiago. “LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN INTERNET” dentro de la obra La Responsabilidad civil y su problemática actual. Agosto 2008 disponible en: <http://vlex.com/vid/responsabilidad-civil-internet-41265155>

CHARRIA GARCÍA, Fernando. “DERECHOS DE AUTOR EN COLOMBIA”. Colombia: Instituto Departamental de Bellas Artes, 2001. disponible en: http://webview.puj.edu.co/cgiolib/NTxcgi.exe?session=737168236&infile=authk.glue&style=authk&nh=20&calling_page=hitlist.glu&key=9312

CLEMENTE MEORO, Mario E. “LA RESPONSABILIDAD DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACION” dentro de la obra Responsabilidad Civil y Contratos en Internet. Su regulación en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico. Ed. Comares. Granada 2003.

CORRIPIO GIL-DELGADO, María de los Reyes. “REGULACION JURIDICA DE LOS TRATAMIENTOS DE DATOS PERSONALES REALIZADOS POR EL SECTOR PRIVADO EN INTERNET” Editorial vLex, 2000. [Diciembre 7 de 2009] Disponible en: <http://vlex.com/vid/profesora-universidad-pontificacomillas-171367>

CRUZ RIVERO, Diego. “DISTRIBUCIÓN DE MÚSICA A TRAVÉS DE INTERNET ¿LUCRO O COPIA PRIVADA? (A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA 309/06, DE 14 DE JULIO DE 2006 DEL JUZGADO DE LO PENAL N° 3 DE SANTANDER)” dentro de la revista. “*Revista de Contratación Electrónica. N° 76*” Noviembre de 2006. Pág. 64. <http://vlex.com/vid/mu>.

CUELLO IRIARTE, Gustavo. “PROTECCION DE LOS DERECHOS INTELECTUALES DEL AUTOR, EL ARTISTA Y EL PRODUCTOR”. En: II Congreso Internacional Sobre la protección de los derechos intelectuales (Del autor, El artista y el Productor).Bogotá: oficina de publicaciones universidad Javeriana 1987

DE LA CUEVA GONZÁLEZ-COTERA, Javier. “COPYLEFT, CREATIVE COMMONS: Conceptos y Recepción Jurisprudencial” dentro de la Jornada Sobre Derecho de Autor e Internet, llevadas a cabo en la Universidad de Alicante el 5 de Mayo de 2010.

DIRECCION NACIONAL DE DERECHO DE AUTOR- Colombia, Concepto: Protección legal de las bases de datos, En: listado de documentos disponibles en el centro de documentación (2008) Disponible en: <http://www.derechodeautor.gov.co/html/Legal/Servicios/Conceptos/Listado>.

ENCABO VERA, Miguel Ángel. “LA OBRA MULTIMEDIA” en *Nuevas Tecnologías y Propiedad Intelectual- Colección de propiedad Intelectual*. (Coord. Carlo ROGEL VIDE) Edit. Reus. Madrid 1999

ENDORZAIN LÓPEZ, José Carlos. "DERECHO DE AUTOR Y PROPIEDAD INTELECTUAL EN INTERNET" Ed. Tecnos. Madrid 2002

ENDORZAIN LÓPEZ, José Carlos. "NOMBRES DE DOMINIO" dentro de Autores, Consumidores y Comercio Electrónico. (DIR: MORO ALMARAZ, M^a Jesús) Ed. Colex. Madrid 2004.

ESTEVE PARDO, Asunción. "EL CANON POR COPIA PRIVADA" dentro de Novedades en la Ley de Propiedad Intelectual. (COOR. GINÉS CASTELLET, Núria) Ed. Bosch Editor, 2007. Disponible en: <http://vlex.com/vid/canon-copia-privada-450146>

FAJARDO LÓPEZ, Luis. "LSSI: APORTACIONES DESDE EL DERECHO PRIVADO" dentro de la Revista Electrónica de Derecho Informático núm. 35 Junio 2001. Disponible en: <http://vlex.com/vid/lssi-aportaciones-derecho-privado-107967>

FERREIRA D., Francisco José. "DERECHO PENAL ESPECIAL", tomo 1. Bogotá: Temis, 2006.

FICSOR, Mihály "LIMITACIONES Y EXCEPCIONES AL DERECHO DE AUTOR EN EL ENTORNO DIGITAL". Traductor: RODRIGUEZ MORENO, Sofía. Dirección Nacional de Derecho de Autor- Colombia

FORGAS FOLCH, Jordi Lluís. "EL DERECHO SUI GENERIS DE LA BASE DE DATOS" dentro de *Diario La Ley*. N° 6134 Sección Doctrina, 24 nov., 2004. Ed. La Ley

GAMBOA BENAVIDES, Javier. "MARCO JURIDICO DE LAS MEDIDAS TECNOLOGICAS PARA LA PROTECCION DE LOS DERECHOS DE AUTOR EN EL ENTORNO DIGITAL" dentro de la obra *Comercio Electrónico, Grupo de estudios en Internet, comercio electrónico & telecomunicaciones e informática. Universidad de los Andes* Ed. Legis Bogotá 2005

GALLEGO, José y otros. "DICTAMEN DE LA ABOGACIA GENERAL DEL ESTADO" - Concepto de Copia Privada dentro de *Anales de la Abogacía General del Estado*. Boletín Oficial del Estado. Enero de 2009

GARCIA CACHAFEIRO, Fernando y Otro. "NO SUJECCION A AUTORIZACION PREVIA DE LA PRESTACION DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACION" dentro de la Revista de la Contratación Electrónica N° 45 Enero 2004.

GARCIA VIDAL, Ángel. "LOS CONTRATOS DE ACCESO A INTERNET" en la Revista de Comercio Electrónico #6 de Junio de 2000.

GARCIA VIDAL, Ángel. "LA TUTELA DE LOS SIGNOS DISTINTIVOS FRENTE A LOS NOMBRES DE DOMINIO" dentro de *Comercio Electrónico en Internet*. (DIR: GÓMEZ SEGADE, José Antonio). Marcial Pons. Madrid-Barcelona 2001.

GARCIA VIDAL, Ángel. "LA PROBLEMÁTICA DE LOS ENLACES EN INTERNET" dentro de Autores, Consumidores y Comercio Electrónico. (DIR MORO ALMARAZ, M^a Jesús). Ed. Colex. Madrid 2004.

GARROTE FERNÁNDEZ-DIEZ, Ignacio. "EL DERECHO DE AUTOR EN INTERNET" en la obra *Colección Estudios de Derecho Privado*. (DIR. Rodrigo Bercovitz RODRIGUEZ CANO y Ignacio GARROTE FERNÁNDEZ-DIEZ) Ed. Comares. Granada 2001.

GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio. "LA REFORMA DE LA COPIA PRIVADA EN LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL" dentro de Colección de Estudios de Derecho Privado. Ed. Comares. Granada 2005.

GAVIRIA LONDOÑO, Vicente E. "DELITOS CONTRA EL DERECHO DE AUTOR" Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004

GINER PARREÑO, César A. y otro. "RESEÑAS JURISPRUDENCIALES DEL TS Y DEL TDC SOBRE INCOMPATIBILIDAD ENTRE MARCAS Y NOMBRE COMERCIAL POSTERIOR; Aprovechamiento Indebido de la Reputación de Otros Signos o Medios Registrados; Actividad de Press Clipping, Etc. Derecho de los Negocios, N^o 176, Sección Competencia. Propiedad Industrial e Intelectual, Mayo 2005. Editorial La Ley.

GÓMEZ LAPLAZA, María del Carmen. "LIMITES" Dentro de la obra Comentarios al Código Civil Y Ley de Propiedad Intelectual. Tomo V Vol.4-A Ed. Edersa 1994

GÓMEZ SEGADE, José A. "ACTAS DE DERECHO INDUSTRIAL Y DERECHO DE AUTOR" TOMO XVI (1994-95). Marcial Pons, 1996. Disponible en <http://vlex.com/source/actas-derecho-industrial-autor-tomo-xvi-771>

GÓMEZ-JUÁREZ SIDERA, Isidro. "LOS CONTRATOS INFORMATICOS DE HOSTING Y HOUSING EN RELACION CON LA NORMATIVA ESPAÑOLA DE PROTECCION DE DATOS DE CARÁCTER Personal" dentro de Revista de Contratación Electrónica Núm. 78 de Enero de 2007 disponible en: <http://vlex.com/vid/informaticos-hosting-housing-caracter-351827>

GONZÁLEZ, Agustín. LA COMPENSACION EQUITATIVA POR COPIA PRIVADA DIGITAL EN LA LEY 23/2006, DE 7 DE JULIO" dentro de Actualidad Jurídica (Uría & Menéndez) Núm. 15, Septiembre 2006. Disponible en http://vlex.com/source/actualidad-ur-a-78/issue_nbr/#15

GRACIANO REGALADO, Juan Carlos. "PROPIEDAD INTELECTUAL, SUBSECTOR MUSICA E INTERNET: PROBLEMAS ACTUALES Y ALGUNAS CONSIDERACIONES DE FUTURO" Diario La Ley, Sección Doctrina, 2 de Julio de 2009

GRAMUNT FOMBUENA, M^a Dolores. "EL REGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACION" dentro de Societax & lex N^o 8 de junio de 2002. Disponible en: <http://vlex.com/vid/responsabilidad-prestadores-servicios-sociedad-176540>

ISAKSSON, Nicolás y Otros. "LA PROBLEMÁTICA DE LOS DERECHOS DE AUTOR EN INTERNET Y LAS NUEVAS TECNOLOGIAS" en Revista de Derecho Informático N^o 071- junio 2004

JARAMILLO MEJIA, Andrés. “DESAFORTUNADO FALLA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA: Una inadecuada interpretación del sistema de limitaciones y excepciones al derecho de autor” dentro de la Página Web del Observatorio Iberoamericano de Derecho de Autor. www.odai.org.

LASARTE ÁLVAREZ, Carlos. “COMUNICACIONES ELECTRONICAS PEER TO PEER (P2P) VERSUS DERECHO DE AUTOR”. dentro del Diario La Ley N°6951, Sección Doctrina, 22 Mayo, 2008. Ed. La Ley.

LOPEZ JIMENÉZ, David. “PRACTICAS PUBLICITARIAS ELECTRONICAS EVENTUALMENTE VULNERADORAS DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL” dentro de La Notaría Núm. 59-60 de Noviembre de 2008. Disponible en: <http://vlex.com/vid/publicitarias-nicas-eventualmente-vulneradoras-56688252>

LÓPEZ-MONÍS GALLEGO, Mónica. “ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA NUEVA LEY DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACION Y DE COMERCIO ELECTRONICO” dentro de Derecho de Internet. (COOR: MATEUS ROS, Rafael) Cizur Menor (Navarra) Thompson.

LÓPEZ SÁNCHEZ, Cristina. “REGIMEN JURIDICO DEL DERECHO DE TRANSFORMACIÓN.” Sección Sumario. La Transformación de la Obra Intelectual. Julio 2008. <http://vlex.com/vid/39450390>

M.Y. TOLSADA/M.A. RODRÍGUEZ. “LAS REDES P2P Y LA RESPONSABILIDAD DE LOS SUBEN Y DE LOS QUE BAJAN OBRAS PROTEGIDAS” dentro del Boletín de Propiedad Intelectual, Industrial, Nuevas Tecnologías y Medios de Comunicación. núm. 13 nov. 2007. en: <http://vlex.com/vid/redes-p2p-suben-bajan-obras-protegidas-454097>

MÁRQUEZ LOBILLO, Patricia. "LOS SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACION" Sección Sumario en Empresario y Profesionales en la Sociedad de la Información. Ed. Edersa. 2007. Disponible en <http://vlex.com/vid/servicios-sociedad-informacion-344759>

MARQUEZ LOBILLO, Patricia "DEBER DE COLABORACION CON LA AUTORIDAD COMPETENTE EN LA SUSPENSIÓN DE SERVICIOS Y RETIRADA DE CONTENIDO (artículos 8 y 11 LSSICE)" dentro de la "*Revista de Contratación Electrónica Nº 88*" Diciembre de 2007, <http://vlex.com/vid/38232506>

MARTIN VILLAREJO, Abel. "EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL EN EL AMBITO DE LAS NUEVAS TECNOLOGIAS" dentro de la obra Nuevas Tecnologías y Propiedad Intelectual de la Colección de Propiedad Intelectual. (Coord... Carlos ROGEL VIDE) Ed. Reus. Madrid 1999

MARTINEZ BARBIERI, Mónica Susana. "RESPONSABILIDAD DE LOS OPERADORES DE LA RED QUE EN SU INTERACCION PRODUCEN DAÑOS". Alfa-Redi: Revista De Derecho Informático .Disponible en: <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=1003>

MARTINEZ RAVE, Gilberto. "LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL EN COLOMBIA. Aspectos Sustanciales y Procesales" Biblioteca Jurídica Dike. Bogotá 1996

MASSAGUER, José. "EL DERECHO DE AUTOR EN LA INFORMATICA" [vlex Bases de datos de información jurídica, base de datos en línea]. España: Marcial Pons, 1999. [Septiembre 2 de 2009] Disponible en: <http://vlex.com/vid/derecho-autor-informatica-262848>

MAZEAUD, Henri y León. "COMPENDIO DEL TRATADO TEORICO Y PRACTICO DE LA REPOSABILIDAD CIVIL DELICTUAL Y CONTRACTUAL" Ed. Colmex. Tomo I, México

MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús Alberto. "LA PROTECCION JURIDICA DEL FABRICANTE DE BASES DE DATOS: Derecho Sui Generis y Competencia Desleal" Dykinson, 2006

MONROY RODRIGUEZ, Juan Carlos. "ESTUDIO SOBRE LAS LIMITACIONES O EXCEPCIONES AL DERECHO DE AUTOR Y LOS DERECHOS CONEXOS EN BENEFICIO DE LAS ACTIVIDADES EDUCATIVAS Y DE INVESTIGACION EN AMERICA LATINA Y EL CARIBE" documento preparado para la decimonovena sesión del Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos conexos

MORALES GARCIA, Oscar. "CRITERIOS DE ATRIBUCION DE RESPONSABILIDAD PENAL A LOS PRESTADORES DE SERVICIOS E INTERMEDIARIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACION" en *Derecho y Proceso Pena Nº 8. Contenidos Ilícitos y Responsabilidad de los Prestadores de servicios de Internet. Navarra 2002.*

MORO ALMARAZ, María Jesús. "SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACION Y SUJETOS INTERVINIENTES" en la obra Autores, consumidores y comercio Electrónico (Dir. María Jesús, MORO ALMARAZ) Editorial Colex 2004.

NAVAS NAVARRO, Susana. "EL DERECHO DE AUTOR EN LA UNION EUROPEA". Anuario de Derecho Civil - Núm. LVIII-3, Julio 2005 disponible en http://vlex.com/source/anuario-derecho-civil-1714/issue_nbr/#LVIII-3

NAVAS NAVARRO, Susana. "UTILIZACION DE TRABAJOS Y ARTICULOS PRONUNCIADOS EN PUBLICO O DIFUNDIDOS POR LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN SOCIAL, AUTORIZACIONES Y REMUNERACIÓN" dentro de Colección de Propiedad Intelectual. Los Límites del Derecho de Autor (Coord. ROGEL VIDE, Carlos) Ed. Reus. Madrid 2006

O'CALLAGHAN, Xavier. "PROPIEDAD INTELECTUAL" en *Compendio de Derecho Civil- Compendio de Derecho civil tomo 3 (Derechos reales e hipotecario)*. Edersa. 2004.

ORTEGA DÍAZ, Juan Francisco. "SITIO WEB Y ENLACES EN INTERNET. Una reflexión desde el ámbito de la propiedad intelectual" dentro de Revista de Contratación Electrónica núm. 35, Febrero de 2003. Disponible en: <http://vlex.com/vid/sitio-web-enlaces-reflexion-intelectual-181643>

ORTEGA DÍAZ, Juan Francisco. "LOS ENLACES EN INTERNET. Propiedad Intelectual e Industrial y Responsabilidad de los Prestadores" Ed. Thomson Aranzadi Navarra 2006

ORTEGA DIAZ, Juan Francisco. "MEDIDAS TECNOLOGICAS Y DERECHOS DE AUTOR" dentro de Revista de Contratación Electrónica núm. 95 Julio 2008. Disponible en: <http://vlex.com/vid/medidas-tecnologicas-derechos-autor-42464795>

ORTS BERENQUER, Enrique y Otra. "DELITOS CONTRA LA INTIMIDAD, UTILIZACION FRAUDULENTE DE TARJETAD DE CREDITO Y FALSEDAD EN DOCUMENTO ELECTRONICO" en *Incorporación de las Nuevas Tecnologías en el comercio: Aspectos Legales*. (Director Enrique San Juan Muñoz) Consejo General del poder Judicial. Madrid 2006.

OSSA ROJAS, Claudio Patricio. "EL FENÓMENO DEL MP3 Y EL CASO NAPSTER" dentro de Revista Electrónica de Derecho Informático. núm. 32 Marzo 2001. <http://vlex.com/vid/fenomeno-caso-napster-107872>

OSORIO SERRANO, Juan Miguel. COMENTARIOS AL CODIGO CIVIL - Tomo V, Vol. 4º-B: Artículos 428 y 429 DEL CODIGO CIVIL Y LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL . España: Edersa, 1995. <http://vlex.com/compilation/230845>

PABÓN CADAVID, Jhonny Antonio. "HIPERTEXTO, LINKS Y DERECHO DE AUTOR" dentro de Revista de Derecho Informático Nº 098 Ed. Alfa-Redi. Septiembre del 2006.

PALMA HERRERA, José Manuel. "LAS REDES P2P DE INTERCAMBIO DE ARCHIVOS DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO PENAL" dentro de la obra Estudios Penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal. Ed. Dykinson. 2006. <http://vlex.com/vid/redes-intercambio-archivos-perspectiva-322132>

PEGUERA POCH, Miquel. "LA EXENCION DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR CONTENIDOS AJENOS EN INTERNET" dentro de la obra Contenidos Ilícitos y Responsabilidad de los Prestadores de Servicios de Internet, que hace parte de la Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal Nº 8. Ed. Aranzadi. Navarra 2002.

PEGUERA POCH, Miquel. "LA EXCLUSION DE RESPONSABILIDAD DE LOS INTERMEDIARIOS EN INTERNET" dentro de la obra Derecho de la Sociedad de la Información. (DIR: CAVANILLAS MÚGICA, Santiago) Ed. Comares. Granada 2007

PEINADO GRACIA, Juan Ignacio y otro. "PRESS CLIPPING: competencia Desleal y Propiedad Intelectual" dentro de la Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución. N° 2, Sección Estudios, Enero- Junio 2008. Ed. La Ley

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel. "DERECHOS REALES.DERECHOS HIPOTECARIOS" Centro de Estudios Registrales Madrid 1999.

PÉREZ GALLARDO, Leonardo. EL NECESARIO AJUSTE ENTRE LOS LÍMITES A LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y LA PROTECCIÓN DE LAS MEDIDAS TECNOLÓGICAS" Opinión Jurídica N° 12. Universidad de Medellín

PEREZ PEREIRA, María. "LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACION: Cuestiones generales" dentro de la revista de la Contratación Electrónica núm. 89. Enero de 2008. disponible en: <http://vlex.com/vid/prestadores-sociedad-cuestiones-generales-38317522>

PÉREZ-GÓMEZ CASTÁN, Antonio. "PANORÁMICA GENERAL DE LA CITA COMO LÍMITE AL DERECHO DE AUTOR EN INTERNET" dentro de la Colección de Propiedad Intelectual. Los Límites del Derecho de Autor. (Coord. ROGEL VIDE, Carlos) Ed. Reus. Madrid 2006.

PLATA LÓPEZ, Luis Carlos. "INTRODUCCION AL ANALISIS ECONOMICO DE LOS DERECHOS DE AUTOR" dentro de la Revista de Derecho N°28. Universidad de Barranquilla- Colombia. 2007.

PLAZA PENADÉS, Javier. "PROPIEDAD INTELECTUAL Y SOCIEDAD DE LA INFORMACION (Tratado OMPI, Directiva 2001/29/CE y Responsabilidad Civil en la Red)" Aranzadi. Navarra 2002.

PLAZA PENADES, Javier. "LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS INTERMEDIARIOS EN INTERNET" En la obra Principios del Derecho de Internet. 2ª Edición. (DIR. GARCIA MEXÍA, Pablo) Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia 2005.

PLAZA PENADÉS, Javier. "LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN INTERNET (SU REGULACION EN EL DERECHO COMUNITARIO Y SU PREVISIBLE INCORPORACION AL DERECHO ESPAÑOL) dentro del Diario la Ley Sección Doctrina La Ley 20177/2001

PORCUNA DE LA ROSA, Fidel "A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL JUZGADO DE LO PENAL NÚM. 1. DE LOGROÑO QUE CONDENA A UN ADMINISTRADOR DE UN SITIO DE ENLACES A REDES P2P POR INFRACCIÓN DE DERECHOS DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL" dentro de diario La Ley. Sección Doctrina, 19 de junio de 2009.

PRENAFETA RODRIGUEZ, Javier "CONTRATO DE HOSTING. UNA VISION GENERAL ACERCA DE LAS PRINCIPALES CUESTIONES QUE CONVIENE TENER EN CUENTA AL NEGOCIAR ESTE TIPO DE CONTRATOS" dentro de Revista Electrónica de Derecho Informático núm. 41, Diciembre de 2001. Disponible en <http://vlex.com/vid/hosting-acerca-principales-conviene-119702>

PRENAFETA RODRIGUEZ, Javier. "NUEVAS FORMAS DE EXPLOTACION DE CONTENIDOS EN INTERNET. Del Copyright al Copyleft" disponible en www.njbosch.com

PRIETO ANDRÉS, Antonio. "LOS RIESGOS JURIDICOS DE LA UTILIZACION DE LINKS EN UN SITIO WEB". Revista Electrónica de Derecho Informático. Núm. 42, Enero 2002. <http://vlex.com/vid/juridicos-utilizacion-links-sitio-web-122759>

REYES SANCHEZ, Leria. "CONTRATO DE HOSPEDAJE EN PAGINA WEB: Estructura Contractual Básica y la Protección de los Usuarios" Revista de Comercio Electrónico. N° 61. 2005.

RICARDO AYERBE, María Cecilia. "MEDIDAS TECNOLÓGICAS DE PROTECCIÓN DE DERECHOS DE AUTOR EN EL ENTORNO DIGITAL A LA LUZ DE LA REALIDAD COLOMBIANA" Bogotá, 2004. Tesis de Grado, Pontifica Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas.

RIBAS, Javier. "CONSECUENCIA NEGATIVA DE LA CACHE". En *Circulares Landwell (2002) disponible en: <http://vlex.com/vid/consecuencias-negativas-cache-141952>*

RIBERA BLANES, Begoña. "EL CANON DIGITAL" dentro de Diario La Ley. Sección Tribuna, 25 de Abril de 2008.

RICKETSON, Sam "ESTUDIO SOBRE LAS LIMITACIONES Y EXCEPCIONES RELATIVAS AL DERECHO DE AUTOR Y A LOS DERECHOS CONEXOS EN EL ENTORNO DIGITAL" Documento preparado dentro del Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos. Novena Sesión. Ginebra, 23 2 27 de junio de 2003. Disponible en Página Web de le OMPI

RIVEROS LARA, Juan Pablo. "DERECHO DE AUTOR EN COLOMBIA" Bogotá, Colombia. Editorial Hojas e Ideas. 1995.

ROBERTO SOBRINO, Waldo Augusto. "RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS PROVEEDORAS DE SERVICIOS DE INTERNET (INFORMATION PROVIDERS) dentro de Revista Electrónica de Derecho Informático. Núm. 25 Agosto 2000 disponible en www.alfa-redi.org

RODRIGUEZ ANDRÉS, Miguel Ángel LOS DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN LA CIRCULAR 2/2006, DE 5 DE MAYO, DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO SOBRE DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL” dentro de “ La Ley Penal N° 34” Sección Estudios, Enero de 2007.

RODRÍGUEZ PARDO, Julián. “EL DERECHO DE AUTOR EN LA OBRA MULTIMEDIA” Dykinson 2003. Bases de datos vlex. Disponible en: <http://vlex.com/vid/aproximacion-obra-multimedia-181506>

RODRIGUEZ TAPIA, José Miguel. LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL: TRAS LAS REFORMAS EFECTUADAS POR LA LEY 19/2006, de 7 de julio .Navarra: Ed. Aranzadi, S.A. 2006

RODRIGUEZ TURRIAGO, Omar. “APROXIMACION A LA PROBLEMÁTICA DE LOS DERECHOS DE AUTOR EN INTERNET.” Revista de Derecho Privado N° 26. Agosto de 2001. Universidad de los Andes, Facultad de Derecho. Bogotá.

ROGEL VIDE, Carlos. “NOTAS SOBRE EL DERECHO DE CITA DE OBRAS LITERARIAS O ARTISTICAS” dentro de Diario la Ley Tomo 4, Editorial La Ley

ROLERO, Graciela Lilian. “VII CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO DE DAÑOS, RESPONSABILIDADES EN EL SIGLO XXI” Ponencia No. 37. (Online). Asociación de Abogados de Buenos Aires, 1998/2001. Disponible en www.robertexto.com/archivo11/responsab_internet.

ROMÁN PÉREZ, Raquel de “NATURALEZA JURIDICA DEL DERECHO DE AUTOR” dentro de Propiedad Intelectual, Derechos Fundamentales y Propiedad Industrial (COOR. IGLESIAS REBOLLO, César) Colección de Propiedad Intelectual. Madrid 2005.

ROMERO, Pablo “UN JUEZ CONSIDERA QUE EL P2P EN SÍ NO VULNERA LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL” En: periódico elmundo.es 2009. [Consultado el 12 de octubre de 2009] Disponible en: <http://www.elmundo.es/elmundo/2009/07/07/navegante/1246959096.html>

ROSELLÓ MALLOL, Víctor. “CONSIDERACIONES LEGALES PRESTADORES DE SERVICIOS DE INTERNET- INTERMEDIARIOS” dentro de Revista de Derecho Vlex. Núm. 28, Junio de 2005. <http://vlex.com/vid/consideraciones-prestadores-intermediarios-256526>

RUBIO TORRES, Felipe. “PERSPECTIVA Y CONFLICTOS EN LA PROTECCION DE LAS BASES DE DATOS” dentro de la obra Comercio Electrónico, Grupo de estudios en Internet, comercio electrónico & telecomunicaciones e informática. Universidad de los Andes Ed. Legis Bogotá 2005

RUIZ MUÑOZ, Miguel. “SOBRE PROPIEDAD INDUSTRIAL Y EXCLUSION DE RESPONSABILIDAD DE LOS INTERMEDIARIOS EN INTERNET: Enlaces y Buscadores (a Propósito del Conflicto Judicial Francés Louis Vuitton Malletier v. Google) dentro de Revista de Contratación Electrónica. Núm. 99. Diciembre 2008 disponible en: <http://vlex.com/vid/buscadores-louis-vuitton-malletier-52035271>

SANCHEZ ALMEYDA, Carlos. "INTERNET Y CULTURA LIBRE: MANUAL DE USO (O CÓMO ACABAR DE UNA VEZ POR TODAS CON EL P2P)" disponible en <http://www.bufetalmeida.com>

SANCHEZ ALMEIDA, Carlos. "LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN INTERNET (II)" dentro de Ciencia y Tecnología. La Insignia. Tercera República, España, Marzo de 2005. Disponible en: http://www.lainsignia.org/2005/marzo/cyt_002.htm

SANTOS BALLESTEROS, Jorge. "LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN SOCIAL" dentro de Revista Universitas N° 64, 1984

SERRANO GÓMEZ, Eduardo. "LA COPIA PRIVADA EN LA REFORMA DE LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL" dentro de Diario La Ley N° 6493. 30 Mayo, 2006. La Ley 1424/2006.

SIRINELLI, Pierre. "EXCEPCIONES Y LIMITACIONES AL DERECHO DE AUTOR Y LOS DERECHOS CONEXOS." dentro del Taller Sobre Cuestiones de Aplicación del Tratado de la OMPI Sobre Derecho de Autor (WCT) y el Tratado de la OMPI Sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT). Ginebra, 6 y 7 de diciembre de 1999. Disponible en la página Web de la OMPI.

TAMAYO LOMBANA, Javier. "DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL" Ed. Temis. Bogotá 1986

TASENDE CALVO, Julio. "LOS DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL. Tipicidad y Doctrina Legal" dentro de Actualidad Penal Nº 24, Sección Doctrina, Semana del 9 al 15 de junio. 2003. La Ley 1023/2002.

TATO PLAZA, Anxo. "PUBLICIDAD Y COMUNICACIONES COMERCIALES. Aspectos Jurídicos de la Publicidad y de las Comunicaciones Comerciales en Internet. Dentro de la obra *Comercio Electrónico en Internet*. (Director. GOMEZ SEGADÉ, José Antonio). Marcia Pons. Madrid- Barcelona. 2001

TOBÍO RIVAS, Ana. ANÁLISIS DE LA MODIFICACION DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL: Ley 23/2006, de 7 de julio. Derecho de los Negocios, Nº 192, Sección Competencia, Propiedad Industrial e Intelectual, Septiembre 2006, Ed. La Ley

TOURNÉ ALEGRE, José Manuel. "PROPIEDAD INTELECTUAL EN LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN". Diario La Ley. Nº. 4 Sección Temas de Hoy, 14 Dic. 2006.

URÍA & MENÉNDEZ, Abogados de los Departamentos de Derecho Público y Procesal. Ilícitos Civiles Y Penales Contra La Propiedad Intelectual En El Ámbito De Internet. España: Dikiston, Núm. 17, Mayo 2007

VALERO FERNANDEZ DE PALENCIA, Ana. "SOBRE LA RESPONSABILIDAD POR "COPIA PRIVADA" dentro de la obra Modalidades de Responsabilidad Jurídica: deber y Obligación. (Coord. HOYO SIERRA, Isabel Araceli y otro) Dykinson. 2008. Disponible en: <http://vlex.com/vid/responsabilidad-copia-privada-digital-55001697>

VALLEPUGA GONZALEZ, Paula. “RESPONSABILIDAD DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACION” dentro de la Revista Electrónica De Derecho Informático No. 033 – Abril del 2001. Disponible en: <http://vlex.com/vid/responsabilidad-prestadores-servicios-sociedad-107885>

VATTIER FUENZALIDA, Carlos “LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL EN EL COMERCIO ELECTRONICO” en *Revista de Contratación Electrónica Nº 18 de Agosto de 2001.*

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos. “DERECHOS REALES. BIENES, DOMINIO, POSESIÓN, SERVIDUMBRES, USUSFRUCTO, USO Y HABITACIÓN” Editorial vLex, 2008. Disponible en: <http://vlex.com/vid/propiedad-intelectual-40340464>

VEGA VEGA, José Antonio. “DERECHO DE AUTOR” en la Colección de Propiedad Intelectual. (Director ROGEL VIDE, Carlos.) Editorial Tecnos S.A. Madrid 1990

VEGA VEGA, Antonio. “PROTECCION DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL” dentro de la Colección de Propiedad Intelectual. (Director ROGEL VIDE, Carlos) Ed. Reus Madrid 2002.

VEGA VEGA, José Antonio “NUEVAS TECNOLOGIAS Y LA PROTECCION DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL” dentro de la obra Colección de Propiedad Intelectual. Nuevas Tecnologías y Protección de la Propiedad Intelectual. (DIR. ROGEL VIDE, Carlos) Madrid 1999.

VELEIRO REBOREDO, Belén. "PROTECCION DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL Y SOCIEDAD DE LA INFORMACION" dentro de Boletín Oficial del Estado 2008. Disponible en: <http://vlex.com/vid/n-normativa-datos-car-aacute-personal-41421372>

VERA SANTOS, José Manuel "PARTE SEGUNDA: EL DERECHO DEL GOBIERNO ELECTRONICO. Capítulo I Derechos Fundamentales, Internet y Nuevas Tecnologías de La Información y de la Comunicación" en *Principios de Derecho de Internet*. (DIR. GARCIA MEXIA, Pablo) 2 Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2005.

VILLALBA DÍAZ, Federico Andrés." ALGUNOS ASPECTOS SOBRE LOS DERECHOS DE AUTOR EN INTERNET" dentro de Revista Electrónica de Derecho Informático Nº 31, Febrero 2001. Disponible en: <http://vlex.com/vid/aspectos-derechos-autor-internet-107855>

VILLAR URIBARRI, José Manuel. "EL REGIMEN JURIDICO DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACION" dentro de la obra Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico. (COOR. MATEU DE ROS, Rafael) Ed. Thomson Aranzadi. Navarra 2003.

ANEXOS

DECISION 351

Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos

LA COMISION DEL ACUERDO DE CARTAGENA,

VISTOS: El Artículo 30 del Acuerdo de Cartagena y la Propuesta 261 de la Junta;

DECIDE:

Aprobar el siguiente:

REGIMEN COMUN SOBRE DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS

CAPITULO I

DEL ALCANCE DE LA PROTECCION

ARTICULO 1.- Las disposiciones de la presente Decisión tienen por finalidad reconocer una adecuada y efectiva protección a los autores y demás titulares de derechos, sobre las obras del ingenio, en el campo literario, artístico o científico, cualquiera que sea el género o forma de expresión y sin importar el mérito literario o artístico ni su destino.

Asimismo, se protegen los Derechos Conexos a que hace referencia el Capítulo X de la presente Decisión.

ARTICULO 2.- Cada País Miembro concederá a los nacionales de otro país, una protección no menos favorable que la reconocida a sus propios nacionales en materia de Derecho de Autor y Derechos Conexos.

ARTÍCULO 3.- A los efectos de esta Decisión se entiende por:

- **Autor:** Persona física que realiza la creación intelectual.
- **Artista intérprete o ejecutante:** Persona que representa, canta, lee, recita, interpreta o ejecuta en cualquier forma una obra.
- **Autoridad Nacional Competente:** Órgano designado al efecto, por la legislación nacional sobre la materia.
- **Copia o ejemplar:** Soporte material que contiene la obra, como resultado de un acto de reproducción.
- **Derechohabiente:** Persona natural o jurídica a quien por cualquier título se transmiten derechos reconocidos en la presente Decisión.
- **Distribución al público:** Puesta a disposición del público del original o copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma.
- **Divulgación:** Hacer accesible la obra al público por cualquier medio o procedimiento.

- **Emisión:** Difusión a distancia de sonidos o de imágenes y sonidos para su recepción por el público.

- **Fijación:** Incorporación de signos, sonidos o imágenes sobre una base material que permita su percepción, reproducción o comunicación.

- **Fonograma:** Toda fijación exclusivamente sonora de los sonidos de una representación o ejecución o de otros sonidos. Las grabaciones gramofónicas y magnetofónicas se consideran copias de fonogramas.

- **Grabación Efímera:** Fijación sonora o audiovisual de una representación o ejecución o de una emisión de radiodifusión, realizada por un período transitorio por un organismo de radiodifusión, utilizando sus propios medios, y empleada en sus propias emisiones de radiodifusión.

- **Obra:** Toda creación intelectual original de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma.

- **Obra audiovisual:** Toda creación expresada mediante una serie de imágenes asociadas, con o sin sonorización incorporada, que esté destinada esencialmente a ser mostrada a través de aparatos de proyección o cualquier otro medio de comunicación de la imagen y de sonido, independientemente de las características del soporte material que la contiene.

- **Obra de arte aplicado:** Creación artística con funciones utilitarias o incorporada en un artículo útil, ya sea una obra de artesanía o producida en escala industrial.

- **Obra Plástica o de bellas artes:** Creación artística cuya finalidad apela al sentido estético de la persona que la contempla, como las pinturas, dibujos, grabados y litografías. No quedan comprendidas en la definición, a los efectos de la presente Decisión, las fotografías, las obras arquitectónicas y las audiovisuales.

- **Oficina Nacional Competente:** Órgano administrativo encargado de la protección y aplicación del Derecho de Autor y Derechos Conexos.

- **Organismo de radiodifusión:** Empresa de radio o televisión que transmite programas al público.

- **Productor:** Persona natural o jurídica que tiene la iniciativa, la coordinación y la responsabilidad en la producción de la obra, por ejemplo, de la obra audiovisual o del programa de ordenador.

- **Productor de fonogramas:** Persona natural o jurídica bajo cuya iniciativa, responsabilidad y coordinación, se fijan por primera vez los sonidos de una ejecución u otros sonidos.

- **Programa de ordenador (Software):** Expresión de un conjunto de instrucciones mediante palabras, códigos, planes o en cualquier otra forma que, al ser incorporadas en un dispositivo de lectura automatizada, es capaz de hacer que un ordenador -un aparato electrónico o similar capaz de elaborar informaciones-, ejecute determinada tarea u obtenga determinado resultado. El programa de ordenador comprende también la documentación técnica y los manuales de uso.

- **Publicación:** Producción de ejemplares puestos al alcance del público con el consentimiento del titular del respectivo derecho, siempre que la disponibilidad de tales

ejemplares permita satisfacer las necesidades razonables del público, teniendo en cuenta la naturaleza de la obra.

- **Retransmisión:** Reemisión de una señal o de un programa recibido de otra fuente, efectuada por difusión inalámbrica de signos, sonidos o imágenes, o mediante hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo.

- **Titularidad:** Calidad del titular de derechos reconocidos por la presente Decisión.

- **Usos honrados:** Los que no interfieren con la explotación normal de la obra ni causan un perjuicio irrazonable a los intereses legítimos del autor.

- **Uso personal:** Reproducción u otra forma de utilización, de la obra de otra persona, en un solo ejemplar, exclusivamente para el propio uso de un individuo, en casos tales como la investigación y el esparcimiento personal.

CAPITULO II

DEL OBJETO DE LA PROTECCION

ARTÍCULO 4.- La protección reconocida por la presente Decisión recae sobre todas las obras literarias, artísticas y científicas que puedan reproducirse o divulgarse por cualquier forma o medio conocido o por conocer, y que incluye, entre otras, las siguientes:

- a) Las obras expresadas por escrito, es decir, los libros, folletos y cualquier tipo de obra expresada mediante letras, signos o marcas convencionales;
- b) Las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza;
- c) Las composiciones musicales con letra o sin ella;
- d) Las obras dramáticas y dramático-musicales;
- e) Las obras coreográficas y las pantomimas;
- f) Las obras cinematográficas y demás obras audiovisuales expresadas por cualquier procedimiento;
- g) Las obras de bellas artes, incluidos los dibujos, pinturas, esculturas, grabados y litografías;
- h) Las obras de arquitectura;
- i) Las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía;
- j) Las obras de arte aplicado;
- k) Las ilustraciones, mapas, croquis, planos, bosquejos y las obras plásticas relativas a la geografía, la topografía, la arquitectura o las ciencias;
- l) Los programas de ordenador;

II) Las antologías o compilaciones de obras diversas y las bases de datos, que por la selección o disposición de las materias constituyan creaciones personales.

ARTICULO 5.- Sin perjuicio de los derechos del autor de la obra preexistente y de su previa autorización, son obras del ingenio distintas de la original, las traducciones, adaptaciones, transformaciones o arreglos de otras obras.

ARTICULO 6.- Los derechos reconocidos por la presente Decisión son independientes de la propiedad del objeto material en el cual esté incorporada la obra.

ARTICULO 7.- Queda protegida exclusivamente la forma mediante la cual las ideas del autor son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas a las obras.

No son objeto de protección las ideas contenidas en las obras literarias y artísticas, o el contenido ideológico o técnico de las obras científicas, ni su aprovechamiento industrial o comercial.

CAPITULO III

DE LOS TITULARES DE DERECHOS

ARTICULO 8.- Se presume autor, salvo prueba en contrario, la persona cuyo nombre, seudónimo u otro signo que la identifique, aparezca indicado en la obra.

ARTICULO 9.- Una persona natural o jurídica, distinta del autor, podrá ostentar la titularidad de los derechos patrimoniales sobre la obra de conformidad con lo dispuesto por las legislaciones internas de los Países Miembros.

ARTICULO 10.- Las personas naturales o jurídicas ejercen la titularidad originaria o derivada, de conformidad con la legislación nacional, de los derechos patrimoniales de las obras creadas por su encargo o bajo relación laboral, salvo prueba en contrario.

CAPITULO IV

DEL DERECHO MORAL

ARTÍCULO 11.- El autor tiene el derecho inalienable, inembargable, imprescriptible e irrenunciable de:

- a) Conservar la obra inédita o divulgarla;
- b) Reivindicar la paternidad de la obra en cualquier momento; y,
- c) Oponerse a toda deformación, mutilación o modificación que atente contra el decoro de la obra o la reputación del autor.

A la muerte del autor, el ejercicio de los derechos morales corresponderá a sus derechohabientes, por el plazo a que se refiere el Capítulo VI de la presente Decisión. Una vez extinguido el derecho patrimonial, el Estado u otras instituciones designadas, asumirán la defensa de la paternidad del autor y de la integridad de su obra.

ARTICULO 12.- Las legislaciones internas de los Países Miembros podrán reconocer otros derechos de orden moral.

CAPITULO V

DE LOS DERECHOS PATRIMONIALES

ARTÍCULO 13.- El autor o, en su caso, sus derechohabientes, tienen el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir:

- a) La reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento;
- b) La comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes;
- c) La distribución pública de ejemplares o copias de la obra mediante la venta, arrendamiento o alquiler;
- d) La importación al territorio de cualquier País Miembro de copias hechas sin autorización del titular del derecho;
- e) La traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra.

ARTICULO 14.- Se entiende por reproducción, la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación o la obtención de copias de toda o parte de ella, por cualquier medio o procedimiento.

ARTICULO 15.- Se entiende por comunicación pública, todo acto por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas, y en especial las siguientes:

- a) Las representaciones escénicas, recitales, disertaciones y ejecuciones públicas de las obras dramáticas, dramático-musicales, literarias y musicales, mediante cualquier medio o procedimiento;
- b) La proyección o exhibición pública de las obras cinematográficas y de las demás obras audiovisuales;
- c) La emisión de cualesquiera obras por radiodifusión o por cualquier otro medio que sirva para la difusión inalámbrica de signos, sonidos o imágenes.

El concepto de emisión comprende, asimismo, la producción de señales desde una estación terrestre hacia un satélite de radiodifusión o de telecomunicación;

- d) La transmisión de obras al público por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo, sea o no mediante abono;
- e) La retransmisión, por cualquiera de los medios citados en los literales anteriores y por una entidad emisora distinta de la de origen, de la obra radiodifundida o televisada;
- f) La emisión o transmisión, en lugar accesible al público mediante cualquier instrumento idóneo, de la obra difundida por radio o televisión;

g) La exposición pública de obras de arte o sus reproducciones;

h) El acceso público a bases de datos de ordenador por medio de telecomunicación, cuando éstas incorporen o constituyan obras protegidas; e,

i) En general, la difusión, por cualquier procedimiento conocido o por conocerse, de los signos, las palabras, los sonidos o las imágenes.

ARTICULO 16.- Los autores de obras de arte y, a su muerte, sus derechohabientes, tienen el derecho inalienable de obtener una participación en las sucesivas ventas que se realicen sobre la obra, en subasta pública o por intermedio de un negociante profesional en obras de arte. Los Países Miembros reglamentarán este derecho.

ARTICULO 17.- Las legislaciones internas de los Países Miembros podrán reconocer otros derechos de carácter patrimonial.

CAPITULO VI

DE LA DURACION DE LA PROTECCION

ARTICULO 18.- Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59, la duración de la protección de los derechos reconocidos en la presente Decisión, no será inferior a la vida del autor y cincuenta años después de su muerte.

Cuando la titularidad de los derechos corresponda a una persona jurídica, el plazo de protección no será inferior a cincuenta años contados a partir de la realización, divulgación o publicación de la obra, según el caso.

ARTÍCULO 19.- Los Países Miembros podrán establecer, de conformidad con el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, que el plazo de protección, para determinadas obras, se cuente a partir de la fecha de su realización, divulgación o publicación.

ARTICULO 20.- El plazo de protección se contará a partir del primero de enero del año siguiente al de la muerte del autor o al de la realización, divulgación o publicación de la obra, según proceda.

CAPITULO VII

DE LAS LIMITACIONES Y EXCEPCIONES

ARTICULO 21.- Las limitaciones y excepciones al Derecho de Autor que se establezcan mediante las legislaciones internas de los Países Miembros, se circunscribirán a aquellos casos que no atenten contra la normal explotación de las obras o no causen perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular o titulares de los derechos.

ARTICULO 22.- Sin perjuicio de lo dispuesto en el Capítulo V y en el artículo anterior, será lícito realizar, sin la autorización del autor y sin el pago de remuneración alguna, los siguientes actos:

a) Citar en una obra, otras obras publicadas, siempre que se indique la fuente y el nombre del autor, a condición que tales citas se hagan conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga;

b) Reproducir por medios reprográficos para la enseñanza o para la realización de exámenes en instituciones educativas, en la medida justificada por el fin que se persiga, artículos lícitamente publicados en periódicos o colecciones periódicas, o breves extractos de obras lícitamente publicadas, a condición que tal utilización se haga conforme a los usos honrados y que la misma no sea objeto de venta u otra transacción a título oneroso, ni tenga directa o indirectamente fines de lucro;

c) Reproducir en forma individual, una obra por una biblioteca o archivo cuyas actividades no tengan directa ni indirectamente fines de lucro, cuando el ejemplar respectivo se encuentre en la colección permanente de la biblioteca o archivo, y dicha reproducción se realice con los siguientes fines:

1) Preservar el ejemplar y sustituirlo en caso de extravío, destrucción o inutilización; o,

2) Sustituir, en la colección permanente de otra biblioteca o archivo, un ejemplar que se haya extraviado, destruido o inutilizado.

d) Reproducir una obra para actuaciones judiciales o administrativas, en la medida justificada por el fin que se persiga;

e) Reproducir y distribuir por la prensa o emitir por radiodifusión o transmisión pública por cable, artículos de actualidad, de discusión económica, política o religiosa publicados en periódicos o colecciones periódicas, u obras radiodifundidas que tengan el mismo carácter, en los casos en que la reproducción, la radiodifusión o la transmisión pública no se hayan reservado expresamente;

f) Reproducir y poner al alcance del público, con ocasión de las informaciones relativas a acontecimientos de actualidad por medio de la fotografía, la cinematografía o por la radiodifusión o transmisión pública por cable, obras vistas u oídas en el curso de tales acontecimientos, en la medida justificada por el fin de la información;

g) Reproducir por la prensa, la radiodifusión o la transmisión pública, discursos políticos, así como disertaciones, alocuciones, sermones, discursos pronunciados durante actuaciones judiciales u otras obras de carácter similar pronunciadas en público, con fines de información sobre los hechos de actualidad, en la medida en que lo justifiquen los fines perseguidos, y conservando los autores sus derechos a la publicación de colecciones de tales obras;

h) Realizar la reproducción, emisión por radiodifusión o transmisión pública por cable, de la imagen de una obra arquitectónica, de una obra de las bellas artes, de una obra fotográfica o de una obra de artes aplicadas, que se encuentre situada en forma permanente en un lugar abierto al público;

i) La realización, por parte de los organismos de radiodifusión, de grabaciones efímeras mediante sus propios equipos y para su utilización en sus propias emisiones de radiodifusión, de una obra sobre la cual tengan el derecho para radiodifundirla. El organismo de radiodifusión estará obligado a destruir tal grabación en el plazo o condiciones previstas en cada legislación nacional;

j) Realizar la representación o ejecución de una obra en el curso de las actividades de una institución de enseñanza por el personal y los estudiantes de tal institución, siempre que no se cobre por la entrada ni tenga algún fin lucrativo directo o indirecto, y el público esté compuesto exclusivamente por el personal y estudiantes de la institución o padres o tutores de alumnos y otras personas directamente vinculadas con las actividades de la institución;

k) La realización de una transmisión o retransmisión, por parte de un organismo de radiodifusión, de una obra originalmente radiodifundida por él, siempre que tal retransmisión o transmisión pública, sea simultánea con la radiodifusión original y que la obra se emita por radiodifusión o se transmita públicamente sin alteraciones.

CAPITULO VIII

DE LOS PROGRAMAS DE ORDENADOR Y BASES DE DATOS

ARTICULO 23.- Los programas de ordenador se protegen en los mismos términos que las obras literarias. Dicha protección se extiende tanto a los programas operativos como a los programas aplicativos, ya sea en forma de código fuente o código objeto.

En estos casos, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 6 bis del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, referente a los derechos morales.

Sin perjuicio de ello, los autores o titulares de los programas de ordenador podrán autorizar las modificaciones necesarias para la correcta utilización de los programas.

ARTÍCULO 24.- El propietario de un ejemplar del programa de ordenador de circulación lícita podrá realizar una copia o una adaptación de dicho programa, siempre y cuando:

a) Sea indispensable para la utilización del programa; o,

b) Sea con fines de archivo, es decir, destinada exclusivamente a sustituir la copia legítimamente adquirida, cuando ésta ya no pueda utilizarse por daño o pérdida.

ARTICULO 25.- La reproducción de un programa de ordenador, incluso para uso personal, exigirá la autorización del titular de los derechos, con excepción de la copia de seguridad.

ARTICULO 26.- No constituye reproducción ilegal de un programa de ordenador, la introducción del mismo en la memoria interna del respectivo aparato, para efectos de su exclusivo uso personal.

No será lícito, en consecuencia, el aprovechamiento del programa por varias personas, mediante la instalación de redes, estaciones de trabajo u otro procedimiento análogo, sin el consentimiento del titular de los derechos.

ARTICULO 27.- No constituye transformación, a los efectos previstos en la presente Decisión, la adaptación de un programa realizada por el usuario para su exclusiva utilización.

ARTICULO 28.- Las bases de datos son protegidas siempre que la selección o disposición de las materias constituyan una creación intelectual. La protección concedida no se hará extensiva a los datos o información compilados, pero no afectará los derechos que pudieran subsistir sobre las obras o materiales que la conforman.

CAPITULO IX

DE LA TRANSMISION Y CESION DE DERECHOS

ARTICULO 29.- El derecho de autor puede ser transmitido por sucesión de acuerdo a lo dispuesto en la legislación nacional aplicable.

ARTICULO 30.- Las disposiciones relativas a la cesión o concesión de derechos patrimoniales y a las licencias de uso de las obras protegidas, se regirán por lo previsto en las legislaciones internas de los Países Miembros.

ARTICULO 31.- Toda transferencia de los derechos patrimoniales, así como las autorizaciones o licencias de uso, se entenderán limitadas a las formas de explotación y demás modalidades pactadas expresamente en el contrato respectivo.

ARTICULO 32.- En ningún caso, las licencias legales u obligatorias previstas en las legislaciones internas de los Países Miembros, podrán exceder los límites permitidos por el Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas o por la Convención Universal sobre Derecho de Autor.

CAPITULO X

DE LOS DERECHOS CONEXOS

ARTICULO 33.- La protección prevista para los Derechos Conexos no afectará en modo alguno la protección del derecho de autor sobre las obras científicas, artísticas o literarias. En consecuencia, ninguna de las disposiciones contenidas en este Capítulo podrá interpretarse de manera tal que menoscabe dicha protección. En caso de conflicto, se estará siempre a lo que más favorezca al autor.

ARTÍCULO 34.- Los artistas intérpretes o ejecutantes tienen el derecho de autorizar o prohibir la comunicación al público en cualquier forma de sus interpretaciones y ejecuciones no fijadas, así como la fijación y la reproducción de sus interpretaciones o ejecuciones.

Sin embargo, los artistas intérpretes o ejecutantes no podrán oponerse a la comunicación pública de su interpretación o ejecución, cuando constituyan por sí mismas una ejecución radiodifundida o se hagan a partir de una fijación previamente autorizada.

ARTÍCULO 35.- Además de los derechos reconocidos en el artículo anterior, los artistas intérpretes tienen el derecho de:

- a) Exigir que su nombre figure o esté asociado a cada interpretación o ejecución que se realice; y,
- b) Oponerse a toda deformación, mutilación o cualquier otro atentado sobre su interpretación o ejecución que pueda lesionar su prestigio o reputación.

ARTICULO 36.- El término de protección de los derechos patrimoniales de los artistas intérpretes o ejecutantes, no podrá ser menor de cincuenta años, contado a partir del primero de enero del año siguiente a aquél en que tuvo lugar la interpretación o ejecución, o de su fijación, si éste fuere el caso.

ARTÍCULO 37.- Los productores de fonogramas tienen del derecho de:

- a) Autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta de sus fonogramas;
- b) Impedir la importación de copias del fonograma, hechas sin la autorización del titular;
- c) Autorizar o prohibir la distribución pública del original y de cada copia del mismo, mediante la venta, alquiler o cualquier otro medio de distribución al público; y,
- d) Percibir una remuneración por cada utilización del fonograma o copias del mismo con fines comerciales, la que podrá ser compartida con los artistas intérpretes o ejecutantes en los términos que establezcan las legislaciones internas de los Países Miembros.

ARTICULO 38.- El término de protección de los derechos de los productores de fonogramas, no podrá ser menor a cincuenta años, contado a partir del primero de enero del año siguiente al que se realizó la fijación.

ARTICULO 39.- Los organismos de radiodifusión gozan del derecho exclusivo de autorizar o prohibir:

- a) La retransmisión de sus emisiones por cualquier medio o procedimiento;
- b) La fijación de sus emisiones sobre una base material; y,
- c) La reproducción de una fijación de sus emisiones.

ARTICULO 40.- La emisión a que se refiere el artículo anterior, incluye la producción de señales portadoras de programas con destino a un satélite de radiodifusión o telecomunicación, y comprende la difusión al público por una entidad que emita o difunda emisiones de otras, recibidas a través de cualquiera de los mencionados satélites.

ARTICULO 41.- El término de protección de los derechos de los organismos de radiodifusión, no podrá ser menor a cincuenta años, contado a partir del primero de enero del año siguiente a aquél en que se haya realizado la emisión.

ARTICULO 42.- En los casos permitidos por la Convención de Roma para la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión, las legislaciones internas de los Países Miembros podrán establecer límites a los derechos reconocidos en el presente Capítulo.

CAPITULO XI

DE LA GESTION COLECTIVA

ARTICULO 43.- Las sociedades de gestión colectiva de Derecho de Autor y de Derechos Conexos, estarán sometidas a la inspección y vigilancia por parte del Estado, debiendo obtener de la oficina nacional competente la correspondiente autorización de funcionamiento.

ARTICULO 44.- La afiliación de los titulares de derechos a una sociedad de gestión colectiva de Derecho de Autor o de Derechos Conexos, será voluntaria, salvo disposición expresa en contrario de la legislación interna de los Países Miembros.

ARTÍCULO 45.- La autorización a que se refiere el artículo anterior, se concederá en cumplimiento de los siguientes requisitos:

a) Que las sociedades de gestión colectiva se constituyan de conformidad con las leyes que rigen estas sociedades en cada uno de los Países Miembros;

b) Que las mismas tengan como objeto social la gestión del Derecho de Autor o de los Derechos Conexos;

c) Que se obliguen a aceptar la administración del Derecho de Autor o Derechos Conexos que se le encomienden de acuerdo con su objeto y fines;

d) Que se reconozca a los miembros de la sociedad un derecho de participación apropiado en las decisiones de la entidad;

e) Que las normas de reparto, una vez deducidos los gastos administrativos hasta por el porcentaje máximo previsto en las disposiciones legales o estatutarias, garanticen una distribución equitativa entre los titulares de los derechos, en forma proporcional a la utilización real de las obras, interpretaciones o ejecuciones artísticas, o fonogramas, según el caso;

f) Que de los datos aportados y de la información obtenida, se deduzca que la sociedad reúne las condiciones necesarias para garantizar el respeto a las disposiciones legales, y una eficaz administración de los derechos cuya gestión solicita;

g) Que tengan reglamentos de socios, de tarifas y de distribución;

h) Que se obliguen a publicar cuando menos anualmente, en un medio de amplia circulación nacional, el balance general, los estados financieros, así como las tarifas generales por el uso de los derechos que representan;

i) Que se obliguen a remitir a sus miembros, información periódica, completa y detallada sobre todas las actividades de la sociedad que puedan interesar al ejercicio de sus derechos;

j) Que se obliguen, salvo autorización expresa de la Asamblea General, a que las remuneraciones recaudadas no se destinen a fines distintos al de cubrir los gastos efectivos de administración de los derechos respectivos y distribuir el importe restante de las remuneraciones, una vez deducidos esos gastos;

k) Que se obliguen a no aceptar miembros de otras sociedades de gestión colectiva del mismo género, del país o del extranjero, que no hubieran renunciado previa y expresamente a ellas;

l) Que cumplan con los demás requisitos establecidos en las legislaciones internas de los Países Miembros.

ARTICULO 46.- En caso de incumplimiento de lo dispuesto en el presente Capítulo, la autorización de la sociedad de gestión colectiva podrá ser revocada de conformidad con lo dispuesto en las legislaciones internas de los Países Miembros.

ARTICULO 47.- La autoridad nacional competente podrá imponer a las sociedades de gestión colectiva, las siguientes sanciones:

- a) Amonestación;
- b) Multa;
- c) Suspensión; y,
- d) Las demás que establezcan las legislaciones internas de los Países Miembros.

ARTICULO 48.- Las tarifas a cobrar por parte de las entidades de gestión colectiva deberán ser proporcionales a los ingresos que se obtengan con la utilización de las obras, interpretaciones o ejecuciones artísticas o producciones fonográficas, según sea el caso, salvo que las legislaciones internas de los Países Miembros expresamente dispongan algo distinto.

ARTICULO 49.- Las sociedades de gestión colectiva estarán legitimadas, en los términos que resulten de sus propios estatutos y de los contratos que celebren con entidades extranjeras, para ejercer los derechos confiados a su administración y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos y judiciales.

ARTICULO 50.- A fin de surtir efectos frente a terceros, las sociedades de gestión colectiva están obligadas a inscribir ante la oficina nacional competente, en los términos que determinen las legislaciones internas de los Países Miembros, la designación de los miembros de sus órganos directivos, así como los instrumentos que acrediten las representaciones que ejerzan de asociaciones u organizaciones extranjeras.

CAPITULO XII

DE LAS OFICINAS NACIONALES COMPETENTES

DE DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS

ARTÍCULO 51.- Las Oficinas Nacionales de Derecho de Autor y Derechos Conexos, son competentes para:

- a) Organizar y administrar el Registro Nacional del Derecho de Autor y Derechos Conexos;
- b) Ejercer la función de autorización, inspección y vigilancia de las asociaciones o entidades de gestión colectiva;
- c) Intervenir por vía de conciliación o arbitraje, en los conflictos que se presenten con motivo del goce o ejercicio del Derecho de Autor o de los Derechos Conexos, de conformidad con lo dispuesto en las legislaciones internas de los Países Miembros;
- d) Aplicar, de oficio o a petición de parte, las sanciones contempladas en la presente Decisión o en las legislaciones internas de los Países Miembros;
- e) Desarrollar programas de difusión, capacitación y formación en Derecho de Autor y Derechos Conexos;

f) Ejercer, de oficio o a petición de parte, funciones de vigilancia e inspección sobre las actividades que puedan dar lugar al ejercicio del Derecho de Autor o los Derechos Conexos, en los términos establecidos por cada legislación interna;

g) Las demás que determinen las respectivas legislaciones internas de los Países Miembros.

ARTICULO 52.- La protección que se otorga a las obras literarias y artísticas, interpretaciones y demás producciones salvaguardadas por el Derecho de Autor y los Derechos Conexos, en los términos de la presente Decisión, no estará subordinada a ningún tipo de formalidad. En consecuencia, la omisión del registro no impide el goce o el ejercicio de los derechos reconocidos en la presente Decisión.

ARTICULO 53.- El registro es declarativo y no constitutivo de derechos. Sin perjuicio de ello, la inscripción en el registro presume ciertos los hechos y actos que en ella consten, salvo prueba en contrario. Toda inscripción deja a salvo los derechos de terceros.

ARTICULO 54.- Ninguna autoridad ni persona natural o jurídica, podrá autorizar la utilización de una obra, interpretación, producción fonográfica o emisión de radiodifusión o prestar su apoyo para su utilización, si el usuario no cuenta con la autorización expresa previa del titular del derecho o de su representante. En caso de incumplimiento será solidariamente responsable.

CAPITULO XIII

DE LOS ASPECTOS PROCESALES

ARTICULO 55.- Los procedimientos que se sigan ante las autoridades nacionales competentes, observarán el debido y adecuado proceso, según los principios de economía procesal, celeridad, igualdad de las partes ante la ley, eficacia e imparcialidad. Asimismo, permitirán que las partes conozcan de todas las actuaciones procesales, salvo disposición especial en contrario.

ARTÍCULO 56.- La autoridad nacional competente, podrá ordenar las medidas cautelares siguientes:

a) El cese inmediato de la actividad ilícita;

b) La incautación, el embargo, decomiso o secuestro preventivo, según corresponda, de los ejemplares producidos con infracción de cualquiera de los derechos reconocidos en la presente Decisión;

c) La incautación, embargo, decomiso o secuestro, de los aparatos o medios utilizados para la comisión del ilícito.

Las medidas cautelares no se aplicarán respecto del ejemplar adquirido de buena fe y para el exclusivo uso personal.

ARTICULO 57.- La autoridad nacional competente, podrá asimismo ordenar lo siguiente:

a) El pago al titular del derecho infringido de una reparación o indemnización adecuada en compensación por los daños y perjuicios sufridos con motivo de la violación de su derecho;

b) Que el infractor asuma el pago de las costas del proceso en que haya incurrido el titular del derecho infringido;

c) El retiro definitivo de los canales comerciales, de los ejemplares que constituyan infracción del derecho;

d) Las sanciones penales equivalentes a aquellas que se aplican a delitos de similar magnitud.

CAPITULO XIV

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

ARTÍCULO 58.- Los programas de ordenador, como obras expresadas por escrito, y las bases de datos, por su carácter de compilaciones, gozan de la protección por el derecho de autor, aun cuando se hayan creado con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la presente Decisión.

ARTICULO 59.- Los plazos de protección menores que estuviesen corriendo, de conformidad con las legislaciones internas de los Países Miembros, quedarán automáticamente prorrogados hasta el vencimiento de los plazos dispuestos en la presente Decisión.

No obstante, se aplicarán los plazos de protección contemplados en las legislaciones internas de los Países Miembros, si éstos fueran mayores que los previstos en la presente Decisión.

ARTICULO 60.- Los derechos sobre obras que no gozaban de protección conforme a las normas legales nacionales anteriores a la presente Decisión, por no haber sido registradas, gozarán automáticamente de la protección reconocida por ésta, sin perjuicio de los derechos adquiridos por terceros con anterioridad a la entrada en vigencia de la misma, siempre que se trate de utilizaciones ya realizadas o en curso en dicha fecha.

ARTICULO 61.- Los Países Miembros, con miras a la consolidación de un sistema de administración comunitaria, se comprometen a garantizar la mejor aplicación de las disposiciones contenidas en la presente Decisión, y a propender la autonomía y modernización de las oficinas nacionales competentes, así como de los sistemas y servicios de información.

CAPITULO XV

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

DISPOSICION TRANSITORIA UNICA.- Las sociedades de gestión colectiva existentes, se adecuarán a lo dispuesto en el Capítulo XI, en un plazo no mayor de tres meses contados a partir de la fecha de entrada en vigencia de la presente Decisión.

Dada en la ciudad de Lima, Perú, a los diecisiete días del mes de diciembre de mil novecientos noventa y tres.

DECRETO 1900 DE 1990

(Agosto 19)

"Por el cual se reforman las normas y estatutos que regulan las actividades y Servicios de telecomunicaciones y afines".

<COMENTARIO: Las disposiciones contenidas en este Decreto son aplicables al servicio de telefonía móvil celular, según lo establecido en el artículo **89** del Decreto 741 de 1993>.

EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA,

En uso de las facultades extraordinarias que le confiere el artículo 14 de la Ley 72 de 1989, y oído el concepto de la comisión asesora creada por el artículo 16 de dicha ley,

DECRETA:

TITULO I.

DISPOSICIONES GENERALES

ARTICULO 1o. <OBJETO>. El presente decreto tiene como objeto el ordenamiento general de las telecomunicaciones y de las potestades del Estado En relación con su planeación, regulación y control, así como el régimen de derechos y deberes de los operadores y de los usuarios.

ARTICULO 2o. <CONCEPTO DE TELECOMUNICACIONES>. Para efectos del Presente decreto se entiende por telecomunicación toda emisión, o recepción de señales, escritura, imágenes, signos, sonidos, datos o información de cualquier naturaleza, por hilo, radio, u otros sistemas ópticos o electromagnéticos.

Se entiende por operador una persona natural o jurídica, pública o privada, que es responsable de la gestión de un servicio de telecomunicaciones en virtud de autorización o concesión, o por ministerio de la ley.

ARTICULO 3o. <USO DE LA TELECOMUNICACIONES>. Las telecomunicaciones deberán ser utilizadas como instrumentos para impulsar el Desarrollo político, económico y social del país, con el objeto de elevar el nivel y la calidad de vida de los habitantes en Colombia.

Las telecomunicaciones serán utilizadas responsablemente para contribuir a la Defensa de la democracia, a la promoción de la participación de los colombianos en la vida de la Nación y la garantía de la dignidad humana y de otros derechos fundamentales consagrados en la Constitución, para asegurar la convivencia pacífica.

ARTICULO 4o. <CALIDAD DE SERVICIO PUBLICO>. Las telecomunicaciones Son un servicio público a cargo del Estado, que lo prestará por conducto de entidades públicas de los órdenes nacional y territorial en forma directa, o de

manera indirecta mediante concesión, de conformidad con lo establecido en el presente decreto.

ARTICULO 5o. <COMPETENCIAS DEL MINISTERIO DE COMUNICACIONES>. El Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Comunicaciones, ejercerá las funciones de planeación, regulación y control de las telecomunicaciones.

ARTICULO 6o. <GARANTIA DE PLURALISMO EN LA DIFUSION DE INFORMACION>. El Estado garantiza el pluralismo en la difusión de información y en la presentación de opiniones, como un derecho fundamental de la persona, del cual se deriva el libre acceso al uso de los servicios de telecomunicaciones.

En este sentido, el Gobierno Nacional promoverá la cobertura nacional de los servicios de telecomunicaciones y su modernización, y propenderá porque los grupos de población de menores ingresos económicos, los residentes en áreas urbanas y rurales marginales o de frontera, las etnias culturales y en general los sectores más débiles o minoritarios de la sociedad accedan al uso de esta clase De servicios, a fin de propiciar su desarrollo socioeconómico, la expresión de su Cultura y su integración a la vida nacional.

ARTICULO 7o. <DERECHO DE RECTIFICACION>. El Estado garantiza el derecho de rectificación a toda persona o grupo de personas que se considere afectado por informaciones inexactas que se transmitan a través de los servicios de telecomunicaciones, sin perjuicio de las acciones civiles, penales y administrativas a que hubiere lugar.

PARAGRAFO. El Gobierno Nacional garantizará el ejercicio de este derecho en los términos señalados por la ley.

ARTICULO 8o. <SECRETO EN LAS TELECOMUNICACIONES>. El Estado garantiza la inviolabilidad, la intimidad y el secreto en las telecomunicaciones, de acuerdo con la Constitución y las leyes.

ARTICULO 9o. <DERECHO A LA INTIMIDAD INDIVIDUAL FAMILIAR>. El Estado garantiza como derecho fundamental de la persona la intimidad individual familiar contra toda intromisión en ejercicio de actividades de telecomunicaciones que no corresponda al cumplimiento de funciones legales.

ARTICULO 10. <COMUNICACIONES EN CASOS DE EMERGENCIA, CONMOCION O CALAMIDAD>. En casos de emergencia, conmoción interna o Externa, o calamidad pública, los operadores de servicios de telecomunicaciones deberán colaborar con las autoridades en la transmisión de las comunicaciones que aquellas requieran. En cualquier caso se dará prelación absoluta a las transmisiones relacionadas con la protección de la vida humana.

ARTICULO 11. <DIFUSION DE PROGRAMAS SOCIALES>. En virtud de lo dispuesto en el artículo 198 del Decreto 222 de 1983, y demás normas

concordantes, el Ministerio de Comunicaciones dispondrá la utilización de espacios para la difusión de programas sociales.

ARTICULO 12. <RECOMENDACIONES DE LA UNION INTERNACIONAL DE TELECOMUNICACIONES>. En la reglamentación sobre redes y servicios de telecomunicaciones se tendrán en cuenta las recomendaciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones o del organismo internacional pertinente, de conformidad con los convenios, acuerdos o tratados celebrados por el Gobierno y aprobados por el Congreso.

ARTICULO 13. <PRINCIPIOS QUE SE DEBEN OBSERVAR PARA OTORGAR LAS CONCESIONES>. Las concesiones de servicios de telecomunicaciones de que trata el presente decreto deberán otorgarse de modo tal que se promuevan la eficiencia, la libre iniciativa y competencia, la igualdad de condiciones en la utilización de los servicios y la realización plena de los derechos a la información y al libre acceso a los servicios de telecomunicaciones.

TITULO II.

RED DE TELECOMUNICACIONES

ARTICULO 14. <RED DE TELECOMUNICACIONES DEL ESTADO - CONCEPTO>. La red de telecomunicaciones del Estado es el conjunto de elementos que permite conexiones entre dos o más puntos definidos para establecer la telecomunicación entre ellos, y a través de la cual se prestan los servicios al público. Hacen parte de la red los equipos de conmutación, transmisión y control, cables y otros elementos físicos, el uso de los soportes lógicos, y la parte del espectro electromagnético asignada para la prestación de los servicios y demás actividades de telecomunicaciones.

ARTICULO 15. <RED DE TELECOMUNICACIONES DEL ESTADO – REDES PRIVADAS>. La red de telecomunicaciones del Estado comprende además, aquellas redes cuya instalación, uso y explotación se autoricen a personas naturales o jurídicas privadas para la operación de servicios de telecomunicaciones, en las condiciones que se determinan en el presente decreto.

PARAGRAFO. El Gobierno Nacional podrá autorizar la instalación, uso y explotación de redes de telecomunicaciones, aun cuando existan redes de telecomunicaciones del Estado.

ARTICULO 16. <ELEMENTOS EXCLUIDOS DE LA RED DE TELECOMUNICACIONES DEL ESTADO>. Para los efectos previstos en el presente decreto, los siguientes elementos no forman parte de la red de telecomunicaciones del Estado y por lo tanto su instalación y uso se consideran autorizados de modo general, sin perjuicio de las normas sobre orden público expedidas por el Gobierno Nacional, de los permisos que sean necesarios para la utilización del espectro radio - eléctrico, ni de las normas de planeación urbana que establezcan las autoridades municipales:

- a) Los terminales de la red, que pueden adquirirse libremente en el mercado u Obtenerse a cualquier título de los operadores de los servicios;
- b) Las redes establecidas por personas naturales o jurídicas para su uso particular y exclusivo dentro del territorio nacional, sin prestación de servicios a terceras personas, y sin conexión a la red de telecomunicaciones del Estado, y
- c) Las redes que satisfacen necesidades de seguridad o intercomunicación dentro de recintos o propiedades privadas, sin conexión a la red de telecomunicaciones del Estado. Esta autorización general no impide la aplicación de las demás disposiciones previstas en este decreto.

ARTICULO 17. <OTROS ELEMENTOS EXCLUIDOS DE LA RED DE TELECOMUNICACIONES DEL ESTADO>. <Aparte tachado INEXEQUIBLE>

Para los efectos previstos en este decreto, tampoco forman parte de la red de telecomunicaciones del Estado, las redes físicas de distribución para uso particular asociadas a estaciones terrenas que están destinadas exclusivamente a la recepción de señales incidentales de televisión transmitidas por satélite.

Estas redes no podrán atravesar el espacio público. La instalación de dichas estaciones y redes está sujeta a permiso del municipio respectivo. No se permitirá su operación comercial y su uso debe limitarse al disfrute privado del propietario o copropietarios. Estarán sometidas a las regulaciones urbanísticas y de planeación que establezcan las autoridades municipales. En el evento en que se verifique el incumplimiento de las disposiciones contempladas en este artículo, deberá aplicarse lo establecido en el artículo 10, de la Ley 72 de 1989.

El permiso otorgado para el funcionamiento de estas estaciones, no exime del cumplimiento de las disposiciones contenidas en este decreto.

ARTICULO 18. <PROPIEDAD DEL ESPECTRO ELECTROMAGNETICO>. El espectro electromagnético es de propiedad exclusiva del Estado y como tal constituye un bien de dominio público, inenajenable e imprescriptible, cuya gestión, administración y control corresponden al Ministerio de Comunicaciones de conformidad con las leyes vigentes y el presente decreto.

ARTICULO 19. <GESTION, ADMINISTRACION Y CONTROL DEL ESPECTRO ELECTROMAGNETICO>. Las facultades de gestión, administración y control del espectro electromagnético comprenden, entre otras, las actividades de planeación y coordinación, la fijación del cuadro de frecuencias, la asignación y verificación de frecuencias, el otorgamiento de permisos para su utilización, la protección y defensa del espectro radioeléctrico, la comprobación técnica de emisiones radioeléctricas, el establecimiento de condiciones técnicas de equipos terminales y redes que utilicen en cualquier forma el espectro radioeléctrico, la detección de irregularidades y perturbaciones, y la adopción de medidas tendientes a establecer el correcto y racional uso del espectro radioeléctrico, y a restablecerlo en caso de perturbación o irregularidades.

ARTICULO 20. <PERMISO PREVIO PARA EL USO DE FRECUENCIAS RADIOELECTRICAS>. El uso de frecuencias radioeléctricas requiere de permiso previo otorgado por el Ministerio de Comunicaciones y dará lugar al pago de los derechos que correspondan. Cualquier ampliación, extensión, renovación o modificación de las condiciones, requiere de nuevo permiso, previo y expreso.

El permiso para el uso de frecuencias radioeléctricas tendrá un plazo definido que no podrá exceder de veinte años, el cual podrá renovarse hasta por término igual al inicial. En los casos de los servicios de difusión y especiales, su duración será igual a la de la respectiva concesión o autorización.

ARTICULO 21. <COORDINACION PARA LA UTILIZACION DEL ESPECTRO ELECTROMAGNETICO - PROYECCION INTERNACIONAL>. El Ministerio de Comunicaciones ejercerá la coordinación necesaria para la utilización del espectro radioeléctrico, en su proyección internacional, teniendo en cuenta las normas y estándares de aplicación de los reglamentos internacionales de Radiocomunicaciones.

ARTICULO 22. <RED DE TELECOMUNICACIONES - MOTIVO DE UTILIDAD PÚBLICA E INTERES SOCIAL>. El establecimiento, la instalación, la expansión, la modificación, la ampliación, la renovación y la utilización de la red de telecomunicaciones del Estado, o de cualquiera de sus elementos, constituyen motivos de utilidad pública e interés social.

ARTICULO 23. <AUTORIZACION PREVIA PARA LA MODIFICACION DE LA RED DE TELECOMUNICACIONES>. La instalación, ampliación, renovación, ensanche o modificación de la red de telecomunicaciones del Estado requiere autorización previa del Ministerio de Comunicaciones. Dicho acto es distinto de la autorización o concesión para la prestación de servicios de telecomunicaciones y podrá tener carácter general si se inscribe dentro de un plan aprobado por el Ministerio de Comunicaciones; igualmente, podrá comprender una o varias de las operaciones arriba mencionadas.

Para expedir estas autorizaciones el Ministerio de Comunicaciones sólo considerará razones de orden técnico.

ARTICULO 24. <REGLAMENTOS - TELECOMUNICACIONES>. El Ministerio de Comunicaciones formulará y dictará reglamentos de normalización, homologación y adquisición de equipos y soporte lógico de telecomunicaciones, acordes con los avances tecnológicos, que aseguren la interconexión de las redes y el funcionamiento armónico de los servicios de telecomunicaciones.

PARAGRAFO. Para su conexión a la red de telecomunicaciones del Estado, los Terminales deberán ser previamente homologados, en forma genérica o específica, por el Ministerio de Comunicaciones o las entidades o laboratorios que dicho organismo autorice para este efecto.

ARTICULO 25. <MODERNIZACION DE LA RED DE TELECOMUNICACIONES>. El Gobierno Nacional, de acuerdo con los planes y políticas establecidos, procurará por la expansión, modernización y optimización de la red de telecomunicaciones del Estado y la compatibilidad entre sus partes, para permitir el acceso y uso de la misma, conforme a lo determinado en el presente decreto, los tratados y convenios internacionales y los reglamentos de los servicios y actividades.

ARTICULO 26. <COMPATIBILIDAD DE LAS REDES DE TELEFONIA MOVIL CELULAR>. El Ministerio de Comunicaciones dictará las normas para asegurar que las redes de telefonía móvil celular que se autoricen en el territorio nacional sean totalmente compatibles entre sí y con las otras redes a las cuales se van a conectar, de tal forma que se comporten como una red única de cubrimiento nacional y su uso sea transparente para cualquier usuario.

**TITULO III.
SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES
CAPITULO I.
CLASES DE SERVICIOS**

ARTICULO 27. <CLASIFICACION DE LOS SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES>. Los servicios de telecomunicaciones se clasifican, para efectos de este decreto, en básicos, de difusión, telemáticos y de valor agregado, auxiliares de ayuda y especiales.

ARTICULO 28. <SERVICIOS BASICOS>. Los servicios básicos comprenden los servicios portadores y los teleservicios.

Servicios portadores son aquellos que proporcionan la capacidad necesaria para la transmisión de señales entre dos o más puntos definidos de la red de telecomunicaciones. Estos comprenden los servicios que se hacen a través de redes conmutadas de circuitos o de paquetes y los que se hacen a través de redes no conmutadas. Forman parte de éstos, entre otros, los servicios de arrendamiento de pares aislados y de circuitos dedicados.

Los teleservicios son aquellos que proporcionan en sí mismos la capacidad completa para la comunicación entre usuarios, incluidas las funciones del equipo terminal. Forman parte de éstos, entre otros, los servicios de telefonía tanto fija como móvil y móvil - celular, la telegrafía y el télex.

ARTICULO 29. <SERVICIOS DE DIFUSION>. Servicios de difusión son aquellos en los que la comunicación se realiza en un solo sentido a varios puntos de recepción en forma simultánea. Forman parte de éstos, entre otros, las radiodifusiones sonora y de televisión.

ARTICULO 30. <SERVICIOS TELEMATICOS>. Servicios telemáticos son aquellos que, utilizando como soporte servicios básicos, permiten el intercambio

De información entre terminales con protocolos establecidos para sistemas de interconexión abiertos. Forman parte de éstos, entre otros, los, de telefax, publifax, teletex, videotex y datafax.

ARTICULO 31. <SERVICIOS DE VALOR AGREGADO>. Servicios de valor agregado son aquellos que utilizan como soporte servicios básicos, telemáticos, de difusión, o cualquier combinación de éstos, y con ellos proporcionan la capacidad completa para el envío o intercambio de información, agregando otras facilidades al servicio soporte o satisfaciendo nuevas necesidades específicas de telecomunicaciones.

Forman parte de estos servicios, entre otros, el acceso, envío, tratamiento, depósito y recuperación de información almacenada, la transferencia electrónica de fondos, el videotexto, el teletexto y el correo electrónico. Sólo se considerarán servicios de valor agregado aquellos que se puedan diferenciar de los servicios básicos.

ARTICULO 32. <SERVICIOS AUXILIARES DE AYUDA>. Servicios auxiliares de ayuda son aquellos servicios de telecomunicaciones que están vinculados a otros servicios públicos, y cuyo objetivo es la seguridad de la vida humana, la seguridad del Estado o razones de interés humanitario.

Forman parte de estos servicios, entre otros, los servicios radioeléctricos de socorro y seguridad de la vida humana, ayuda a la meteorología y a la navegación aérea o marítima.

ARTICULO 33. <SERVICIOS ESPECIALES>. Servicios especiales son aquellos que se destinan a satisfacer, sin ánimo de lucro ni comercialización en cualquier forma, necesidades de carácter cultural o científico.

Forman parte de estos servicios, entre otros, el de radioaficionados, los experimentales, y los relacionados con la investigación industrial, científica y técnica.

CAPITULO II.

PRESTACION DE LOS SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES.

ARTICULO 34. <FORMAS DE PRESTACION DE LOS SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES>. La prestación de los servicios de telecomunicaciones dentro del territorio nacional podrá hacerse, en gestión directa, por las entidades territoriales o por las entidades descentralizadas adscritas o vinculadas a éstas, en el ámbito de su jurisdicción.

La Nación o las entidades descentralizadas del orden nacional podrán prestar estos servicios dentro del ámbito departamental, distrital o municipal, previa autorización de la entidad territorial respectiva.

La prestación de estos servicios en el ámbito departamental, distrital o municipal, podrá hacerse también por asociaciones formadas entre

cualesquiera de las entidades mencionadas en los dos incisos anteriores, previa autorización de la entidad territorial respectiva.

La prestación de los servicios de telecomunicaciones dentro del ámbito departamental, distrital o municipal, podrá hacerse en la modalidad de gestión indirecta por personas naturales o jurídicas de derecho privado o por sociedades de economía mixta, a través de concesión otorgada, mediante contrato o en virtud de licencia, por la entidad territorial correspondiente.

ARTICULO 35. <FORMAS DE PRESTACIONES DE LOS SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES ENTRE LOCALIDADES DEL TERRITORIO NACIONAL>. La prestación de servicios de telecomunicaciones, entre localidades del territorio nacional, podrá hacerse en la modalidad de gestión directa, por la Nación o entidades descentralizadas del orden nacional, o por asociaciones formadas por entidades territoriales o sus entidades descentralizadas, autorizadas por el ministerio de Comunicaciones.

La prestación de servicios de telecomunicaciones, entre localidades del territorio nacional, podrá hacerse en la modalidad de gestión indirecta, mediante concesión otorgada por el Ministerio de Comunicaciones a personas naturales o jurídicas privadas o a sociedades de economía mixta. En estos casos se requiere autorización expresa de las localidades.

ARTICULO 36. <PRESTACION DEL SERVICIO DE TELECOMUNICACIONES A CARGO DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES>. Las entidades territoriales podrán continuar prestando, por sí mismas o a través de sus entidades descentralizadas, los servicios de telecomunicaciones que tengan a su cargo. Igualmente, podrán prestar nuevos servicios dentro del área de su respectiva jurisdicción, sea en forma directa o en forma indirecta mediante concesión, previa autorización del Ministerio de Comunicaciones.

Para expedir esta autorización el Ministerio de Comunicaciones sólo considerará razones de orden técnico.

ARTICULO 37. <PRESTACION DE LOS SERVICIOS BASICOS DE TELECOMUNICACIONES INTERNACIONALES>. La prestación de los servicios básicos de telecomunicaciones internacionales se hará exclusivamente en gestión directa por personas de derecho público pertenecientes al orden nacional y especialmente autorizadas para el efecto por el Gobierno Nacional, sin perjuicio de las disposiciones especiales aplicables a los servicios de radiodifusión sonora y de televisión.

PARAGRAFO. También podrán ser autorizadas para prestar esta clase de servicios, empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional en las cuales participen asociaciones conformadas por entidades descentralizadas de cualquier orden territorial.

ARTICULO 38. <RECEPCION DIRECTA DE SEÑALES INTERNACIONALES>. El ministerio podrá permitir a los concesionarios del servicio de televisión por suscripción la recepción directa de señales internacionales de televisión destinadas a ser transmitidas a los suscriptores o abonados del servicio. Igual permiso podrá ser otorgado a personas naturales o jurídicas para la recepción de material noticioso o informativo internacional destinado a ser transmitido al público a través de los servicios de televisión y radiodifusión.

En cualquier caso, quienes reciban estos permisos deberán ajustarse a las disposiciones sobre derechos de autor.

ARTICULO 39. <AUTORIZACION PARA MODIFICACION DE LOS SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES>. Corresponde al Ministerio de Comunicaciones autorizar previamente el establecimiento, uso, explotación, ampliación, ensanche y renovación de los servicios de telecomunicaciones. Dicha autorización podrá tener carácter general si se inscribe dentro de un plan o programa aprobado por el Ministerio de Comunicaciones. Para expedir estas autorizaciones el Ministerio de Comunicaciones sólo considerará razones de orden técnico.

ARTICULO 40. <CRITERIOS PARA OTORGAR LAS CONCESIONES>. Las concesiones para la prestación de servicios de telecomunicaciones serán otorgadas de conformidad con los siguientes criterios: Servicios básicos. Podrán otorgarse a sociedades especializadas debidamente constituidas.

Servicios de difusión. Podrán otorgarse mediante contratación directa, con la salvedad indicada en el artículo siguiente.

Servicios telemáticos y de valor agregado. Se otorgarán mediante licencia, en régimen de libre competencia, para el servicio tanto nacional como internacional.

Servicios especiales. Se otorgarán mediante licencia.

PARAGRAFO. Los concesionarios de servicios básicos no podrán prestar servicios telemáticos o de valor agregado sin la correspondiente licencia.

ARTICULO 41. <SUJECION AL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACION ADMINISTRATIVA>. Los contratos de concesión de servicios de telecomunicaciones que tengan como objeto la operación y explotación de las distintas modalidades de servicios básicos y de servicios de difusión para su prestación en gestión indirecta, son contratos administrativos que se rigen por las normas del Decreto 222 de 1983 o por las disposiciones que lo sustituyan, modifiquen o adicionen o por el presente decreto. Las entidades territoriales se regirán por sus normas de contratación.

ARTICULO 42. <DE QUIENES PUEDEN PRESTAR SERVICIOS AUXILIARES DE AYUDA>. El Estado, a través de las entidades públicas autorizadas para el efecto, o los organismos de socorro debidamente reconocidos, autorizados mediante licencia, podrán prestar los servicios auxiliares de ayuda.

ARTICULO 43. <COMPETENCIA PARA OTORGAR LAS CONCESIONES>. Las concesiones para la prestación de los servicios de telecomunicaciones serán otorgadas por el Ministerio de Comunicaciones. Podrán ser otorgadas también por las entidades territoriales o las asociaciones legalmente constituidas en que éstas participen, en el ámbito de su jurisdicción, con la autorización previa del Ministerio de Comunicaciones que podrá ser específica o por tipo de servicio. Si un operador público o privado no garantiza la adecuada prestación del servicio, su calidad y la ampliación de su cobertura, el Ministerio de Comunicaciones podrá excepcionalmente disponer que el servicio sea asignado a una entidad pública especializada u otorgado en concesión.

ARTICULO 44. <INCORPORACION DE REGLAMENTOS TECNICOS Y JURIDICOS>. En las concesiones de servicios de telecomunicaciones, otorgadas conforme a lo previsto en el presente decreto, se consideran incorporados los reglamentos técnicos y jurídicos establecidos con carácter general para cada servicio.

ARTICULO 45. <DURACION DE LAS CONCESIONES>. El término de las concesiones de que trata el presente capítulo no excederá de 20 años. Ellas podrán renovarse hasta por términos iguales al inicial, mediando autorización previa del Ministerio de Comunicaciones.

ARTICULO 46. <CESION DE LAS CONCESIONES>. Las concesiones de que trata el presente decreto sólo podrán ser cedidas o transferidas con autorización previa del Ministerio de Comunicaciones.

ARTICULO 47. <SERVICIOS QUE SE REQUIEREN COMO SOPORTE PARA LA CONDUCCION DE OTROS SERVICIOS>. En atención al principio de libre competencia, los operadores de servicios que se requieran como soporte para la conducción de otros servicios no podrán negarse a su prestación, a menos que medie justa causa comprobada.

ARTICULO 48. <REGIMEN DE LOS SERVICIOS DE RADIODIFUSION SONORA Y DE TELEVISION>. El régimen de prestación de los servicios de radiodifusión sonora y de televisión, así como el otorgamiento de las correspondientes concesiones, continuará siendo el consagrado en las normas vigentes sobre la materia.

TITULO IV.

INFRACCIONES Y SANCIONES EN MATERIA DE COMUNICACIONES

ARTICULO 49. <COMPETENCIA PARA LA INSPECCION Y VIGILANCIA DE LAS REDES Y SERVICIOS>. El Ministerio de Comunicaciones ejercerá las funciones de inspección y vigilancia sobre las redes y servicios de telecomunicaciones.

ARTICULO 50. <RED O SERVICIOS CLANDESTINOS>. Cualquier red o servicio de telecomunicaciones que opere sin autorización previa será considerado como clandestino y el Ministerio de Comunicaciones y las autoridades militares y de policía procederán a suspenderlo y a decomisar los equipos, sin perjuicio de las sanciones de orden administrativo o penal a que hubiere lugar, conforme a las normas legales y reglamentarias vigentes.

Los equipos decomisados serán depositados a órdenes del Ministerio de Comunicaciones, el cual les dará la destinación y el uso que fijen las normas pertinentes.

La anterior disposición se aplicará de conformidad con lo establecido en el artículo 10 de la Ley 72 de 1989.

ARTICULO 51. <SANCIONES>. Las violaciones a las normas contenidas en el presente decreto y sus reglamentos darán lugar a la imposición de sanciones por parte del Ministerio de Comunicaciones, salvo cuando esta facultad sancionatoria esté asignada por ley o reglamento a otra entidad pública.

Los operadores de servicios de telecomunicaciones deberán colaborar con el Ministerio de Comunicaciones o la entidad facultada para sancionar, en la investigación de los hechos relacionados con posibles infracciones.

ARTICULO 52. <INFRACCIONES>. Sin perjuicio de las infracciones y sanciones previstas en otros estatutos, constituyen infracciones específicas al ordenamiento de las telecomunicaciones las siguientes:

1. El establecimiento, uso, explotación, ampliación, modificación o renovación de redes de telecomunicaciones sin la previa autorización del Ministerio de Comunicaciones.
2. El ejercicio de actividades o la prestación de servicios sin la correspondiente concesión o autorización, así como la utilización de frecuencias radioeléctricas sin permiso o en forma distinta de la permitida.
3. El ejercicio de actividades o la prestación de servicios amparados por concesión o autorización que no correspondan al objeto o al contenido de estas.
4. La conexión de otras redes a la red de telecomunicaciones del Estado, sin autorización o en forma distinta a la autorizada o a lo previsto en el presente decreto y en sus reglamentos.
5. La instalación, la utilización o la conexión a la red de telecomunicaciones del Estado, de equipos que no se ajusten a las normas fijadas por el Ministerio de Comunicaciones.

6. La producción de daños a la red de telecomunicaciones del Estado como consecuencia de conexiones o instalaciones no autorizadas.
7. La conducta dolosa o negligente que ocasione daños, interferencias o perturbaciones en la red de telecomunicaciones del Estado en cualquiera de sus elementos o en su funcionamiento.
8. La alteración de las características técnicas de terminales homologados o la de sus signos de identificación.
9. La emisión de señales de identificaciones falsas o engañosas.
10. La violación o el desconocimiento de los derechos y deberes consagrados en este estatuto.
11. Cualquiera otra forma de incumplimiento o violación de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia de telecomunicaciones.

ARTICULO 53. <MULTAS>. La persona natural o jurídica que incurra en cualquiera de las infracciones señaladas en el artículo anterior será sancionada con multa hasta por el equivalente a un mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales, suspensión de la actividad hasta por dos meses, revocación del permiso, caducidad del contrato o cancelación de la licencia o autorización, según la gravedad de la falta, el daño producido y la reincidencia en su comisión.

ARTICULO 54. <RESPONSABLES>. Por las infracciones que se cometan en materia de telecomunicaciones, además del autor de las mismas, responderá el Titular de la concesión, permiso o autorización del respectivo servicio o actividad, por acción u omisión en relación con aquellas.

ARTICULO 55. <PROCEDIMIENTO PARA LA IMPOSICION DE SANCIONES>. El procedimiento aplicable para la imposición la sanción será el previsto en el Libro Primero del Código Contencioso Administrativo.

ARTICULO 56. <DELEGACION DE LAS FUNCIONES DE SANCION, INSPECCION Y VIGILANCIA>. El Ministerio de Comunicaciones podrá delegar a aquellos organismos del Estado que estén facultados para otorgar concesiones de servicios de telecomunicaciones, dentro del ámbito de su jurisdicción, el ejercicio de las funciones sanción, inspección y vigilancia, previstas en este título.

ARTICULO 57. <REGIMEN SANCIONATORIO EN MATERIA DE RADIODIFUSION SONORA Y DE TELEVISION>. El régimen sancionatorio actualmente vigente, en materia de radiodifusión sonora y de televisión, se continuará aplicando en lo que no se oponga a las disposiciones de este decreto.

TITULO V.

DISPOSICIONES FINALES Y TRANSITORIAS

ARTICULO 58. <PLAN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES>. El Ministerio de Comunicaciones, de acuerdo con los planes y programas de desarrollo económico y social y en coordinación con el Departamento Nacional de Planeación, formulará el plan nacional de telecomunicaciones e implantará los indicadores técnicos, financieros, de gestión, de cobertura y los demás que sean necesarios con el fin de armonizar y optimizar el desarrollo del sector de las telecomunicaciones atendiendo a criterios técnicos, económicos y, sociales.

PARAGRAFO. El Ministerio de Comunicaciones actualizará el plan y los indicadores cuando el desarrollo de la tecnología y, las condiciones del país lo exijan. Así mismo, en el marco del plan nacional de telecomunicaciones, el ministerio procederá a la reestructuración de la red de interconexión troncal del país, y la optimización de los recursos para facilitar la descentralización en la Prestación de los servicios de telecomunicaciones.

ARTICULO 59. <PAGO DE DERECHOS, TASAS O TARIFAS>. Todas las concesiones, autorizaciones, permisos y registros de que trata el presente decreto darán lugar, sin excepción alguna, al pago de derechos, tasas o tarifas a la entidad otorgante. Su fijación la hará el Ministerio de Comunicaciones, en los términos señalados en la Ley 72 de 1989.

Estos cobros podrán ser fijos o tomar la forma de participaciones porcentuales, o establecerse según el número de usuarios o por unidad de volumen de tráfico u otra medida técnica que se considere apropiada, o una combinación de las anteriores.

ARTICULO 60. <COMPETENCIA PARA FIJAR RANGOS DE TARIFAS>. La Junta Nacional de Tarifas fijará los rangos de las tarifas aplicables a los usuarios de los servicios y determinará el régimen tarifario del sector.

ARTICULO 61. <PARTICIPACIONES EN LOS INGRESOS PROVENIENTES DE LOS SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES>. Las participaciones en los ingresos provenientes de la explotación de los servicios de telecomunicaciones que correspondan a las diferentes entidades o empresas que intervengan en su prestación, serán determinadas por el Ministerio de Comunicaciones y el Departamento Nacional de Planeación.

ARTICULO 62. <COMPETENCIA PARA GARANTIZAR LA IGUALDAD DE CONDICIONES EN LA UTILIZACION DE SERVICIOS DE SOPORTE>. El Ministerio de Comunicaciones velará porque los operadores de servicios básicos, que a su vez ofrezcan servicios telemáticos y de valor agregado garanticen la igualdad de condiciones en la utilización de los servicios de soporte. Para ello, dichos operadores, sin perjuicios de los requisitos y condiciones que se establezcan reglamentariamente, deberán llevar contabilidad separada para cada servicio que preste.

ARTICULO 63 <TERMINO DE TRANSICION AL REGIMEN DISPUESTO EN EL PRESENTE DECRETO> Sin perjuicio de los derechos adquiridos, los servicios de telecomunicaciones que se encuentren operando actualmente en el país, deberán ajustarse a lo dispuesto en el presente decreto dentro del término máximo de un año contado a partir de su vigencia.

ARTICULO 64. <DE LAS DEFINICIONES TECNICAS EN MATERIA DE TELECOMUNICACIONES>. Para los efectos a los que haya lugar, las definiciones técnicas en materia de telecomunicaciones serán las adoptadas por la Unión Internacional de Telecomunicaciones y los demás organismos internacionales competentes, de los cuales forme parte Colombia en virtud de tratados o de convenios internacionales, o los adoptados por el Ministerio de Comunicaciones mediante resolución, en lo no regulado por aquellos.

ARTICULO 65. <DEL OTORGAMIENTO DE CONCESIONES>. A partir de la vigencia del presente decreto, las concesiones se otorgarán de conformidad con Las regulaciones aquí previstas y con las reglamentaciones que expida el Ministerio de Comunicaciones, sin perjuicio de las situaciones jurídicas de carácter particular ya definidas.

ARTICULO 66. <VIGENCIA>. El presente decreto rige a partir de su publicación y deroga las disposiciones que le sean contrarias.

Publíquese y Cúmplase.

Dado en Bogotá, D. E., a 19 de agosto de 1990.