

Introducció a la propietat intel·lectual i a la protecció de dades de caràcter personal

Ramon Casas Vallès
Enric Enrich Muls
Raquel Xalabarder Plantada

PID_00155804



Universitat Oberta
de Catalunya

www.uoc.edu

Índex

Introducció	5
Objectius	6
1. Els fonaments del règim de propietat intel·lectual	7
1.1. Marc jurídic i justificació	7
1.2. L'objecte: l'obra	11
1.2.1. Concepte d'obra: l'originalitat	11
1.2.2. Inexistència de formalitats. Protecció automàtica	13
1.2.3. Obres i prestacions	14
1.3. El subjecte: autors, titulars i entitats de gestió	14
1.3.1. Règims de pluriautoría	14
1.3.2. Titularitat	16
1.3.3. Les entitats de gestió	17
1.4. El contingut: drets morals, drets exclusius d'explotació i drets de remuneració	18
1.4.1. Drets morals	18
1.4.2. Drets exclusius d'explotació	19
1.4.3. Drets de remuneració	24
1.5. Els límits: durada de la protecció i "excepcions"	25
1.5.1. Els límits temporals: la durada	25
1.5.2. Els límits substantius: les excepcions	26
1.5.3. Les mesures tecnològiques	31
1.6. El règim de transmissió de drets	33
1.6.1. Regles generals	33
1.6.2. Les llicències Creative Commons	34
1.7. La infracció de drets: civil i penal	38
1.7.1. Infracció civil	38
1.7.2. Infracció penal	39
1.7.3. Els sistemes d'igual a igual (<i>peer-to-peer</i>)	40
2. Règims especials de la propietat intel·lectual	43
2.1. L'obra audiovisual	43
2.1.1. Concepte d'obra audiovisual	43
2.1.2. Autoría, titularitat i presumpció de cessió al productor	44
2.1.3. Els drets morals	46
2.1.4. Els drets d'explotació i de remuneració	47
2.1.5. Termini de protecció	49
2.1.6. L'obra preexistent	50
2.2. Els programes d'ordinador	51

2.2.1.	Què es protegeix?	52
2.2.2.	De qui són els drets?	52
2.2.3.	Contingut del dret d'autor sobre un programa d'ordinador	53
2.2.4.	El programari "lliure" i la llicència GPL	56
2.3.	Les bases de dades	57
2.3.1.	Les bases de dades com a obra	58
2.3.2.	El dret <i>sui generis</i> sobre les bases de dades	60
2.4.	Els drets connexos	62
2.4.1.	Artistes intèrprets i executants	63
2.4.2.	Productors de fonogrames i d'enregistraments audiovisuals	65
2.4.3.	Entitats de radiodifusió	66
2.4.4.	Realitzadors de meres fotografies	67
2.4.5.	Editors	67
3.	El règim de protecció de les dades personals	69
3.1.	La protecció de dades personals: marc jurídic i definicions	70
3.2.	Característiques principals de la protecció de dades. Dades protegides especialment	71
3.2.1.	Principis	71
3.2.2.	Inscripció dels fitxers en l'Agència Espanyola de Protecció de Dades	71
3.2.3.	Dades sensibles o protegides especialment	72
3.2.4.	Dret d'informació en la recollida de dades i consentiment de l'afectat	72
3.2.5.	Seguretat	73
3.2.6.	Drets dels interessats	74
3.3.	Cessió de dades personals i transferència internacional	74
3.3.1.	Cessió de dades	75
3.3.2.	Transferència internacional de dades personals	77
3.4.	Infraccions i sancions	78
Resum		79
Exercicis d'autoavaluació		81
Solucionari		83
Abreviatures		84
Bibliografia		85

Introducció

En aquest mòdul tractarem de la protecció de dos béns intangibles que són especialment rellevants i sensibles en el món actual, en general, i en l'àmbit de la comunicació, en particular: la propietat intel·lectual i les dades personals. Tots dos interessos tenen suport constitucional en la Constitució espanyola ja que són reconeguts com alguns dels drets i llibertats fonamentals de tota persona que ja hem tractat en els mòduls anteriors: el dret a la llibertat d'expressió i de creació (article 20 de la CE) i el dret a l'honor, la intimitat i la pròpia imatge (article 18 de la CE).

El règim de la propietat intel·lectual concedeix a autors, artistes, productors, etc., un conjunt de drets exclusius que els permeten controlar l'explotació de les obres i prestacions i alhora beneficiar-se'n econòmicament, de manera que els compensa per l'esforç invertit a crear-les i fer-les. Per a entendre com funciona aquest règim, estudiarem la definició dels conceptes bàsics que l'ordenen (autor, artista, productor, etc., obra i prestació protegides), i també els drets exclusius, de remuneració i morals que la llei els atorga, i els límits (temporals i substancials) que la llei estableix per tal d'equilibrar aquest monopoli d'ús emparat legalment amb altres interessos públics i privats tan importants o més que els que justifiquen la mateixa existència del règim de propietat intel·lectual. A més a més dels fonaments conceptuals d'aquest règim, en aquest mòdul estudiarem les regles previstes legalment per a contractar (licència) aquests drets, analitzarem jurídicament les llicències obertes i ens endinsarem en les especificitats que presenta la protecció de les obres audiovisuals, els programes d'ordinador i les bases de dades, les quals posen al límit la distinció tradicional entre obra protegida i informació (dades) no protegides. Veurem també la tipologia d'infraccions (civil i penal) possibles contra la propietat intel·lectual i aprendrem a distingir-les.

Finalment, el darrer apartat del mòdul ens portarà a estudiar el règim de protecció de les dades personals, aquelles dades que inclouen informació personal i que, arran dels perills generats per la tecnologia digital i l'ús d'Internet pel que fa a la recollida, tractament i explotació d'aquest tipus de dades, requereixen una protecció i regulació específica que han de conèixer els professionals de la comunicació i, especialment, els publicitaris i relacions públiques. La normativa sobre protecció de dades personals estableix drets per als titulars de les dades recollides i tractades, i també obligacions per als qui les recullen i tracten.

Aquest mòdul permetrà, doncs, a l'estudiant completar el coneixement del règim jurídic aplicable al conjunt d'actes de comunicació que desenvoluparà professionalment en el futur.

Objectius

Després d'estudiar aquest mòdul didàctic, haureu assolit els objectius següents:

- 1.** Conèixer els principis bàsics que estructuraven el sistema de protecció de la propietat intel·lectual: objecte, subjecte, drets i límits.
- 2.** Conèixer les característiques essencials del règim de contractació (licència) i explotació d'aquests drets i l'aplicació en el context actual.
- 3.** Conèixer les especificitats dels règims de protecció de l'obra audiovisual, els programes d'ordinador i les bases de dades.
- 4.** Examinar les qüestions que romanen obertes en relació amb l'explotació i protecció d'obres a Internet i per mitjà de suports digitals.
- 5.** Conèixer els trets diferencials del règim de protecció d'artistes, productors musicals i audiovisuals, entitats de radiodifusió, fotògrafs i editors.
- 6.** Identificar i distingir entre els casos d'infracció de la propietat intel·lectual civil i penal.
- 7.** Conèixer els principis bàsics del règim de protecció de dades de caràcter personal.
- 8.** Conèixer els drets i obligacions que se'n deriven per a totes les parts implicades a recollir i tractar dades de caràcter personal.
- 9.** Identificar les obligacions relatives a la creació de fitxers i el nivell de seguretat aplicable i les obligacions de notificació i control de l'Agència Espanyola de Protecció de Dades.

1. Els fonaments del règim de propietat intel·lectual

A continuació, en aquest primer punt del mòdul, enfrontarem les bases del règim general de la propietat intel·lectual: el seu marc jurídic, el seu objecte, els subjectes d'aquests drets, el seu contingut i els seus límits, el seu règim de transmissió i, finalment, estudiarem les possibles infraccions dels drets de propietat intel·lectual.

1.1. Marc jurídic i justificació

La propietat és una institució essencial en la nostra organització social i econòmica que sovint només associem amb béns físics: terres o objectes més o menys valuosos. Ens costa entendre, en canvi, que es pugui tenir un control absolut i excloent (en això consisteix ser propietari) sobre béns mancats de corporeïtat, meres creacions de l'intel·lecte humà. I, tanmateix, així és. Però no de manera necessària o ineluctable, sinó com a conseqüència d'una decisió política.

Els béns immaterials són béns amb unes característiques molt peculiars derivades de la seva **falta de corporeïtat**: estan mancats de localització, són indestructibles, moltes persones –infinites– en poden gaudir plenament de manera simultània (ja que es comparteixen sense necessitat de repartiment físic o temporal; es propaguen), etc. A més a més, són béns molt valuosos, que a tots interessa protegir.

Tot i que no generen competència (no es tracta de béns escassos per naturalesa, al contrari, es poden multiplicar *ad infinitum*) i malgrat les dificultats per a excloure els altres, es considera que aquests béns han de ser propietat privada. Fonamentalment per dos tipus de raons. D'una banda, perquè és just reconèixer i recompensar l'esforç individual. D'altra, perquè admetre l'apropiació del producte de l'esforç és també la millor manera d'estimular la creació i la seva disseminació, per a satisfer els interessos col·lectius.

La protecció dels béns intel·lectuals passa essencialment pel reconeixement d'uns **drets exclusius** (és a dir, un **monopoli**) que permetin al titular excloure del gaudi del bé als altres o decidir quan i com el poden explotar. El conjunt dels diferents sistemes o règims de protecció d'aquests béns és el que es coneix com a **propietat intel·lectual**.

De ben segur que el sistema del monopoli no és l'única opció possible però la història ha demostrat que retribuir l'esforç, el geni i la inventiva afavoreix la creació i la invenció i, a la llarga, el progrés.

Exemples de béns immaterials

Són producte de la creativitat humana: una composició musical, el disseny d'un moble, el logotip d'una empresa, la marca que identifica un producte, etc.

Els béns materials

Per a protegir els béns materials, al marge del reconeixement d'uns drets, tots sabem com actuar: els immobles es tanquen, els mobles es guarden. Com a mínim, hi ha la possessió. En el cas dels immaterials, no hi ha altres tanques ni caixes fortes que les purament jurídiques (encara que convé no perdre de vista l'esforç desplegat per a la creació de "barreres tecnològiques").

En qualsevol cas, com de costum, el problema és de mesura: reconèixer la propietat no equival a negar els interessos socials. Com veurem, el sistema de propietat intel·lectual consisteix en un **delicat equilibri** entre la protecció dels interessos del titular i els interessos del públic.

Per tant, es pot ser propietari o titular de drets exclusius sobre obres literàries, artístiques i científiques, prestacions creatives o industrials, signes identificadors de productes o activitats, invents, obtencions biotecnològiques, etc., Normalment, quan es parla de **propietat intel·lectual** es distingeix entre dos grans apartats: **propietat industrial** (invencions, marques, etc.) i **drets d'autor** (obres literàries, per exemple), que els anglosaxons anomenen *copyright*.

A Espanya, però, la distinció bàsica s'estableix entre la propietat intel·lectual (drets d'autor i drets connexos) i propietat industrial (patents, marques, etc.).

Per tant, parlar de **dret d'autor** (*copyright*, en anglès) és una simplificació ja que en aquesta denominació s'inclouen no solament **obres** (literàries, artístiques i científiques) sinó també les **prestacions** d'actors, cantants, productors, etc., sobre els quals no es reconeixen els drets d'autor, sinó **drets afins** (també anomenats *veïns* o *connexos*) als drets d'autor.

Cada sistema de protecció (dret d'autor, marques, patents, etc.) té els seus requisits i àmbit propis. Això no obstant, no és impossible que es produeixin superposicions, de manera que se'n puguin invocar alhora dues o més. En aquest cas, la regla bàsica és la **independència de la protecció**: cada sistema funciona sense perjudici de l'altre (llegiu, per exemple, els articles 3, 40 ter i 137 TRLPI).

En qualsevol cas, no deixa de ser estrany que s'utilitzi el terme *propietat*, normalment relacionat amb béns físics i tangibles, per a referir-nos a un domini sobre béns immaterials, que en principi semblen destinats per naturalesa més al "domini públic" (a ser gaudits i compartits per tothom) que no pas a la "propietat privada".

Una coneguda cita de Thomas Jefferson diu:

"Aquell que rep una idea meua, rep instrucció sense minvar-me'n, de la mateixa manera que qui gaudeix de la meua espelma encesa rep la meua llum sense que jo en rebi menys."

Però Jefferson parla d'idees, no pas d'obres. La diferència és substancial quan es tracta de propietat intel·lectual: les idees no estan protegides pel sistema de propietat intel·lectual (dret d'autor); les obres, sí.

Lectura recomanada

Per a fer-vos una idea més precisa sobre què inclou el concepte *propietat intel·lectual*, llegiu l'article 2.VIII) del Conveni de 14 de juliol del 1967, que va establir l'Organització Mundial de la Propietat Intel·lectual (OMPI, en anglès WIPO) disponible al seu web (www.wipo.int).

La TRLPI

TRLPI és la sigla de *Text refós de la llei de propietat intel·lectual*.

La Llei de propietat intel·lectual espanyola no tracta de patents ni de marques; només s'ocupa del dret d'autor i dels anomenats *drets afins*.

Exemples de superposicions

El títol d'una obra (protegit pel dret d'autor, art. 10.2 TRLPI) es pot registrar també com a marca. El disseny d'un moble pot estar protegit com a tal, però també pel dret d'autor, com a obra plàstica. Un programa d'ordinador protegit com a obra literària, pot formar part d'una patent, etc.

La propietat intel·lectual és una institució d'origen històric i cultural relativament recent. En l'antiguitat ja hi havia creadors. Només cal pensar en Altamira o Lascaux. Ara bé, no hi havia autors en el sentit modern, ni Dret d'autor. La creació era més un procés col·lectiu que individual i no es reconeixia cap relació entre creador i criatura. Per entendre-ho, podeu pensar novament en el folklore o en l'art popular. El naixement del Dret d'autor –és a dir, de la propietat individual sobre les obres resultat de la creativitat humana– requeria no sols un profund canvi mental que tragués l'autor de l'anonimat de la tribu, sinó també un avenç tecnològic perquè el canvi de mentalitat tingués conseqüències jurídiques.



A l'antiguitat ja hi havia creadors

El canvi revolucionari va tenir lloc a Europa en el segle XV, quan Gutenberg va inventar la **impremta**, que va donar lloc a una nova activitat econòmica: la producció i venda d'exemplars d'obres literàries.

És lògic que els qui la portessin a terme reclamessin algun tipus de protecció enfront dels qui avui anomenaríem impressors "pirates", és a dir, enfront dels qui, en comptes d'assumir riscos, es limitaven a reproduir les obres d'èxit que altres havien posat abans al mercat. D'altra banda, també és lògic que els poderosos (reis, Església) es mostressin preocupats davant del potencial del nou mitjà i volguessin controlar-lo. El resultat d'aquestes dues preocupacions es va traduir en una combinació de privilegis (a favor dels impressors) i dret de censura (per als Estats i Església).

El **sistema de privilegis** es va mantenir llarg temps, però al final va entrar en crisi. Primer a Anglaterra (amb l'Estatut de la Reina Anna, de 1709), i després en altres països, es va acabar reconeixent a la fi que allò que procedia no era un privilegi en favor dels impressors sinó un dret –un autèntic dret– en favor dels autors.

És a partir d'aquest moment que es comencen a diferenciar dues perspectives o justificacions del sistema de propietat intel·lectual que s'atorga a l'autor:

1) Una perspectiva el justifica com un mecanisme per a estimular la creació d'obres noves i l'avenç de la cultura (és un instrument en benefici de la col·lectivitat). Aquesta perspectiva és la que recullen els sistemes del **copyright** (els Estats Units d'Amèrica, Anglaterra i els països de la *common law*).

2) L'altra l'entén com el reconeixement d'un dret de propietat natural (iusnaturalisme): és just recompensar l'esforç creador. Aquesta és la justificació que es prefereix en els sistemes del "dret d'autor" de l'Europa continental i que recull el TRLPI. El legislador no "atorga" la propietat intel·lectual sinó que solament la "reconeix" perquè és just fer-ho així: el benefici de la societat no és l'objectiu principal del règim de propietat intel·lectual.

Privilegis i drets de censura

Els Estats (reis, repúbliques, Església) concediren privilegis d'impressió a favor d'editors (no pas d'autors) per un temps determinat. La finalitat era la regulació del mercat (i, no ens n'oblidem, la censura): la protecció dels editors d'obres d'èxit contra la competència deslleial d'altres editors que, sense haver assumit cap risc, es beneficiaven del mercat creat.

Aquestes diferències "filosòfiques" en tots dos sistemes expliquen algunes diferències normatives importants (com ara el concepte d'*originalitat* i d'*autoria*, la duració –almenys, fins fa poc–, els drets morals, etc.) que, de mica en mica, van desapareixent, arran de la internacionalització de la propietat intel·lectual.

Durant el segle XIX ja es va posar en evidència que l'aplicació territorial de les lleis de protecció de la propietat intel·lectual i industrial i la "ubiquïtat" de les obres i invencions no eren suficients per a protegir de manera efectiva la creació i invenció en un mercat cada cop més internacional: per a protegir l'obra nacional calia protegir també l'obra estrangera (per tal que estiguin en el mercat en igualtat de condicions). Els esforços internacionals es van vehicular inicialment amb **tractats bilaterals** (entre dos estats), que es comprometien a protegir recíprocament les obres i invencions de cada estat, d'acord amb el principi de "tracte nacional" (s'aplica a l'obra o invenció estrangera la mateixa llei que s'aplica a les nacionals). Aviat, però, es va veure que els tractats bilaterals eren insuficients i es va iniciar la via dels **convenis internacionals** per a la protecció de la propietat industrial i intel·lectual.

Darrerament, la globalització dels mercats i Internet ha fet necessària la revisió d'aquests tractats "històrics" i fins i tot la creació de nous tractats. Actualment, per a la protecció internacional de la propietat intel·lectual, hem de tenir en compte els instruments següents:

- **Conveni de Berna** (Conveni de Berna per a la protecció de les obres literàries i artístiques; Berna, 1886).
- **Conveni de Roma** (Convenció Internacional sobre la protecció dels artistes intèrprets o executants, els productors de fonogrames i els organismes de radiodifusió; Roma, 1961).
- **Tractats Internet d'OMPI** (Tractat OMPI sobre Dret d'autor, Ginebra, 1996, i Tractat OMPI sobre Interpretació o Execució i Fonogrames, Ginebra, 1996).
- **ADPIC** (Acord sobre els Aspectes de la Propietat Intel·lectual Relacionats amb el Comerç; Marràqueix, 1994).

Web recomanada

Podeu trobar la normativa de la UE sobre propietat intel·lectual a l'adreça següent:

http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/copyright/documents/documents_en.htm

A la **Unió Europea**: en el marc de la creació del mercat comú, s'han adoptat tota una sèrie de directives per a l'harmonització de la legislació de dret d'autor dels Estats membres. Fins a la data són set, sobre les qüestions següents: programes d'ordinador (1991); lloguer, préstec i drets afins (1992); radiodifusió per satèl·lit i distribució per cable (1993); durada de la protecció (1993); protecció

Lectura recomanada

Un bon manual per a aprofundir en l'estudi comparatiu dels sistemes del dret d'autor i el *copyright* és aquest: **Alain Strowel** (1993). *Droit d'auteur et copyright: divergences et convergences*. Brussel·les: Bruylant.

Web recomanada

Podeu consultar el web de l'Organització Mundial del Comerç:
<http://www.wto.org/>

de bases de dades (1998); societat de la informació (2001); i dret de participació (2001). Més recentment (2004), s'ha adoptat la Directiva 2004/48/CE, de 29 d'abril de 2004, relativa a l'observança dels drets de propietat intel·lectual. Totes aquestes directives han estat transposades a la legislació espanyola.

Espanya és un dels països amb més tradició en el camp del dret d'autor. La norma bàsica en l'actualitat és la Llei de propietat intel·lectual de 1987, que va substituir la vella Llei de 1879, precedida al seu torn per la que podem considerar la nostra primera llei veritablement de dret d'autor (la Llei sobre propietat literària de 1847). Després de diverses reformes, en la seva majoria imposades per les directives comunitàries, el 1996 es va procedir a elaborar un text refós (Text refós de la llei de propietat intel·lectual), parcialment modificat el 1998 (per a incorporar la Directiva 96/9 sobre bases de dades) i més recentment per la Llei 23/2006, de 7 de juliol (que incorpora la Directiva 2001/29/CE, de 22 de maig, de drets d'autor en la societat de la informació), per la Llei 10/2007, de 22 de juny, de la lectura, del llibre i de les biblioteques (que modifica els articles 19.4, 37.2 i 132 TRLPI relatiu al préstec públic d'obres) i per la Llei 3/2008, de 23 de desembre, relativa al dret de participació en benefici de l'autor d'una obra d'art original (que deroga i substitueix l'art. 24 TRLPI).

1.2. L'objecte: l'obra

El dret d'autor té per objecte les **obres literàries, artístiques i científiques**. A més, també inclou **certes prestacions**, creatives o industrials, de qui podríem descriure com a **auxiliars de la creació** (artistes intèrprets i executants, productors, etc.), sobre les quals es reconeixen drets afins (també anomenats veïns o connexos) als d'autor.

1.2.1. Concepte d'obra: l'originalitat

Segons l'art. 10.1 TRLPI:

"Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro, comprendiéndose entre ellas: a) los libros, b)..."

... Segueix una llarga enumeració, merament a títol d'exemple: no té caràcter exhaustiu.

Lectura complementària

El TRLPI i altra normativa sobre propietat intel·lectual, es pot consultar al web del Ministeri de Cultura:

<http://www.mcu.es/propieda-dInt/>

L'únic requisit de protecció de la creació formal és l'**originalitat**. No importa el mèrit (alt, baix...), ni la finalitat (útil, inútil...), ni el grau d'elaboració (esbós, obra inacabada...), ni la licitud o il·licitud (*libel*, pornografia...), ni la prioritat temporal (la *rara avis* de la doble creació).

Tanmateix, no és fàcil definir l'originalitat. La tradició més ortodoxa del sistema de dret d'autor parla d'**empremta de la personalitat** (allà, a l'obra, hi ha l'autor). El sistema del *copyright*, en canvi, es conforma amb un nivell d'originalitat inferior i exigeix només que la creació resulti d'un **esforç personalitzat**: en suma, que no s'hagi copiat. En alguns casos (programes d'ordinador, bases de dades, fotografies), l'anomenat "sistema de dret d'autor" ha acabat acceptant aquesta originalitat "de baix nivell".

Les dificultats pràctiques associades al requisit de l'originalitat han portat a dir que es tracta d'un **concepte "de geometria variable"** (en funció del tipus o categoria d'obres) i, en última instància, a remetre'l a l'anàlisi dels casos concrets. En la pràctica pot ser delicat decidir quan hi ha originalitat i quan, no. Sobretot si el marge per a la creació és escàs (per la limitació de l'espai, la brevetat, la funcionalitat...).

La tecnologia digital, com tot canvi tecnològic, ha donat lloc a nous tipus d'obres. A més, Internet posa a l'abast de tots obres tradicionals en un mitjà nou. Quan naveguem per Internet trobem, per exemple, pintura, escultura, fotografia, plànols, text, imatge en moviment, música... Poca novetat, per tant, respecte a continguts. El canvi està, sobretot, en el mitjà (com circula, com es reorganitza, com es presenta...). Convé fixar-se, tanmateix, en dos tipus d'obres –les dues bàsicament funcionals– singularment importants en aquest nou mitjà: els programes d'ordinador i les bases de dades, que tindrem ocasió d'examinar més endavant.

A aquestes s'hauria d'afegir una categoria imprecisa, però molt utilitzada: les **obres multimèdia**.

Les anomenades obres multimèdia: un problema per resoldre

A l'era digital, la creació tendeix a abandonar l'ús d'un sol llenguatge expressiu per a recórrer a diversos llenguatges simultàniament: text, so, imatge fixa, imatge en moviment, etc. El terme *multimèdia* s'aplica també a aquest gènere de creacions, caracteritzades per la complexitat del seu llenguatge, la ingent quantitat d'informació acumulada, l'ús de programes informàtics, etc., i per la inevitable referència a una paraula tòtem: **interactivitat**.

La qüestió principal és com qualificar jurídicament aquelles creacions que tant es presenten en suports físics (el típic CD-ROM) com virtuals (una pàgina web). Són productes o obres? I en aquest últim cas, de quin tipus? Audiovisuals, programes d'ordinador, bases de dades, pintures, escultures, obres literàries, etc.? Quin règim jurídic els aplicarem? Possiblement, només hi ha una única resposta: múltiple. Cada obra continguda en l'obra multimèdia tindrà el seu propi règim de protecció (segons la categoria d'obra que es tracti), i l'**obra multimèdia** en el seu conjunt –si és obra– serà una obra **composta** i sovint **col·lectiva** (tret que sigui el resultat d'un esforç individual, o d'un treball en col·laboració).

Una pedra original

Quina diferència hi ha entre una escultura i una pedra? El 1927, una obra del romanès Brancusi, *Ocell en l'espai*, va ser retinguda per les duanes dels Estats Units que van refusar aplicar l'exempció establerta per a les obres d'art i reclamaven al propietari la taxa corresponent a la importació del material.

Les obres multimèdia

Malgrat que el TRLPI no esmenta explícitament les obres multimèdia, sí que ho fa el Reglament del Registre de la Propietat Intel·lectual (art. 14.o), Reial decret 281/2003, de 7 de març:

<http://www.mcu.es/propiedadInt/CE/RegistroPropiedad/RegistroPropiedad.html>

És **obra**, doncs, qualsevol expressió formal original resultant de la creativitat humana.

D'aquí es deriven dos principis bàsics del dret d'autor:

1) Una obra és l'expressió formal d'una idea o sentiment que es vol comunicar al públic. La protecció no arriba al contingut (a la idea). **Només es protegeix la forma, l'expressió.** Ni el material en brut (fets, dades, etc.) ni les idees, no són objecte de protecció per part del dret d'autor. La **desprotecció de les idees** és un principi bàsic de dret d'autor, recollit *expressis verbis* en alguns textos.

2) Cal distingir entre el bé intel·lectual (obra) i el suport tangible que sovint el conté. La **distinció entre obra i suport tangible** és també un principi bàsic del dret d'autor. La propietat d'un suport no dóna drets sobre l'obra fixada en aquest. En comprar un llibre, es té dret a llegir-lo (encara que no cal ser-ne el propietari, ja que també es pot llegir en una biblioteca o demanar-lo a un amic). Però, en principi, no es té de dret a res més. No es pot, per exemple, fer-ne còpies i vendre-les.

1.2.2. Inexistència de formalitats. Protecció automàtica

Una vegada establert que una expressió formal de la creativitat humana és original, no es pregunta res més.

El dret d'autor neix pel mer fet de la creació (art. 1 TRLPI).

No s'exigeixen formalitats o tràmits. Certament, hi ha un símbol per a indicar la reserva de drets, © (art. 146 TRLPI), i un Registre de la Propietat Intel·lectual (art. 144 i 145 TRLPI). Però ni els símbols ni el Registre són obligatoris, ni condicionen la protecció.

L'**automatisme de la protecció** és un dels grans avantatges d'aquest règim protector en comparació amb els previstos per a altres béns (per exemple, els invents): s'activa immediatament i, a més, en virtut de diversos tractats (per exemple, els Convenis de Berna i Roma, o els ADPIC), pràcticament a tot el món.

L'automatisme de la protecció explica que el sistema de dret d'autor (que, des d'altres punts de vista, és més fràgil o feble) hagi estat escollit per a protegir algunes creacions com ara els programes d'ordinador o les bases de dades que, tanmateix, poc tenen a veure amb les clàssiques obres literàries i artístiques.

Lectura complementària

Podeu consultar el principi de desprotecció de les idees, per exemple, en l'art. 1 del Tractat OMPI de dret d'autor (1996).

La reserva de drets a Internet

El fet que a Internet nombrosos documents no tinguin advertiments sobre reserva de drets no us ha d'induir a error: si és una obra original, està protegida.

El Registre de la Propietat Intel·lectual

El Registre de la Propietat Intel·lectual té caràcter merament informatiu (no constituïu de drets) i de prova *prima facie*.

1.2.3. Obres i prestacions

L'originalitat és un atribut de les obres (drets d'autor). Tanmateix, la propietat intel·lectual no té per objecte només obres (d'autors), sinó també prestacions diverses que són "*auxiliars de la creació*". Són auxiliars en el sentit de fer possible que l'obra arribi al públic o a facilitar-ne l'existència, però no per això són menys importants. En la nostra llei se'ls engloba sota el títol "altres drets de propietat intel·lectual", també coneguts com a **drets veïns, afins o connexos**. Es tracta d'una categoria heterogènia a la qual, recentment, s'ha afegit "un altre dret" nou, diferent dels afins: el **dret *sui generis* sobre bases de dades** (que tindrem ocasió d'examinar més endavant).

L'originalitat en tant que atribut de les obres

És il·lustratiu el cas de la fotografia. Si aquesta és original, es protegirà com a obra (art. 10.1.h TRLPI). Si no ho és, pot ser que es protegeixi com a mera fotografia (art. 128 TRLPI), i es reconeguin drets connexos al fotògraf.

1.3. El subjecte: autors, titulars i entitats de gestió

La creació és un fet i autor és 'qui crea'.

Vegeu l'article 5.1 TRLPI:

"Se considera autor la persona natural que crea alguna obra literària, artística o científica".

Ara bé, d'acord amb l'art. 5.2 TRLPI, les persones jurídiques poden tenir drets i beneficiar-se de la protecció legal (per exemple, l'obra col·lectiva de l'art. 8 TRLPI); poden ser titulars, però mai autors.

Malgrat tot, el **principi d'autor / persona natural** no és gens pacífic. La nostra pròpia llei, pel que sembla en flagrant contradicció amb l'art. 5 TRLPI, ha admès de forma expressa l'autoria de les persones jurídiques en el cas dels programes d'ordinador (vegeu els art. 97 i 98.2 TRLPI).

La creativitat és un atribut del ser humà

No hi ha autor en els casos d'objectes o formes creades per la naturalesa (un mineral) o animals (la petxina d'un mol·lusc), ni en les creacions completament automatitzades (traducció per ordinador, sense intervenció creativa humana).

Obres anònimes o amb pseudònim

Si l'obra es va divulgar de manera anònima o amb pseudònim, l'exercici dels drets correspondrà a qui la faci sortir a la llum amb el consentiment de l'autor (art. 6.2 TRLPI). No s'ha de confondre la divulgació anònima amb l'anonimat forçat que resulta de la supressió del nom de l'autor. Una cosa molt fàcil de trobar a Internet i que constitueix una violació del dret moral d'atribució.

1.3.1. Règims de pluriautoria

La nostra idea comuna d'autor sol coincidir amb la de persona natural identificada que crea *motu proprio*, en solitari i *ex novo*. Però la realitat és complexa i la llei preveu diversos règims per als casos d'obres creades amb la intervenció de més d'un autor:

a) **L'obra en col·laboració.** Si l'obra és el resultat unitari de la col·laboració de diversos autors, s'anomena *obra en col·laboració* (article 7 TRLPI). Aquesta obra constitueix la manera normal i natural de la coautoria. No sempre tots els coautors participen en la creació de l'obra de la mateixa manera, i fins i tot es pot donar el cas que n'hi hagi un que assumeixi un paper de lideratge o de coordinació. Ni tan sols és necessari que els autors es trobin en un mateix espai i temps per a crear l'obra; sí que cal, però, una mínima col·laboració conceptual en la creació d'una obra conjunta i comuna (altrament, es tractaria d'una obra composta).

El fet que les contribucions siguin distingibles (o no) i separables o inseparables no afecta que l'obra sigui de col·laboració, però sí que determina la possibilitat que un coautor dugui a terme l'**explotació separada** de la seva contribució (quan sigui distingible i separable), sempre que no perjudiqui l'explotació normal de l'obra comuna.

b) **L'obra col·lectiva.** Es tracta d'una altra forma organitzativa de gran importància pràctica, encara que força conflictiva:

Art. 8 TRLPI

"Se considera obra colectiva la creada por la iniciativa y bajo la coordinación de una persona natural o jurídica que la edita y divulga bajo su nombre y está constituida por la reunión de aportaciones de diferentes autores cuya contribución personal se funde en una creación única y autónoma, para la cual haya sido concebida sin que sea posible atribuir separadamente a cualquiera de ellos un derecho sobre el conjunto de la obra realizada."

El règim jurídic de l'obra col·lectiva es descriu en el mateix art. 8 TRLPI:

"Salvo pacto en contrario, los derechos sobre la obra colectiva corresponderán a la persona que la edite y divulgue bajo su nombre."

Es tracta d'un cas en el qual algú, diferent dels autors, adquireix automàticament la propietat intel·lectual sobre una obra. **Qui edita i divulga** és qui ostenta la titularitat originària de la propietat intel·lectual (per més que, per salvar els principis, sempre es podria dir que és una titularitat *derivativa ex lege*). Els coautors no hi tenen drets (només tenen drets sobre la part que cadascú ha creat). És una solució simple, clara i molt útil per a la indústria, la qual, malgrat el seu caràcter excepcional, mostra una marcada tendència a acollir-s'hi, de vegades de manera abusiva.

c) **L'obra composta.** No sempre es crea *ex novo*. També es pot crear utilitzant total o parcialment obres d'altri (cosa distinta de la coautoria): aleshores ens trobem davant d'una "obra nova que incorpora una obra preexistent sense la col·laboració de l'autor d'aquesta última" (art. 9.1 TRLPI), que es qualifica com a **obra composta**. L'únic titular de drets d'autor sobre l'obra composta és aquell que l'ha portat a terme. Per crear-la, no necessita l'autorització de l'autor de

Exemple d'obres en col·laboració

Una escultura creada per dos autors, la lletra i música que formen una cançó, etc.

Participació dels coautors

L'obra pertany a tots els coautors, segons les proporcions que pactin entre ells. Si no pacten res, s'apliquen les normes de la comunitat de béns del Codi civil: s'entén que hi participen a parts iguals (article 393 del CC) llevat que es pugui demostrar que les seves contribucions van ser en una proporció diferent (article 1689 del CC).

Exemples d'obres col·lectives

En la pràctica, solen ser obres col·lectives moltes creacions complexes com les enciclopèdies, els periòdics i no poques obres científiques (per exemple, els mapes). També ho són molts programes d'ordinador i creacions multimèdia.

Exemples d'obres compostes

La musicalització de poemes d'un altre autor, la traducció, etc.

l'obra preexistent. Però, en canvi, li serà imprescindible aquesta autorització per a l'explotació i d'aquesta manera, l'autor de l'obra preexistent també es podrà beneficiar de l'explotació de l'obra derivada que ha autoritzat fer.

1.3.2. Titularitat

Hem de distingir entre **autoria** i **titularitat** i, dins d'aquesta, entre titularitat **originària** i **derivativa**.

L'autor és, per norma general, el **titular originari** (tot i que hi ha algunes excepcions: obra col·lectiva i programes d'ordinador). Els **titulars derivatius** tenen tots o alguns dels drets d'explotació (no els morals que, com tindrem ocasió de veure, són indisponibles). Per a això, aquests hauran fet el corresponent **contracte de cessió** o de **licència** amb l'autor (o els seus hereus, titulars derivatius *mortis causa*). En alguna ocasió, la llei recull algunes presumpcions de cessió (per exemple, quan l'autor és un empleat; art. 51 TRLPI).

Creació laboral

Els drets d'explotació sobre l'obra creada en virtut d'un contracte laboral es presumeixen cedits en exclusiva a l'empresari, llevat que les parts hagin acordat el contrari (article 51 TRLPI).

L'obra creada per autor assalariat

L'article 51 TRLPI estableix una presumpció de cessió en exclusiva dels drets d'explotació sobre l'obra creada en virtut d'una relació laboral, a favor de l'empresari. Aquesta presumpció de cessió, tanmateix, només s'aplica en defecte de pacte per escrit entre les parts (sia en el mateix contracte laboral o en un conveni col·lectiu o en un contracte específic), i es limita a l'abast necessari per a l'exercici de l'activitat habitual de l'empresari en el moment del lliurament de l'obra realitzada en virtut de la relació laboral". Per tant, en virtut de la presumpció de cessió, és l'autor assalariat que pot explotar l'obra per a altres finalitats diferents d'aquesta activitat habitual de l'empresari. Si l'empresari vol adquirir aquests drets i modalitats d'explotació (per a finalitats diferents de les de la seva activitat habitual), els ha d'obtenir del treballador/autor, mitjançant un contracte (per escrit) de cessió de drets.

La qüestió de la identificació dels titulars i l'obtenció de drets sempre ha estat important. Però s'ha convertit en punt capital, atesa la dislocació de les estructures tradicionals a Internet. Qualsevol persona (indústria potent, indústria petita o persona física...) i en qualsevol indret del món, pot voler drets sobre qualsevol obra o prestació per a les finalitats més dispars.

Establir canals àgils amb els titulars és bàsic per a la contínua protecció de la propietat intel·lectual en l'anomenada *societat de la informació*. És d'esperar que la tecnologia faciliti les vies per tal de fer-ho possible.

1.3.3. Les entitats de gestió

Sovint, els autors i els titulars han confiat els drets a entitats de gestió (article 147 i següents TRLPI). Les **entitats de gestió** (societats de gestió col·lectiva de drets de propietat intel·lectual) són associacions formades pels mateixos autors o titulars de drets: artistes, productors, editors, etc. Aquestes entitats són capaces d'actuar amb eficàcia en l'àmbit mundial en virtut dels acords de cooperació recíproca que tenen subscrits amb les entitats d'altres països. Estan més o menys especialitzades segons el tipus d'obres (musicals, coreogràfiques, plàstiques, etc.) i titulars (autors, artistes, productors, etc.).

Voluntària o obligatòria?

En principi, la gestió col·lectiva és voluntària: l'autor pot decidir si ha d'encomanar la gestió dels seus drets a una entitat de gestió o gestionar-los directament. La pràctica, no obstant això, s'encarrega de demostrar que en alguns casos la gestió col·lectiva és la via més fàcil i recomanable per a exercir certs drets. I, a vegades, és la mateixa llei la que imposa la gestió col·lectiva de manera obligatòria (per exemple, la compensació per còpia privada).

Fins i tot a risc de fer una simplificació excessiva, les entitats que hi ha actualment a Espanya es poden ordenar en els tres grups següents:

- **Societats d'autors:** SGAE (Societat General d'Autors i Editors, www.sgae.es), VEGAP (Visual, Entitat de Gestió d'Artistes Plàstics, www.vegap.es), CEDRO (Centre Espanyol de Drets Reprogràfics, www.cedre.org) i DAMA (Associació de Drets d'Autor de Mitjans Audiovisuals, www.damaautor.es).
- **Societats d'artistes:** AIE (Societat d'Artistes Intèrprets o Executants d'Espanya, www.aie.es) i AISGE (Associació d'Actors Intèrprets, Societat de Gestió d'Espanya, www.aisge.es).
- **Societats de productors:** AGEDI (Associació de Gestió de Drets Intel·lectuals, www.agedi.es) i EGEDA (Entitat de Gestió de Drets de Productors Audiovisuals, www.egeda.es).

Una vegada **constituïdes i reconegudes legalment pel Ministeri de Cultura**, les entitats de gestió estan obligades a acceptar l'administració dels drets d'autor i altres drets de propietat intel·lectual que els encomanin d'acord amb l'objecte o finalitat que tinguin i amb subjecció als seus estatuts i altres normes aplicables a aquest efecte.

Les entitats de gestió s'especialitzen a gestionar drets de propietat intel·lectual i estan obligades a complir els punts següents:

a) **Contractar amb qui ho sol·liciti**, excepte que hi hagi un motiu justificat, la concessió d'autoritzacions no exclusives dels drets gestionats, en condicions raonables i amb remuneració.

Repertoris nacionals i internacionals

Per mitjà d'acords internacionals amb altres entitats de gestió semblants, ofereixen als associats i usuaris la gestió tant del repertori propi com d'altres repertoris a escala mundial.

No només autors

Cal tenir en compte, que aquestes societats d'autors també inclouen altres titulars de drets, com els editors musicals (en el cas de la SGAE), els editors d'obres literàries (en el del CEDRO) i els realitzadors de meres fotografies (en el de la VEGAP).

Constitució i autorització

Els requisits per a constituir i autoritzar les entitats de gestió i també el contingut dels estatuts es regulen en els articles 147 i següents TRLPI.

b) Establir tarifes generals que determinin la remuneració exigida per a utilitzar el seu repertori, que han de preveure reduccions per a les entitats culturals que no tinguin finalitat lucrativa.

c) Formalitzar contractes generals amb associacions d'usuaris del seu repertori, sempre que aquestes associacions ho sol·licitin i siguin representatives del sector corresponent.

d) Prestar serveis assistencials i promocionals (beques, subvencions, etc.) a favor dels seus socis.

1.4. El contingut: drets morals, drets exclusius d'explotació i drets de remuneració

El contingut del dret d'autor es defineix en positiu (**drets**) i en negatiu (**límits**):

"La propiedad intelectual está integrada por derechos de carácter personal y patrimoniales, que atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra, sin más limitaciones que las que establece la ley."

Art. 2 TRLPI.

En l'àmbit positiu, i com assenyala la mateixa norma, els **drets de l'autor** són de dos tipus: de caràcter personal (**drets morals**) i de caràcter patrimonial (**drets patrimonials**) que poden ordenar-se en: exclusius d'explotació i de remuneració.

1.4.1. Drets morals

El dret moral de l'autor sobre la seva obra es compon de diverses facultats, o drets, enumerades en l'article 14 TRLPI, que tenen caràcter **irrenunciable i inalienable**:

a) Divulgació. El dret de fer accessible l'obra al públic, en qualsevol forma, per primera vegada. Només hi ha una divulgació per obra. L'autor ostenta la propietat intel·lectual pel simple fet de crear, però fins que no divulga l'obra roman en l'esfera de la seva intimitat. L'autor pot exercitar el seu dret en sentit positiu o negatiu (inèdit). Divulgar sense el seu consentiment és una de les infraccions més greus que es poden cometre. És part d'aquest dret decidir també la forma de divulgació.

b) Anonimat. Relacionat amb el dret de divulgació i a manera de pont amb el següent en la llista, l'autor també és qui decideix si la divulgació "ha de fer-se amb el seu nom, sota pseudònim o signe, o anònimament".

c) Atribució. L'autor té, en tot moment i circumstància, dret a exigir ser reconegut com tal.

El reconeixement del dret moral d'autor

El reconeixement del dret moral d'autor és un dels punts diferencials entre el sistema de dret d'autor i el sistema de *copyright*, que només reconeix els drets econòmics; els interessos "morals" de l'autor titular es protegeixen mitjançant figures alienes al dret d'autor: per exemple, el dret al nom, la competència deslleial, etc.).

d) Integritat. L'autor pot "exigir el respecte a la integritat de l'obra i impedir qualsevol deformació, modificació, alteració o atemptat contra ella", sempre que "suposi perjudici als seus legítims interessos o a la seva reputació".

e) Modificació. L'autor pot modificar l'obra, encara que "respectant els drets adquirits per tercers i les exigències de protecció de béns d'interès cultural".

f) Penediment. L'autor pot decidir retirar l'obra del comerç. Però l'exercici d'aquest dret moral està subjecte a certes cauteles per protegir interessos de tercers i evitar abusos. En primer lloc, hi ha d'haver un "canvi en les conviccions intel·lectuals o morals" de l'autor; en segon lloc, l'autor ha d'indemnitzar pels danys i perjudicis causats als titulars de drets d'explotació i, a més a més, ha de fer-ho prèviament; en tercer lloc, si més tard l'autor decidís reprendre l'explotació de l'obra, "haurà d'oferir preferentment els corresponents drets a l'anterior titular d'aquests i en condicions raonablement semblants a les originàries".

g) Accés. L'últim dret moral reconegut al TRLPI és de caràcter instrumental. L'autor podrà "accedir a l'exemplar únic o rar de l'obra quan es trobi en poder d'un altre" però sempre "en el lloc i de la manera que ocasionin menys incomoditats al posseïdor, a qui s'indemnitzarà, si escau, pels danys i perjudicis que se li causin".

Alguns dels drets morals viuen i moren amb l'autor (són aquelles decisions personalíssimes de l'autor, que ningú no pot prendre al seu lloc). En canvi, **d'altres li sobreviuen** durant un temps (divulgació) o fins i tot sense límit de temps (atribució i integritat).

Drets de divulgació, atribució i integritat

El dret de divulgació sobreviu a l'autor, però només per temps limitat (setanta anys) i, a més, debilitat, ja que es pot forçar la divulgació per raons d'interès cultural (art. 40 TRLPI).

D'altra banda, encara que en rigor els drets d'atribució i integritat també moren amb l'autor, s'estableixen mecanismes per a la defensa d'aquests béns o interessos: ambdós constitueixen el "nucli dur" del dret moral. La defensa d'aquests "drets" queda a càrrec de la persona que hagi designat el mateix autor i, si no n'hi ha, dels seus hereus. En última instància, l'assumiran l'Estat, les comunitats autònomes, les corporacions locals i institucions públiques de caràcter cultural (art. 16 TRLPI).

Alguns **drets connexos**, en protegir activitats creatives (artistes, intèrprets i executants, fotògrafs), també recullen –en mesura més o menys gran– la protecció de drets morals (art. 113 i 128 TRLPI). No ho fan, en canvi, aquells que protegeixen només activitats industrials (productors, entitats de radiodifusió, etc.).

1.4.2. Drets exclusius d'explotació

Abans d'examinar els anomenats drets d'explotació, cal fer una **doble distinció**:

Problemes de dret moral al ciberespai

En el ciberespai, els problemes de dret moral es plantejen amb singular agudesesa, ateses les possibilitats del format digital. Les obres es poden manipular, fragmentar... És fàcil suprimir-ne la referència a l'autor... És obvi que són operacions que afecten o poden afectar als drets morals d'integritat i paternitat.

1) Entre **ús** i **explotació**. En principi, la propietat intel·lectual atribueix a l'autor el monopoli sobre els actes d'explotació de la seva obra. No, en canvi, sobre els actes de mer ús. L'autor, o qui tingui per cessió els drets corresponents, pot impedir que editem un llibre, però no que el llegim. El mer ús manca d'intenció lucrativa i, normalment, és privat. L'explotació, en canvi, sol perseguir un benefici econòmic i sempre té caràcter públic.

2) Entre **explotació en exclusiva** i **simple remuneració**. Els drets exclusius d'explotació es concreten en el poder que ostenta l'autor (o titular) d'excloure els altres, és a dir, d'imposar-los una prohibició o veto. No obstant això, en alguns casos la propietat intel·lectual es debilita i el poder de veto es veu substituït per un simple dret a ser compensat econòmicament: no es pot impedir l'explotació, però almenys se n'obté una remuneració.

Els anomenats **drets d'explotació** són manifestació directa de la idea de propietat i constitueixen el nucli dels drets patrimonials.

Així defineix l'article 17 TRLPI els drets d'explotació:

"Corresponde al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma y, en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, que no podrán ser realizadas sin su autorización, salvo en los casos previstos en la presente ley."

Els drets de reproducció, distribució, comunicació pública i transformació corresponen a les **modalitats típiques** del dret exclusiu d'explotació. L'enumeració és només a tall d'exemple; no forma un elenc tancat. Així, doncs, si alguna forma d'explotació no encaixés en les definicions de les manifestacions típiques, no per això deixaria de pertànyer en exclusiva a l'autor.

Els drets d'explotació i els seves modalitats són **independents** entre si (art. 23 TRLPI) i sens dubte, **disponibles** (és a dir, transmissibles *inter vivos* i *mortis causa*, art. 42 TRLPI), amb certes limitacions. Vegem ara amb més detall els drets d'explotació que defineix el TRLPI:

a) Dret de reproducció. Es tracta del gran dret històric dels autors. La reproducció ve definida en els següents termes a l'art. 18 TRLPI:

"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."

El dret de col·lecció

També hi ha un dret una mica especial associat als drets exclusius d'explotació: el dret de col·lecció. Encara que un autor hagi cedit els drets d'explotació sobre les seves obres, conservarà el dret a "publicar-les reunides en col·lecció escollida o completa" (art. 23 TRLPI).

Modalitats d'explotació

El cinema i la televisió es basen en els mateixos drets (reproducció i comunicació pública), però són modalitats d'explotació –mercats– diferents. Un assaig breu es pot publicar en una revista o com a llibre. Els drets afectats (reproducció i distribució) són els mateixos, però es tracta de modalitats d'explotació diferents.

Perquè hi hagi **reproducció** n'hi ha prou que **l'obra es fixi** en un mitjà que en permeti la **comunicació i l'obtenció de còpies**, encara que no es faci ni l'una ni l'altra.

La noció de reproducció

Cantar una cançó no constitueix reproducció; gravar-la, sí. Llegir un llibre no constitueix reproducció; fotocopiar-lo o fer-ne una còpia manuscrita, sí.

La noció de reproducció, com la pròpia institució de la propietat intel·lectual, ha estat posada a prova pel desenvolupament tecnològic. Tradicionalment, reproduir era fixar de manera estable en un suport físic: imprimir llibres, editar discos... La mateixa idea de fixació hi deixava poc marge de dubte. Això no obstant, la digitalització i les xarxes han tensat la noció tradicional.

El concepte de *reproducció* s'ha emmotllat als temps i s'ha concretat, en l'àmbit europeu, en la Directiva de drets d'autor i afins en la societat de la informació (art. 2 DDASI):

"la reproducción directa o indirecta, temporal o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma."

Art. 2 DDASI

Com ja hem vist, aquest concepte ha quedat recollit en l'art. 18 TRLPI. El **concepte de reproducció** és, doncs, **molt ampli**. Tant que, en el cas de les obres en format digital, ha arribat a fer impossible d'usar sense reproduir.

Impossible d'usar sense reproduir

Qui llegeix un llibre, no el reproduceix... excepte a la seva retina o en la seva memòria; en canvi, qui llegeix un text digitalitzat, al seu ordinador, no pot evitar que es porti a terme una reproducció, encara que sigui efímera i en memòria RAM.

Per aquest motiu, la llei exclou del monopoli de l'autor totes aquelles reproduccions provisionals que siguin transitòries o accessòries i que formin part integrant i essencial d'un procés tecnològic destinat a facilitar una transmissió per part d'un intermediari o un ús lícit i que manquin de significació econòmica independent (art. 5.1 DDASI i art. 31.1 TRLPI). D'aquesta manera s'exclouen, sempre que compleixin aquests requisits, les còpies en la memòria cau, tant per part dels usuaris com dels servidors i intermediaris d'Internet, i també les còpies que s'emmagatzemen en la memòria RAM de l'ordinador en "visitar" pàgines web (cons. 33 DDASI).

De totes maneres, l'art. 8.3 DDASI obliga els Estats membres a assegurar que els titulars podran demandar els ISP per infraccions comeses per mitjà dels seus sistemes, encara que les reproduccions efectuades per aquests quedin cobertes per aquesta excepció de l'art. 5.1; i és que, si no és així, els titulars es veurien desposseïts del seu dret a perseguir les infraccions de les seves obres a la Xarxa.

b) Dret de distribució. Segons l'art. 19 TRLPI:

"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."

El fet característic de la **distribució** és que l'obra viatja en un **suport físic**, ja sigui com a original o mitjançant exemplars, sigui quin sigui el títol jurídic que l'empara (venda, lloguer, préstec o altre).

El dret de distribució està, això no obstant, subjecte al que es coneix com a **principi d'esgotament** (*exhaustion o first sale doctrine*) recollit en l'art. 19.2 TRLPI. Es tracta d'una important restricció, destinada a facilitar l'accés de la col·lectivitat a les obres objecte de propietat intel·lectual: l'autor, o titular derivatiu d'aquest dret, pot decidir quan i com posa al mercat l'original o exemplars de la seva obra; però un cop fet això, perd el control sobre les successives vendes d'aquests exemplars (o sobre l'original, si és el cas).

L'esgotament "comunitari"

L'esgotament només afecta al dret de distribució (no per haver comprat un CD, podem difondre'l per ràdio o col·locar-lo en una pàgina web: els drets d'explotació –recordem-ho– són independents entre si) està **limitat territorialment**: només és comunitari (Unió Europea), no internacional (mundial).

c) Dret de comunicació pública. Segons l'art. 20.1 TRLPI:

"Se entenderá 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."

La definició es completa en negatiu:

"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."

I amb una llarga relació no tancada de casos que constitueixen comunicació pública (llegiu l'art. 20.2 TRLPI).

Són tres, doncs, les **característiques essencials** que configuren la comunicació pública (i la distingeixen de la reproducció i la distribució):

- possibilitat d'accés d'una pluralitat de persones;
- absència d'una prèvia distribució d'exemplars;
- més enllà de l'àmbit domèstic.

Exemples de distribució

Distribueix l'editor que, directament o a través d'un llibreter, ven els llibres que prèviament ha imprès. També distribueix la botiga que lloga vídeos. El mateix fa la biblioteca pública, que presta llibres a qui ho desitgi. Fins i tot distribueix l'artista que posa en venda els seus quadres. Tots aquests actes encaixen en la definició de l'art. 19 TRLPI.

La "distribució" a Internet?

El concepte de *distribució* sembla desdibuixar-se una mica en el ciberespai. Normalment es diu que un lloc web "distribueix" música. O que les biblioteques virtuals "distribueixen" articles i altres materials. Però es tracta d'una manera de parlar. En realitat, ja hem vist que no hi ha distribució sense exemplars físics.

Exemples de comunicació pública

Hi ha comunicació pública quan es representa una obra teatral. També quan es recita un poema en un auditori o s'exposa una pintura. En l'àmbit de la comunicació el cinema i la televisió també en són exemples típics. En són casos clars.

El dret de la comunicació pública en la història

La importància del dret exclusiu de comunicació pública ha augmentat de la mà del desenvolupament tecnològic, que ha imposat una evolució de la mateixa noció de *públic*. Temps enrere, el públic era només el conjunt de persones congregades simultàniament en un mateix lloc (per exemple, un teatre). Per a arribar a una gran audiència –i fins i tot això amb limitacions– calia repetir la funció. Les coses van canviar amb la ràdio i la televisió. Ja no calia reunir-se en un mateix lloc. La noció de *públic* es va estendre fins a abastar les persones que eren a qualsevol lloc, incloent-hi el seu domicili. Es mantenia, això no obstant, l'exigència de coincidència temporal (per exemple, les emissions de ràdio o televisió). Finalment, però, fins i tot aquesta exigència ha acabat cedint. En el context digital, quan una obra es col·loca a la Xarxa, hi poden accedir –ho facin o no– infinitat de persones, en el moment i lloc que desitgin. Aquesta evolució ha obligat a redefinir –o reexplicar– el concepte de *comunicació pública* (vegeu l'article 3.1 de la DDASI).

Es reconeix, doncs, als autors el dret exclusiu de comunicació al públic en general i també en entorns interactius (actes d'explotació d'obres per Internet) amb el dret de "posada a disposició del públic" recollit en l'apartat *i* de l'article 20.2 TRLPI:

"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."

Per tant, caldrà autorització de l'autor per a posar a disposició del públic obres o prestacions a Internet, de manera que sigui l'usuari qui triï el lloc i el moment d'accés. No cal que l'usuari accedeixi a l'obra: perquè ens trobem davant d'un cas de comunicació pública, n'hi ha prou amb la **posada a disposició del públic**. Però sí que es poden fer dues precisions:

- Aquest dret no cobreix les comunicacions privades, amb la consegüent dificultat de delimitar entre privat i públic a Internet;
- No hi ha esgotament en l'àmbit comunitari (art. 3.3 DDASI) –com ocorre amb el dret de distribució.

d) Dret de transformació. S'entén per *transformació* qualsevol modificació formal d'una obra "de la qual es derivi una obra diferent" (art. 21.1 TRLPI). La pròpia norma cita com a exemples els casos de la traducció i de l'adaptació (per exemple, es porten al cinema una novel·la o una obra teatral).

En el dret de transformació, l'essencial...

L'essencial és que es creï una obra nova, que tindrà la consideració d'**obra (subjectivament) derivada** i **(objectivament) composta**.

Com a tal obra composta, l'autoria correspon exclusivament a la persona o persones que porten a terme la transformació. No obstant això, l'obra resultant de la transformació no es podrà explotar si no es compta amb el consentiment de l'autor de l'obra transformada.

Auxiliars de la creació

A diferència dels autors, per als auxiliars de la creació no es reconeix un dret de comunicació pública general, sinó només a la posada a disposició del públic (art. 3.2 DDASI). L'art. 108.1a TRLPI atorga aquest dret als artistes.

Canvis sense transformació

No hi ha transformació quan simplement canvia el suport (passar de paper a format electrònic o de cinta a CD).

1.4.3. Drets de remuneració

A més a més dels drets exclusius d'explotació, hi ha uns altres drets patrimonials, doctrinalment coneguts com a **drets de simple remuneració**.

El seu contingut és més limitat: només atribueixen a l'autor el dret a rebre una compensació econòmica, però **no pot autoritzar-ne o prohibir-ne els usos** corresponents (com és el cas dels drets d'explotació, que tenen el caràcter d'exclusius¹).

⁽¹⁾Autoritzar o prohibir: aquesta és l'essència de l'exclusivitat.

El fet que es prescindeixi del seu consentiment es compensa d'alguna manera amb el caràcter **irrenunciable** i **indisponible** que solen presentar aquests drets.

Generalment són objecte de **gestió col·lectiva**, ja sigui perquè així ho estableix la llei (aleshores parlem de *gestió col·lectiva obligatòria*) o simplement perquè, de fet, a la pràctica és la manera més eficaç de gestionar els drets.

La qüestió de la **còpia privada** era irrellevant en l'època dels manuscrits o fins i tot de les màquines d'escriure. Ho va deixar de ser quan van aparèixer les fotocopiadores, els vídeos i les enregistradores de so o imatge. Ara, amb la tecnologia digital la **còpia privada** ha adquirit una gravetat inusitada.

La còpia privada digital

La còpia privada (normalment entesa com a acte de mer ús) es perfila així com **un acte que competeix amb la normal explotació de l'obra**; fins i tot si ens limitem a fer còpies per a nosaltres (i no, com és tan freqüent, també per a amics, parents i companys de treball) estem competint amb la normal explotació de l'obra.

Què fer? Una possibilitat seria prohibir la còpia privada; una altra, prohibir o il·legalitzar els aparells susceptibles d'utilitzar-se per a aquest tipus de còpies. Ambdues solucions semblen absurdes, d'impossible posada en pràctica i, probablement, lesives d'altres drets. La solució més sensata passa per no prohibir ni l'acte ni els mitjans i buscar procediments alternatius que minimitzin els danys; o en altres paraules, procediments perquè els autors i titulars participin de les indústries emergents. Aquesta és la solució més estesa i la que adopta la nostra Llei.

L'art. 31.2 TRLPI legitima la **còpia privada** (no la prohibeix: ni l'analògica ni la digital):

"No necesita 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."

A canvi, la subjecta a una compensació a favor dels titulars.

Els aspectes o elements més rellevants d'aquest **dret de compensació** es recullen en l'art. 25 TRLPI:

Exemples de drets de remuneració

Alguns exemples de drets de remuneració són els següents:

- el dret de participació dels artistes plàstics (*droit de suite*) (art. 24 TRLPI) ara substituït per la Llei 3/2008.
- el dret de remuneració per lloguer de fonogrames i enregistraments audiovisuals (art. 90.2 TRLPI),
- i el dret de remuneració per còpia privada: l'autor no la pot impedir (art. 31.2 TRLPI), però la llei li reconeix el dret a una compensació econòmica (art. 25 TRLPI).

La compensació per còpia privada

Tal com diu l'art. 25.1 TRLPI, es tracta de "compensar els drets de propietat intel·lectual que es deixaran de percebre".

- Consisteix en un **gravamen sobre el preu dels equips, aparells i suports** susceptibles d'utilitzar-se per a la realització de còpies privades (fotocopiadores, gravadores de so i imatge, cintes...). S'estableix en funció del seu potencial (capacitat de còpia, durada de les cintes...). Quan el consumidor adquireix aparells o mitjans, una part del preu que paga correspon a aquest concepte.
- Com a resultat de l'anterior, no es paga per còpia. **La remuneració és a tant alçat, "equitativa i única"**, i es liquida cada any, normalment mitjançant acord entre els sectors interessats i les entitats de gestió col·lectiva.
- No s'aplica a totes les obres. Només a les divulgades en forma de **llibre (o publicacions assimilades), fonogrames, videogrames o altres suports sonors, visuals o audiovisuals**.
- S'estableixen **tarifes diferents** per als suports analògics i els digitals.
- Els **deutors** són els fabricants o, si escau, importadors.
- Els **beneficiaris o creditors** són els autors d'obres explotades en alguna de les formes indicades. Però no només ells, aquest dret també beneficia els editors de llibres i productors de fonogrames o gravacions audiovisuals, així com els artistes intèrprets i executants les actuacions dels quals han estat fixades.
- És un dret de **gestió col·lectiva obligatòria**, segons el qual les diverses entitats concurrents poden actuar –gairebé han d'actuar– de forma conjunta.
- La compensació equitativa prevista en l'article 25 "ha de tenir en compte si s'apliquen a aquestes obres les mesures a les quals es refereix l'article 161", és a dir, ha de tenir en compte l'existència o no de **mesures tecnològiques de control d'accés i anticòpia**.

Compensació equitativa

Els equips, aparells i suports subjectes al pagament de la compensació equitativa per còpia privada, les quantitats aplicables a cada un d'ells i la distribució entre les diferents modalitats de reproducció es regulen en l'Ordre PRE/1743/2008, de 18 de juny.

1.5. Els límits: durada de la protecció i "excepcions"

Entrem ara a examinar la definició negativa del dret d'autor. Per motius d'interès general, s'imposa establir-hi alguns límits. Aquests són de dos tipus: temporals (durada de la protecció) i substantius (excepcions a la protecció).

1.5.1. Els límits temporals: la durada

Ens plantegem ara una qüestió fonamental: si el dret d'autor ha de tenir límits temporals. En principi, el terme *propietat* portaria a una resposta negativa (la propietat és eterna). I, tanmateix, la propietat intel·lectual (de la qual s'ha dit que és la més sagrada de les propietats) està subjecta a termini de caducitat.

Quan ha transcorregut un temps determinat, les obres cauen en l'anomenat **domini públic**.

La regla bàsica és la de **setanta anys *post mortem auctoris*** (art. 26 TRLPI) i regeix a tota la Unió Europea. Si hi ha hagut **coautoria**, els 70 anys comencen a comptar a partir de la mort del darrer autor (art. 28.1 TRLPI). Per a les **obres col·lectives** o les **obres d'autor desconegut**, el termini de protecció és de 70 anys a partir de la seva divulgació (art. 28.2 i art. 27.1 TRLPI). Tots els terminis es comencen a comptar a partir de l'1 de gener de l'any següent a la mort o divulgació de l'obra.

Un cop **en el domini públic**, les obres poden ser utilitzades –és a dir, explotades– per qualsevol, però sempre respectant els drets morals de paternitat i integritat (art. 41 TRLPI). Alguns suggereixen que s'estableixi una taxa sobre el domini públic (és el que es coneix com a *domini públic de pagament*), però tindria poca cosa a veure amb l'"autèntic" dret d'autor. A Espanya, en qualsevol cas, la utilització d'obres en el domini públic no sols és lliure, sinó també gratuïta. Això no obstant, excepcionalment pot haver-hi obres "rescatades" del domini públic sobre les quals no es reconeixen drets d'autor, però sí drets afins en favor de l'editor (art. 129 TRLPI).

1.5.2. Els límits substantius: les excepcions

Per raons diverses, la llei autoritza, en casos específics, la realització d'actes que entren en l'esfera de l'exclusiva de l'autor, prescindint de la seva autorització, i fins i tot –encara que no sempre–, privant-lo de tota compensació. Són les denominades **excepcions** o **limitacions** al monopoli de l'autor.

Amb les excepcions al monopoli de l'autor, es tracta normalment d'assegurar **interessos generals** com l'educació, l'accés a la cultura, la llibertat d'informació i crítica i la lliure competència. No cal dir que aquests límits substantius o excepcions constitueixen un motiu constant de fricció entre els diversos col·lectius de titulars i usuaris, i una font important de litigis: **sovint separen l'ús lícit de la infracció**. A pesar del nom, les excepcions constitueixen un aspecte fonamental del sistema de protecció de la propietat intel·lectual i són justificades per drets i llibertats individuals.

L'harmonització europea del sistema d'excepcions

La Directiva (article 5 DDASI) estableix una llista amb **caràcter exhaustiu o tancat**, de manera que no hi pot haver més excepcions que les previstes. Això no obstant, llevat d'una excepció obligatòria (article 5.1), les altres excepcions recollides són un elenc de possibilitats: han de ser els estats els que decideixen quines excepcions admeten i quines rebutgen. En resum, no se'n pot esperar gaire harmonització.

80 anys *pma*

Per a les obres d'autors que hagin mort abans del 7 de desembre de 1987 (data d'entrada en vigor del TRLPI), és aplicable el termini de 80 anys *pma* previst en la Llei de propietat intel·lectual de 1879.

Els drets connexos

Els **drets connexos** tenen uns altres terminis, més breus (normalment, de 50 anys des de la interpretació o execució, gravació, etc).

El *fair use*

Heus ací una altra diferència important entre el sistema del dret d'autor i el del *copyright*. El **sistema de dret d'autor** opta per establir a la llei una enumeració tancada d'excepcions. En canvi, el **sistema de *copyright*** conté una defensa oberta d'ús lleial o *fair use*, que deixa cert marge d'apreciació als jutges davant de cada cas concret.

No hi ha aquí espai per a una anàlisi detallada de les excepcions (art. 31 a 40 TRLPI), però de manera molt resumida, podríem agrupar en funció de la finalitat/interès que protegeixen, tot i essent possible que en alguna d'elles conflueixin dues o més d'aquestes finalitats:

a) Excepcions en favor del dret d'informació. Es tracta d'un dret fonamental constitucionalment reconegut (art. 20.1 CE), però ja que la informació rarament consisteix en fets o dades nues, sinó que adopta una forma expressiva que, si és original, serà objecte de propietat intel·lectual, s'imposen alguns límits:

- **Treballs i articles sobre temes d'actualitat difosos pels mitjans de comunicació social** (art. 33.1 TRLPI). En tot cas hauran de citar-se la font i l'autor. Aquest, a més a més, haurà de percebre una remuneració.
- **Conferències, al·locucions i informes pronunciats en públic** (art. 33.2 TRLPI).
- **Obres susceptibles de ser vistes o sentides amb ocasió d'informacions sobre esdeveniments d'actualitat** (art. 35.1 TRLPI). L'obra afectada no té en sí cap interès informatiu, simplement "era allà" i es veu o sent de forma incidental.
- **Recopilacions periòdiques en forma de ressenyes o revistes de premsa** (art. 32.1, paràgraf 2n. TRLPI). L'objecte de la ressenya o revista de premsa és donar compte de manera breu i concisa del més rellevant que s'ha publicat en altres mitjans en un període determinat. En aquest cas, l'actualitat no és un requisit de la informació. No obstant això, amb la transposició de la Directiva es va reduir dràsticament aquesta excepció pel que fa a les recopilacions d'articles periodístics amb finalitats comercials (*press-clipping*).

Press-clipping

L'autor de l'article periodístic pot prohibir el *press-clipping* i sotmetre'l a la seva autorització. Si no el prohibeix, té dret a ser compensat econòmicament.

b) Excepcions en favor de la llibertat d'expressió. El mateix article 20.1 c), en el seu apartat a) reconeix un altre dret no menys essencial en les societats civilitzades: la llibertat d'expressar pensaments, idees i opinions. L'art. 20.1 a) CE juga a favor dels autors, atès que dóna caràcter fonamental al dret a crear; però també hi juga en contra, en la mesura que justifica certes excepcions a l'exclusiva de l'autor:

- La **citació** (art. 32.1 paràgraf 1r. TRLPI). El que comunament s'anomena *dret de citació* presenta alguns aspectes segurs i altres summament conflictius. Són segures l'**exigència de divulgació** (no es pot citar obres no divulgades) i el **respecte a l'atribució** (cal citar l'autor i també la font). Cal que es tracti de fragments, excepte en el cas de fotografies i obres plàstiques. Els dubtes, en canvi, són enormes quan es parla d'inclusió "a títol de citació o per a la seva anàlisi, comentari o judici crític", i encara més quan s'afegeix que la utilització només podrà realitzar-se "amb fins docents o d'investigació". Òbviament, aquesta precisió final restringeix enormement

l'espai per a la citació, perquè sembla que si l'anàlisi, comentari o judici crític no es produeixen en el marc de la docència o la investigació, no seran lícits. Per tant, si no es vol deixar en res aquest límit, no hi ha més remei que fer una interpretació flexible dels termes *docència* i *investigació*.

- La **paròdia** (art. 39 TRLPI). Es recull aquí una de les excepcions més notables als drets de l'autor, tant en extensió i intensitat (perquè abasta el dret de transformació) com en la dificultat de delimitar què s'entén per *paròdia*. És permesa, sense autorització de l'autor, la paròdia de qualsevol obra que hagi estat divulgada lícitament mentre no es causi perjudici ni a l'autor ni a l'obra original ni hi hagi risc de confusió amb aquesta. La paròdia no sempre ha de ser humorística ni anar adreçada necessàriament a parodiar l'obra o l'autor utilitzat (és l'anomenada *paròdia indirecta* o *weapon*). L'objectiu principal del límit de paròdia és assegurar, precisament, els mateixos drets fonamentals que justifiquen el dret d'autor: la llibertat de creació i d'expressió.

c) **Excepcions en favor de la docència i/o la investigació.** Aquí se n'inclou alguna de ja coneguda (la citació) al costat d'altres de noves:

- La **citació** (art. 32.1 paràgraf 1r. TRLPI). La possibilitat de citar obres alienes divulgades es justifica en el nostre dret per la presència de finalitats docents o d'investigació.
- **Reproducció amb fins d'investigació** (art. 37.1 TRLPI). Els museus, biblioteques, fonoteques, hemeroteques i arxius de titularitat pública o que, fins i tot sense ser-ho, estiguin integrats en institucions de caràcter cultural o científic, podran realitzar lliurement reproduccions "per a fins d'investigació", sempre sense ànim de lucre.
- **Utilització de bases de dades per a il·lustració de l'ensenyament o per a investigació científica** (art. 34.2, b TRLPI). És aquest un límit inclòs en la nostra Llei amb ocasió de la incorporació de la Directiva sobre bases de dades. El seu contingut i abast no són de fàcil determinació a partir de la lletra de la Llei, que acull una formulació molt àmplia. Es parla d'*utilització*, terme que pot incloure qualsevol acte (reproducció, distribució, comunicació...). Les úniques restriccions deriven de la finalitat (ensenyament o investigació) i de l'absència d'un "objectiu comercial".
- **Utilització d'obres per a la il·lustració de l'ensenyament per part de professorat d'educació reglada** (art. 32.2 TRLPI). Es tracta d'una nova excepció incorporada amb motiu de la transposició de la DDAS, però que pel seu limitat abast material és poc significativa, atès que aquests usos ja en quedaven exclosos amb el dret de citació.

Conservació

La Llei 23/2006 afegeix els fins de conservació a les reproduccions permeses per l'article 37.1 TRLPI.

d) Excepcions en favor del dret d'accés a la cultura reconegut a l'art. 44.1 de la Constitució:

- **Préstec bibliotecari** (art. 37.2 TRLPI). L'excepció afecta en aquest cas al dret de distribució, en la seva modalitat de préstec. L'elenc de beneficiaris és molt ampli encara que no deixi de ser determinat:

"Museos, archivos, bibliotecas, hemerotecas, fonotecas o filmotecas de titularidad pública o que pertenezcan a entidades de interés general de carácter cultural, científico o educativo sin ánimo de lucro, o a instituciones docentes integradas en el sistema educativo español."

L'excepció exclou la remuneració de l'autor. Es tracta d'una excepció o límit nascuda en principi per a les biblioteques i els llibres que, això no obstant, ha ampliat el seu àmbit a tot tipus d'obres. La seva justificació històrica és clara: evitar que la falta de mitjans es converteixi en una barriera insalvable per a l'accés a la cultura. Però, un cop més, no falta la polèmica: Per què els autors –i titulars– han de finançar la cultura? Per què no se'ls compensa?

- **Accés a la cultura i dret d'inèdit** (art. 40 TRLPI). Ja hem esmentat el debilitament *post mortem* del dret moral de divulgació en la seva faceta negativa (no divulgar). Quan, mort l'autor, els seus drethavents es neguen a divulgar l'obra, "el jutge podrà ordenar les mesures adequades" per donar satisfacció al dret d'accés a la cultura reconegut en l'art. 44 CE.

e) Excepcions en favor d'invidents (art. 31.3 TRLPI). En aquest cas hi ha un objectiu immediat: discriminar positivament els qui pateixen una minusvalidesa i facilitar la creació de vies específiques per al gaudi de les obres.

f) Excepcions destinades a satisfer el correcte funcionament de l'Estat i les institucions públiques. Segons l'art. 31.1 TRLPI, és lícita la reproducció sense autorització d'obres ja divulgades "com a conseqüència o per a constància en un procediment judicial o administratiu".

g) Excepcions en favor dels usuaris legítims. Amb elles es pretén facilitar que un ús o utilització lícita –per comptar amb autorització del titular o de la llei– pugui dur-se a terme, evitant-ne el bloqueig pels drets exclusius que conserva l'autor o titular:

- **Utilització de bases de dades** (art. 34.1 TRLPI). "L'usuari legítim" d'una base de dades (es pensa sobretot en les electròniques) ha de poder dur a terme "tots els actes que siguin necessaris per a l'accés al contingut de la base de dades i la seva normal utilització pel propi usuari, encara que estiguin afectats per qualsevol dret exclusiu" de l'autor. Si usar una base de dades exigeix la realització de còpies efímeres a l'ordinador o fins i tot la

La remuneració per préstec públic

La Comissió Europea va condemnar Espanya (i també Itàlia, Irlanda i Portugal) per infracció de la normativa UE, en permetre el préstec públic de llibres, etc. sense remuneració ni autorització dels titulars de drets. La Llei 10/2007, de 22 de juny, de la lectura, del llibre i de les biblioteques introdueix una remuneració als autors pel préstec públic de les seves obres, que serà gestionada per les entitats de gestió col·lectiva (art 39.2 TRLPI).

realització d'una còpia estable de part de la base (per exemple, el programa), l'usuari –legítim– no necessitarà cap autorització addicional.

- **Utilització de cable i satèl·lit per portar a terme una comunicació pública autoritzada** (art. 36.1 i 2 TRLPI). Quan algú ha estat autoritzat a comunicar públicament una obra mitjançant la seva emissió, pot transmetre-la també per cable, de manera simultània i íntegra, sense excedir de la zona geogràfica prevista en l'autorització.
- **Còpia tècnica a efectes de radiodifusió** (art. 36.3 TRLPI). Quan se cedeix el dret de comunicació pública d'una obra per a la seva radiodifusió, el cessionari està autoritzat per la llei a efectuar una còpia tècnica per fer-ne possible la difusió. La còpia o registre haurà de dur-la a terme l'entitat "pels seus propis mitjans" i únicament per realitzar "una sola vegada" la comunicació pública autoritzada.

h) Casos de justificació dubtosa o difícil. Es tracta d'hipòtesis heterogènies. Però alguna d'elles és molt important.

- **Obres situades permanentment en vies públiques** (art. 35.2 TRLPI). Aquestes obres "poden ser reproduïdes, distribuïdes i comunicades lliurement per mitjà de dibuixos, fotografies i procediments audiovisuals" tant si és amb finalitats comercials o no.
- **Música en actes oficials i cerimònies religioses** (art. 38 TRLPI). Aquest és, probablement, el més indefensable dels límits al dret d'autor. No s'albira quines raons poden haver portat a acceptar-lo. Ni tan sols en el cas de les cerimònies religioses és possible salvar-lo acudint, per exemple, al dret de llibertat religiosa i de culte. El límit afecta a tot tipus de música i no dóna lloc a cap remuneració.

i) Còpia privada [art. 31.2 i 34.2 b) TRLPI]. De la còpia privada ja n'hem parlat en tractar dels anomenats drets de remuneració. No cal autorització de l'autor per a reproduir en qualsevol format i suport obres divulgades, sempre que la reproducció la faci una persona física per al seu ús privat, a partir d'obres a les quals s'hagi accedit legalment i la còpia obtinguda no sigui objecte d'utilització col·lectiva ni lucrativa. Tant els programes d'ordinador com les bases de dades electròniques queden excloses del límit de còpia privada.

Aquest límit de còpia privada es compensa amb un dret de remuneració "equitativa" a favor de l'autor, prevista en l'art.25 TRLPI –tot i que, com hem vist, aquesta compensació equitativa no s'estableix a favor de tots els autors i obres.

j) El **three-step test**. El perill que un ús espuri dels límits trenqui l'inestable equilibri entre titulars i usuaris ha fet extremar les cauteles i afegir una clàusula general de salvaguarda com a tancament del sistema. Es tracta de la denominada **regla dels tres passos** o **three-step test**, recollida a l'art. 40 bis TRLPI:

"Los artículos del presente capítulo no podrán interpretarse de manera tal que permitan su aplicación de forma que causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o que vayan en detrimento de la explotación normal de las obras a que se refieran."

El three-step-test

Aquest test ha d'ajudar a interpretar i aplicar correctament els límits/excepcions als casos concrets.

1.5.3. Les mesures tecnològiques

Un altre aspecte bàsic en matèria de límits, que ja s'ha apuntat en comentar la còpia privada, afecta la relació d'aquests límits amb les **mesures tecnològiques**. Per primera vegada, la tecnologia pot bloquejar eficaçment l'accés a les obres, de tal manera que les excepcions legalment previstes podrien resultar impracticables. Els drets i interessos subjacents no es poden abandonar a la dictadura tecnològica. A aquest objecte, la llei vol assegurar l'efectivitat d'algunes excepcions (article 161 TRLPI). Vegem-ho amb més detall.

Mesures tecnològiques

Les mesures tecnològiques queden protegides en els art. 160 i seg. TRLPI.

a) S'entén per *mesura tecnològica* (art. 160.3 TRLPI):

"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 [...]."

La mesura tecnològica és eficaç quan:

"el uso de la obra o prestación protegidas esté controlado por los titulares de los derechos mediante la aplicación de un control de acceso o de un procedimiento de protección, por ejemplo, codificación, [...] o un mecanismo de control de lo que se copia que consiga este objetivo de protección."

En relació amb els dos tipus de mesures tecnològiques eficaces (de control d'accés i de control de còpia), es **prohibeixen dos tipus d'activitats**:

- L'**elusió** de mesures tecnològiques eficaces "comesa per una persona a posta o tenint motius raonables per a saber que persegueix aquest objectiu" (article 160.1 del TRLPI).
- Certs **actes preparatoris** destinats a l'elusió de mesures tecnològiques eficaces: "Fabricació, importació, distribució, venda, lloguer, publicitat per a la venda o el lloguer, o possessió amb fins comercials de qualsevol dispositiu, producte o component o la prestació de serveis [...]" destinats a eludir la protecció de les mesures tecnològiques eficaces (article 160.2 del TRLPI).

Els actes preparatoris

Els actes preparatoris, en canvi, sempre constitueixen infracció, tant si tenen com a resultat permetre un accés lícit com il·lícit a obres (o no-obres). El temps s'encarrega de comprovar la bondat (o no) d'aquesta norma.

Així, doncs, la intencionalitat (més ben dit, el coneixement que es comet una infracció) només és exigible per a eludir les mesures tecnològiques, no per als actes preparatoris.

b) Ara bé, de la mateixa manera que el monopoli de propietat intel·lectual que es concedeix a l'autor sobre la seva obra no és absolut, la protecció de les mesures tecnològiques contra l'elusió (o els actes preparatoris que hi estan destinats) tampoc no és absoluta.

Les mesures tecnològiques (tant les de control d'accés com les de control de còpia) queden subjectes a les **excepcions** previstes amb caràcter general per les lleis de propietat intel·lectual.

En tractar-se d'un sistema de compromís que pretén acontentar totes les parts, el sistema per a assegurar l'eficàcia de les excepcions és veritablement complicat:

1) En primer lloc, es preveu que siguin els titulars de drets els qui estableixin les condicions per a fer possible que els usuaris realitzin els usos que queden permesos per la llei sense la seva autorització (excepcions).

2) En segon lloc, si no ho fan, l'Estat adoptarà les mesures necessàries per a assegurar que aquests usos permesos siguin una realitat. La pregunta és: com? (vegeu l'article 161.1 TRLPI). El TRLPI es limita a dir que els beneficiaris (incloses les organitzacions d'usuaris i consumidors) poden acudir a la jurisdicció per reclamar les contra-mesures per a dur a terme els actes d'explotació autoritzats legalment (article 161.2 TRLPI).

En tot cas, la protecció de les mesures tecnològiques no ha de sobrepassar la protecció de les obres (i altres materials protegits). Així, per exemple, una vegada l'obra estigui en el domini públic (i no sigui protegida pel dret d'autor), l'elusió d'una mesura tecnològica de control d'accés o de còpia no ha de constituir infracció. De la mateixa manera, encara que no hi ha res que prohibeixi fer servir mesures tecnològiques per a controlar l'accés o la còpia de continguts no protegits, la seva elusió no constitueix infracció. Tanmateix, es tracta d'un tema molt polèmic perquè sovint obres protegides i no protegides poden formar part del mateix "producte".

Finalment és important repetir que, d'acord amb l'article 161.5 del TRLPI, aquesta obligació no és aplicable a les obres o prestacions que es posen a disposició del públic (per Internet) d'acord amb el que s'ha convingut per mitjà de contracte, és a dir, serveis **interactius sota demanda**; en aquest cas, els termes contractuals prevalen sobre qualsevol excepció que la llei atorgui a favor de l'usuari. Es mira d'afavorir, d'aquesta manera, el desenvolupament de models de negoci a la Xarxa.

c) L'article 162 del TLRPI ofereix protecció davant la supressió o alteració d'informació per a la gestió electrònica de drets, i també davant la distribució, importació, comunicació o posada a disposició del públic d'obres o prestacions en què s'ha suprimit o alterat (sense l'autorització del titular) la informació per a la **gestió digital de drets**.

La protecció de les mesures d'informació per a la gestió de drets és especialment important en la concessió de llicències per Internet, però també per a la possibilitat d'implementar sistemes de compensació per l'ús d'obres des d'Internet (aquestes mesures de gestió de drets permetrien localitzar els usos concrets d'obres i distribuir, posteriorment, la compensació entre els autors).

1.6. El règim de transmissió de drets

A continuació, examinarem les regles generals de transmissió dels drets de propietat intel·lectual així com el sistema de llicències *Creative Commons*.

1.6.1. Regles generals

Els drets d'explotació poden ser objecte de transmissió, en conjunt o per separat (són independents). En el títol V del TRLPI, es recullen diverses regles per a la transmissió de drets, i posteriorment es regulen algunes figures concretes de cessió de drets, entre els quals, el contracte d'edició (articles del 58 al 73 TRLPI).

Els drets morals

Recordeu que els drets morals són, per definició, intransmissibles (article 14 TRLPI).

Entre les **disposicions generals** que ha de respectar tota transmissió de drets, cal destacar-ne les següents:

- La transmissió de drets es pot fer *mortis causa*, és a dir, per testament, per exemple; o *inter vivos*, o sigui, per contracte (article 42 TRLPI).
- La cessió dels drets d'explotació queda limitada al dret o drets cedits, a les modalitats d'explotació expressament previstes i al temps i àmbit territorial que es determinin (article 43.1 TRLPI).
- La falta de menció del temps limita la transmissió a cinc anys i la de l'àmbit territorial, al país en què es fa la cessió. Si no s'expressen específicament i de manera concreta les modalitats d'explotació de l'obra, la cessió queda limitada a la que es dedueixi necessàriament del contracte mateix i sigui indispensable per a complir-ne la finalitat (article 43.2 TRLPI).
- La transmissió de drets d'explotació no comprèn les modalitats o mitjans de difusió inexistents o desconeguts en el moment de la cessió (article 43 TRLPI).
- És nul·la la cessió del conjunt de drets sobre l'obra futura; també és nul el compromís de no crear alguna obra en el futur (articles 43.3 i 43.4 TRLPI).

- Tota cessió (transmissió de drets) s'ha de formalitzar per escrit (article 45 TRLPI). La transmissió de drets pot ser en exclusiva o no. El TRLPI utilitza indistintament els termes *cessió* i *transmissió* sense que això tingui cap transcendència a l'efecte d'exclusivitat o no.
- La cessió en exclusiva s'ha d'atorgar expressament d'aquesta manera (article 48 TRLPI).
- L'encàrrec d'una obra no hi implica una cessió de drets; ni tan sols drets d'edició (article 59.2 TRLPI).

Com a regla general, la cessió de drets s'ha de compensar amb una **participació proporcional** en els ingressos de l'explotació.

Excepcionalment, en els casos taxats en l'article 46 TRLPI, és possible pactar una remuneració a tant alçat subjecta a revisió en cas que "es produís una desproporció entre la remuneració de l'autor i els beneficis obtinguts pel cessionari" (article 47 TRLPI).

Quan la cessió és en exclusiva, el cessionari té l'obligació de posar tots els mitjans necessaris perquè l'explotació objecte de cessió sigui efectiva "segons la naturalesa de l'obra i els usos vigents en l'activitat professional, industrial o comercial que es tracti" (article 48 TRLPI). Es tracta d'una obligació de mitjans (posar els mitjans perquè l'explotació sigui possible), no de resultat (assegurar l'explotació de l'obra).

Com ja apuntàvem, la propietat del suport que conté l'obra no comporta cap dret d'explotació (article 56 TRLPI). L'única excepció la recull aquest mateix article 56, que permet al titular de l'obra d'art plàstica o fotogràfica d'exhibir-la públicament.

1.6.2. Les llicències Creative Commons

El *commons* no equival al domini públic. Amb la llicència Creative Commons (CC), l'autor autoritza l'ús de l'obra però l'**obra continua protegida** (no entra en el domini públic); si no hi estigués, no faria falta cap llicència.

El sistema és molt senzill: l'**autor** que crea una obra i en vol autoritzar l'ús i explotació al públic en general tria alguna de les llicències CC, la identifica amb el símbol CC i indica la llicència que ha triat.

El preu fet (article 46 TRLPI)

Entre els casos previstos en aquest article hi ha la "primera o única edició [...] d'obres científiques" o "quan, atesa la modalitat de l'explotació, hi hagi greu dificultat en la determinació dels ingressos o la comprovació sigui impossible o d'un cost desproporcionat amb l'eventual retribució".

L'exhibició pública d'obres d'art

Els museus o un particular poden exhibir els quadres de la seva col·lecció, però no poden –per la simple propietat (civil) de l'obra– autoritzar-ne la reproducció o comunicació pública d'una altra manera, tret que els hagin estat cedits aquests drets per contracte.

A decisió de l'autor

Les llicències CC s'atorguen a favor del públic en general, i permeten als usuaris identificar fàcilment les condicions que ha establert l'autor per explotar la seva obra.

Quan un usuari decideix utilitzar una obra amb una llicència CC, es converteix en **licenciatari** i es compromet a acceptar i respectar les condicions de la llicència establerta per l'autor.

Totes les llicències CC s'expressen en tres **nivells de lectura**:

- **Commons deed**: és el nivell més visible (i característic) de la llicència.
- **Legal code**: és la llicència que redactaria un advocat (nord-americà).
- **Digital code**: és la que permet la identificació digital de les obres llicenciades (i les condicions) per motors de cerca a Internet i altres programes.







Les clàusules de la llicència són **prefixades**. La llicència bàsica (**by**) autoritza la reproducció, distribució, transformació i comunicació pública de l'obra, per a qualsevol finalitat i per a totes les modalitats d'explotació, de manera gratuïta i per a tot el termini de protecció. Solament hi posa una condició: **mantenir el crèdit a l'autor**. A partir d'aquesta llicència "bàsica", l'autor pot **reduir l'abast de l'autorització** de tres maneres:

- Excloent els **usos comercials** de l'obra.
- Excloent la **modificació** de l'obra.
- O permetent-ne la modificació, a **condició** que l'obra nova quedi subjecta a la **mateixa llicència**. (aquesta és la clàusula *copyleft*).

El copyleft

Obliga a subjectar l'obra derivada a la mateixa llicència o a una de semblant. No totes les llicències CC són *copyleft*.

Aquestes opcions donen lloc a **sis llicències diferents**, que s'identifiquen amb unes icones característiques:

	Reconeixement (by) : autoritza qualsevol ús o acte d'explotació que es faci de l'obra (inclosos els usos comercials i les transformacions).
	Reconeixement (by) - Sense obra derivada (nd) : exclou la transformació de l'obra per a crear-ne una altra de nova (obra <i>derivada</i>).
	Reconeixement (by) - No comercial (nc) : exclou la possibilitat d'utilitzar l'obra amb fins <i>comercials</i> .
	Reconeixement (by) - Sense obra derivada (nd) - No comercial (nc) : no es permet ni fer obres derivades, ni els usos <i>comercials</i> .
	Reconeixement (by) - Compartir igual (sa) : la clàusula de <i>copyleft</i> obliga l'usuari a aplicar la <i>mateixa llicència o similar a les obres derivades</i> creades a l'empara de la llicència.
	Reconeixement (by) - No comercial (nc) - Compartir igual (sa) : no es permeten els usos comercials i s'exigeix <i>copyleft</i> respecte de les obres derivades sempre que no tinguin fins comercials.

(by): attribution / (nc): non-commercial / (nd): no derivatives / (sa): share alike

Amb aquesta combinació d'opcions, l'autor pot **calibrar el nivell de control que vol mantenir sobre l'obra i exercir fàcilment els drets que li confereix la llei**, a favor i en benefici del públic en general.

Vegem les característiques principals de les llicències CC:

a) Les llicències CC poden ser utilitzades per **qualsevol titular** de propietat intel·lectual sobre **qualsevol classe d'obra, execució/interpretació o enregistrament**:

- per autors (respecte de les seves obres literàries, musicals o d'art);
- per artistes (respecte de les seves interpretacions o execucions musicals);
- per productors de fonogrames (respecte dels fonogrames produïts per ells),
i
- per entitats de radiodifusió (respecte de les seves emissions radiofòniques).

b) Totes les llicències CC obliguen a complir els **drets morals d'atribució i integritat**, ja que exigeix el reconeixement de l'autor de l'obra (el nom o pseudònim i, si ho indica l'autor, la font de publicació) i establir que l'usuari "no pot distorsionar, mutilar, modificar o fer cap més acció denigradora en relació amb l'obra que perjudiqui l'honor o la reputació de l'autor".

c) Les llicències CC permeten autoritzar *tots* els **drets d'explotació** reconeguts per la llei espanyola:

- **Reproducció** (fixar l'obra o fer còpies).
- **Distribució** (mitjançant la venda o donació, el lloguer o préstec d'exemplars tangibles).
- **Comunicació pública** (posar l'obra a l'abast del públic sense distribució d'exemplars, inclosa la posada a disposició del públic per Internet).
- **Transformació** (fer una nova basada en l'original).

Amb subjecció a **tres condicions d'aplicació imperativa** (que *no* poden ser excloses ni modificades per l'autor):

- **Gratuitat**: la gratuïtat es limita als actes/usos autoritzats amb la llicència. L'autor pot autoritzar (i cobrar per fer-ho) qualsevol acte d'explotació que autoritzi més enllà de la llicència CC (especialment si ha exclòs els usos comercials i les obres derivades) o fins i tot pot obtenir remuneració per usos inclosos en la llicència (si és que algú està disposat a pagar per un ús que d'altres faran gratuïtament!).

Els drets de simple remuneració

A més, malgrat la gratuïtat de les llicències, l'autor es pot beneficiar de les remuneracions que la llei estableix al seu favor i que normalment són irrenunciables i de gestió col·lectiva obligatòria (per exemple, la remuneració compensatòria per còpia privada). La versió 3 de les llicències CC reserva expressament a l'autor aquestes remuneracions: per tant, els autors es poden negar a percebre-les però no hi ha cap dubte que l'entitat de gestió està legitimada per a cobrar el cànon per còpia privada, també per obres llicenciades amb CC. En canvi, queden compreses en la llicència (i, per tant, l'autor hi renuncia) les remuneracions que, malgrat que són establertes per la llei, són renunciabls (l'autor pot renunciar a cobrar-les) o les que són de gestió col·lectiva "voluntària".

- **Totes les modalitats d'explotació.** Les llicències CC cobreixen expressament "tots els mitjans i formats, tangibles o intangibles, coneguts o per conèixer". Les modalitats d'explotació són transversals als drets d'explotació i corresponen als mitjans tècnics i als mercats disponibles a cada moment. Per tant, **els actes d'explotació autoritzats per les llicències CC no són solament a Internet sinó també al món "real"** (edicions en paper, en CD i DVD, radiodifusió, etc.).

L'article 43 TRLPI

Aquest article no permet la llicència de modalitats inexistentes o desconegudes en formalitzar-la. Per tant, a Espanya, tan sols s'entenen incloses en la llicència CC les modalitats d'explotació conegudes en tal moment.

Modalitats d'explotació futures

Possiblement, aquesta referència donarà lloc a nombrosos conflictes en el futur (també als EUA), a mesura que apareguin formats d'explotació nous que el titular no preveia en atorgar la llicència.

- **A perpetuïtat:** per a tot el termini de protecció de l'obra, d'acord amb la llei de cada país on s'exploti i es protegeixi l'obra.

Retirada i resolució per infracció

En qualsevol moment, l'autor pot explotar l'obra amb una altra llicència (sia CC o no) o, fins i tot, retirar-la, però no la pot resoldre. La resolució de la llicència solament es preveu en cas d'incompliment d'un usuari: en aquest cas, la resolució és automàtica però solament és efectiva respecte d'aquest usuari.

Les llicències CC no són exclusives

Aquestes llicències CC no són exclusives; per tant, l'autor pot atorgar altres llicències sobre la mateixa obra amb condicions diferents. Tanmateix, les llicències subsegüents (CC o d'altres) solament es poden atorgar en règim de no exclusivitat i, sovint, el que té valor en el mercat és precisament l'exclusivitat.

d) L'autor pot excloure els punts següents:

- Que es facin **obres derivades**; es tracta d'un exercici en negatiu –prohibir– del dret exclusiu de transformació.
- Que les obres derivades, si decideix permetre-les, se subjectin a la mateixa llicència: la **clàusula copyleft** visible en les llicències (by-nc-sa) i (by-sa).
- Que es duguin a terme **usos comercials**; impedir qualsevol acte d'explotació (reproducció, distribució, comunicació pública i transformació) de l'obra que persegueixi finalitats comercials.

Usos comercials

D'acord amb la definició recollida en la llicència (Legal Code), són "de manera que principalment pretengui obtenir, o que estigui dirigit a fer-ho, un benefici mercantil o una remuneració monetària privada".

Limitacions de les llicències CC

Amb independència de la llicència, tothom pot fer una citació o una paròdia, o incloure-la en un noticiari.

e) Les llicències CC **no afecten els usos coberts per excepcions o limitacions** autoritzats directament per la llei.

Prohibició d'ús de DRM

Amb l'objectiu d'assegurar l'ús i els actes d'explotació llicenciats, les llicències CC prohibeixen utilitzar cap mena de mesura tecnològica de control d'accés o anticòpia (DRM) que restringeixi l'ús de l'obra llicenciada. Indirectament, aquesta prohibició hi afegeix un altre avantatge: afavorir que les obres estiguin a l'abast del públic sense traves tecnològiques perquè puguin ser utilitzades, lícitament, també a banda dels usos coberts per les llicències CC.

f) Les llicències CC aporten una **aparença de legalitat**: es presumeix que ha estat l'autor qui ha posat l'obra a disposició del públic amb la llicència CC que ha escollit lliurement ell mateix.

Creative Commons no fa de registre ni assumeix cap responsabilitat

Creative Commons no actua (ni pretén fer-ho) com a "registre" d'obres, ni fa cap comprovació d'autoria prèvia a publicar una obra amb una llicència CC. Tot el sistema queda a les mans de la **bona fe dels usuaris**, amb el perill consegüent que sigui utilitzat de manera fraudulenta. Creative Commons **no assumeix cap responsabilitat ni ofereix cap garantia** en relació amb l'ús de les llicències: "Creative Commons Corporation no és un despatx d'advocats i no proporciona serveis jurídics."

1.7. La infracció de drets: civil i penal

Quan parlem de la infracció de la propietat intel·lectual, cal distingir entre la infracció civil i la infracció penal de la propietat intel·lectual.

1.7.1. Infracció civil

Constitueix **infracció de la propietat intel·lectual** tot acte d'explotació o ús d'una obra que no ha estat autoritzat o permès per la llei (per exemple, el termini de protecció de les excepcions de paròdia, citació, etc.)

Davant d'una infracció de la propietat intel·lectual, el titular pot acudir als tribunals per "instar la **cessació de l'activitat il·lícita** de l'infractor i exigir la **indemnització** dels danys materials i morals causats [...]" (article 138 TRLPI).

La cessació de l'activitat il·lícita

comprèn diverses mesures previstes en l'article 139 TRLPI. A més, el titular pot sol·licitar que es destrueixin els exemplars i el material infractor i impedir així que es dugui a terme l'explotació il·lícita, o demanar que els hi lliurin a preu de cost (i a càrrec de la indemnització de danys i perjudicis que li correspongui).

La **indemnització per danys i perjudicis** deguda al titular del dret infringit comprèn (article 140 TRLPI) no solament el **valor de la pèrdua** soferta (beneficis que ha deixat d'obtenir el titular o beneficis que ha obtingut l'infractor amb l'explotació il·lícita) sinó també el **del guany que ha deixat d'obtenir** a causa de la violació del seu dret (la quantitat que el titular hauria rebut d'haver autoritzat l'explotació). El **dany moral** és indemnitzat tenint en compte "les circumstàncies de la infracció, la gravetat de la lesió i el grau de difusió il·lícita de l'obra", i sense haver de provar que hi ha perjudici econòmic.

Prescripció al cap de cinc anys

L'acció de reclamar els danys i perjudicis prescriu al cap de cinc anys, a partir del moment en què el perjudicat va tenir coneixença de la infracció.

Mesures cautelars

A més, quan hi ha una infracció, o una por "racional i fundada" que aquesta infracció es produirà de manera imminent, el titular pot demanar als tribunals l'adopció de les **mesures cautelars** que facin falta **per a la protecció urgent** dels seus drets.

1.7.2. Infracció penal

No tota infracció de la llei de propietat intel·lectual constitueix un delictes contra la propietat intel·lectual.

Tan sols constitueixen **delictes contra la propietat intel·lectual** les conductes previstes expressament (tipificades) en el Codi penal.

Les conductes tipificades com a **delictes contra la propietat intel·lectual** es recullen en els articles del 270 al 272 del Codi penal. Perquè hi hagi un delictes contra la propietat intel·lectual, cal que es presentin les circumstàncies següents:

- Que es reproduïxi, plagii, distribueixi o comuniqui públicament, tota o una part, una obra literària, artística o científica o la seva transformació, interpretació o execució artística fixada en qualsevol classe de suport o comunicada per qualsevol mitjà.
- Que no hi hagi l'autorització dels titulars dels drets de propietat intel·lectual corresponents o dels seus cessionaris.
- Que hi hagi ànim de lucre i perjudici de tercer.

També comet delictes contra la propietat intel·lectual:

- Qui intencionadament **exporta o emmagatzema exemplars "delictius"**.
- Qui intencionadament **importa exemplars sense l'autorització deguda**, tant si tenen un origen lícit com il·lícit en el país de procedència (llevat que els productes hagin estat adquirits lícitament en un estat que pertany a la Unió Europea).
- Qui **fabrica, importa, posa en circulació o té dispositius destinats específicament a facilitar la supressió no autoritzada o la neutralització de DRM** (qualsevol dispositiu tècnic que s'hagi utilitzat per a protegir programes d'ordinador o qualsevol de les altres obres, interpretacions o execucions previstes anteriorment).

L'ànim de lucre

Normalment, l'ànim de lucre s'interpreta de manera àmplia: n'hi ha prou d'"estalviar diners". En canvi, la Circular 1/2006 de la Fiscalia General de l'Estat estableix que per als delictes contra la propietat intel·lectual comesos per mitjà de sistemes P2P l'ànim de lucre ha de ser "comercial".

Penes de presó i multa

Les penes previstes per al delictes contra la propietat intel·lectual són **presó** de 6 a 24 mesos i la **multa** corresponent de 12 a 24 mesos. Aquestes **penes s'agreugen** quan es presenta alguna de les circumstàncies següents:

- Que el benefici obtingut tingui una transcendència econòmica especial.
- Que els fets siguin d'una gravetat especial, atenent el valor dels objectes produïts il·lícitament o la importància especial dels perjudicis causats.
- Que el culpable pertanyi a una organització o associació, fins i tot de manera transitòria, que tingui com a finalitat portar a cap activitats infractores de drets de propietat intel·lectual.
- Que s'utilitzin menors de 18 anys per a cometre aquests delictes.

1.7.3. Els sistemes d'igual a igual (*peer-to-peer*)

Un altre gran tema plantejat per la tecnologia digital pel que fa a la propietat intel·lectual és el mal anomenat *intercanvi* de fitxers per mitjà dels sistemes d'igual a igual (P2P). Aquesta denominació és en realitat doblement errònia, perquè no hi ha intercanvi, sinó reproducció i comunicació pública, i amb freqüència no és "simplement" de fitxers, sinó d'obres protegides.

La utilització de sistemes P2P per a l'"intercanvi" de fitxers digitals constitueix el cas més gran d'infracció de la propietat intel·lectual de la història. Milions d'usuaris d'arreu del món i més d'un bilió de fitxers "compartits" ho demostren.

Obres en P2P

Algunes obres que circulen en P2P han estat autoritzades pels seus respectius autors o titulars amb una llicència Creative Commons o GNU-GPL, per exemple, o alguna altra llicència oberta. De moment, però, la majoria d'obres "compartides" no ho són.

Els sistemes P2P plantegen diverses qüestions jurídiques en relació amb la propietat intel·lectual. Abans que res, cal decidir si la còpia no autoritzada d'un "fitxer" (per exemple, d'una obra/enregistrament musical) constitueix infracció o queda emparada per l'excepció de còpia privada, recollida en la majoria de lleis nacionals.

La baixada de fitxers i l'excepció de còpia privada

La baixada d'un fitxer pot quedar emparada per l'excepció de còpia privada en la majoria de països, però no en tots. Per exemple, als Estats Units, la còpia repetida i amb caràcter d'explotació no constitueix un *fair use*; a Alemanya, no hi ha "còpia privada" de fonts "òbviament il·legals" (com és el cas, sens dubte, de la majoria d'enregistraments que es poden obtenir per mitjà de sistemes P2P); a Noruega, no hi ha "còpia privada" si es fa amb la intenció de posar-la a disposició del públic (cas Phonofile); a Espanya –com hem vist–, la còpia privada queda subjecta al fet que s'hagi "accedit legalment" a l'obra i que "la còpia no sigui objecte d'utilització col·lectiva ni lucrativa", fets que són difícils de justificar en contextos de P2P. En tot cas, la subsegüent (encara que automàtica) posada de l'obra copiada a disposició dels altres membres del sistema (perquè al seu torn la copiïn, si volen fer-ho) queda clarament fora de l'excepció de còpia privada. A més, ja no es tracta d'un "mer" acte de reproducció, sinó de comunicació pública (i, en concret, de posada a disposició del públic): donant accés als altres membres que tinguin el programari P2P a un determinat fitxer del nostre disc dur que conté obres i enregistraments protegits, sense l'autorització deguda dels titulars, cometem una infracció de propietat intel·lectual.

D'altra banda, el fet que l'ús de sistemes P2P constitueixi una infracció del TRLPI no implica necessàriament que aquesta infracció sigui considerada delictiva per l'article 270 del Codi penal. De fet, la Circular 1/2006 de la Fiscalia General de l'Estat estableix que l'ús de sistemes P2P només pot ser considerat una conducta tipificada en l'article 270 del CP quan hi concorri l'element típic de "l'ànim de lucre comercial" (és a dir, diners que canvien de mans). Seguint aquest criteri ja hi ha diverses sentències en l'àmbit penal que neguen l'existència d'un delictiva d'infracció de la propietat intel·lectual per l'ús de sistemes P2P.

Finalment, també cal examinar la **responsabilitat del proveïdor dels programes P2P** per la infracció comesa pels seus usuaris, i la **responsabilitat de l'ISP**, que fa possible l'intercanvi de programes i fitxers, tenint en compte els casos i condicions d'exempció de responsabilitat dels ISP previstos en la Directiva de comerç electrònic.

La responsabilitat dels proveïdors de programari de P2P

Encara que la distribució d'un programari no constitueix *per se* la infracció de les obres que s'infringirà amb els programes P2P, els productors de programes queden subjectes a les regles generals de responsabilitat de cada llei nacional (sense que es tracti d'un àmbit harmonitzat).

Així, per exemple, tant a la Unió Europea com als Estats Units, els ISP es poden beneficiar d'algun *safeharbour* i quedar exonerada així la seva responsabilitat per les infraccions comeses pels usuaris de sistemes P2P. En tot cas, han de rebre ordres judicials que han de complir (per exemple, desconnectar un usuari infractor per ordre judicial).

Molt més fructífera sembla la campanya de **demandes directament contra els usuaris particulars** (triats a l'atzar) d'aquests sistemes. Amb l'objectiu d'aconseguir un efecte dissuasiu (o educatiu).

Els titulars de drets aposten per la **llicència individual** (basada en mesures tecnològiques de gestió de drets que permeti, per exemple, micropagaments). Defensen l'educació i la responsabilitat directa dels consumidors per les seves accions (i infraccions). Com a alternativa això, l'Electronic Frontier Foundation (EFF) proposava un sistema de llicència col·lectiva dels titulars per a explotar les seves obres per mitjà de sistemes P2P. Possiblement, com amb tot canvi tecnològic nou, encara és aviat per a saber com es resoldrà la qüestió definitivament, i qualsevol solució passa, necessàriament, per trobar una base comuna que satisfaci (més o menys) tant els diversos titulars de drets com els usuaris.

Una altra qüestió molt debatuda, però que sobrepassa l'àmbit d'aquest apartat, és el debat en relació amb l'**obligació dels ISP de revelar dades personals dels usuaris** perquè el titular de drets els pugui identificar i perseguir per la infracció comesa.

Web recomanada

Consulteu l'alternativa de l'Electronic Frontier Foundation a l'adreça següent:
http://www.eff.org/share/collective_lic_wp.php

Cas "Promusicae contra Telefónica"

Justament aquest va ser el motiu de la qüestió prejudicial plantejada pel Jutjat Mercantil número 5 de Madrid, en el cas "Promusicae contra Telefónica". Promusicae (associació de productors i editors d'enregistraments musicals i audiovisuals) va sol·licitar judicialment que s'ordenés a Telefónica revelar la identitat i l'adreça de determinats usuaris (de qui únicament sap l'adreça IP i la data i hora de connexió), que infringien els drets de propietat intel·lectual sobre fonogrames, mitjançant el programa d'intercanvi de fitxers KaZaA. Telefónica es va oposar a donar aquesta informació i va al·legar que, d'acord amb l'article 12.3 de la LSSICE, només la podia comunicar en el marc d'una investigació criminal o per assumptes relacionats amb la seguretat pública o la defensa nacional. El Jutjat Mercantil de Madrid va preguntar al Tribunal de Justícia si el dret comunitari permet als estats membres restringir el marc d'una investigació criminal, el deure de retenció i la posada a disposició d'aquestes dades, amb exclusió, per tant, dels processos civils. En la Sentència de 29 de gener de 2008, el TJCE valida la restricció que fa l'article 12.3 de la LSSICE en l'àmbit de la jurisdicció penal, i conclou que "és compatible amb el dret comunitari que els Estats membres exclouin la comunicació de dades de trànsit personals per a la persecució per via civil d'infraccions dels drets d'autor" i hi afegeix que "en cas que la Comunitat estimi necessària una protecció de més abast per als titulars de drets d'autor, haurien de modificar-se les disposicions sobre protecció de dades" [Sentència del TJCE de 29 gener de 2008, assumpte C 275/06, Productores de Música de España (Promusicae) contra Telefónica de España].

Per tant, si d'acord amb l'article 12.3 de la LSSICE els ISP només poden ser obligats a comunicar dades personals dels usuaris en el marc d'una acció o investigació criminal, i d'acord amb la circular de la Fiscalia l'ús de sistemes P2P (sense ànim de lucre comercial) no dóna lloc a delictes, els titulars ho tenen prou difícil per a identificar els infractors usuaris d'aquests sistemes.

2. Règims especials de la propietat intel·lectual

En primer terme, a continuació enfrontarem les particularitats pròpies del règim de propietat intel·lectual de l'obra audiovisual.

Ara estudiarem els principals aspectes que regeixen la protecció i explotació de tres classes d'obres: les obres audiovisuals, els programes d'ordinador i les bases de dades, per a les quals el TRLPI estableix regles especials. Amb aquestes obres completarem l'estudi del llibre I del TRLPI, dedicat al dret d'autor: a la protecció de les "obres". Seguidament, estudiarem la protecció de les "prestacions" relacionades amb la creació i explotació d'obres que es recull en el llibre II del TRLPI, els anomenats *drets connexos* al dret d'autor.

2.1. L'obra audiovisual

Tot seguit, incidirem en les característiques de les obres audiovisuals.

2.1.1. Concepte d'obra audiovisual

D'acord amb l'article 86.1 TRLPI, les obres audiovisuals són:

"Las creaciones expresadas mediante una serie de imágenes asociadas, con o sin sonorización incorporada, que estén destinadas esencialmente a ser mostradas a través de aparatos de proyección o por cualquier otro medio de comunicación pública de la imagen del sonido, con independencia de la naturaleza de los soportes materiales de dichas obras."

El concepte d'obra audiovisual exigeix el següent:

- Que es tracti d'una **creació original** (article 10 TRLPI).
- Que es tracti d'una "**sèrie d'imatges associades**". En canvi, la sonorització no és un requisit fonamental en la definició d'aquestes obres. Una pel·lícula "muda" també és una obra audiovisual.

Sèrie d'imatges associades

No cal que les imatges en si mateixes siguin animades o facin l'efecte de moviment; n'hi ha prou que les imatges presentin un ordre o una successió concrets entre si.

- Que sigui "**destinada essencialment a ser mostrada per mitjà d'aparells de projecció o de comunicació pública**". L'important és que l'obra audiovisual sigui percebuda (vista i sentida) amb "aparells audiovisuals (de qualsevol tipus)".

Obra i enregistrament audiovisuals

L'originalitat permet distingir entre obra i enregistrament audiovisual. No tot enregistrament audiovisual ho és d'una obra audiovisual.

En qualsevol suport

L'obra audiovisual pot ser en un suport de qualsevol tipus, sia una pel·lícula òptica, un suport magnètic, un disc o unitat d'emmagatzematge digital.

Tot això conforma una **definició àmplia de l'obra audiovisual** que permet donar cabuda a **tota classe de creacions audiovisuals**, incloses les generades per la tecnologia digital.

Obra audiovisual publicitària

Un "anunci" (de televisió o de cinema) o fins i tot un tràiler d'una pel·lícula són obres audiovisuals a l'efecte del TRLPI, i queden subjectes al règim general del TRLPI llevat de les especificitats previstes en la Llei general de publicitat (Llei 34/1988, d'11 novembre de 1998).

Exemples d'obra audiovisual

Es consideren obra audiovisual, en la mesura que siguin una creació original, les obres cinematogràfiques, les pel·lícules i sèries de televisió, els documentals, els videoclip musicals, els anuncis de televisió o de cinema, etc. La definició de l'article 86 del TRLPI no està pensada per a incloure els videojocs, ni les obres multimèdia, ni els llocs web. Tanmateix, no hi ha res que impedeixi –com a mínim, formalment– que es puguin considerar obres audiovisuals, a partir del moment que compleixin els requisits d'aquesta definició. Ara bé, com veurem més endavant, aplicar a aquestes obres el règim específic previst en els articles 87 i següents (quant a la coautoria, cessió de drets, etc.) pot ser no solament complex i ineficaç sinó en molts casos perjudicial.

2.1.2. Autoria, titularitat i presumpció de cessió al productor

a) Obra en col·laboració. Coautoria

Amb independència de les circumstàncies concretes en què es van crear, el legislador espanyol opta per qualificar totes les obres audiovisuals com a **obra en col·laboració** (article 7 TRLPI). Per tant, en tot el que no preveuen els articles 87 i següents del TRLPI, és aplicable el règim general previst per a l'obra en col·laboració en l'article 7 TRLPI.

Davant de la gran quantitat i diversitat de creadors que participen en l'obra i que, per tant, s'hi poden considerar coautors, l'article 87 TRLPI estableix una **llista tancada de coautors** de l'obra audiovisual:

- El director-realitzador.
- Els autors de l'argument, de l'adaptació i els del guió o els diàlegs.
- Els autors de les composicions musicals, amb lletra o sense, creades especialment per a aquesta obra.

Aquests autors (solament aquests, i no d'altres) són els titulars originaris de tots els drets de propietat intel·lectual (morals, d'explotació i de remuneració) que la llei els confereix sobre l'obra audiovisual.

b) Presumpció de cessió a favor del productor

A més, per facilitar l'explotació de l'obra (i superar les dificultats que poden derivar del règim de coautoria), la llei recull una **presumpció de cessió a favor del productor**:

"por el contrato de producción de la obra audiovisual se presumirán cedidos en exclusiva al productor [...] los derechos de **reproducción, distribución y comunicación pública**, así como los de doblaje y subtítulado de la obra."

Això vol dir que els autors retenen els drets morals, de transformació i de remuneració, mentre que el productor obté els drets d'explotació que fan falta per a dur-la a terme. Solament el productor (amb exclusió dels coautors) queda facultat per a dur a terme l'explotació de l'obra audiovisual dins de l'àmbit dels drets que se li presumeixen cedits. Llevat que es pacti el contrari, els coautors no poden impedir l'explotació de l'obra en versió doblada o amb subtítols.

L'obligació d'explotar del productor

El productor està obligat a posar els mitjans adequats per a dur a terme l'explotació, però no a aconseguir efectivament un resultat concret. El productor pot decidir lliurement la manera i el ritme de l'explotació, però no se li pot exigir que hi tingui èxit, tot i que està obligat a dur-la a terme.

Ara bé, es tracta d'una **presumpció** de cessió i, per tant, està **subjecta a pacte en contra** (el productor podria obtenir la cessió de més o menys drets que els inclosos en la presumpció legal) i opera en virtut de l'existència d'un contracte de producció.

c) Règim especial per a les obres cinematogràfiques i televisives

Aquesta presumpció de cessió queda lleugerament retocada en el cas dels contractes de producció d'obres cinematogràfiques i televisives.

Per a les **obres cinematogràfiques**, el productor necessita l'autorització dels coautors de l'obra cinematogràfica:

- per a explotar-la mitjançant la **distribució de còpies per a ús domèstic** (vídeo, DVD, etc.) i
- per a fer-ne la comunicació pública per mitjà de la **radiodifusió** (article 89.1 TRLPI).

Ara bé, com ja hem dit, totes dues limitacions es poden superar amb un pacte exprés.

En canvi, per a les **obres televisives** es presumeix –llevat d'estipulació en contra– que els coautors han autoritzat, amb vista a emetre-les per televisió, de fer-hi les modificacions estrictament exigides per la forma de programació del mitjà.

L'obra audiovisual publicitària

No queda subjecta a aquesta presumpció de cessió, sinó a una altra de més àmplia prevista en l'article 23 de la Llei general de publicitat, en virtut del qual **tots** els drets d'explotació es presumeixen cedits en exclusiva a l'agència o a l'anunciant.

El contracte de producció

És el contracte subscrit entre productor i coautor per a crear una obra audiovisual, fins i tot quan aquest contracte és d'ocupació o d'encàrrec d'obra o servei.

Obra cinematogràfica

Freqüentment, es parla d'obra cinematogràfica per a referir-nos a l'obra audiovisual destinada essencialment a ser projectada en sales d'exhibició cinematogràfica.

Obra televisiva

Obra audiovisual destinada essencialment a la comunicació pública per mitjà de la radiodifusió.

d) El **productor audiovisual** és, doncs, titular derivatiu dels drets d'explotació de l'obra audiovisual i titular originari dels drets d'explotació de l'enregistrament que conté l'obra audiovisual.

2.1.3. Els drets morals

És aplicable a l'obra audiovisual el règim general dels drets morals recollits en els articles del 14 al 15 TRLPI, però amb les peculiaritats o limitacions següents:

- Els drets morals solament es poden exercir sobre la **versió definitiva**. Qualsevol **modificació de la versió definitiva** de l'obra audiovisual per mitjà d'un afegit, una supressió o un canvi de qualsevol element necessita l'autorització prèvia dels qui han acordat aquesta versió definitiva.
- Queda prohibida la **destrucció del suport original** de la versió definitiva.
- Tractant-se d'una obra en col·laboració, la **divulgació** de l'obra audiovisual (i la decisió de la manera com es fa) requereix del consentiment unànim de tots els coautors (article 7.2 TRLPI). Tanmateix, la llei limita (o nega) als autors i coautors d'una obra audiovisual l'exercici del dret de divulgació ja que permet al productor utilitzar la seva contribució inacabada (article 91 TRLPI).

Divulgació de la contribució inacabada

"Cuando la aportación de un autor no se completase por negativa injustificada del mismo o por causa de fuerza mayor, el productor podrá utilizar la parte ya realizada, respetando los derechos de aquel sobre la misma, sin perjuicio, en su caso, de la indemnización que proceda."

- L'**atribució d'autoria** s'ha d'ajustar a les circumstàncies i exigències dels diversos formats d'explotació. Així, per exemple, les sales d'exhibició cinematogràfica i les cadenes de televisió estan obligades a mostrar els títols de crèdit de les obres audiovisuals; en canvi, no hi estan obligades en els anuncis publicitaris.

Drets morals de retirada i d'accés

L'exercici del **dret de retirada** (article 14.6 TRLPI) sobre l'obra audiovisual és impossible a la pràctica perquè el règim de coautoria podria exigir la unanimitat dels coautors i, en tot cas, perquè caldria indemnitzar tots els titulars de drets d'explotació sobre l'obra audiovisual (productors, distribuïdors, exhibidores, cadenes de televisió, editors dels enregistraments audiovisuals, etc.). Per a exercir també el dret **d'accés a l'exemplar únic o rar de l'obra** (article 14.7 TRLPI), cal fer-ho de la manera que causi "menys incomoditats al posseïdor" i indemnitzar-lo "pels danys i perjudicis que li irroguin".

Fotografies fetes durant la producció

Els drets d'explotació sobre les fotografies fetes durant el procés de producció de l'enregistrament audiovisual (*ex art. 124 TRLPI*) corresponen al productor de l'enregistrament audiovisual.

La versió definitiva

Serà establerta "d'acord amb el que s'hagi pactat en el contracte entre el director-realitzador i el productor" (article 92.1 TRLPI). Això vol dir que preval la llibertat contractual de les parts, i solament cal l'acord de productor i director per a establir la versió definitiva quan no hi hagi res de pactat entre un i altre.

Crèdits d'autoria

Normalment, en el contracte de producció estableix com s'ha de fer l'atribució a l'obra audiovisual (per exemple, en els títols de crèdit del final o en els títols del començament) i també la manera (nom, pseudònim o signe, etc.).

2.1.4. Els drets d'explotació i de remuneració

L'exercici dels drets d'explotació, de reproducció, distribució, comunicació pública i transformació de l'obra audiovisual en qualsevol manera i modalitat correspon als coautors. Com que es tracta d'una obra en col·laboració, l'exercici d'aquests drets d'explotació s'ha de regir **per la regla de la majoria** (article 398 CC).

Els coautors poden pactar, entre si (i, a la pràctica, amb el productor), **quotes de participació** diferents sobre l'obra audiovisual (en aquest cas, el repartiment de les remuneracions previstes legalment ha de ser proporcional a les seves respectives quotes). A falta de pacte, les quotes s'han de presumir iguals, llevat que es demostrï que es tracta de contribucions amb diferent pes en l'obra comuna. En aquest cas, la participació de cada coautor ha de ser proporcional al pes de la contribució que han fet a l'obra comuna (article 1689 CC).

Percentatges de la SGAE

Quan el productor notifica a les entitats de gestió corresponents el començament de l'explotació de l'obra audiovisual, s'han d'indicar les proporcions de cada coautor. A falta d'indicació expressa, la SGAE aplica els percentatges següents per fer els repartiments entre els coautors:

- Director-realitzador: 25%.
- Autors de la part literària: 50% (25% guió i 25% argument).
- Compositor de la música: 25%.

a) Drets d'explotació

És aplicable el règim general previst en els articles 17 i següents del TRLPI (reproducció, distribució, comunicació pública, transformació i col·lecció) i també els límits a aquests drets recollits en els articles 31 i següents del TRLPI. N'hi ha prou de fer algunes precisions.

La prohibició de denegació desraonada del consentiment

Havent divulgat l'obra audiovisual, no hi ha cap coautor que pugui negar desraonadament el consentiment a explotar l'obra "de la manera en què va ser divulgada".

Els drets d'explotació de l'obra audiovisual

D'acord amb l'article 20.2 TRLPI, es consideren **actes de comunicació pública** de l'obra audiovisual:

- La projecció pública en sales (o qualsevol lloc obert al públic, com bars, discoteques, hotels, salons de recepció o hospitals, o mitjans de transport, com avions, trens o autobusos).
- L'emissió, transmissió i retransmissió per radiodifusió, satèl·lit o cable.
- La posada a disposició del públic per xarxes digitals (Internet) "de manera que qualsevol persona hi pugui accedir des del lloc i el moment que triï" (s'hi inclouen els formats de vídeo a la carta, vídeo per encàrrec, baixades per pagament, etc.).

D'acord amb l'article 21 TRLPI, la **transformació** de l'obra comprèn "la traducció, adaptació i qualsevol altra modificació de què es derivi una obra diferent". En l'àmbit de l'obra audiovisual, parlem de transformació quan es fa un *remake* (una nova versió) o una seqüela, i possiblement també quan es doblen els diàlegs o s'afegeixen subtítols a l'obra audiovisual (encara que es pot defensar que la traducció és una transformació de l'aportació literària però no de l'obra audiovisual en conjunt).

Com a principi general, la **remuneració** dels coautors de l'obra audiovisual per la cessió dels drets d'explotació "s'ha de determinar per a cadascuna de les modalitats d'explotació concedides" (article 90.1 del TRLPI).

b) Explotació separada de les contribucions

Llevat d'estipulació en contra, els autors poden disposar de la seva aportació de manera aïllada, sempre que no es perjudiqui l'explotació normal de l'obra audiovisual (article 89.2 TRLPI). Sens dubte, aquesta explotació aïllada solament és possible quan la contribució és separable (distingible i independent) de l'obra audiovisual en conjunt; per exemple, la música i l'argument, guió i diàlegs. L'explotació aïllada es pot dur a terme en qualsevol modalitat o format, sempre que no perjudiqui l'explotació normal de l'obra audiovisual i no s'hagi pactat el contrari.

c) Drets de remuneració

A més de les retribucions pactades per a cada modalitat d'explotació cedida, la llei estableix a favor dels coautors de l'obra audiovisual diversos drets de remuneració o participació proporcional en l'explotació. En concret, estableix els següents:

- **Participació en la recaptació de taquilla** (article 90.3 TRLPI). Els coautors (i també l'autor de l'obra en què es basa l'audiovisual) tenen dret de participar en els ingressos generats per la projecció de l'obra audiovisual en un lloc públic per mitjà de preu d'entrada.

Com s'estableix i es recapta aquesta participació?

Com que és de gestió col·lectiva obligatòria, les entitats de gestió s'han d'encarregar de recaptar i repartir aquestes quantitats entre els coautors audiovisuals. En aquest cas, la gestió d'aquestes participacions correspon a la SGAE i la DAMA (totes dues estableixen aquesta participació en el 2% dels ingressos en taquilla, amb deducció de l'IVA). El repartiment s'ha de fer segons les quotes de participació que han pactat els coautors o, si no, segons les quotes que ha establert l'entitat de gestió.

L'acoloriment de pel·lícules

S'ha debatut més, en canvi, si l'acoloriment de pel·lícules en blanc i negre, o la sonorització de pel·lícules mudes constitueixen una transformació de l'obra audiovisual o no. En principi, això depèn tant del grau de creativitat invertit en l'acoloriment (normalment, generat amb un programa d'ordinador) o en la sonorització com de la classe d'obra audiovisual de què es tracta, i en última instància de la sensibilitat de l'espectador.

Contribucions separables

Aquest terme es refereix al fet que el guionista podria publicar el guió com a obra literària, el compositor de la música podria editar-la en un CD, etc.

L'obra audiovisual publicitària

Aquestes remuneracions per exhibició pública (article 90.3 i 90.4 TRLPI) no són aplicables a l'obra audiovisual publicitària (article 90.6 TRLPI).

- **Remuneracions per projecció de l'obra audiovisual en un lloc públic sense preu d'entrada i per posada a disposició del públic a Internet** (article 90.4 del TRLPI). En aquest cas, es tracta de dues remuneracions previstes per a dos formats d'explotació concrets:
 - la projecció de l'obra audiovisual en un lloc públic sense que hi hagi preu d'entrada;
 - la posada a disposició del públic per Internet, tal defineix l'article 20.2.i TRLPI.

Preu d'entrada

L'exigència de la gratuïtat s'ha d'entendre referida únicament a l'accés al local, amb independència que s'hi ofereixin altres serveis –gratuïts o no (per exemple, servei de bar)– o que hi hagi alguna subvenció o alguna classe de publicitat (patrocini) per a organitzar l'acte.

- **Remuneració per lloguer de l'obra audiovisual** (article 90.2 TRLPI). D'acord amb l'article 90.2 *in fine* TRLPI, els anomenats *videoclubs*, que han d'abonar aquestes quantitats a les entitats de gestió d'autors d'obres audiovisuals i d'artistes.
- **Remuneració per préstec públic de l'obra audiovisual** (article 37.2 TRLPI) en els establiments que s'hi preveu: biblioteques, hemeroteques i filmoteques de titularitat pública, d'entitats sense ànim de lucre o d'institucions docents.
- **Compensació equitativa per còpia privada** (article 25 TRLPI). Aquesta compensació equitativa (per les còpies privades que es fan a l'empara del límit previst en l'article 31.2 TRLPI) s'estableix a favor dels **coautors**, el **productor** de l'enregistrament i els **artistes** (actors i músics) de les obres audiovisuals divulgades en forma de videograma o un altre suport audiovisual.

Tots aquests drets de remuneració són **irrenunciables i intransmissibles** per actes *inter vivos* (article 90.2 i 90.6 TRLPI) i **subjectes a gestió col·lectiva obligatòria**: solament els fan efectius les entitats de gestió dels drets de propietat intel·lectual (article 90.7 TRLPI).

Rendició anual de comptes

El productor –com a mínim, una vegada a l'any– ha de facilitar a instàncies de l'autor la documentació necessària (article 90.5 TRLPI).

2.1.5. Termini de protecció

El termini de protecció previst per a les obres audiovisuals l'estableix l'article 28.1 TRLPI: "Tota la vida dels coautors i setanta anys des de la mort o declaració de mort de l'últim coautor supervivent." Per això, també, és tan important la llista tancada de coautors de l'obra audiovisual de l'article 87 del TRLPI.

Autors morts abans del 7-XII-1987

Si els autors de l'obra audiovisual es van morir abans de l'entrada en vigor del TRLPI, l'obra s'ha de protegir durant vuitanta anys a comptar des de la mort del darrer supervivent (disposició transitòria 4a. TRLPI).

2.1.6. L'obra preexistent

L'autor de l'"obra preexistent, que ha estat transformada per ser usada en l'obra audiovisual", no és considerat coautor, però es pot beneficiar d'alguns drets sobre l'explotació de l'obra audiovisual.

L'obra preexistent

Exigeix que no hagi estat "creada especialment" per a l'obra audiovisual i que no sigui en el domini públic (ja que podria ser utilitzada per qualsevol persona). Tot i que el més comú són les obres literàries (novel·les adaptades al cinema), també són comunes la nova versió d'una pel·lícula, l'adaptació al cinema d'una obra de teatre o d'una novel·la il·lustrada (còmic) o l'adaptació d'una obra musical (una simfonia o la música d'una òpera) com a banda sonora de l'obra audiovisual.

Amb el "contracte de transformació", es **presumeixen cedit en exclusiva** al productor de l'obra audiovisual els drets de reproducció, distribució i comunicació pública, i també els de doblatge o subtitulació de l'obra (en els mateixos termes previstos en l'article 88 TRLPI).

No obstant això, aquesta presumpció de cessió en exclusiva queda subjecta a un termini de caducitat de **15 anys**: l'autor de l'obra preexistent "en pot disposar per a una altra obra audiovisual al cap de quinze anys d'haver posat la seva aportació a disposició del productor" (article 89.2 TRLPI).

De la mateixa manera que es feia per als coautors, l'autor de l'obra preexistent pot dur a terme l'**explotació de manera aïllada** (la llei diu que "en forma d'edició gràfica i de representació escènica", però aquests actes han de ser llegits a títol d'exemple), sempre que no perjudiqui o desnaturalitzi l'abast de la cessió feta (o presumida) a favor del productor amb el contracte de transformació.

La **remuneració** de l'autor de l'obra preexistent "s'ha de determinar per a cadascuna de les modalitats d'explotació concedides". A més, l'autor de l'obra preexistent **participa**, al costat dels coautors de l'obra audiovisual, dels **rendiments de taquilla** –projecció pública mitjançant el pagament d'un preu d'entrada (vegeu l'article 90.3 TRLPI). No té dret, en canvi, a les altres remuneracions previstes a favor dels coautors de l'obra audiovisual.

Caducitat imperativa

Aquest termini de caducitat de l'exclusivitat és "en tot cas" i no pot ser desvirtuat per acord entre les parts, encara que, és clar, poden pactar un termini d'exclusivitat més curt.

2.2. Els programes d'ordinador

Un **programa** és un conjunt d'instruccions que fan que una màquina –l'ordinador– funcioni i desenvolupi una tasca o proporcioni un resultat (podeu veure'n la definició que en proposa l'article 96.1 TRLPI). Els programes d'ordinador són, de fet, els motors de la societat de la informació. La seva elaboració és costosa i, tanmateix, són extremadament vulnerables a la còpia, atesa la seva naturalesa digital. Era necessari, doncs, trobar un sistema de protecció ràpid i d'àmbit mundial.

La vulnerabilitat dels productes digitals

Qualsevol persona pot obtenir duplicats a un cost ridícul –el del suport– i frustrar o reduir sensiblement les expectatives de recuperació de la inversió i d'obtenció de beneficis.

El *software* i el *hardware*

Inicialment, els programes no es comercialitzaven de manera independent. Els components físics i el codi eren objecte d'un mateix negoci. Els ordinadors incorporaven físicament els programes o aquests es feien a mida. No hi havia "pirateria". N'hi havia prou d'imposar deures contractuals de secret en adquirir l'ordinador. El problema va començar quan als anys seixanta i a causa de la legislació antitrust americana, les grans companyies, en concret IBM, es van veure obligades a separar els seus negocis de *hard* i *soft* i, consegüentment, els programes es van començar a estandarditzar i comercialitzar en suports mòbils com ara disquets.

Per a la protecció dels programes, es van considerar tres possibilitats: la de les **patents** (el programa com a invenció), la del **dret d'autor** (el programa com a obra literària) i l'establiment d'una **tutela *ad hoc*** (el programa com a creació d'un tipus nou). L'última hauria estat la ideal, però requeria temps i la urgència del cas no permetia esperar. Calia optar per un dels sistemes tutelars ja existents.

La patentabilitat dels programes

Recentment, ha tornat a cobrar força l'opció de patentar els programes. La possibilitat de patentar programes és un dels cavalls de batalla actuals per a la indústria de programes. A Espanya no és possible (almenys formalment) patentar un programa d'ordinador –tot i que és possible que aquest formi part d'una invenció patentable. També en l'àmbit de la UE, queda reafirmat el Conveni de la patent europea (CPE), que exclou les patents de programes d'ordinador.

És important esmentar també les anomenades *licències de programari lliure* (n'hi ha diverses i no totes són iguals). Entre aquestes, mereix especial atenció la llicència GPL (*General Public License*) de la Free Software Foundation, no només perquè és la primera, sinó perquè és la que assegura l'anomenat *copyleft*. Mitjançant la GPL, el titular del programa permet expressament als seus usuaris utilitzar-lo, modificar-lo i redistribuir-lo (amb o sense modificacions), amb dues úniques condicions: donar atribució a l'autor original i assegurar que qualsevol nova versió del programa serà distribuïda sota la mateixa llicència GPL, per a assegurar així les "llibertats d'ús, modificació i redistribució" i evitar l'"apropiació" del programari lliure.

El més pràctic en aquell moment, tant per la rapidesa de la tutela (immediata, sense formalitats) com per l'extensió internacional (gràcies al Conveni de Berna), era el **dret d'autor**. Aquesta va ser l'opció del TRLPI espanyola de 1987, seguida també per la Directiva 91/250/CEE, l'ADPIC de 1994 (art. 10.1) i el Tractat OMPI sobre dret d'autor de 1996 (art. 4): que consideren els programes com "obres literàries".

Pot sorprendre que un programa d'ordinador tingui la mateixa consideració jurídica que una novel·la, és a dir, una obra literària. Malgrat l'equiparació legal, els programes d'ordinador són obres molt peculiars. Així ho acredita el fet que, fins i tot dins el TRLPI, disposin de normativa específica (art. 96 i següents TRLPI).

És comprensible que els especialistes en dret d'autor vegin amb recel la inclusió dels programes en una normativa inicialment pensada per a un altre tipus de creacions. No es tracta només que constitueixi un "cos estrany". També hi ha un risc de contaminació. Els interessos de la indústria arriben a tenir tant de protagonisme en la normativa sobre programes d'ordinador que s'ha pogut arribar a dir que constitueix un "dret d'autor sense autors" (com veurem, els art. 97 i 98.2 permeten l'"autoria" d'una persona jurídica).

2.2.1. Què es protegeix?

El dret d'autor protegeix el programa en qualsevol de les seves expressions possibles (codi font i codi objecte) i en la seva totalitat (incloent-hi les interfícies). Com és lògic, no es protegeixen ni les idees ni els principis que conformen el programa. En canvi, sí que es protegeix la documentació preparatòria, la documentació tècnica i els manuals d'ús del programa d'ordinador (art. 96.1 TRLPI).

Interfícies

La interfície és la part del programa que estableix la connexió entre el codi i els components físics de l'ordinador (cons. 10 i 11 Directiva 91/250/CE).

Òbviament, per a gaudir de protecció, el programa ha de ser "original" (sense que hi hagi cap altre criteri per a concedir la protecció). Ara bé, on rau l'**originalitat** en una creació utilitària, en la qual el marge de maniobra és escàs? S'ha optat aquí per un criteri de baix nivell: n'hi ha prou que el programa sigui el resultat d'un esforç personalitzat o, en altres paraules, que no hagi estat copiat ("creació intel·lectual pròpia del seu autor"). Una altra solució (en el sentit d'exigir una aportació "personal" de l'autor –recordeu la definició "subjectiva" d'originalitat?) hauria condemnat a la desprotecció la immensa majoria dels programes d'ordinador. Ens trobem així, en la nostra pròpia Llei, amb dues nocions d'originalitat: la general (al·ludida, que no definida, en l'art. 10.1 TRLPI) i l'especial (noció devaluada d'originalitat) per a programes d'ordinador (i també per a fotografies, segons s'ha vist).

2.2.2. De qui són els drets?

La resposta és ràpida: de l'autor. No caldria cap norma especial però, un cop més, n'hi ha: l'article 97 TRLPI. Els drets neixen al cap de qui crea, sigui una persona individual o un grup que col·labora (coautoria). Fins aquí cap novetat. Això no obstant, la mateixa norma afegeix immediatament:

"[...] o la persona jurídica que sea contemplada como titular de los derechos de autor en los casos expresamente previstos por esta Ley."

Art. 97 TRLPI

A més, quan el programa d'ordinador sigui una obra col·lectiva de les regulades en l'art. 8 TRLPI:

"tendrá la consideración de autor, salvo pacto en contrario, la persona natural o jurídica que la edite y divulgue bajo su nombre."

Art. 97.2 TRLPI.

Per descomptat hi ha altres maneres perquè una persona jurídica sigui titular dels drets d'autor sobre un programa d'ordinador:

- 1) la **cessió expressa** de drets mitjançant contracte; i
- 2) l'existència d'una **relació laboral** amb la consegüent presumpció de cessió en favor de l'empresari (art. 51 i 97.4 TRLPI).

Presumpció de cessió

"Cuando un trabajador asalariado cree un programa de ordenador, en el ejercicio de las funciones que le han sido confiadas o siguiendo las instrucciones de su empresario, la titularidad de los derechos económicos correspondientes al programa de ordenador así creado –tanto el programa fuente como el programa objeto– corresponderán, exclusivamente, al empresario, salvo pacto en contrario."

Encara que a primera vista sembla que aquesta presumpció de cessió reflecteix la de l'art. 52 TRLPI, hi ha algunes diferències. Per exemple, l'art. 51 TRLPI presumeix que la cessió es limita a:

"[lo] necesario para el ejercicio de la actividad habitual del empresario en el momento de la entrega de la obra."

Art. 51.1 TRLPI

I afegeix:

"En ningún caso podrá el empresario utilizar la obra o disponer de ella para un sentido o fines diferentes [...]."

Art.51.3 TRLPI.

En canvi, l'art. 97.4 TRLPI no ho diu així, amb la qual cosa sembla permetre entendre que l'abast de la cessió sobre el programa és molt més gran. Òbviament, una lectura del principi d'aplicació subsidiària de les normes del règim general ("en la mesura que resultin aplicables" (art. 95 *in fine* TRLPI) permetria escurçar les distàncies entre els dos articles.

2.2.3. Contingut del dret d'autor sobre un programa d'ordinador

De la mateixa manera que sota el règim general, també aquí el contingut del dret d'autor sobre el programa passa per atribuir **drets** (art. 99 TRLPI) i imposar **excepcions** (art. 100 TRLPI).

Règim d'autoria excepcional

Els programes gaudeixen d'un règim d'autoria excepcional, conscientment adoptat en favor de les empreses productores de programes d'ordinador.

Programes per encàrrec

No s'ha previst res per als programes creats per encàrrec. Per tant, no havent-hi cap presumpció de cessió, si qui encarrega el programa vol tenir-ne els drets, més val que els obtingui per contracte (cessió).

a) El **límit temporal** (la durada) no presenta particularitats (art. 98 TRLPI) i es remet a les normes generals: 70 anys *post mortem auctoris* o, quan l'autor és persona jurídica, 70 anys des de la divulgació.

b) L'article 99 només parla de **drets d'explotació**. No s'esmenten els "altres drets" patrimonials d'autor (de simple remuneració), ni els drets morals, (per tant, el silenci s'interpreta normalment a favor de l'existència de drets morals sobre els programes d'ordinador).

Els drets d'explotació de l'autor del programa són els que ja coneixeu: reproducció, distribució, comunicació pública i transformació, però també, encara que no es digui expressament, un dret de comunicació pública i un "**dret d'ús**".

Si comparem l'article 99 TRLPI, amb les definicions generals dels articles 18 a 21, cal remarcar els següents aspectes:

- **Dret de reproducció** (art. 99.a TRLPI): Aquí, el concepte *reproducció* és més ampli que el de l'article 18 TRLPI, ja que inclou, no només la fixació estable, sinó també la fixació "inestable" i transitòria. De fet, però, ja hem vist que la interpretació de l'art. 18 s'ha anat ampliant en aquest sentit.
- **Dret de distribució** (art. 99.c TRLPI): El titular pot autoritzar o prohibir "qualsevol forma de distribució pública inclòs el lloguer del programa d'ordinador original o de les seves còpies". Aquest dret, això no obstant, s'exhaureix amb la primera venda, encara que subsisteix el dret de lloguer. Cal suposar que també subsisteix el dret de préstec i que l'esgotament només afecta a les revendes successives; i que el seu abast és comunitari.
- **Dret de transformació** (art. 99.b TRLPI): Ningú pot efectuar adaptacions o crear noves versions o, en general, programes derivats –que no és el mateix que programes compatibles– sense comptar amb l'autorització del titular del programa originari (vegeu cons. 19 de la Directiva 91/250/CE). Tot això, a reserva del marge que puguin donar les excepcions expressament admeses.
- **Dret de comunicació pública**: Crida l'atenció que ni l'art. 99 TRLPI ni la Directiva 91/250/CE no reservin a l'autor el dret a autoritzar o prohibir la comunicació pública dels programes. A més a més de comercialitzar-se en suports físics (distribució), els programes podrien arribar a oferir-se al públic a través de la xarxa (comunicació). Tot i així, a l'empara de l'art. 95 TRLPI, caldria recórrer a l'art. 17 TRLPI, que reconeix als autors un dret general d'explotació sobre les seves obres (del qual la reproducció, transformació, etc., no en són més que exemples típics), incloent-hi, doncs, el dret de comunicació pública.
- **Dret d'ús**: Tot i que normalment no és reconegut com un dret exclusiu, l'article 99 *in fine* TRLPI diu: "Quan es produeixi la cessió del dret d'ús en

Lectura complementària

Són aplicables als programes d'ordinador els drets de remuneració? Sobre això llegiu els articles 2.5.3, 31.2 i 99.a TRLPI.

un programa d'ordinador s'entén, llevat de prova en contra, que aquesta cessió té caràcter no exclusiu i intransferible i que es fa per a satisfer només les necessitats de l'usuari." Per a saber quins usos del programa estan permesos i quins no s'haurà d'aplicar el que disposa la llicència corresponent.

c) Al marge de la llicència, hi ha **excepcions** aplicables; és a dir, hi ha actes que queden exclosos de l'autorització del titular. L'**art. 100 TRLPI** estableix un recull d'**excepcions específiques** a l'ús d'un programa d'ordinador. A més, també són aplicables (en la mesura que sigui possible) la resta d'**excepcions generals** previstes als articles 31 a 40 bis TRLPI.

Pel que fa a les excepcions específiques de l'art. 100 TRLPI, és important distingir entre els següents:

- Els **nombres 1 a 3** tenen per objecte una cosa tan simple com **assegurar que**, efectivament, **el programa podrà ser utilitzat** sense infringir els drets d'autor, la qual cosa, ja per si mateixa ens dóna una idea del nivell de la tutela atorgada als titulars de drets sobre programes d'ordinador.

L'usuari legítim

A diferència del que succeeix amb els límits generals, que s'estableixen en benefici de qualsevol usuari, aquí es parla sempre de l'usuari legítim. Un usuari legítim té dret a:

1) Reproduir, també **transformar i corregir errors**, però només en la mesura necessària per a fer servir el programa "d'acord amb la seva finalitat proposada".

2) Fer una **còpia de seguretat**; sense aquesta previsió no seria possible i, en qualsevol cas, l'única funció ha de ser assegurar la utilització del programa. Cal que es tracti d'una còpia de "seguretat", la qual cosa impedeix, per exemple, instal·lar-la (i usar-la) en un altre ordinador. Observeu que, en no quedar expressament prevista entre les excepcions, s'exclou (prohibeix) la còpia privada de programes d'ordinador.

3) **Analitzar** el programa, però només mentre el fa servir.

- Els **números 5 i 6** no s'ocupen tant dels usuaris com del mercat. Amb aquestes excepcions es vol garantir el desenvolupament d'una indústria no monopolística. La paraula clau és **interoperabilitat**. Els qui creïn codi han de poder crear programes capaços d'intercanviar informació i funcionar amb els ja existents. Darrere d'això hi ha una aferrissada i molt il·lustrativa lluita entorn de l'**enginyeria inversa**, és a dir, entorn del procés que parteix del producte acabat (**codi objecte**) i intenta remuntar-se'n als orígens (**codi font**).
- El **número 7**: les cauteles davant la descompilació es tanquen amb una disposició que es va anticipar, encara que només per als programes d'ordinador, al que –en la reforma del TRLPI de 1998– passaria a ser l'art. 40 bis i que es coneix com a *three step test*:

Còpia privada de programes d'ordinador

L'article 31.2 TRLPI autoritza la còpia "per a ús privat" sense perjudici del que es disposa en l'article 25 (dret a una compensació), però n'exclou expressament les bases de dades i els programes d'ordinador.

Els apartats 5 i 6 de l'article 100 TRLPI

Segons aquests apartats, "no es poden interpretar de manera que permetin que la seva aplicació perjudiqui de manera injustificada els interessos del titular dels drets, és a dir, contrària a una explotació normal del programa informàtic".

2.2.4. El programari "lliure" i la llicència GPL

L'objectiu últim del programari lliure és assegurar que la protecció jurídica dels **programes d'ordinador** amb el règim del *copyright* no sigui un obstacle per a reutilitzar el programari. Per a això, s'utilitza l'instrument bàsic que ofereix el règim del *copyright* (i que també utilitzen els titulars de programari propietari): la llicència.

A diferència del programari propietari, el programari lliure es caracteritza, en general, pel fet de mostrar de manera oberta el codi font i permetre expressament als usuaris modificar i crear programes nous.

Igualment, a diferència de les típiques llicències de programari propietari, que impedeixen copiar, distribuir o descompilar el programa, les llicències lliures permeten als usuaris del programari fer-ne qualsevol ús (per a qualsevol finalitat), copiar-lo i modificar-lo (per a adaptar-lo o millorar-lo) i redistribuir-lo (tant en format original com modificat).

Les **4 llibertats fonamentals** del programari lliure són les següents:

- 1) utilitzar el programari per a qualsevol finalitat;
- 2) modificar el programari per adaptar-lo a les seves necessitats;
- 3) redistribuir còpies del programari a altres usuaris (gratuïtament o per un preu);
- 4) distribuir al públic versions modificades (millores o adaptacions) del programari.

Tot plegat, amb **una sola condició**: que es doni crèdit a l'autor i s'identifiqui l'autoria de les modificacions que es facin en el programa.

Ara bé, a banda d'aquest **mínim comú a totes la llicència (GNU - General Public License)**, hi ha varietats importants. Per exemple, la GNU-GPL obliga que qualsevol versió nova del programa es distribueixi **amb la mateixa llicència GNU-GPL**, de manera que es *perpetui la llibertat*, és a dir, que s'asseguri que els programes o versions nous (programari derivat) continuaran essent lliures i que ningú no s'apropriarà de l'esforç aliè en benefici propi.

La GNU-GPL és *copyleft*: obliga a distribuir el programari derivat amb la mateixa llicència GPL i impedeix que es privatitzi, que es converteixi en programari propietari. Ara bé, **no totes les llicències de programari lliure són copyleft**.

La GPL

És una llicència de drets d'explotació sobre el programa d'ordinador.

En el programari propietari

L'usuari legítim no té accés al codi font, de manera que l'àmbit d'actuació es limita al simple ús del programari.

El copyleft

El *copyleft* és la condició que caracteritza la GNU-GPL i que la distingeix d'altres projectes i llicències, que no són pròpiament *copyleft*.

La llicència GNU-GPL és la llicència *copyleft* per excel·lència i la que **va establir les bases per a crear i explotar el programari lliure**. La GNU-GPL es distingeix clarament de les llicències de programari propietari que permeten a l'usuari legítim del programari instal·lar-lo i utilitzar-lo en una unitat concreta, però no en permeten cap acte d'explotació.

Clàusules restrictives nul·les

Amb freqüència, algunes llicències d'ús de programari neguen a l'usuari legítim la possibilitat de fer actes que la llei autoritza a fer. Aquestes clàusules restrictives són nul·les i es tenen per no posades, ja que un contracte no pot ser contrari a la llei. Per exemple, no es pot impedir per contracte la descompilació a l'efecte d'interoperabilitat amb altres programes directament permesa per llei (article 100.5 del TRLPI).

El programari lliure, doncs, és, tot el programari subjecte a les **4 llibertats fonamentals** (per a ser usat, copiat, modificat i disseminat en format original o modificat) per mitjà d'una llicència lliure.

La llicència s'adjunta directament al codi font (licència i obra són inseparables) i s'ha de reproduir sempre, en tot el programari redistribuït. Així, doncs, l'adjectiu *lliure* es refereix a aquestes llibertats fonamentals que atorguen les llicències, i no a la gratuïtat del programari (el programari comercial és una part important del programari lliure).

No s'ha de confondre *lliure* amb *gratuït*. El programari lliure pot ser distribuït **de manera gratuïta o de pagament; l'important són les llibertats que obté l'usuari**.

Open Source

Encara que al començament *programari lliure* i *copyleft* eren sinònims (ja que gairebé tot el programari lliure es distribuïa amb la llicència *copyleft* GNU-GPL), al final dels noranta, el moviment del programari lliure va passar per un moment de crisi amb la formulació dels postulats de l'Open Source Initiative (OSI) i la definició del codi font obert (*open source*).

La definició d'*open source* (OSD)² es basa en deu directrius (sorgides del projecte Debian) que permeten classificar les diverses llicències de programari segons l'objectiu que tenen (components, programes, distribucions completes) i segons unes **pautes generals, uns estàndards, que tota llicència de programari obert ha de complir**. A més, es va crear una **marca de certificació** (OSI Certified³) per indicar que una llicència compleix les directrius de l'Open Source. D'aquesta manera es vol facilitar a usuaris, a programadors i especialment a empreses una comprensió millor del programari lliure i, en última instància, promoure models de negoci nous que hi estiguin basats i atreure la inversió empresarial. Amb aquest objectiu, l'Open Source renuncia a l'exigència del *copyleft* i es va evitar utilitzar l'expressió *lliure*, de manera que es van resoldre els dubtes sobre la gratuïtat (que sempre havia generat l'expressió *programari lliure*).

⁽²⁾ **Open Source Definition (OSD):** <http://www.opensource.org/docs/definition.php>

⁽³⁾ **Llicències OSI Certified:** <http://www.opensource.org/licenses/alphabetical>

2.3. Les bases de dades

La societat de la informació demana continguts (societat del coneixement), però no pot funcionar bé sense recopiladors, sistematitzadors i presentadors. On es pot trobar aquell article, aquella foto, aquell fragment de vídeo? La clau són les anomenades *bases de dades*. El seu règim jurídic és capital i els profes-

sionals de la comunicació l'han de reconèixer perquè, sovint, en són creadors i usuaris. Reunir material, ordenar-lo, digitalitzar-lo (si escau) i presentar-lo d'una manera simple i eficaç requereix inversions importants en temps i diners. És lògic que els qui produeixen bases de dades n'exigeixin la protecció.

En l'àmbit de la UE, s'ha establert un doble sistema de protecció de les bases de dades. D'una banda es protegeix la creació, l'originalitat: si la base de dades (que no necessàriament, el seu contingut) és original, parlarem d'obres, autors i drets d'autor. D'altra banda, també es protegeix l'esforç, la inversió realitzada: tant si la base de dades és "obra" com si no, el seu fabricant (que no autor) es podrà beneficiar d'un nou dret *sui generis* contra l'extracció substancial del seu contingut.

2.3.1. Les bases de dades com a obra

L'esforç intel·lectual i la sempre necessària originalitat de la base de dades està en la **selecció dels continguts** i/o en la seva **disposició**. És indiferent que els ingredients siguin alhora obres o "altres elements o dades" (per exemple, dades geogràfiques o bibliogràfiques). Tampoc no importa que es presentin en format electrònic o no (la tecnologia digital no ha creat les bases de dades); només cal que el contingut estigui organitzat i sigui accessible individualment.

L'art. 12.2 TRLPI proporciona una definició del que ha d'entendre's per base de dades:

"A efectos de la presente Ley, y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, se consideran bases de datos 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."

Una **base de dades** tindrà la consideració d'obra si és original pel que fa a la selecció i disposició de continguts. Allò que es protegeix és l'**estructura (selecció i/o disposició de continguts)** que expressa la creativitat del seu autor, no pas el contingut. Els continguts recollits a la base de dades (col·lecció) podran gaudir de protecció pròpia (si són obres), o no (si són dades); però queden al marge de l'article 12 TRLPI.

En aquest cas (i sense perjudici que també es pugui beneficiar del dret *sui generis*) s'aplica el règim general (Llibre I TRLPI) quant a autoria, facultats econòmiques i morals, durada, excepcions i cessió de drets. Això no obstant, hi ha algunes **regles específiques** que interessa assenyalar:

a) Són d'aplicació els drets de reproducció, distribució, comunicació pública i transformació. Cap especificitat no s'estableix en relació amb els dos primers. En canvi, sí que s'estableix amb els altres dos. D'acord amb l'art. 20.2 (i) i (j) TRLPI, són **actes de comunicació pública**:

Lectura complementària

Directiva 96/9/CE, d'11 de març de 1996, sobre la protecció jurídica de les bases de dades.

Estructura d'una base de dades

L'estructura de la base de dades inclou, com assenyala l'exposició de motius de la Llei 5/1998, d'incorporació de la Directiva i reforma del TRLPI, els elements necessaris per al funcionament o la consulta d'algunes bases de dades com el tesaurus i els sistemes d'indexació (vegeu també cons. 20 Directiva 96/9/CE).

"i) El acceso público en cualquier forma a las obras incorporadas a una base de datos, aunque dicha base de datos no esté protegida por las disposiciones del Libro I de la presente Ley.

j) La realización de cualquiera de los actos anteriores respecto a una base de datos protegida por el Libro I de la presente Ley."

En relació amb el **dret de transformació**, es va considerar necessari afegir una precisió a la definició, a fi de deixar clar que:

"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."

Art. 21.1 paràgraf. 2n. TRLPI.

Aquesta precisió és important i potser no resultaria de la simple interpretació del concepte de transformació perquè, de fet, qui reordena no reproduceix l'estructura protegida, sinó que en crea una de diferent.

b) Pel que fa a les **excepcions específiques**, l'art. 6 de la Directiva 96/9/CE sobre bases de dades preveia una sèrie d'excepcions als drets exclusius de l'autor, una de caràcter obligatori en favor de l'usuari legítim; i altres de caràcter facultatiu i taxades, encara que admetia també el manteniment de les "tradicionalment regulades" pel dret intern dels Estats. L'**excepció obligatòria en favor de l'usuari legítim d'una base** ha estat recollida en l'art. 34.2 TRLPI per assegurar que l'usuari legítim podrà, en efecte, utilitzar la base amb normalitat sense que inopinadament s'hi pugui oposar, per exemple, el dret de reproducció o el de transformació. Les **excepcions facultatives** –que els Estats podien o no establir– també van ser recollides pel legislador espanyol en l'art. 34.2 TRLPI. No serà necessària l'autorització del titular de la base de dades per als següents usos:

- **Còpia privada** [art. 34.2, (a) TRLPI]. Només s'admet si es tracta de bases de dades no electròniques. Per a les electròniques, en canvi, regeix el mateix criteri que per als programes d'ordinador i, per tant, queda exclosa la possibilitat de còpia privada.
- **Il·lustració de l'ensenyament o investigació científica** [art. 34.2, (b) TRLPI]. Aquesta excepció s'introdueix només per a les bases de dades i no té paral·lel per a les altres obres.
- **Seguretat pública i ús en procediments administratius o judicials** [art. 34.2, (c) TRLPI]. També aquesta és una excepció nova, limitada a les bases de dades.

Un cop més, podran ser aplicables també les excepcions previstes amb caràcter general. Per exemple, la de cita (art. 32 TRLPI) o la de préstec (art. 37.2 TRLPI).

Lectura recomanada

Vegeu el cons. 38 de la Directiva 96/9/CE sobre bases de dades.

2.3.2. El dret *sui generis* sobre les bases de dades

Tant si la base de dades té la condició d'obra com si no, sovint la **compilació de dades** suposa una **inversió econòmica i intel·lectual** important, que mereix algun tipus de protecció. Alguns consideren suficient la normativa de **competència deslleial** (tal com es fa als EUA). D'altres reclamen el reconeixement de drets exclusius específics, perquè argumenten que el risc d'escanejar bases en paper o de copiar i reordenar les bases digitals és massa elevat i és a l'abast de qualsevol; i, a més, que cal disposar de drets per a poder-los explotar.

Aquesta última línia és la seguida a Europa a la Directiva 96/9/CE sobre la protecció jurídica de les bases de dades (incorporada al TRLPI el 1998): crear un **dret especial, *sui generis***, a favor dels "fabricants" de bases de dades, tant si tenen la condició d'obra, com si no.

Una base de dades, per tant, es pot beneficiar simultàniament d'ambdós tipus de drets d'autor i *sui generis*. Que el **creador** n'adquireixi els drets d'autor pel fet de la seva creació (art. 1 TRLPI) no impedeix que el **fabricant** n'adquireixi el dret *sui generis*. Uns i altres drets recauen sobre objectes diferents i, per tant, resulten compatibles. Això no significa, tanmateix, que la concurrència s'hagi de donar en tots els casos.

a) Què es protegeix exactament?

No es protegeix pas la creativitat, sinó la **inversió substancial**, ja sigui en diners o esforç. Per tant, els drets no són de l'autor sino del fabricant que fa la inversió (vegeu l'art. 133.1 TRLPI).

b) Quins drets té el fabricant de la base de dades?

El fabricant té el "**dret a impedir**" certs actes en relació amb "la totalitat o una part substancial" del contingut de la base, o fins i tot de "parts no substancials quan es tracta d'actes repetits o sistemàtics". D'acord amb l'art. 133 TRLPI, l'anomenat **dret *sui generis*** que s'atorga al fabricant de la base de dades consisteix en la facultat d'impedir:

Què és una inversió substancial?

El TJCE ja ha resolt alguns casos interpretant aquest concepte. Vegeu: **TJCE (2004). "Fixtures cases"**. <http://www.curia.eu.int> (9 de novembre).

El fabricant és

"la persona natural o jurídica que pren la **iniciativa** i assumeix el **risc** d'efectuar les inversions substancials orientades a l'obtenció, verificació o presentació del seu contingut." Art. 133.3.a TRLPI.

"1) la **extracció y/o reutilització de la totalitat** o de una **parte substancial** del contenido [de la base de datos], evaluada cualitativa y cuantitativamente.

2) la **extracció y/o reutilització repetidas o sistemáticas de partes no sustanciales** del contenido de [...] actos contrarios a una explotación normal de dicha base o que causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del fabricante de la base."

Aspectes de terminologia

Com podeu veure, no és parla d'*autor*, ni tan sols de productor (com fem amb els drets connexos), sinó de **fabricant**. Tampoc no és parla de *reproducció, distribució, comunicació...* equival a *reproducció i reutilització* sinó de *extracció i reutilització (distribució i comunicació pública)*.

c) Amb quins límits?

De manera semblant al que hem vist per als programes d'ordinador, també per al dret *sui generis* es distingeix entre la posició de l'"usuari legítim" i les dels "altres subjectes". En el primer cas, es parla de "drets i obligacions de l'usuari legítim"; en el segon, d'"excepcions".

- **Drets i obligacions de l'usuari legítim.** L'usuari legítim d'una base de dades podrà extreure i/o reutilitzar parts no substancials del seu contingut, avaluades de manera quantitativa o qualitativa, amb independència de la finalitat a la qual les destini (art. 134.1 TRLPI). Aquest dret no admet pacte en contra (art. 134.3 TRLPI). Això no obstant –i de nou surt el *three step test*–, aquests actes no hauran de perjudicar la normal explotació de la base ni lesionar de manera injustificada els interessos legítims del seu fabricant (art. 134.2 TRLPI). En qualsevol cas, s'hauran de respectar els drets d'autor o connexos que hi hagi sobre les obres o prestacions incloses en la base de dades (art. 134.2.b TRLPI).
- **Excepcions al dret *sui generis*.** Davant de la flexibilitat del legislador comunitari, l'espanyol va optar per identificar com a excepcions al dret *sui generis* les mateixes excepcions previstes per a les bases de dades que de tenen la condició d'obra. Així doncs, no serà necessària l'autorització del fabricant de la base de dades per a extreure i/o reutilitzar parts substancials, o parts no substancials de manera repetida o sistemàtica, en els casos següents:
 - Per a **ús privat** (art. 135.1.a TRLPI): És lícita l'extracció (només l'extracció) per a ús privat de continguts de bases de dades no electròniques (només no electròniques). Un cop més, es fa palesa la diferència entre el món analògic (paper, cassetts, vídeos, etc.) i el digital.
 - Per a **ús públic amb finalitats educatives o d'investigació** (art. 135.1.b TRLPI): a diferència del que s'ha vist per als drets d'autor, en aquest cas només es permet "l'extracció" i amb les cauteles habituals ("en la mesura justificada per l'objectiu no comercial que es persegueixi i sempre que s'indiqui la font").
 - Per a finalitats de **seguretat pública i procediments administratius o judicials** (art. 135.1.c TRLPI).

És especialment important la prohibició expressa de pacte en contra d'aquestes excepcions (art. 134.3 TRLPI).

d) Per quant de temps?

En aparença, ens trobem davant d'un dret de vida curta: **quinze anys des de la fabricació** (art. 136.1 i 2 TRLPI), especialment si el comparem amb els terminis que regeixen per al dret d'autor (*70 anys post mortem auctoris*). Ara bé, qualsevol nova inversió substancial, normalment per a "modificar" la base o per a fer-ne una "verificació substancial" del contingut (vegeu el cons. 55 de la Directiva 96/9 CE), atribueix un nou termini de quinze anys (art. 136.3 TRLPI). I així successivament de manera indefinida.

Només es protegeix la nova inversió

El termini nou protegeix la inversió nova, no la vella; és a dir, es protegeix la guia de telèfons actualitzada, no la de fa quinze anys.

2.4. Els drets connexos

El dret d'autor protegeix la creació d'obres, no les prestacions que contribueixen a difondre-les, per molt importants, costoses i valuoses que siguin. Així, doncs, va caldre dissenyar una classe nova de drets de propietat intel·lectual: els anomenats *drets afins, veïns o connexos* als drets d'autor. Aquesta és la categoria que la nostra legislació acull amb la rúbrica neutral *altres drets de propietat intel·lectual*.

Els "altres" drets de propietat intel·lectual

Es tracta d'una categoria relativament oberta, que el legislador usa per a satisfer demandes específiques i que inclou drets molt diversos, tant per als subjectes com per als objectes protegits.

Les regles previstes per al dret d'autor en el llibre I del TRLPI són aplicables de manera subsidiària (en el que és pertinent) per a omplir llacunes o buits de la regulació dels drets connexos (article 132 TRLPI).

Els drets connexos es construeixen sobre objectes que no són obra (expressió formal i original de la creativitat humana) sinó **prestacions**.

Aquest terme inclou aportacions o realitats de naturalesa heterogènia tant de caràcter personal com empresarial. Pel que fa a les personals, hi ha les **interpretacions o execucions** d'una obra per persones físiques: els **artistes** intèrprets o executants.

Pel que fa a les empresarials, hi ha els **productors de fonogrames**, els **productors d'enregistraments audiovisuals**, les **entitats de radiodifusió**.

Els drets connexos empresarials

tutelen la iniciativa, la capacitat d'organització i els recursos econòmics aportats per un empresari en relació amb la creació i explotació d'obres protegides.

A cavall de totes dues prestacions, hi ha les **meres fotografies**, en què la prestació no és al servei de cap obra. Aquí no es tracta de protegir l'esforç invertit a donar vida a les obres (com passa amb els artistes) sinó l'esforç i la inversió per a elaborar un producte: la mera fotografia.

Vegem-los amb més detall.

2.4.1. Artistes intèrprets i executants

a) **Subjecte.** Té la condició d'artista, intèrpret o executant "la persona que representa, canta, llegeix, recita, interpreta o executa en qualsevol manera una obra" (article 105 TRLPI).

La fórmula legal és àmplia, i solament s'exigeix que la prestació tingui per base una obra. Per a la legislació de propietat intel·lectual, solament és artista –titular de drets afins– qui executa o interpreta una obra (amb independència que la prestació sigui considerada més o menys "artística" per la societat) .

b) **Drets o facultats patrimonials.** Els artistes tenen **drets exclusius** sobre els actes següents:

- Autorització per a **fixar** la interpretació o execució, de manera que s'exigeix forma escrita per a aquesta autorització (article 106 TRLPI).
- **Reproducció**, en el sentit vulgar de realització de còpies; l'autorització per a reproduir també ha de ser escrita i es preveu de manera expressa la possibilitat de transferir, cedir o llicenciar aquest dret de reproducció (article 107 TRLPI).
- **Comunicació pública:** no és possible portar l'actuació a un públic diferent sense la seva autorització, que s'ha d'atorgar per escrit (article 108 TRLPI). Per exemple, és il·lícit retransmetre l'actuació d'un cantant en una sala o teatre per ràdio o televisió o, simplement, col·locar altaveus o pantalles en locals adjunts, sense tenir-ne l'autorització.
- **Posada a disposició del públic** en la forma establerta en l'article 20.2.i: posada a disposició interactiva (article 108.1.b TRLPI).
- **Distribució de l'original o còpies** de la fixació de les actuacions (article 109.1 TRLPI). Com passa amb els autors, aquest dret s'exhaureix amb la primera venda, sempre que tingui lloc en l'àmbit de la Unió Europea i solament per a les vendes successives dins de la Unió (article 109.2 TRLPI).

A més, la llei també confereix als artistes **drets de remuneració** (irrenunciables i subjectes tots plegats a gestió col·lectiva obligatòria):

- La **compensació per còpia privada** (article 25.4.b TRLPI), en la mesura que les fixacions de les actuacions poden ser reproduïdes per a finalitats privades. Hi tenen dret els "artistes intèrprets o executants les actuacions dels quals han estat fixades en els fonogrames i videogrames esmentats".

Artistes

Són els actors de teatre i de cinema, cantants, músics, ballarins, directors d'orquestra, etc.

Fixació i reproducció

La diferència és en l'objectiu: es fixen actuacions i es reproduïxen, distribueixen i comuniquen aquestes fixacions.

No cal l'autorització

quan es tracta d'una actuació "retransmesa per radiodifusió o que es realitzi a partir d'una fixació autoritzada prèviament" (article 108.1, paràgraf primer, TRLPI).

No hi ha exhauriment

En relació amb altres maneres de distribució, com el lloguer i el préstec, no hi ha exhauriment.

- La remuneració equitativa per la **comunicació pública** (en qualsevol forma) de fonogrames i enregistraments audiovisuals (article 108.4 i 108.5 TRLPI). Aquesta mateixa remuneració també es preveu per als productors.
- A canvi de la cessió del dret de lloguer a un productor (de fonogrames o d'enregistraments audiovisuals) l'artista té dret a una remuneració equitativa pel **lloguer** d'aquest enregistrament (article 109.3 TRLPI).
- A canvi de la cessió del dret de posada a disposició interactiva a favor d'un productor (de fonogrames o d'enregistraments audiovisuals) l'artista té dret a una remuneració equitativa per aquesta **posada a disposició del públic** (article 108.3 TRLPI).

c) **Drets o facultats morals.** La prestació dels artistes és personal: encara que no creï una obra, l'artista, en interpretar o executar, es compromet amb ell mateix. És lògic doncs que li concedeixin algunes facultats anàlogues al dret moral dels autors.

Els drets morals dels artistes:

Concretament, li concedeixen les següents (article 113 TRLPI):

- "El dret al reconeixement del seu nom sobre les seves interpretacions o actuacions."
- El dret d'oposar-se a "tota deformació, mutilació o qualsevol altre atemptat sobre la seva actuació", sempre que –i aquest és normalment el punt que s'ha de debatre– "lesioni el seu prestigi o reputació".
- El dret d'autoritzar o prohibir el doblatge de la seva actuació en les obres audiovisuals.

L'artista (com qualsevol altra persona) pot recórrer contra la normativa sobre els anomenats *drets de la personalitat* (identitat, imatge, honor, intimitat, etc.).

d) Límits: durada i excepcions

D'acord amb l'article 112 TRLPI, "els drets d'explotació reconeguts als artistes intèrprets o executants duren cinquanta anys, comptats a partir de l'1 de gener de l'any següent al de la interpretació o execució".

e) Règim de transmissió de drets

Hem vist algunes presumpcions de cessió de drets en ocasió de contractes subscrits amb artistes; per exemple, en relació amb el dret de lloguer (article 109.3 TRLPI) o el doblatge a una llengua diferent de la pròpia (article 88 TRLPI). A ells cal afegir les dues presumpcions de cessió següents:

- Presumpció de cessió del dret exclusiu de **posada a disposició interactiva** (article 108.2 TRLPI) a favor dels productors de fonogrames i

Drets de la personalitat

A banda dels drets morals, l'artista pot exercir els drets morals d'atribució i integritat durant tota la vida i, després d'haver mort, sense límit de temps, ho poden fer els seus hereus (article 113.3 TRLPI).

Excepcions

Per remissió expressa de l'article 132 TRLPI, són aplicables les excepcions previstes en els articles del 30 al 40 bis TRLPI.

Presumpció *ius tantum*

Aquesta classe de presumpcions són presumpcions subjectes a pacte –i prova– en contra.

d'enregistraments audiovisuals, llevat de pacte en contra i sense perjudici del dret a la remuneració equitativa prevista en l'article 108.3 TRLPI.

- Presumpció de cessió de drets quan hi ha **relació laboral o arrendament de serveis** (article 110 TRLPI): quan la interpretació o execució es du a terme "en compliment d'un contracte de treball o d'arrendament de serveis", es presumeix que "l'empresari o arrendatari" adquireix "els drets exclusius d'autoritzar la reproducció i comunicació pública [...] que es dedueixin de la naturalesa i objecte del contracte".

Obligació de designar un representant per al grup

Per a simplificar una contractació que, atès l'alt nombre d'artistes, pot arribar a ser impracticable, l'article 111 TRLPI exigeix que "els artistes intèrprets o executants que participin col·lectivament en una mateixa actuació" designin "entre ells" (per majoria) un "representant per a atorgar les autoritzacions" corresponents. Queden al marge de l'obligació els solistes i els directors d'orquestra i d'escena.

2.4.2. Productors de fonogrames i d'enregistraments audiovisuals

El **productor** és qui assumeix la iniciativa, posa els mitjans organitzatius i sovint financers i, en general, assumeix els riscos derivats de l'enregistrament. La llei distingeix entre dues classes de productors: els d'enregistraments musicals (fonogrames) i els d'enregistraments audiovisuals.

No tenen drets morals

A diferència dels artistes, i atès el caràcter empresarial de la seva prestació, els productors no tenen drets morals –això, però, no impedeix que tinguin dret (no moral) a fer que el seu nom estigui indicat en l'explotació de l'obra.

a) Productors de fonogrames

El **fonograma** és "tota fixació exclusivament sonora de l'execució d'una obra o d'altres sons" (article 114.1 TRLPI). No solament és fonograma la fixació d'una obra o, més ben dit, l'execució d'una obra, sinó també la fixació de sons (sorolls, so ambiental, sons de la natura, etc.). Encara que sembli estrany, hi pot haver fonograma sense obra.

El **productor del fonograma** és "la persona natural o jurídica sota la iniciativa i responsabilitat de la qual es fa per primera vegada la fixació esmentada. Si aquesta operació s'efectua en el si d'una empresa, el titular d'aquesta empresa és considerat productor del fonograma".

La llei atorga als productors de fonogrames els **drets d'explotació següents**:

- Reproducció (article 115 TRLPI).
- Comunicació pública, inclosa la posada a disposició interactiva (article 116 del TRLPI).
- Distribució (article 117 TRLPI).

Aquests drets es protegeixen durant **cinquanta anys** a comptar de l'enregistrament o, si no, de la divulgació (article 119 TRLPI) i queden subjectes als mateixos límits i excepcions previstos per al dret d'autor.

b) Productors d'enregistraments audiovisuals

L'**enregistrament audiovisual**, de vegades anomenat també *videograma*, és la "fixació d'un pla o seqüència d'imatges, amb so o sense" (article 120.1 TRLPI). És indiferent que el que es fixa assoleixi la condició d'obra audiovisual o no.

A més dels drets que, si escau, hagi adquirit sobre l'obra audiovisual, si l'enregistrament té aquesta condició, el productor audiovisual hi té els mateixos **drets d'explotació** que el productor de fonogrames:

- Reproducció (article 121 TRLPI).
- Comunicació pública (article 122 TRLPI).
- Distribució (article 123 TRLPI).

També participa de la **remuneració** per còpia privada (article 25 TRLPI) i per comunicació pública (article 122.2 TRLPI), compartida amb els artistes.

La durada es fixa també en **cinquanta anys** a partir de l'enregistrament o, si no, de la divulgació, i els drets queden subjectes a les excepcions previstes en general per a les obres.

2.4.3. Entitats de radiodifusió

La Llei de propietat intel·lectual no dona una definició d'entitat de radiodifusió, però normalment s'al·ludeix a qualsevol entitat o empresa que assumeix la responsabilitat d'una emissió radiofònica, entenent per *emissió radiofònica* no solament la de sons (ràdio en el sentit vulgar) sinó també la d'imatge (televisió). El que es vol protegir amb aquest dret connex és l'aportació empresarial, organitzativa i de mitjans, necessària per a dur a terme l'emissió.

Les **entitats de radiodifusió** solament reben drets econòmics. D'acord amb l'article 126.1 TRLPI, les entitats de radiodifusió tenen el "dret exclusiu d'autoritzar":

- La fixació de les seves emissions o transmissions.
- La reproducció de les fixacions.
- La retransmissió ulterior de les emissions o transmissions.
- La comunicació pública en llocs als quals s'accedeix pagant una entrada.

Remuneració per còpia privada

Els productors de fonogrames també participen de la **remuneració** per còpia privada (article 25 TRLPI) i per comunicació pública (article 116.2 TRLPI). Com hem vist, aquesta remuneració és equitativa i única (compartida amb els artistes).

El productor

El **productor** és la persona, natural o jurídica, que "té la iniciativa i assumeix la responsabilitat" de l'enregistrament (article 120.2 TRLPI).

Fotografies de la producció

El productor té drets d'explotació sobre "les **fotografies** que siguin fetes en el procés de producció de l'enregistrament audiovisual" (article 124 TRLPI).

Emissió radiofònica

En general, es tracta de transmissió sense fil, però no s'han d'excloure les empreses de cable quan el que transmeten és programació pròpia.

- La distribució de les fixacions de les emissions o transmissions.

Aquí també s'aplica el termini de **cinquanta anys**, comptats a partir de l'1 de gener de l'any següent al de la "realització per vegada primera de l'emissió o transmissió". En matèria d'excepcions, és aplicable, una altra vegada, la remissió de l'article 132 TRLPI a les previstes per als drets d'autor.

2.4.4. Realitzadors de meres fotografies

Amb la rúbrica *meres fotografies*, l'article 128 TRLPI reconeix al realitzador de fotografies i altres reproduccions obtingudes per procediments anàlegs (per exemple, la diapositiva), quan no tenen la condició d'obres, drets exclusius sobre la reproducció, distribució i comunicació pública, "en els mateixos termes reconeguts [...] als autors d'obres fotogràfiques". La durada, no obstant això, es limita a vint-i-cinc anys, comptats a partir de l'1 de gener següent a la data en què es van fer.

Obra fotogràfica o "mera" fotografia

La distinció gravita en la presència o absència d'originalitat.

La polèmica distinció entre "obres fotogràfiques" i "meres fotografies"

El dret sobre les meres fotografies és un punt polèmic i no totes les ordenacions l'admeten. En teoria, no és un problema diferent del que planteja qualsevol altra obra. A la pràctica, tanmateix, és difícil de solucionar pel pes que té la tecnologia en el procés de creació. A més, la Directiva 93/98/CEE, que va harmonitzar el termini de protecció de la propietat intel·lectual, va establir en l'article 6 el següent: "Les fotografies que constitueixin originals *en el sentit que siguin creacions intel·lectuals pròpies de l'autor* han de ser protegides d'acord amb l'article 1. No s'aplica cap altre criteri per a determinar-ne el dret a la protecció. Els estats membres poden establir la protecció de les altres fotografies." Aquesta norma no s'ha recollit formalment en el TRLPI, però sembla clar que s'ha d'aplicar per a valorar quan una fotografia és obra o no.

2.4.5. Editors

L'editor pren una iniciativa i posa una organització empresarial al servei de l'obra, i elabora el producte per mitjà del qual aquesta obra arriba al públic. No obstant això, llevat de la remuneració per còpia privada reconeguda a tots els editors, no se'ls ha reconegut un dret connex de caràcter general sobre la seva prestació –com s'ha fet amb els productors. A Espanya no es protegeixen totes les produccions editorials; solament algunes.

La compensació per còpia privada

Tots els editors es beneficien, com a titulars d'un dret propi, de la remuneració per còpia privada (article 25 del TRLPI).

- **Editors d'obres inèdites en domini públic** (article 129.1 del TRLPI). Qui divulgui lícitament una obra inèdita que estigui en domini públic hi té els mateixos drets d'explotació que haurien correspost a l'autor.
- **Editors d'obres no protegides** (article 129.2 del TRLPI). Els editors d'obres no protegides per les disposicions del llibre I d'aquesta llei en tenen el dret exclusiu, en cas d'autoritzar la reproducció, distribució i comunicació pública de les esmentades, sempre que puguin ser individualitzades per la seva composició tipogràfica, presentació i altres característiques editorials. En tot cas, cal que hi hagi una prestació editorial que justifiqui la protec-

ció: una individualització de l'edició, "per la seva composició tipogràfica, presentació i altres característiques editorials".

"Obres no protegides"

No són protegides –excepte en la mesura que subsisteixi el dret moral– les obres en el domini públic que s'han divulgat o encara no. Tampoc no són protegides, però, les obres a què al·ludeix l'article 13 TRLPI (per exemple, sentències o lleis).

Aquests drets duren **vint-i-cinc anys**, comptats a partir del dia 1 de gener de l'any següent al de la divulgació lícita de l'obra (obres en domini públic) o de la publicació (obres no protegides).

3. El règim de protecció de les dades personals

La normativa de protecció de dades personals deriva de les normes de tutela de drets fonamentals, a Espanya, de la Constitució (article 18). Com a dret fonamental, en aquesta norma, s'estableix el de la intimitat personal i familiar. Per a implementar aquest dret es va publicar l'any 1992 la Llei orgànica de regulació del tractament automatitzat de dades personals (LORTAD). Es va incloure en el títol els termes *tractament automatitzat* perquè en aquella època es considerava que la principal amenaça a la intimitat que es volia protegir venia de l'automatisme i de les possibilitats que generava la tecnologia informàtica. Posteriorment a aquesta norma es va publicar la Directiva 95/46/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 24 d'octubre de 1995, relativa a la protecció de les persones físiques pel que fa al tractament i a la lliure circulació de dades personals.

En aquesta matèria el legislador espanyol ha anat sempre per davant del comunitari, i ha donat compliment a les normes europees, ja que la LORTAD es va promulgar quan hi havia només un esborrany del que seria la Directiva 95/46/CE de Parlament Europeu o del Consell, de 24 d'octubre de 1995, relativa a la protecció de dades de les persones físiques pel que fa al tractament de dades personals i la seva lliure circulació. Per a implementar-la correctament, es va publicar la **Llei orgànica 15/1999, de 13 de desembre, de protecció de dades personals (LOPD)**, que va derogar la LORTAD.

La LOPD de 1999 ha estat modificada en diverses ocasions

La LOPD ha estat modificada per la Sentència 292/2000, de 30 de novembre, del Tribunal Constitucional (per la qual es declaren nuls determinats preceptes) i per la Llei 62/2003, de 30 de desembre, de mesures fiscals, administratives i d'ordre social (vegeu l'article 82 que modifica els articles 37 i 48 de la LOPD), i completada per la Llei 34/2002, d'11 de juliol, de serveis de la societat de la informació i de comerç electrònic (LSSICE), i la Llei 32/2003, de 3 de novembre, general de telecomunicacions (LGT).

Aquesta normativa, que afecta qualsevol persona o entitat que recull, manté o tracta dades personals de tercers, és molt estricta i estableix sancions serioses en cas d'incompliment. Per això, n'és imprescindible el coneixement i el compliment correcte.

La protecció de dades personals i la tecnologia digital

La convergència de les tecnologies de la informació i de les comunicacions ha multiplicat el potencial d'atemptats a la intimitat que poden patir els subjectes les dades personals dels quals han estat facilitades a un tercer, tant si és pel mateix subjecte, pel tercer a qui les va facilitar originàriament com per cessió a una altra persona. En la premsa han aparegut notícies de sancions importants a companyies de telecomunicacions (compiladors de dades en gran quantitat) per haver cedit dades a tercers sense el consentiment dels afectats. No fa falta, però, tenir dades, per exemple, de vint milions de subjectes per a estar en el punt de mira de l'Administració. Qualsevol empresa que reculli dades personals de tercers (encara que sigui d'un, dos o tres subjectes, tant si són empleats, clients o proveïdors com si són mers contactes comercials) està afectada per aquesta normativa. Els mitjans de comunicació, certes productores i, sobretot, les agències de publicitat i

relacions públiques també estan, per tant, subjectes a la normativa. I atès que complir-la no és complex, convé conèixer-la per evitar incórrer en responsabilitats.

3.1. La protecció de dades personals: marc jurídic i definicions

La LOPD és aplicable a les dades personals registrades en suport físic, sense distingir-ne la naturalesa analògica o digital, mentre siguin susceptibles de tractament, i a tota modalitat d'ús posterior d'aquestes dades, llevat que es dediquin a activitats personals o domèstiques.

Reglament LOPD

El Reial decret 1720/2007, de 21 de desembre, aprova el Reglament de desenvolupament de la LOPD.

Dades d'ús personal

En aquest sentit, per exemple, no està subjecta a la llei l'administració d'una agenda amb els noms i adreces d'amics, o dels restaurants favorits, però sí que ho està si aquests noms corresponen a persones que, a més de ser amigues, són clients, o si amb aquests restaurants mantenim una relació professional o empresarial.

En general hem de partir de la base que qualsevol empresari o professional de la comunicació, per petit que sigui, manté fitxers amb dades personals i, per tant, està obligat a complir la llei. La LOPD estableix al principi una sèrie de definicions, que és molt útil tenir presents:

Article 3

"1) **Datos de carácter personal:** cualquier información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo concerniente a personas físicas identificadas o identificables.

2) **Fichero:** todo conjunto organizado de datos de carácter personal, que permita el acceso a los datos con arreglo a criterios determinados, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso.

3) **Tratamiento de datos:** cualquier operación o procedimiento técnico, sea o no automatizado, que implique la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, consulta, utilización, bloqueo, modificación, o cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias.

4) **Responsable del fichero o del tratamiento:** persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento, aunque no lo realizase materialmente.

5) **Afectado o interesado:** persona física titular de los datos que sean objeto del tratamiento.

6) **Procedimiento de disociación:** todo tratamiento de datos personales de modo que la información que se obtenga no pueda asociarse a persona identificada o identificable.

7) **Encargado del tratamiento:** la persona física o jurídica, pública o privada, u órgano administrativo que, solo o conjuntamente con otros, trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento o del responsable del fichero, como consecuencia de la existencia de una relación jurídica que le vincula con el mismo y delimita el ámbito de su actuación para la prestación de un servicio.

8) **Consentimiento del interesado:** toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen.

9) **Cesión o comunicación de datos:** tratamiento de datos que supone su revelación a una persona distinta del interesado.

10) **Fuentes accesibles al público:** aquellos ficheros cuya consulta puede ser realizada por cualquier persona, no impedida por una norma limitativa, o sin más exigencia que,

en su caso, el abono de una contraprestación. Tienen la consideración de fuentes de acceso público, exclusivamente, el censo promocional, los repertorios telefónicos en los términos previstos por su normativa específica y las listas de personas pertenecientes a grupos de profesionales que contengan únicamente los datos de nombre, título, profesión, actividad, grado académico, dirección e indicación de su pertenencia al grupo.

Asimismo, tienen el carácter de fuentes de acceso público, los Diarios y Boletines oficiales y los medios de comunicación."

3.2. Característiques principals de la protecció de dades. Dades protegides especialment

La LOPD classifica les dades segons la transcendència que tenen per al subjecte afectat; a partir d'això, atorga diferents proteccions.

3.2.1. Principis

La llei estableix una sèrie de **principis** que sintetitzarem en tres:

- **Adequació i pertinència.** Les dades personals solament es poden recollir per a tractar-les, i també sotmetre-les a aquest tractament, quan són adequades, pertinents i no excessives en relació amb l'àmbit i les finalitats determinades, explícites i legítimes per a les quals s'han obtingut. Són cancel·lades quan han deixat de ser necessàries o pertinents per a la finalitat per a la qual havien estat recollides o registrades. No són conservades en forma que permeti la identificació de l'interessat durant un període superior al necessari per als fins sobre la base dels quals havien estat recollides o registrades.
- **Ús de les dades per a la finalitat per a la qual s'han recollit.** Les dades personals objecte de tractament no es poden usar per a finalitats incompatibles amb aquelles per a les quals les dades havien estat recollides.
- **Exactitud i veracitat.** Les dades personals han de ser exactes i han de ser posades al dia de manera que responguin amb veracitat a la situació actual de l'afectat. Per això l'afectat, a qui es reconeix el dret d'accés, ha de poder notificar les rectificacions de les dades, que ha de mantenir un responsable de fitxer.

Només per la finalitat prevista

No podem utilitzar les dades de tota la relació de clients per a enviar-los una comunicació comercial d'una empresa, producte o servei que no tingui res a veure amb la que va recollir les dades.

3.2.2. Inscripció dels fitxers en l'Agència Espanyola de Protecció de Dades

Aquesta és la norma que ha de recordar tota persona que manté dades personals:

Cal **notificar** a l'Agència Espanyola de Protecció de Dades (AEPD), amb caràcter previ, la creació de fitxers de dades personals.

3.2.3. Dades sensibles o protegides especialment

La llei considera que les dades referents a la ideologia, origen racial, salut i vida sexual són especialment sensibles i mereixen un nivell especial de protecció. En l'article 7 LOPD hi ha una llista detallada dels requisits que ha de complir la recollida, emmagatzemament o tractament d'aquests tipus de dades.

3.2.4. Dret d'informació en la recollida de dades i consentiment de l'afectat

El nucli de la LOPD se centra en el fet que el subjecte les dades del qual es recullen i tracten ha de conèixer i consentir la recollida i finalitat que pretén el responsable del tractament.

1) Dret d'informació

En el moment que sol·licitem dades personals a una persona física, o si les dades no les rebem directament de l'interessat, hem d'informar clarament i expressament l'interessat sobre els aspectes següents:

- a) De l'existència d'un fitxer o tractament de dades personals, de la finalitat de recollir-les i dels destinataris de la informació.
- b) Del caràcter obligatori o facultatiu de la seva resposta a les preguntes que els plantegen.
- c) De les conseqüències de l'obtenció de les dades o de la negativa de subministrar-les.
- d) De la possibilitat d'exercitar els drets d'accés, rectificació, cancel·lació i oposició.
- e) De la identitat i adreça del responsable del tractament o, si escau, del seu representant.

Tanmateix, les comunicacions comercials a interessats que constin en **fonts accessibles al públic** i es destinin a l'activitat de publicitat o prospecció comercial, no necessiten el compliment del que s'ha mencionat aquí damunt, però en cada comunicació que es dirigeix a l'interessat se l'ha d'informar de l'origen de les dades i de la identitat del responsable del tractament, i també dels drets que té.

Web recomanat

Els formularis de notificació es poden obtenir per Internet en el lloc web de l'AEPD. L'adreça és la següent: <http://www.agpd.es>

Dades sobre ideologia

L'afiliació sindical o política i l'orientació religiosa són algunes dades sobre ideologia que han de ser protegides especialment.

Dades d'ús particular

Com s'ha indicat més amunt, quan la seva finalitat és particular no cal dur a terme aquest procés.

2) Consentiment de l'afectat

La LOPD estableix el principi pel qual no hi ha infracció si hi ha el consentiment de l'afectat, que accepta una pràctica que, d'una altra manera (és a dir, sense consentiment), hauria comportat un atemptat contra els seus drets personals.

La llei exigeix per al tractament de les dades personals el **consentiment** inequívoc de l'afectat, i la **interpretació** d'aquest terme s'ha d'efectuar de manera **estRICTA**. Per reforçar el dret dels afectats, estableix que aquest consentiment pot ser revocat quan hi ha causa justificada per a fer-ho, sense que aquesta revocació produeixi efectes retroactius.

El principi del consentiment

Aquest principi de consentiment de l'afectat està reconegut en altres drets fonamentals, com per exemple el dret a la pròpia imatge.

3.2.5. Seguretat

El responsable del fitxer i, si escau, l'encarregat del tractament han d'adoptar les mesures tècniques i d'organització necessàries que garanteixin la seguretat de les dades personals i n'evitin l'alteració, pèrdua, tractament o accés no autoritzat. Igualment, la llei estableix l'obligació de guardar en secret aquestes dades.

El **document de seguretat** és un document intern de l'empresa o persona responsable del fitxer que conté les dades personals, en què es detallen les mesures de seguretat obligatòries legalment.

Mesures de seguretat

La concreció de les mesures de seguretat dels fitxers es recull en els articles del 79 al 114 del Reglament de la LOPD.

En el document de seguretat s'han de definir els procediments, funcions i obligacions del personal respecte a l'accés i tractament de les dades, i també el seu responsable.

Amb el document de seguretat es regula tota la política d'emmagatzemament i tractament de dades personals en l'empresa.

Estan obligats a elaborar el document de seguretat tota empresa o professional que tinguin dades personals en els sistemes d'ordinadors i altres equips tècnics. En general, per tant, qualsevol empresa que tingui dades personals sobre els clients, proveïdors, treballadors, etc. està obligada a elaborar, implementar i mantenir actualitzat un document de seguretat en què estableixi la seva política de seguretat respecte a les dades personals. El Reial decret 1720/2007 (article 80) estableix mesures de nivell bàsic, mitjà o alt, depenent del tipus de dades que s'emmagatzemen i es tracten en un fitxer en concret.

Sobre les dades

El contingut del document de seguretat varia depenent del tipus de dades que contingui el fitxer de l'empresa o professional en qüestió.

Tipus de dades

- **Dades de nivell alt.** Són, per exemple, les dades relatives a la ideologia, religió i salut de les persones o la seva afiliació sindical.
- **Dades de nivell mitjà.** Són, per exemple, les dades relatives a la solvència i al crèdit de les persones físiques.
- **Dades de nivell bàsic.** Són, per exemple, el nom, correu, correu electrònic i adreça.

3.2.6. Drets dels interessats

Els subjectes de qui es recullen dades, a part de poder consultar el Registre General de Protecció de Dades, que és públic i gratuït, tenen els drets següents:

1) **Dret d'accés.** L'interessat té dret de sol·licitar i obtenir gratuïtament informació de les dades personals sotmeses a tractament, l'origen, i també les comunicacions que se n'han fet o que se'n preveuen fer.

2) **Dret de rectificació i cancel·lació.** L'interessat pot sol·licitar la rectificació de les dades inexactes o incompletes i la cancel·lació de les que no s'ajusten a la llei. El responsable del tractament té l'obligació de fer efectiu el dret de rectificació o cancel·lació de l'interessat en el termini de deu dies.

Els interessats poden fer efectius els seus drets mitjançant reclamació a l'APD i, en cas de tenir danys, tenen dret de ser indemnitzats pels perjudicis que se'ls ha causat.

3.3. Cessió de dades personals i transferència internacional

El concepte i abast de la cessió de dades queda establert en la mateixa LOPD i en el seu Reglament (RD 1720/2007).

La **cessió o comunicació de dades** és tota revelació de dades feta a una persona diferent de l'interessat (article 3.i de la LOPD i article 5.1.c del Reglament de la LOPD, RD 1720/2007).

La **norma general**, llevat comptades excepcions, és que la cessió de dades personals requereix el consentiment del titular de les dades o interessat.

La majoria de moviments i comunicacions de dades es fan electrònicament. En el cas de moviments a tercers països, la transferència de dades passa a denominar-se **transferència internacional**, i requereix el compliment d'unes formalitats especials per a poder-se efectuar.

És necessari subratllar que la majoria de les cessions de dades es fan amb la finalitat que les empreses les utilitzin per a fins comercials, principalment per a enviar informació dels productes de les empreses a clients o a clients potencials. L'altre ús majoritari de la cessió de dades és utilitzar-les per a estudis de mercat i elaboració d'estadístiques. Així mateix, és necessari destacar la importància d'aquesta matèria i que els responsables de les àrees de màrqueting i comunicació de les empreses n'han de complir la legislació.

La llei espanyola és molt restrictiva i poc inclinada a cedir dades, particularment a la transferència internacional. No obstant això, l'adopció de les empreses d'una bona política de dades, correcta i garant dels drets reconeguts als ciutadans únicament requereix que es compleixin els requisits establerts per la LOPD i el Reial decret 1720/2007.

3.3.1. Cessió de dades

L'ús d'Internet pels ciutadans ha significat els dos grans canvis següents en matèria de dades personals:

1) Internet és un mitjà pel qual els usuaris cedeixen les dades personals a les empreses. Això ha comportat un augment de l'ús de fitxers personals que tinguin un alt valor econòmic per a les empreses.

2) A causa de l'estructura global d'Internet, cada vegada són més freqüents les transferències internacionals de dades entre multinacionals i entre empreses que operen a Internet, amb la dificultat afegida de les diferències que hi ha entre els nivells de protecció legal, que els Estats Units d'una banda, Europa de l'altra i altres països ofereixen als titulars de les dades personals.

En termes generals, la cessió de dades és un tractament definit en la LOPD de la manera següent:

Article 3.c

"[La cesión de datos es la] operación y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias."

En la mesura que la cessió de dades n'és un tractament, de conformitat amb l'article 6 de la LOPD, requereix el consentiment de l'afectat:

Article 11

"1) Los datos de carácter personal objeto del tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado."

Empreses a Internet

Quan comprem productes o serveis en la Xarxa o bé quan ens donem d'alta en serveis de notícies electròniques o *newsletters* cedim les dades personals a empreses vinculades a Internet.

En l'apartat 2 s'estableix la **llista d'excepcions** al principi general de necessitat del consentiment (vegeu també l'article 10 del RD 1720/2007).

a) Accés de les dades per compte de tercers

Sovint les empreses responsables dels fitxers que contenen dades encarreguen a tercers fer el servei de tramesa de comunicacions als seus titulars o afectats. Per a aquests casos, la LOPD ha fet una excepció a les normes de cessió de dades, amb la qual cosa les empreses que fan la prestació de serveis de tractar dades de tercers, per compte i en interès dels responsables del fitxer, únicament estan obligades a complir el que estableix l'article 12 de la LOPD, que, sota el nom d'accés de les dades per compte de tercers, estableix el següent:

Article 12

"1) No se considera comunicación de datos el acceso a los datos, cuando dicho acceso sea necesario para la prestación de un servicio al responsable del tratamiento.

2) La realización de tratamientos por cuenta de terceros deberá estar regulada en un contrato que deberá constar por escrito o en alguna otra forma que permita acreditar su celebración y contenido, estableciéndose expresamente que el encargado del tratamiento únicamente tratará los datos conforme a las instrucciones del responsable del tratamiento, que no los aplicará o utilizará con fin distinto al que figure en dicho contrato, ni los comunicará, ni siquiera para su conservación, a otras personas. En el contrato se estipularán, además, las medidas de seguridad a las que se refiere el artículo 9 de esta ley que el encargado del tratamiento está obligado a implementar.

3) Una vez cumplida la prestación contractual, los datos de carácter personal deberán ser destruidos o devueltos al responsable del tratamiento, al igual que cualquier soporte o documento en que conste algún dato de carácter personal objeto del tratamiento.

4) En caso de que el encargado del tratamiento destine los datos a otra finalidad, los comunique o los utilice incumpliendo las estipulaciones del contrato, será considerado también responsable del tratamiento, respondiendo de las infracciones en que hubiera incurrido personalmente."

b) Fonts d'accés al públic

Hi ha dades que, malgrat que són personals, figuren en el cens promocional, en repertoris telefònics, o són relatives a les llistes de persones pertanyents a grups de professionals que consten en fonts d'accés al públic.

Segons l'article 3 de la LOPD, són **fonts accessibles al públic** els fitxers que poden ser consultats per qualsevol persona, cosa que no és impedita per una norma limitadora, o sense més exigència que, si escau, abonar una contraprestació. També tenen el caràcter de fonts d'accés públic els diaris i butlletins oficials i els **mitjans de comunicació**.

Aquestes dades s'han de limitar a les que són estrictament necessàries per a complir la finalitat a què es destina cada llista. La inclusió de dades addicionals per les entitats responsables de mantenir aquestes fonts, o la cessió a tercers per a qualsevol altra finalitat, requereix el consentiment de l'interessat, que pot ser revocat en qualsevol moment.

3.3.2. Transferència internacional de dades personals

Podem definir la **transferència internacional de dades** com el transport de dades entre sistemes informàtics per qualsevol mitjà de transmissió, i també el transport de suports de dades per correu o qualsevol altre mitjà convencional amb destinació a tercers països.

L'Agència Espanyola de Protecció de Dades ha regulat la transferència internacional de dades mitjançant la Instrucció 1/2000, d'1 de desembre, de l'APD, relativa a les normes per les quals es regeixen els moviments internacionals de dades.

No es poden fer transferències temporals ni definitives de dades personals amb destinació a països que no proporcionin el nivell de protecció que presta la LOPD. En aquest sentit, l'Ordre de 2 de febrer de 1995, del Ministeri de Justícia i Interior, estableix la relació de països amb protecció de dades personals equiparable a l'espanyola, que són els següents: Alemanya, Àustria, Bèlgica, Dinamarca –amb l'excepció del territori de les illes Fèroe i de Groenlàndia–, Eslovènia, Finlàndia, França, Grècia, Irlanda, Islàndia, Itàlia, Luxemburg, Noruega –amb l'excepció del territori de Svalbard–, els Països Baixos, Portugal, el Regne Unit –inclusivament el territori de les illes de Man i Jersey– i Suècia.

Els acords de port segur

Els **Estats Units** mai no ha estat un país de referència en relació amb la protecció dels drets de les persones relatius al tractament i ús de les dades personals. Europa sempre ha atorgat més protecció que els Estats Units en aquesta matèria. Per aquest motiu, la Comissió de la Unió Europea, d'acord amb la Directiva 95/46/CE del Parlament Europeu i del Consell, ha formalitzat acords amb certes empreses dels Estats Units que es coneixen amb el nom d'*acords de port segur* o *safe harbour agreements*. Les empreses que hi estan adherides són responsables de portar a terme unes mesures de protecció i control de les dades personals equiparables a les requerides per la legislació comunitària.

La transferència internacional de dades requereix l'**autorització prèvia** de l'AEPD, excepte en uns casos concrets, com, per exemple, per motius de procediments judicials o administratius, quan l'afectat hagi donat el seu consentiment inequívoc, o quan es realitza entre els països que es consideren "equiparables" en la protecció de dades.

LOPD i Reglament

Vegeu els articles 33 i 34 de la LOPD i els articles del 65 al 70 del Reglament de la LOPD (RD 1720/2007).

Web recomanat

Aquesta instrucció està disponible en l'adreça següent: <http://www.agpd.es>

Èxit dels acords

Cada vegada hi ha un nombre més gran d'empreses nord-americanes que s'adhereixen als *acords de port segur*.

En qualsevol cas, de conformitat amb la norma tercera de la Instrucció 1/2000, qualsevol persona o entitat que pretén efectuar una transferència internacional de dades ho ha de fer **constar expressament** quan fa la notificació del fitxer al **Registre General de Protecció de Dades**.

La **notificació**, en tot cas, ha d'incloure el següent:

- 1) El país de destinació de la transferència.
- 2) Els motius que habiliten la persona o l'entitat per a no necessitar l'autorització expressa del director de l'Agència de Protecció de Dades.

3.4. Infraccions i sancions

La LOPD estableix en els articles 44 i 45 una relació d'infraccions (lleus, greus i molt greus) que poden ser sancionades amb multes de fins a 600.000 euros, per la qual cosa convé conèixer i complir degudament aquesta normativa.

A més a més de la responsabilitat i sancions administratives que són aplicables per infracció de la normativa de protecció de dades personals, el tractament de dades personals pot donar lloc a casos de responsabilitat civil pels danys i perjudicis causats a tercers pel responsable del fitxer (article 19.1 de la LOPD) i fins i tot casos de responsabilitat penal (article 197 del Codi penal) per delictes contra la intimitat.

El procés sancionador

És recollit en els articles del 120 al 129 del Reglament de la LOPD (RD-1720/2007).

Resum

En aquest mòdul hem vist els principis que configuren el règim de protecció de la propietat intel·lectual i de les dades personals, dos interessos de caràcter privat "intangibles" i especialment rellevants i sensibles en el món actual.

La propietat intel·lectual com a règim jurídic destinat a fomentar la creació i la inversió en la creació, atorga a l'autor (i titulars de drets connexos) un conjunt de drets exclusius d'explotació i de remuneració que li permeten obtenir un rendiment econòmic per a compensar l'esforç i la inversió, juntament amb un seguit de drets morals que protegeixen aspectes de tipus personal en relació amb l'obra. Els drets d'autor estan limitats en el temps i depenen d'altres interessos del públic tan importants com la llibertat de creació que justifica el dret d'autor. Aquests drets d'explotació són objecte de llicència d'acord amb les regles recollides en la llei per a defensar l'autor, normalment la part més feble de tota relació contractual destinada a l'explotació de l'obra. Hem vist també les especificitats dels règims de protecció de l'obra audiovisual, els programes d'ordinador i les bases de dades, i també els trets característics dels "drets connexos" atorgats a artistes, productors, entitats de radiodifusió, fotògrafs i editors.

Arran de la difusió de la tecnologia digital, les dades personals han adquirit una rellevància i han fet necessari establir lleis que protegeixin els interessos específics (intimitat, honor, reputació, etc.) que poden ser objecte d'atemptats mitjançant el tractament informatitzat de les dades personals. És essencial que qualsevol professional de la comunicació que mantingui o tracti dades personals de tercers conegui i compleixi les obligacions de protecció de dades, per evitar incórrer en sancions elevades. Aquestes obligacions són essencialment tres:

- Notificar els fitxers de dades personals a l'Agència Espanyola de Protecció de Dades.
- Adoptar les mesures de seguretat que estableix la normativa (LOPD i el seu Reglament).
- Complir les obligacions cap als subjectes dels quals es recullen dades inclosos els drets d'accés de rectificació i cancelació.

Exercicis d'autoavaluació

1. Quins són els principals drets d'explotació que la llei confereix als autors?

- a) Reproducció, col·lecció, distribució i transformació.
- b) Col·lecció, reproducció, distribució, atribució, transformació i comunicació pública.
- c) Reproducció, distribució, transformació, comunicació pública i col·lecció.
- d) Reproducció, distribució, transformació, posada a disposició del públic i comunicació pública.

2. Qui és autor de l'obra audiovisual?

- a) El director-realitzador.
- b) El productor i el director.
- c) El director, el productor, el guionista, el compositor de la música.
- d) El director-realitzador, el guionista, el compositor de la música.

3. Quins drets morals es reconeixen als artistes?

- a) Atribució, integritat i doblatge.
- b) Atribució i integritat.
- c) Atribució, integritat, retirada del comerç i accés a l'exemplar rar o únic.

4. Si no es diu res a la llicència, s'entén que els drets s'atorguen:

- a) per a 5 anys, el territori on es fa la llicència i les modalitats d'explotació necessàries per a dur-la a terme.
- b) per a tot el món i tot el termini de protecció.
- c) per a totes les modalitats d'explotació conegudes en fer la llicència.
- d) de manera gratuïta i amb caràcter d'exclusiva.

5. El termini de protecció d'una obra col·lectiva és:

- a) 70 anys a partir de la mort del darrer coautor supervivent.
- b) 70 anys a partir de la divulgació de l'obra.
- c) 50 anys a partir de la realització de l'obra.
- d) 50 anys a partir de la publicació de l'obra.

6. Podeu fotocopiar el manual d'ús d'un aparell de vídeo? I el d'un programa?

7. L'autor d'un programa d'ordinador, té drets morals sobre el programa?

8. Supposeu que un comptable, *motu proprio* o seguint ordres de la direcció, crea un programa per a portar la comptabilitat de l'empresa, sense que es pacti res sobre els drets corresponents. S'han de presumir cedit aquests drets? I, si escau, amb quin abast?

9. Suposem que un professor ha adquirit un CD que inclou imatges de 2.500 obres d'art de tots els temps. En pot col·locar 100 en la pàgina web de l'aula?

10. Per a recollir dades sobre la salut d'una persona...

- a) en fa falta el consentiment exprés.
- b) en fa falta el consentiment exprés i escrit.
- c) No es poden recollir.

11. Podem utilitzar els noms de la guia de telèfons per a crear un fitxer de dades personals?

- a) Sí, si obtinc el permís de la companyia telefònica.
- b) No, en cap cas.
- c) Sí, si obtinc el consentiment de l'afectat.

12. Una empresa que actua per encàrrec d'una cadena de supermercats envia publicitat personalitzada amb ofertes de les seves últimes promocions. Necessita haver obtingut el consentiment de la persona que rep la tramesa de la publicitat a casa seva o al correu electrònic?

- a) Sí, sempre és necessari obtenir el consentiment del titular o afectat.
- b) Som davant un cas d'accés a les dades per compte de tercers.

c) En cap cas no fa falta el consentiment de l'afectat per a trametre publicitat.

Solucionari

Exercicis d'autoavaluació

1. c

2. d

3. a

4. a

5. b

6. Fins i tot suposant que el manual d'ús d'un vídeo aconseguís la condició d'obra perquè és original, la còpia privada és permesa a l'empara de l'article 31.2 TRLPI. En canvi, no ho és en el cas dels programes.

7. Si el programa és una obra, l'autor ha de tenir tots els drets, morals i econòmics, que integren la propietat intel·lectual. El silenci dels articles 95 i següents TRLPI respecte d'això no hauria de plantejar cap mena de problema, perquè els buits de les normes especials s'integren en les generals. No obstant això, no són pocs els qui defensen la inexistència o, almenys, l'atenuació del dret moral sobre els programes, i es recolzen en el fet que serien incompatibles amb la natura d'aquests. La tesi, però, és més que discutible.

8. Si s'aplica l'article 51 TRLPI, és clar que l'empresa pot utilitzar el programa per a

exercir l'activitat habitual, però no pot explotar-lo –excepte si és una empresa de programes– amb plena llibertat. L'article 97.4 TRLPI, en canvi, sembla que permet arribar a una altra conclusió, perquè no s'estableix cap límit finalista a l'abast de la cessió.

9. En aquest cas no importa que l'extracció sigui substancial. Tampoc no hi ha dubte que el seu objectiu és docent. L'excepció, però, només permet l'"extracció", no pas la "reutilització". D'altra banda, és dubtós que amb això es respectin els límits de l'article 135.2 TRLPI.

10. a

11. c

12. a

Abreviatures

ADPIC *m* Acord sobre drets de propietat intel·lectual relacionats amb el comerç. Vegeu TRIPS

AEPD *f* Agència Espanyola de Protecció de Dades

CC *m* Codi civil

CE *f* Constitució espanyola

DCE *f* Directiva 2000/31/CE, de 8 juny, sobre el comerç electrònic

DDASI *f* Directiva 2001/29/CE, de 22 de maig de 2001, relativa a l'harmonització de determinats aspectes dels drets d'autor i drets afins als drets d'autor en la societat de la informació

EAC *f* Estatut d'autonomia de Catalunya

ISP *m pl* Internet Service Providers

LOPD *f* Llei orgànica de protecció de dades personals

LORTAD *f* Llei orgànica de regulació del tractament automatitzat de dades personals

LSSICE *f* Llei 34/2002, d'11 de juliol, de serveis de la societat de la informació i de comerç electrònic

OMC *f* Organització Mundial del Comerç. Vegeu *WTO*

OMPI *f* Organització Mundial de la Propietat Intel·lectual

TJCE *f* Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees

TRIPS *m* Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights. Vegeu *ADPIC*

TRLPI *m* Text refós de la llei de propietat intel·lectual

EAC *f* World Intellectual Property Organization. Vegeu *OMPI*

WTO *f* World Trade Organization. Vegeu *OMC*.

Bibliografia

Bibliografia bàsica

- Bercovitz, R.** (coord.) (2006). *Manual de propiedad intelectual*. València: Tirant lo Blanch.
- Erdozain, J. C.** (2002). *Derechos de autor y propiedad intelectual en Internet*. Madrid: Tecnos (Práctica Jurídica).
- Freixas Gutiérrez, G.** (2001). *La protección de los datos de carácter personal en el derecho español: aspectos teóricos y prácticos*. Barcelona: Bosch.
- Garrote Fernández-Díez, I.** (2003). *El derecho de autor en Internet. La Directiva sobre derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información*. Comares ("Estudios de Derecho Privado").
- Miguel Asensio, P. A. de** (2002). *Derecho privado de Internet* (3a. ed.). Madrid: Civitas.
- Vizcaíno Calderón, M.** (2001). *Comentarios a la Ley Orgánica de protección de datos de carácter personal* (1a. ed.). Madrid: Civitas.

Bibliografia complementària (propietat intel·lectual)

- Bercovitz, R.** (coord.) (2007). *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (3a. ed.). Madrid: Tecnos.
- Cooper, R.** (coord.) **i altres** (2001). *Expanding the Boundaries of Intellectual Property*. Oxford: Oxford University Press.
- Ficsor, M.** (2002). *The Law of Copyright and the Internet - The 1996 WIPO Treaties, their Interpretation and Implementation*. Oxford: Oxford University Press.
- Goldstein, P.** (1994). *El copyright en la sociedad de la información*. Alacant: Publicaciones de la Universidad de Alicante.
- Hugenholtz, P. B.** (coord.) (2000). *Copyright and electronic commerce - Legal aspects of electronic copyright management*. Kluwer Law International.
- Kabel, J. C.; Mom, J. H. M.** (coordinadors) (1998). *Intellectual Property and Information Law - Essays in Honour of Herman Cohen Jehoram*. Londres: Kluwer.
- Lessig, L.** (2001). *El Código y otras leyes del ciberespacio*. Madrid: Taurus.
- Litman, J.** (2000). *Digital copyright*. Nova York: Prometheus Books.
- Reinbothe, J.; Lewinski, S. von** (2002). *The WIPO Treaties 1996. Commentary and Legal Analysis*. Londres: Butterworths.
- Rodríguez Tapia, J. M.; Bondía Román, F.** (2007). *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual*. Civitas.
- Rogel Vide, C.** (coord.) (1999). *Nuevas tecnologías y propiedad intelectual*. Madrid: AISGE: Editorial Reus ("Colección de Propiedad Intelectual").
- Strowel, A.** (1993). *Droit d'auteur et copyright: divergences et convergences*. Brussel·les: Bruylant.
- Strowel, A.; Derclaye, E.** (2001). *Droit d'auteur et numérique: logiciels, bases de données, multimedia*. Brussel·les: Bruylant.

Bibliografia complementària (protecció de dades personals)

- Álvarez-Cienfuegos Suárez, J. M.** (2000). "Notas a la nueva regulación de la protección de datos de carácter personal". *La Ley* (núm. 5036, 17 d'abril).
- Aparicio Salom, J.** (2002). *Estudio sobre la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal* (2a. ed.). Cizur Menor: Aranzadi.
- Asís Roig, A. de** (2002). "Protección de datos y derecho de las telecomunicaciones". A: J. Cremades; M. A. Fernández-Ordóñez; R. Illescas (coord.). *Régimen jurídico de Internet* (pàg. 201-228). Madrid: La Ley.

- Díez-Picazo Giménez, L. M.** (2005). *Sistema de derechos fundamentales*. Madrid: Civitas.
- Miralles Miravet, S.; Baches Opi, S.** (2001). "La cesión de datos de carácter personal: análisis de la legislación vigente y su aplicación a algunos supuestos prácticos". *La Ley* (vol. XXII, núm. 5306, 11 de maig).
- Peso Navarro, E.** (2000). *Ley de Protección de Datos: la nueva LORTAD*. Madrid: Díaz de Santos.
- Ribas Alejandro, J.** (2000). "Riesgos legales en Internet. Especial referencia a la protección de datos personales". A: R. Mateu de Ros; J. M. Cendoya Méndez de Vigo (coord.). *Derecho de Internet. Contratación electrónica y firma digital* (pàg. 143-161). Navarra: Aranzadi.
- Rodríguez Casal, C.; Loza Corera, M.** (2002). "Protección de la privacidad. Aproximación al opt-in/opt-out". *Revista de la Contratación Electrónica* (núm. 23, pàg. 3-18, gener). Cadis.
- Suñé Llinás, E.** (2002). "Introducción y protección de datos personales". *Tratado de Derecho informático* (2a. ed., vol. I). Madrid: Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Servicio de Publicaciones.
- Téllez Aguilera, A.** (2001). *Nuevas tecnologías y protección de datos. Estudio sistemático de la Ley Orgánica 15/1999*. Madrid: Edisofer.
- Ull Pont, E.** (2003). *Derecho público de la informática (Protección de datos de carácter personal)* (2a. ed.). Madrid: UNED.