

## EXCEPCIONES Y LIMITACIONES AL DERECHO DE AUTOR EN RELACIÓN A LAS MEDIDAS TECNOLÓGICAS DE PROTECCIÓN

*María Paz Canales y María Pilar Soffía\**  
Facultad de Derecho – Universidad de Chile

**SUMARIO:** 1.- INTRODUCCIÓN.- 2.- LAS MEDIDAS TECNOLÓGICAS DE PROTECCIÓN.- 3.- LAS EXCEPCIONES Y LIMITACIONES AL DERECHO DE AUTOR EN LA DDASI.- 4.- EL RÉGIMEN DE EXCEPCIONES Y LIMITACIONES AL DERECHO DE AUTOR EN LA DDASI Y SU TRANSPOSICIÓN A LAS LEGISLACIONES ITALIANA Y GRIEGA.- i) Excepción obligatoria contemplada en la Directiva.- ii) Excepciones facultativas contempladas en la Directiva.- 5.- EQUILIBRIO ENTRE LA PROTECCIÓN JURÍDICA DADA A LAS MEDIDAS TECNOLÓGICAS DE PROTECCIÓN Y LA EFICACIA PRÁCTICA DE LA EXCEPCIONES Y LIMITACIONES.- 6.- CONCLUSIONES.-

### 1. INTRODUCCIÓN

En el marco del proceso de unificación normativa que se desarrolla en el seno de la Unión Europea, y atendiendo a la necesidad de crear un marco jurídico general y flexible en el ámbito comunitario, para fomentar el desarrollo de la sociedad de la información, el 22 de mayo de 2001 fue adoptada la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (en adelante "DDASI").

La Directiva intenta hacerse cargo de los desafíos que las nuevas tecnologías presentan en el campo del Derecho de Autor. Para ello, entrega a los países miembros directrices a seguir con el objetivo de poner al día sus legislaciones frente a las exigencias impuestas por las nuevas tecnologías. En esta Directiva, se reconoce que el desarrollo tecnológico ha multiplicado y diversificado las formas de creación, producción y explotación de las obras protegidas por el Derecho de Autor, por lo cual, si bien su protección no requiere que se definan nuevos con-

\* Efectuada dentro del marco de la investigación "*Medidas Tecnológicas de Protección del Derecho de Autor en el Derecho Comparado. Bases para una regulación en la legislación nacional*", financiada por el Departamento de Investigación de la Universidad de Chile.

ceptos, las actuales normativas de los países miembros en esta materia, deben adaptarse y completarse para responder adecuadamente a nuevas realidades económicas, tales como las distintas formas de explotación que surgen en el entorno digital.

Entre los temas más novedosos introducidos por la DDASI se encuentra la regulación de las Medidas Tecnológicas de Protección. Frente a ello surge la interrogante de cuál será el impacto que tendrá esta regulación al momento de ser incorporada por los distintos países, sobre las excepciones y limitaciones al Derecho de Autor, por una parte en relación a la manera en que ellas han sido establecidas tradicionalmente, y por otra, en cuanto a la posibilidad de asegurar su eficacia práctica.

En nuestro ordenamiento jurídico adquiere relevancia observar el camino seguido por la Unión Europea en esta materia, pues Chile, con la celebración del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos y la suscripción de los Tratados OMPI de 1996, se comprometió a otorgar protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos contra la acción de eludir las medidas tecnológicas efectivas que sean utilizadas por los autores, para controlar el acceso y utilización de sus obras. En el caso de los Tratados OMPI, desde su entrada en vigencia el 6 de marzo de 2002, Chile se encuentra obligado a regular la materia. Esta obligación se vio reforzada por la entrada en vigencia del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, el 1 de enero de 2004, el cual impone la obligación de regular lo relativo a las Medidas Tecnológicas de Protección en un plazo máximo de 5 años. El cumplimiento efectivo de este plazo, se ve resguardado por la existencia de un mecanismo de solución de controversias, especialmente diseñado para resolver los conflictos generados por el incumplimiento del tratado.

Frente a la necesidad de regular anteriormente señalada, resulta interesante analizar cómo se ha intentado en la Directiva Europea, y en su transposición a las legislaciones nacionales, compatibilizar la existencia de las excepciones y limitaciones al Derecho de Autor, con la protección jurídica otorgada a las Medidas Tecnológicas de Protección, para tener un referente al momento de abordar la temática a nivel legislativo en nuestro país.

## 2. LAS MEDIDAS TECNOLÓGICAS DE PROTECCIÓN

El concepto de Medida Tecnológica de Protección, por ser de reciente aparición, amerita que dediquen algunas líneas a su estudio, que permitan al lector familiarizarse con su origen y contenido.

Una de las características de la denominada sociedad de la información, es que las diversas innovaciones tecnológicas brindan hoy posibilidades nunca antes vistas de acceder a los más diversos contenidos, entre los cuales se encuentran indudablemente una gran cantidad de obras protegidas por el Derecho de Autor. La facilidad de acceder a estos contenidos, reproducirlos y transmitirlos rápidamente, implicaron en principio una gran amenaza para el control de los titulares de derechos de autor sobre el uso y explotación de las obras bajo su dominio. Para enfrentar esta amenaza, dichos titulares comenzaron a utilizar las armas proporcionadas por la misma tecnología, incorporando a sus obras Medidas Tecnológicas de Protección, herramientas técnicas que resguardan de manera efectiva sus derechos frente a las infinitas posibilidades de vulneración que crean las nuevas tecnologías.

Antes de comenzar a analizar la repercusión de la regulación contenida en la DDASI sobre las Medidas Tecnológicas de Protección, resulta necesario explicar con mayor profundidad a qué nos referimos cuando hablamos de Medidas Tecnológicas de Protección.

Desde una perspectiva técnica las Medidas Tecnológicas de Protección han sido entendidas como "sistemas de control de acceso y uso a contenidos digitales que permiten distinguir la utilización dada a estos contenidos, como por ejemplo lectura, copias (limitando el número de las mismas) [...]".<sup>1</sup> En otras palabras, las Medidas Tecnológicas de Protección son todos aquellos dispositivos técnicos que permiten al titular de una obra controlar el acceso y las distintas utilidades de ella, tales como los sistemas anticopia incorporados en CDs y DVDs, los programas de encriptación (v. gr., archivos PDF), las passwords (ya sea para el acceso o utilización de la obra), la división por zonas geográficas de los DVDs, etc.

Como se puede ver, el concepto de Medida Tecnológica de Protección se asocia principalmente con contenidos digitales, sin embargo, nada obsta a que pueda incorporarse un mecanismo de este tipo a una obra en el entorno analógico (v. gr., crear una tinta que no permita que un libro sea fotocopiado).

De lo anteriormente señalado, se desprende que nos encontramos ante un fenómeno eminentemente técnico, del cual el Derecho ha debido hacerse cargo por el gran impacto que estas medidas han tenido en el campo del Derecho de Autor. Es así como en 1996, el Tratado OMPI de Derecho de Autor<sup>2</sup> (en adelante "TODA") se refiere por primera vez a las Medidas Tecnológicas de Protección, señalando en su artículo 11 la necesidad de que los Estados Partes otorguen una protección jurídica adecuada a dichas medidas. Sin embargo, el tratado precisa que la protección jurídica de las Medidas Tecnológicas sólo será exigida cuando ellas sean efectivas, exigencia técnica que se reitera en todas las regulaciones nacionales e internacionales dictadas con posterioridad. Por tanto, este concepto de Medida Tecnológica efectiva se asimila en el ámbito jurídico al de Medida Tecnológica de Protección.

La Digital Millennium Copyright Act (en adelante "DMCA"), promulgada por los Estados Unidos en 1998, sigue la línea trazada por el TODA en la regulación de las Medidas Tecnológicas de Protección. Esta ley las define por primera vez, señalando que una medida tecnológica efectiva "es aquella que controla el acceso a la obra en su funcionamiento normal, requiriendo la utilización de una información, un proceso o un tratamiento, realizado con la autorización del titular de los derechos de autor, para acceder a la obra".<sup>3</sup>

<sup>1</sup> HEWLETT-PACKARD DEVELOPMENT COMPANY, L.P. ¿Qué son las medidas tecnológicas de protección de los derechos de propiedad intelectual ("TPMs" y "DRMs")? [en línea] <[http://www.hp.es/hpinfo/r\\_institucionales/pdf/medidas\\_tecnologicas\\_de\\_proteccion.pdf](http://www.hp.es/hpinfo/r_institucionales/pdf/medidas_tecnologicas_de_proteccion.pdf)> [consulta: 22.05.2004]

<sup>2</sup> [en línea] <<http://www.wipo.int/lea/docs/es/wo/wo033es.htm>> [consulta: 02.06.2004]

<sup>3</sup> "a technological measure 'effectively controls access to a work' if the measure, in the ordinary course of its operation, requires the application of information, or a process or a treatment, with the authority of the copyright owner, to gain access to the work". DMCA sección 1201. b. 2. B. [en línea] <[http://www.eff.org/IP/DMCA/hr2281\\_dmca\\_law\\_19981020\\_pl105-304.html](http://www.eff.org/IP/DMCA/hr2281_dmca_law_19981020_pl105-304.html)> [consulta: 02.06.2004]

Por su parte la DDASI, objeto central del presente estudio, contiene un concepto normativo de estas medidas, en su artículo 6.3, caracterizándolas como "toda técnica, dispositivo o componente que, en su funcionamiento normal, esté destinado a impedir o restringir actos referidos a obras o prestaciones protegidas que no cuenten con la autorización del titular de los derechos de autor o de los derechos afines a los derechos de autor establecidos por ley o el derecho *sui generis* previsto en el Capítulo III de la Directiva 96/9/CE".<sup>4</sup>

Por último, recogiendo las perspectivas técnica y normativa antes señaladas, la doctrina ha conceptualizado las Medidas Tecnológicas de Protección como "toda técnica, dispositivo o componente que, en su funcionamiento normal, esté destinado a prevenir o impedir la violación de los derechos de autor o los derechos afines, el acceso a una obra, o el uso de la misma sin autorización de los derechohabientes o de la ley".<sup>5</sup>

El estudio de las Medidas Tecnológicas de Protección adquiere una relevancia trascendental de cara a las excepciones y limitaciones al Derecho de Autor, desde el momento en que la DDASI exige en su artículo 6.1 y 6.2, que todos los Estados miembros establezcan una protección jurídica adecuada contra la elusión de cualquier medida tecnológica efectiva, cometida por una persona a sabiendas, o teniendo motivos razonables para saber que persigue ese objetivo; así como una protección jurídica adecuada frente a la fabricación, importación, distribución, venta, alquiler, publicidad para la venta o el alquiler, o posesión con fines comerciales, de cualquier dispositivo, producto o componente o la prestación de servicios que:

- a) Sea objeto de una promoción, de una publicidad o de una comercialización con la finalidad de eludir la protección, o
- b) Sólo tenga una finalidad o uso comercial limitado al margen de la elusión de la protección, o
- c) Esté principalmente concebido, producido, adaptado o realizado con la finalidad de permitir o facilitar la elusión de la protección de cualquier medida tecnológica eficaz.

La sanción de estas conductas se traduce principalmente en dos consecuencias para el disfrute de las Excepciones y Limitaciones al Derecho de Autor:

- Imposibilidad de vulnerar una Medida Tecnológica de Protección sin autorización del titular de derechos, a pesar de que tradicionalmente las Excepciones y Limitaciones al Derecho de Autor han sido concebidas como hipótesis que liberan a sus beneficiarios de obtener cualquier tipo de autorización del titular de derechos de una obra.
- Imposibilidad de los beneficiados por una excepción o limitación al Derecho de Autor de procurarse por sí mismos los medios técnicos que les permitan desactivar un mecanismo de este tipo, para ejercer de manera efectiva el derecho concedido por la ley.

<sup>4</sup> [en línea] <[http://europa.eu.int/eur-lex/es/consleg/pdf/2001/es\\_2001L0029\\_do\\_001.pdf](http://europa.eu.int/eur-lex/es/consleg/pdf/2001/es_2001L0029_do_001.pdf)> [consulta: 02.06.2004]

<sup>5</sup> GARROTE, Ignacio. "El Derecho de Autor en Internet. La Directiva sobre Derechos de Autor y Derechos Afines en la Sociedad de la Información". Editorial Comares. Granada. 2001, p. 499.

### 3. LAS EXCEPCIONES Y LIMITACIONES AL DERECHO DE AUTOR EN LA DDASI

Para identificar los principios rectores en esta materia, resulta de gran utilidad el análisis de los considerandos contenidos en la DDASI.

El objetivo fundamental perseguido por la Directiva es establecer un elevado nivel de protección del Derecho de Autor y derechos conexos, pues considera que tales derechos son primordiales para la creación intelectual, y su protección contribuye a preservar y desarrollar la creatividad en interés de los autores, los intérpretes, los productores, los consumidores, la cultura, la industria y el público en general.<sup>6</sup>

Sin perjuicio de esta declaración inicial, a continuación, la DDASI pone énfasis en la necesidad de garantizar un justo equilibrio entre, por una parte, los derechos e intereses de las diferentes categorías de titulares de derechos, y por otra, los intereses de los usuarios de obras y prestaciones protegidas. Para cumplir con este propósito, plantea una reevaluación, a la luz de los avances tecnológicos, de las actuales excepciones y limitaciones al Derecho de Autor previstas en los Estados miembros, a través de lo cual se busca garantizar el adecuado funcionamiento del mercado comunitario.<sup>7</sup>

Siguiendo esta línea de razonamiento, la DDASI opta por establecer una lista exhaustiva de excepciones y limitaciones a los derechos de reproducción y de comunicación al público, cuya adopción es de carácter voluntario para los Estados partes. La lista elaborada toma en consideración las diferentes tradiciones jurídicas de los Estados miembros, así como los desafíos que plantean las nuevas formas de explotación de las obras, surgidas con el avance tecnológico.<sup>8</sup>

La lectura de los considerandos de la DDASI revela que su acento está puesto en la protección del Derecho de Autor, el cual se entiende gravemente amenazado por el desarrollo tecnológico. Es por ello que, si bien se reconoce la necesidad de consagrar determinadas excepciones y limitaciones, se insta a los Estados Partes a restringir al máximo su aplicación, poniendo como cortapisa general a su establecimiento el hecho de que ellas en ningún caso deban aplicarse de tal forma que los intereses de los titulares de derechos se vean perjudicados, o de manera que puedan constituir una amenaza para la explotación normal de sus obras.<sup>9</sup>

Hasta aquí, la DDASI no hace más que consagrar un nivel de protección del Derecho de Autor similar al establecido con anterioridad en otros instrumentos internacionales, pero introduciendo el tema de las nuevas tecnologías. El problema surge precisamente en este último punto, pues la DDASI insta a los Estados a ser especialmente cuidadosos y restrictivos al momento de consagrar estas excepciones y limitaciones, en todos aquellos casos en que la

<sup>6</sup> Considerando 9 de la DDASI. [en línea] <[http://europa.eu.int/eur-lex/es/consleg/pdf/2001/es\\_2001L0029\\_do\\_001.pdf](http://europa.eu.int/eur-lex/es/consleg/pdf/2001/es_2001L0029_do_001.pdf)> [consulta: 02.06.2004]

<sup>7</sup> Considerando 31 de la DDASI. Ibid.

<sup>8</sup> Considerando 32 de la DDASI. Ibid.

<sup>9</sup> Considerando 44 de la DDASI. Ibid.

explotación económica de las obras protegidas pueda sufrir un menoscabo por el uso de tecnologías digitales, y especialmente por las nuevas formas de utilización posibles en el entorno en línea.<sup>10</sup>

La DDASI llama a los Estados miembros a tener especialmente en cuenta, al momento de regular esta materia, la posibilidad que tienen los titulares de derechos de incorporar a sus obras Medidas Tecnológicas de Protección, las cuales por orden de la misma Directiva deben ser protegidas de manera efectiva a nivel de la legislación interna de los Estados partes.

¿Qué sucede entonces, cuando a nivel interno se consagran excepciones y limitaciones autorizadas por la DDASI, y al mismo tiempo, se cumple con el imperativo de brindar una protección jurídica adecuada contra la elusión de las Medidas Tecnológicas de Protección, incorporadas por los titulares de derechos a sus obras?

La DDASI no resuelve este problema, limitándose tan sólo a exhortar a los Estados miembros a tomar las medidas pertinentes para que los titulares de derechos faciliten al beneficiario de una excepción o limitación los medios adecuados para gozar de ella, en la medida necesaria para su disfrute, siempre y cuando dicho beneficiario tenga legalmente acceso a la obra protegida.<sup>11</sup> Es por esto que cobra vital relevancia examinar la forma en que los Estados partes han enfrentado este problema al momento de transponer la Directiva a sus respectivas legislaciones.

En este punto, resulta pertinente hacer un paréntesis para señalar que la transposición de la DDASI a las legislaciones nacionales se ha enfrentado con múltiples dificultades, dentro de las cuales, el tema que nos ocupa ha sido uno de los centrales. Esto ha traído como consecuencia que, a la fecha, tan sólo Grecia, Dinamarca, Italia y Austria la hayan implementado, mientras todavía son objeto de discusión los proyectos respectivos en Alemania, España y Francia. El resto de los países de la Unión Europea ni siquiera se han pronunciado al respecto.

La primera dificultad a la que se vieron enfrentados los Estados miembros al realizar la transposición de la DDASI fue el determinar cuál sería el régimen de excepciones y limitaciones a adoptar, dentro del marco señalado por la propia Directiva, que consagra un listado de excepciones y limitaciones voluntarias, y tan sólo una obligatoria.

La segunda dificultad estribó en la manera de asegurar una coexistencia pacífica entre la protección jurídica de las Medidas Tecnológicas de Protección, y el ejercicio de las excepciones y limitaciones consagradas. Este último tema es el que nos parece de mayor trascendencia, tanto por su complejidad, como por la constatación fáctica de que sin un mecanismo adecuado que resguarde la eficacia práctica de las excepciones y limitaciones al Derecho de Autor, frente a la sanción (tanto civil como penal) de la elusión de las Medidas Tecnológicas de Protección, ellas están irremediablemente destinadas a convertirse en letra muerta.

En los párrafos siguientes nos abocaremos a analizar estos dos temas, tomando para ello las transposiciones hechas por Grecia e Italia de la DDASI, junto con algunas menciones al proyecto de ley francés, cuando ello resulte de interés.

Primero examinaremos los regímenes de excepciones y limitaciones de dichos países a la luz de la DDASI, para luego estudiar los mecanismos que sus legislaciones proveen para asegurar el equilibrio de la protección jurídica de las Medidas Tecnológicas de Protección, con la eficacia práctica de las excepciones y limitaciones consagradas.

#### 4. EL RÉGIMEN DE EXCEPCIONES Y LIMITACIONES AL DERECHO DE AUTOR EN LA DDASI Y SU TRANSPOSICIÓN A LAS LEGISLACIONES ITALIANA Y GRIEGA

En este apartado, revisaremos una a una las excepciones contempladas en el listado contenido en la DDASI, e iremos examinando si ellas han sido recogidas en las legislaciones nacionales en estudio y, de ser así, la forma en que ellas han sido finalmente reguladas.

##### i) Excepción obligatoria contemplada en la Directiva

El artículo 5.1 de la DDASI contiene esta excepción, relativa a las copias transitorias o accesorias, que sean esenciales para un proceso tecnológico, que tenga por finalidad la transmisión en red de una obra o prestación protegida entre terceras partes por un intermediario, o una utilización lícita de ellas, que no tengan por sí solas una significación económica independiente. En doctrina, esta excepción ha sido entendida como referida tanto a las copias efímeras, como a las copias RAM y caché de un sistema que se asocian a la transmisión digital de obras en la red.<sup>12</sup> El fundamento de la existencia de esta excepción radica en la forma en que fue consagrado el derecho de reproducción en la DDASI, que abarca todo tipo de reproducciones, aun cuando ellas sean provisionales y completamente dependientes de otras utilidades autorizadas. De esta forma, se hizo necesario consagrar una excepción imperativa que permitiera realizar todas aquellas reproducciones temporales esenciales para el disfrute de una obra, y que no tuvieran un contenido económico independiente. Si no se hubiese contemplado esta excepción, el simple acto de cargar un programa computacional en la memoria RAM de un ordenador, habría requerido contar con la autorización del titular de derechos de la obra, exigencia que resultaría a todas luces excesiva y contraria a los derechos adquiridos por el titular de una copia autorizada de la obra. Además, esta excepción resulta completamente indispensable para el funcionamiento de Internet, ya que si no existiera perdería toda la eficiencia y utilidad práctica que le son características, al requerirse para cada visualización de cualquier obra alojada en la red la autorización del titular de derechos.

Ya que se trata de una excepción obligatoria, tanto la legislación griega, como la italiana la consagran.

La legislación griega, al realizar la transposición de la DDASI incorporó a la ley 2121/1993 relativa a Derecho de Autor, derechos conexos y asuntos culturales<sup>13</sup>, un nuevo artículo 28 B en su Sección IV, que se refiere a las Limitaciones a los derechos económicos. Esta disposición se limita a reproducir exactamente el contenido del artículo 5.1 de la DDASI, con un mero cambio formal en su redacción, que no altera en absoluto el significado de la provisión original.

<sup>10</sup> Ibid.

<sup>11</sup> Artículo 6.4 de la DDASI. Ibid.

<sup>12</sup> GARROTE, Ignacio. Ob. Cit. p. 331.

<sup>13</sup> Ley 2121/1993 [en línea] <<http://www.halkidiki.net.gr/help/law2121.shtml>> [consulta: 20.10.2004]

Por su parte, la legislación italiana al implementar la DDASI, introdujo un nuevo Capítulo V a la ley número 633 relativa a la Protección del Derecho de Autor<sup>14</sup>, incorporando en el artículo 68-bis-1 de este capítulo, la excepción obligatoria de la Directiva en forma textual.

## ii) Excepciones facultativas contempladas en la Directiva

El artículo 5 en sus apartados 2, 3 y 4 consagra un listado de excepciones de distinta índole, cuya adopción resulta voluntaria para los Estados partes. El objetivo de consagrar una serie de excepciones facultativas, es permitir que los Estados miembros puedan mantener las excepciones que tradicionalmente han contenido sus legislaciones, o consagrar unas nuevas que resulten necesarias para alcanzar un equilibrio entre los derechos de titulares de obras protegidas y usuarios, siempre y cuando se satisfaga el estándar de protección exigido por la DDASI. Esta última exigencia se refleja en el apartado quinto de este artículo, que exige como cláusula general para determinar la procedencia de la aplicación de todas las excepciones consagradas en la DDASI, que satisfagan la conocida regla de los tres pasos consagrada en el Convenio de Berna, es decir, ellas deben aplicarse únicamente en determinados casos concretos, que no entren en conflicto con la explotación normal de la obra o prestación, y no perjudiquen injustificadamente los intereses legítimos del titular del derecho.

Tanto en la legislación griega como en la italiana se incorporó dicha cláusula general al implementar la Directiva.

A continuación, analizaremos una a una las excepciones facultativas contenidas en los apartados 2, 3 y 4 del artículo 5 de la DDASI, y veremos cómo han sido recogidas en las leyes griega e italiana al implementar la Directiva.

*a) Reproducciones sobre papel u otro soporte similar en las que se utilice una técnica fotográfica de cualquier tipo u otro proceso con efectos similares, a excepción de las partituras, siempre que los titulares de derechos reciban una compensación equitativa (artículo 5.2a) DDASI).*

Esta excepción no se contempla expresamente ni en la legislación griega, ni en la italiana. Sin embargo, en el caso de la ley griega, la redacción del artículo 66A relativo a las Medidas Tecnológicas de Protección, da a entender que el artículo 18 de la ley, referido al derecho a reproducción para uso privado, contendría esta excepción relativa a la reproducción en soporte papel o similares, pero ella sólo sería aplicable en los casos de uso privado, y no se consagraría de la manera general indicada por la Directiva.

*b) Reproducciones en cualquier soporte, efectuadas por una persona física para uso privado, sin fines comerciales, siempre que los titulares del derecho reciban una compensación equitativa, teniendo en cuenta la utilización de medidas tecnológicas de protección (artículo 5.2 b) DDASI).*

La presente excepción es, a nuestro juicio, la más amplia contemplada por la Directiva, ya que resulta aplicable a todo tipo de obras y a reproducciones en todo tipo de

soportes, poniendo como únicas limitaciones, el que las reproducciones sean hechas por personas físicas para su uso privado, siempre y cuando se cumpla con la obligación de dar una compensación económica al titular de derechos. Sin embargo, la efectividad de esta excepción puede verse amenazada por la exigencia de respeto irrestricto a las Medidas Tecnológicas, lo cual impondrá la necesidad de negociaciones entre titulares de derechos y beneficiarios de esta excepción, negociaciones que en la práctica pueden ser engorrosas, costosas y arrojar resultados injustos debido a la gran desigualdad de poder entre las partes, vaciándose de esta forma el contenido de la excepción.

En la normativa griega ya se encontraba contemplada esta excepción en el artículo 18 de la Ley 2121/1993, la cual satisface en general las exigencias impuestas por la Directiva, permitiendo la reproducción para uso privado siempre que medie el pago de una remuneración equitativa al titular de derechos. Decimos en general, puesto que el primer párrafo de esta disposición se refiere a un uso privado que se encontraría liberado de pago, pero el párrafo tercero señala que toda vez que para la reproducción se utilice un mecanismo técnico, la reproducción debe ir acompañada de una compensación al titular de derechos, regulada en el mismo artículo en forma de canon a los soportes y equipos utilizados para la reproducción. De esto podemos deducir que sólo hipótesis muy reducidas, tales como la copia manuscrita de una obra, estarían exentas de pago, y por lo tanto no cumplirían con las exigencias de la Directiva.

La legislación italiana por su parte, consagra también como exenta de compensación la hipótesis de copia privada, para uso personal de los lectores, realizada a mano o por medios de reproducción no idóneos para la venta o difusión de la obra al público (artículo 68-1). A continuación, este mismo artículo en su numeral tercero, autoriza la reproducción de una obra para uso personal mediante fotocopia o sistemas análogos, fijando un porcentaje máximo de copia por obra (15%), el cual no se aplicará tratándose de obras raras o difíciles de encontrar en el mercado. Estas reproducciones dan lugar al pago de una compensación por las obras reproducidas, el cual deberá ser enterado por los responsables de los centros de reproducción. En el caso de obras que pertenecen a bibliotecas públicas, cuando las copias se realicen en sus recintos, estas instituciones serán las encargadas de recaudar y abonar el canon respectivo. El artículo 71-sexies-1 por su parte, autoriza la reproducción por personas físicas de fonogramas y videogramas sobre cualquier tipo de soporte, para uso exclusivamente personal, sin que medie una finalidad comercial y siempre que se respeten las Medidas Tecnológicas de Protección. Esta reproducción debe ser hecha de manera personal, sin recurrir a ningún tipo de centro de reproducción. Esta excepción no se aplicará a obras protegidas por Medidas Tecnológicas que se encuentren disponibles en línea, cuando el acceso se permita en función de acuerdos contractuales. Lógicamente en estos casos también debe compensarse a los titulares de derechos, tanto de derechos de autor como de derechos conexos, de la forma prevista en la ley.

*c) Actos específicos de reproducción efectuados por bibliotecas, centros de enseñanza o museos accesibles al público, o por archivos, que no tengan intención de obtener un beneficio económico o comercial directo o indirecto (artículo 5.2 c) DDASI).*

Los beneficiarios de esta excepción son sólo las instituciones señaladas. En este caso no se establece la obligación de pagar una compensación a los titulares de derechos, lo que se debe al rol de difusión de la cultura que cumplen estos establecimientos.

<sup>14</sup> Legge 22 aprile 1941 n. 633 [en línea] <[http://www.interlex.it/testi/l41\\_633b.htm](http://www.interlex.it/testi/l41_633b.htm)> [consulta: 20.10.2004]

Grecia ya contenía una limitación en este sentido en el artículo 22 de su ley de Derecho de Autor, de un tenor bastante más restrictivo que la contenida en la Directiva, ya que sólo permite a bibliotecas y archivos realizar una copia adicional de una obra que pertenezca a sus colecciones, cuando una copia adicional de dicha obra no pueda ser obtenida en el mercado en términos razonables. Esta excepción no sufrió modificaciones con motivo de la transposición de la Directiva, perdiéndose una gran oportunidad de asegurar a estas instituciones los medios necesarios para cumplir con su rol de agentes promotores de la cultura. Nada se dijo en relación a la aplicación de esta excepción a centros de enseñanza y museos, por lo que de aplicarse de manera estricta la ley, se verá dificultada la labor de difusión cultural de estas instituciones. Es sorprendente que esta excepción no haya sido recogida tal como aparecía en la Directiva, ya que justamente este es uno de los casos en que ésta fue más generosa, al no imponer ningún tipo de compensación por las reproducciones realizadas por estos organismos.

Italia, en tanto, recoge esta excepción de manera casi textual (artículo 68-2), pero se aplica únicamente tratándose de fotocopias. Por otra parte, la ley italiana no se refiere a los centros de enseñanza, cuestión que podría generar problemas en todos aquellos casos en que la reproducción de obras se desarrolle en estos centros fuera de sus bibliotecas, o cuando ellos no cuenten con bibliotecas.

*d) Grabaciones efímeras de obras, realizadas por organismos de radiodifusión por sus propios medios y para sus propias emisiones; podrá autorizarse la conservación de estas grabaciones en archivos oficiales, a causa de su carácter documental excepcional (artículo 5.2 d) DDASI).*

Esta excepción implica la transitoriedad del acto de reproducción, y sólo procederá en los supuestos en que dicha reproducción sea necesaria para la comunicación pública por medio de la emisión de las obras o prestaciones protegidas. Su consagración en la Directiva no presenta mayor novedad, pues se trata de una excepción normalmente recogida por las distintas legislaciones y por el Convenio de Berna.

A pesar de tratarse de una excepción tradicionalmente consagrada por las legislaciones nacionales, ella no ha sido consagrada en Grecia, ni antes ni después de la implementación de la Directiva.

La ley italiana no contempló esta hipótesis dentro del capítulo referido a las excepciones, sino que la consagró en su artículo 55 al regular la explotación económica de las obras objeto de radiodifusión. En dicha disposición se señala que, procederán estas grabaciones efímeras únicamente cuando exista un requerimiento horario o técnico que las haga necesarias, y siempre que luego ellas sean destruidas o inutilizadas. Extraordinariamente se permite conservarlas cuando exista un interés documentario en su conservación, pero no podrán utilizarse con fines comerciales.

*e) Reproducciones de radiodifusiones efectuadas por instituciones sociales que no persigan fines comerciales, como hospitales o prisiones, a condición de que los titulares de derechos reciban una compensación equitativa (artículo 5.2 e) DDASI).*

La lista de instituciones beneficiadas no es exhaustiva, por lo cual las legislaciones nacionales pueden incluir otras instituciones sociales o contemplar una lista abierta de ellas, tal como lo hace la Directiva. Por el carácter social de estas instituciones, que no persiguen fines de lucro, nos parece extraño que en este caso se exija el pago de una compensación, mientras que en el caso de bibliotecas, archivos, museos y centros de enseñanza, que también cumplen funciones sociales, esta compensación no es exigida. Llama la atención que nada se diga en este caso acerca de la comunicación pública de las obras reproducidas, creemos que ello puede deberse a que para el legislador comunitario la ejecución de estas obras al interior de las instituciones señaladas no constituiría una hipótesis de comunicación pública.

La legislación griega no incorporó esta excepción al implementar la Directiva.

El artículo 71-*quater*-1 de la ley italiana, recoge esta excepción permitiendo la reproducción, para uso interno, de emisiones radiotelevisivas efectuadas por hospitales públicos, institutos de prevención y penitenciarios. Italia limitó por tanto las instituciones beneficiadas, lo cual parece extraño ya que de todas formas se exige a estos organismos el pago de una compensación equitativa.

*f) La reproducción o comunicación pública de una obra, cuando tenga únicamente por objeto la ilustración con fines educativos o de investigación científica, siempre que, salvo en los casos en que resulte imposible, se indique la fuente, con inclusión del nombre del autor, y en la medida en que esté justificado por la finalidad no comercial perseguida (artículo 5.3 a) DDASI).*

Esta es una excepción consagrada tradicionalmente en los instrumentos internacionales destinados a la protección del Derecho de Autor, y recogida por las legislaciones de los distintos países. Por tanto nos parece acertado que haya sido incluida dentro de la Directiva, y no se haya exigido en este caso el pago de una remuneración equitativa. El objetivo de esta excepción es facilitar el acceso al conocimiento imprescindible para el desarrollo de toda sociedad.

La ley griega contiene dos limitaciones que se refieren a reproducciones con fines educativos, que siguen muy de cerca lo dispuesto en la Directiva, pero que se limitan al derecho de reproducción, y no incluyen la comunicación pública. La primera de ellas, contenida en el artículo 20, se refiere a la reproducción de pequeñas partes de obras protegidas, para la elaboración de antologías y textos escolares, sin necesidad de contar con el consentimiento del titular de derechos ni pagar una compensación. Esta reproducción debe ir acompañada de la fuente y el nombre del autor, siempre que sea posible, y no puede atentar contra la explotación normal de la obra. La segunda limitación con fines educacionales existente en la ley griega, se encuentra en el artículo 21, que se refiere a la posibilidad de que establecimientos educacionales reproduzcan con propósitos de enseñanza o examen, sin el consentimiento del autor y sin remuneración, artículos de periódicos, extractos cortos o pequeñas partes de una obra, siempre que esta práctica no entre en conflicto con su explotación normal.

La ley italiana contempla esta excepción en el artículo 70, siguiendo en un principio los lineamientos trazados por la Directiva. Sin embargo, cuando regula las reproducciones en antologías para uso escolar establece la obligación de compensar equitativamente a los titula-

res de derechos. Claramente, se adoptó una postura más exigente en este tipo de hipótesis, que nos parece contraria a los objetivos perseguidos con la consagración de esta excepción. Al exigir una compensación equitativa su disfrute se torna más difícil, y resulta extraño que los países opten por estrechar aún más una excepción con fines educativos.

*g) Reproducción o comunicación pública de obras en beneficio de personas con minusvalías, cuando ésta guarde una relación directa con la minusvalía y no tenga un carácter comercial, en la medida en que lo exija la minusvalía considerada (artículo 5.3 b) DDASI).*

Esta excepción beneficiaría en principio a personas que presenten cualquier tipo de discapacidad, que haga necesaria una restricción de los derechos de los titulares, en pos de asegurarles el acceso y disfrute de obras, que de otra forma no les sería posible o lo sería a un altísimo costo.

Con motivo de la implementación de la Directiva, Grecia incorporó una nueva excepción a través de la inclusión de un nuevo artículo 28A, que beneficia a las personas ciegas y sordomudas, permitiéndoles la reproducción de obras para usos relacionados con su discapacidad, que no tengan una naturaleza comercial. El ejercicio práctico de esta excepción deberá ser regulado por una resolución del Ministerio de Cultura, el cual podrá extender la aplicación de esta excepción a otras categorías de personas discapacitadas. De esta forma, por vía administrativa se puede llegar a extender esta excepción, consagrada en principio de manera mucho más restrictiva que en la Directiva.

El artículo 71-bis-1 de la ley italiana, contempla una excepción a favor de las personas con discapacidades, en términos muy similares a los de la Directiva. La ley exige que con posterioridad se identifique a los sujetos beneficiados y las modalidades de disfrute de la excepción, de manera que la norma no se basta a sí misma, siendo necesario esperar y ver quiénes resultarán favorecidos en definitiva, y en qué medida.

*h) Reproducción, comunicación o puesta a disposición del público por la prensa, de artículos sobre temas de actualidad económica, política o religiosa, o emisiones de obras o prestaciones del mismo carácter, en los casos en que dicho uso no esté reservado de manera expresa, y siempre que se indique la fuente, incluido el nombre del autor, o bien cuando el uso de obras o prestaciones guarde conexión con la información sobre acontecimientos de actualidad, en la medida en que esté justificado por la finalidad informativa y siempre que, salvo en los casos en que resulte imposible, se indique la fuente, con inclusión del nombre del autor (artículo 5.3 c) DDASI).*

La prensa es la beneficiaria de esta excepción, entendiéndose por prensa tanto la escrita, como la audiovisual y telemática. Sin embargo, esta excepción tiene una delimitación objetiva, al exigirse que el uso de la obra esté debidamente justificado por la existencia de un interés informativo en relación a la utilización de la obra. Esta excepción no presenta ninguna novedad, pues ha sido consagrada tradicionalmente en los Tratados de Derecho de Autor y en las legislaciones nacionales.

El artículo 25.1 a) de la ley griega ya consagraba esta excepción, señalando que la reproducción y la comunicación al público por los medios de comunicación estará permitida, sin el consentimiento del autor y sin una obligación de compensar, cuando ellas se realicen con el propósito de reportear acontecimientos de actualidad, o cuando las obras puedan ser vistas u oídas al reportear un evento. En la medida de lo posible, esta reproducción o comunicación debe ir acompañada de la mención de la fuente y el nombre del autor. Como vemos, la ley griega satisface los criterios de la Directiva, aun cuando no se refiere de manera específica a qué sucede con la reproducción o comunicación pública de artículos de actualidad, tema específicamente regulado por la Directiva. Consideramos que esta omisión no resulta relevante, pues nos parece que los artículos de actualidad son también obras, por lo cual quedarían comprendidos en la excepción analizada.

Por su parte, el artículo 65 de la ley italiana comprende las dos hipótesis de la Directiva, pero es más específica al señalar expresamente en qué lugares deben estar publicados los artículos -revistas o periódicos- para ser susceptibles de reproducción o comunicación al público por la prensa. Esta excepción no se aplicará en los casos en que exista una reserva expresa, tal como exige la Directiva, y ha sido establecido tradicionalmente en las distintas legislaciones. El párrafo segundo de este mismo artículo, permite la reproducción y comunicación al público con fines informativos, de obras protegidas utilizadas durante acontecimientos de actualidad. En ambas hipótesis se exige la indicación de la fuente y nombre del autor, si constaren.

*i) Citas con fines de crítica o reseña, siempre y cuando éstas se refieran a una obra o prestación que se haya puesto ya legalmente a disposición del público, se indique, salvo en los casos que resulte imposible, la fuente, con inclusión del nombre del autor, y se haga buen uso de ellas, y en la medida que lo exija el objetivo específico perseguido (artículo 5.3 d) DDASI).*

A diferencia de otras excepciones contempladas en la Directiva, en este caso no se exige la ausencia de una finalidad comercial para poder hacer uso de ella. Sin embargo, su ejercicio reclama un uso proporcionado atendiendo a la finalidad buscada con la cita o reseña. Nos parece extraño que esta excepción se consagre como facultativa, pues existe un amplio consenso a nivel internacional en torno a la necesidad e importancia de su existencia, pues ella se entiende como una manifestación de la libertad de expresión. Más aun, nos parece que al no consagrarla como imperativa, se ha producido un retroceso, ya que desde 1886 el Convenio de Berna la contempla como la única excepción que todos los países signatarios deben establecer de manera obligatoria.

Sin perjuicio de lo anterior, creemos que en la práctica esto no resultará especialmente problemático, ya que la mayoría de las legislaciones actualmente la contemplan, y es de esperar que será mantenida al incorporar la Directiva; justamente así ha sucedido en las legislaciones griega e italiana. La griega, ya contenía una disposición muy similar a esta (artículo 19 de la ley 2121/1993), la cual no sufrió modificaciones producto de la implementación de la Directiva, mientras que la ley italiana sólo agrega la exigencia de que la cita o reseña no compitan con la utilización normal de la obra (artículo 70-1).

*j) Reproducción o comunicación pública con fines de seguridad pública o para garantizar el correcto desarrollo de procedimientos administrativos, parlamentarios o judiciales, o para asegurar una cobertura adecuada de dichos procedimientos (artículo 5.3 e) DDASI).*

La novedad introducida por la Directiva está dada por la incorporación de la seguridad pública como uno de los motivos que hacen posible la aplicación de esta excepción. Este es uno de los casos contemplados por la Directiva, en que se hace hincapié en la necesidad de que los titulares de derechos faciliten los medios necesarios para la desactivación de Medidas Tecnológicas de Protección que hayan sido incorporadas en las obras, para lo cual los Estados miembros deberán contar con un procedimiento especial destinado a obtener el consentimiento de los titulares de derechos, y los medios para proceder a dicha desactivación.

En relación al ejercicio de esta excepción en el entorno en línea, en doctrina, se ha señalado que la DDASI está pensando en la descriptación de obras para asegurarse de que no contienen materiales peligrosos para la seguridad nacional, no sólo se está pensando en virus informáticos, sino también en posibles intercambios de información o materiales entre grupos terroristas, organizaciones de crimen organizado o cualquier otra actividad delictiva. Se pretende evitar que, con la excusa de que se trata de obras protegidas, circulen por Internet impunemente todo tipo de materiales potencialmente peligrosos.<sup>15</sup>

Si bien la Directiva ha utilizado una fórmula amplia al enunciar esta excepción, tanto la legislación griega como la italiana limitan las hipótesis en que ella procede. Llama particularmente la atención, el que ambas legislaciones se refieran sólo a la reproducción y no a la comunicación pública, si atendemos a que los procesos en que se utilizará esta excepción son por lo general de naturaleza pública.

El artículo 24 de la ley griega, anterior a la incorporación de la Directiva, fue mantenido sin modificaciones, por lo cual esta excepción sólo resulta procedente en los casos de reproducción de obras para su uso en procedimientos judiciales y administrativos. La ley griega no incluye la seguridad pública como un fin que haga procedente esta excepción, ni tampoco admite que ella sea aplicada para la difusión de procedimientos administrativos o judiciales.

El artículo 67-1 de la ley italiana, a diferencia de lo que sucede con Grecia, incorpora la hipótesis relativa a los fines de seguridad pública, pero limita las circunstancias en que ella sería procedente. De esta forma, sólo procederá la reproducción de obras con este fin, en procedimientos parlamentarios, judiciales o administrativos, y siempre que se indique la fuente y, de ser posible, el nombre del autor.

*k) Reproducción o comunicación pública de discursos políticos y de extractos de conferencias públicas u obras o prestaciones protegidas similares en la medida que lo justifique la finalidad informativa y siempre que se indique la fuente, con inclusión del nombre del autor, salvo en los casos en que ello resulte imposible (artículo 5.3 f) DDASI).*

En primer lugar, es necesario hacer notar que en muchos países este tipo de obras no se consideran objetos protegidos por el Derecho de Autor. Esta exclusión tiene su origen en la posibilidad que contempla el Convenio de Berna, en su artículo 2 bis, de excluir, total o parcialmente, la protección a los discursos políticos y debates judiciales. Es por esto, que resulta novedosa la inclusión de esta excepción en la DDASI, generando el efecto de que aun en los pocos países en que se consideren estas obras como dignas de protección, se podrá contemplar esta excepción, permitiéndose su libre reproducción y comunicación.

Tal vez la consagración de esta excepción no resultaba necesaria, pues al exigirse una finalidad informativa, ella podría entenderse incluida en la letra c) del artículo 5.3 de la DDASI.

Grecia considera a estos discursos y conferencias obras protegidas, pero contempla en el artículo 25.1 b) de su ley de Derecho de Autor una excepción anterior a la Directiva, pero redactada en términos muy similares a ésta.

Al igual que Grecia, Italia contempla esta excepción, detallando que su beneficiaria es la prensa. Sin embargo, es más exigente que la Directiva, pues requiere que en todo evento se señale la fuente, el nombre del autor y el lugar en que se haya pronunciado el discurso (artículo 66-1).

*l) Reproducción o comunicación pública de obras durante celebraciones religiosas o celebraciones oficiales organizadas por una autoridad pública (artículo 5.3 g) DDASI).*

En relación a esta excepción surge un problema en la legislación griega, ya que ésta contemplaba con anterioridad a la Directiva una excepción más amplia, la cual no fue modificada a raíz de la implementación de la DDASI. En efecto, en la ley griega esta excepción incluye la reproducción y comunicación al público de obras realizadas en actos que tengan lugar en establecimientos educacionales. Por este motivo, podría llegar a objetarse la legislación griega por la incorrecta incorporación de la normativa comunitaria.

En Italia se ha limitado enormemente esta excepción: por una parte, los beneficiarios de esta excepción son tan sólo las fanfarrias y bandas musicales de los cuerpos armados del Estado; por otra parte, las obras que pueden ser objeto de reproducción y comunicación, sólo pueden ser pasajes musicales o partes de obras musicales. Por último, se exige que la ejecución se realice sin ánimo de lucro.

*m) Reproducción o comunicación pública de obras, tales como esculturas, realizadas para estar situadas de forma permanente en lugares públicos (artículo 5.3 h) DDASI).*

En Grecia esta excepción ya se encontraba consagrada (artículo 26), con anterioridad a la dictación de la Directiva, y no sufrió modificaciones por su implementación. Sin embargo, sus beneficiarios son exclusivamente los medios de comunicación, distinción que nos parece excesiva y discriminatoria, pues ello implica que, por ejemplo, tomarse una fotografía para uso personal junto a una escultura ubicada en una plaza, requeriría de autorización del titular de derechos de la obra.

<sup>15</sup> GARROTE, Ignacio. Ob.Cit. p. 454.



En la legislación italiana, no se ha contemplado ninguna excepción de este tipo.

*n) Inclusión incidental de una obra o prestación en otro material (artículo 5.3 i) DDASI).*

Esta excepción no fue recogida por ninguna de las legislaciones analizadas. Creemos que el motivo de dicha omisión, tal vez puede radicar en el temor de que ella pudiera ser utilizada de manera abusiva debido a los términos amplios en que fue redactada, cuestión que puede ser especialmente compleja al llevar esta hipótesis al entorno en línea. Sin embargo, consideramos que es precisamente en ese ámbito, donde una excepción como esta puede ser más útil, sin ser perjudicial a los derechos de los titulares. Pensamos por ejemplo, en casos como la inclusión del pasaje de una obra literaria en una página web personal o la inclusión de una serie de obras en un buscador de Internet. En todo caso, el buen uso de esta excepción se encuentra garantizado por la regla de los tres pasos contemplada como cláusula general por la Directiva.

*o) Reproducción o comunicación pública de obras con el fin de anunciar la exposición pública o la venta de obras de arte, en la medida en que resulte necesaria para promocionar el acto, con exclusión de cualquier otro uso comercial (artículo 5.3 j) DDASI).*

La presente excepción ya se encontraba contemplada en la ley griega, en lo referente a la posibilidad de reproducir en catálogos obras de arte para promocionar su venta (artículo 28.2). En tanto, en Italia no ha sido consagrada una excepción similar.

*p) Reproducción o comunicación pública de obras a efectos de caricatura, parodia o pastiche (artículo 5.3 k) DDASI).*

Esta excepción no es nueva, pero, aun así, no se consagró ni en la ley griega ni en la italiana. Por tanto, siempre se necesitará la autorización del titular de derechos para proceder a efectuar una parodia o caricatura de la obra.

Esta excepción tradicionalmente ha estado estrechamente ligada a la libertad de expresión, por lo cual nos parece que al omitir su consagración en las legislaciones estudiadas se puede ver menoscabado este derecho fundamental.

*q) Reproducción o comunicación pública de obras en relación con la demostración o reparación de equipos (artículo 5.3 l) DDASI).*

Se trata de una excepción nueva, desconocida hasta el momento, y que tiene una aplicación presumiblemente en el ámbito de los programas de ordenador, bases de datos y obras similares.<sup>16</sup> Grecia e Italia no establecieron esta excepción al transponer la Directiva.

*r) Reproducción o comunicación pública de una obra de arte en forma de edificio o dibujo o plano de un edificio, con la intención de reconstruir dicho edificio (artículo 5.3 m) DDASI).*

<sup>16</sup> ERDOZAIN, José Carlos. "Derechos de autor y propiedad intelectual en Internet". Editorial Tecnos. Madrid. 2002. p. 151.

Nos encontramos ante una excepción particularmente específica, que tiene por finalidad asegurar la conservación de ciertas estructuras consideradas de alto valor arquitectónico. Pese a la utilidad que nos parece tendría esta excepción en lugares como Grecia e Italia, ella no fue consagrada por ninguno de dichos países.

*s) Comunicación a personas concretas del público o la puesta a su disposición, a efectos de investigación o de estudio personal, a través de terminales especializados instalados en bibliotecas, centros de enseñanza, museos o archivos, de obras y prestaciones que figuran en sus colecciones y que no son objeto de condiciones de adquisición o de licencia (artículo 5.3 n) DDASI).*

Pareciera ser que esta excepción es una subespecie de la excepción prevista en la letra a) del apartado 3 del artículo 5 de la Directiva. La diferencia radicaría en que en este caso existe una comunicación a personas concretas del público<sup>17</sup>, dichas personas sólo podrán encontrar-se dentro de los recintos donde funcionen las instituciones señaladas.

Nos parece que la redacción de esta excepción es contradictoria con el encabezado del apartado tercero del artículo 5, que se refiere a que estarán excepcionadas la reproducción y la comunicación al público, mientras que el tenor de esta excepción pareciera limitarla sólo a la comunicación y puesta a disposición del público. Quizá el fundamento de esto es que la reproducción necesaria para la comunicación o puesta a disposición se entiende ya autorizada por el artículo 5.1 que contempla la excepción obligatoria.

Esta excepción no fue consagrada por Grecia, pero sí ha sido adoptada por Italia en los mismos términos ocupados por la DDASI.

#### 5. EQUILIBRIO ENTRE LA PROTECCIÓN JURÍDICA DADA A LAS MEDIDAS TECNOLÓGICAS DE PROTECCIÓN Y LA EFICACIA PRÁCTICA DE LA EXCEPCIONES Y LIMITACIONES

El artículo 6 de la DDASI impone la obligación a los Estados partes, de establecer una protección jurídica adecuada contra la elusión de cualquier Medida Tecnológica efectiva. Como consecuencia de lo anterior, se encuentra vedada a toda persona la elusión de dichos dispositivos, sean o no beneficiarios de una excepción. Es por ello, que para garantizar que las excepciones no se transformen en letra muerta, la misma Directiva insta a los Estados a establecer mecanismos que permitan a los beneficiados por dichas excepciones obtener de los titulares de derechos, el consentimiento y los medios necesarios para desactivar las Medidas Tecnológicas de Protección.

El problema que se presenta en esta materia, es que la Directiva impone la obligación de contar con estos procedimientos, tan sólo en relación a determinadas excepciones, a saber: reproducciones sobre papel u otro soporte similar en las que se utilice una técnica fotográfica u otro proceso con efectos similares (artículo 5.2 a); reproducción por bibliotecas, centros de enseñanza, museos accesibles al público o archivos (artículo 5.2 c); grabaciones efímeras de obras realizadas por organismos de radiodifusión (artículo 5.2 d); reproducciones de radiodifusiones efectuadas por instituciones sociales (artículo 5.2 e); reproducción o comunicación

<sup>17</sup> Ibid, p. 146.

de una obra con fines educativos o de investigación científica (artículo 5.3 a); reproducción o comunicación pública de obras en beneficio de personas con minusvalías (artículo 5.3 b); reproducción o comunicación pública con fines de seguridad pública (artículo 5.3 e). En todas las demás excepciones, el establecimiento de procedimientos que permitan su disfrute frente a la existencia de una Medida Tecnológica, será facultativo para los Estados.

Esto nos parece absurdo, pues se genera por esta vía una discriminación injustificada entre los beneficiarios de los diferentes tipos de excepciones, que resulta arbitraria, ya que todas las excepciones consagradas se entienden necesarias, de lo contrario no habría tenido sentido establecerlas, para que luego perdieran toda eficacia en la práctica ante el uso de Medidas Tecnológicas de Protección. La única forma de evitar que esto suceda, será que los Estados europeos al implementar la Directiva, establezcan de manera general, para todas las excepciones que consagren en sus legislaciones, procedimientos destinados a compatibilizar los intereses de los beneficiarios de ellas, con el interés de los titulares de derechos de que se respeten las Medidas Tecnológicas incorporadas a sus obras. Confiamos en que así sea, y de esta forma se garantice el necesario equilibrio entre el interés de la sociedad de acceder a la cultura, y los intereses de los titulares de derechos de autor, que, según la propia Directiva, constituye uno de sus objetivos primordiales.

Analizaremos ahora la forma en que este asunto ha sido abordado por las legislaciones griega e italiana.

Al implementar la DDASI, Grecia contempló la creación de un sistema que permitiera resolver el conflicto entre la utilización de Medidas Tecnológicas de Protección para resguardar una obra -las cuales no pueden ser eludidas sin el consentimiento del titular de derechos respectivos- y la existencia de una excepción contemplada por la ley, que hace posible una utilización de la obra sin el consentimiento del derechohabiente.

El problema es que al diseñar este sistema, Grecia fue tremendamente restrictiva, limitándose a instaurar un procedimiento sólo en los casos en que la Directiva establecía como obligatorio hacerlo. Esta forma de proceder condujo a un resultado aún más limitado que el de la propia Directiva, pues algunas de las excepciones en que ella impone la creación de estos procedimientos, ni siquiera fueron consagradas en la legislación griega. En efecto, este procedimiento sólo tendrá aplicación cuando la existencia de Medidas Tecnológicas de Protección impida el ejercicio de las siguientes excepciones contenidas en la ley griega (artículo 66A): reproducción para uso privado en papel o medios similares (artículo 18); reproducción con fines de enseñanza (artículo 21); reproducción por bibliotecas y archivos (artículo 22); reproducción por propósitos judiciales o administrativos (artículo 24); y usos en beneficio de personas con discapacidad (artículo 28A). En todos estos casos, la ley establece la obligación de los titulares de derechos de proporcionar a los beneficiarios de dichas excepciones, los medios para permitir que ellos puedan disfrutarlas en la extensión necesaria. Las medidas adoptadas pueden consistir en acuerdos directos entre los beneficiarios de una excepción y los derechohabientes. Si los titulares de derechos fallan en tomar voluntariamente estas medidas, tanto éstos como los beneficiados por una de las excepciones señaladas, pueden solicitar la intervención de uno o más mediadores seleccionados de entre aquellos que figuren en una lista de mediadores elaborada por la Organización de Derechos de Autor. Estos mediadores

formulan recomendaciones, las cuales adquieren fuerza obligatoria si al cabo de un mes de formuladas, no son objetadas por las partes, entendiéndose por ese hecho que ellas han aceptado la recomendación. Si, por el contrario, la recomendación de él o los mediadores no es aceptada por las partes, la disputa debe ser sometida a la Corte de Apelación de Atenas, la cual resuelve en única instancia.

Sin embargo, la ley vuelve a limitar la aplicación de este procedimiento, al establecer que él no se aplicará, cuando las obras estén disponibles al público por acuerdos contractuales, que permitan el acceso de cada uno de los miembros del público desde el lugar y en el momento individualmente escogido por ellos, es decir, excluye su aplicación cuando se trate de obras puestas en Internet, a las cuales se pueda acceder a través de un sistema de licencias en línea. Esto último nos parece de la mayor gravedad, pues implica que incluso estas excepciones privilegiadas, que gozan de una garantía para su eficacia práctica, desaparecen completamente, dejándose totalmente de lado las justas consideraciones que han llevado a gran parte de los países en el mundo a estimar las Excepciones y Limitaciones como necesarias para resguardar el equilibrio entre la protección del Derecho de Autor y el acceso de toda la sociedad a la cultura. No entendemos el porqué de esta diferencia, aún más cuando Internet puede ser una herramienta de la mayor utilidad para alcanzar los objetivos que orientan el establecimiento de estas excepciones.

Resulta lamentable la forma en que Grecia ha implementado la Directiva en esta materia, por lo cual desgraciadamente se puede augurar que, de fiscalizarse de manera estricta el respeto de las Medidas Tecnológicas de Protección, los beneficiarios de las excepciones contempladas por la ley quedarán completamente a merced de la caridad de los titulares de derechos, pues es de estimarse que los altos costos, tanto en dinero como en tiempo, que implica el procedimiento establecido disuadan a estos beneficiados de intentar el alzamiento de dichas medidas, privándolos con ello de sus legítimos derechos.

La legislación italiana, al regular esta materia estableció, en primer lugar, que los titulares de derechos estarán obligados a quitar las medidas tecnológicas para permitir el uso de las obras protegidas, si se los solicita la autoridad competente, por razones de seguridad pública o para garantizar el correcto desarrollo de un procedimiento administrativo, parlamentario o judicial (artículo 71-quinquies-1). Sólo en estos dos casos existe una obligación inmediata de levantar las medidas.

En segundo lugar, la ley italiana obliga a los titulares de derechos a adoptar soluciones idóneas, celebrando en su caso acuerdos con las asociaciones profesionales que representen a los beneficiarios, para permitir el ejercicio de las siguientes excepciones: grabaciones efímeras realizadas por organismos de radiodifusión (artículo 55); reproducción de obras o pasajes de obras para uso personal de los lectores por medios no idóneos para la venta o difusión de la obra (artículo 68-1); fotocopia de obras de bibliotecas por las mismas bibliotecas (artículo 68-2); reproducción de fonogramas y videogramas que contengan obras cinematográficas o audiovisuales que posean bibliotecas del Estado y organismos públicos similares (artículo 69-2); cita y reproducción para fines de enseñanza o investigación científica (artículo 70-1); reproducción o comunicación pública de obras en beneficio de personas con discapacidad (artículo 70-1); reproducción de emisiones radiotelevisivas por hospitales públicos e institutos

de prevención y penitenciarios (artículo 71 quater). En estos casos, las asociaciones de titulares de derechos y los organismos que representen a los beneficiarios de las excepciones señaladas podrán realizar negociaciones tendientes a permitir su ejercicio. A falta de acuerdo, las partes podrán dirigirse al Comité Consultivo Permanente para el Derecho de Autor<sup>18</sup>, para que este lleve a cabo un intento obligatorio de conciliación; si este fracasa las partes pueden llevar el asunto ante los tribunales de justicia. Cuando se trate de obras puestas a disposición del público en Internet, a las cuales se pueda acceder a través de un sistema de licencias en línea, los titulares de derechos no están obligados a buscar ningún tipo de acuerdo con los beneficiarios de las excepciones anteriormente mencionadas.

Por último, cuando se trate de la excepción relativa a la reproducción privada de fonogramas y videogramas para uso personal por una persona física (artículo 71-sexies-1), los titulares de derechos están obligados a permitir la realización de una copia privada, siempre que ello no contravenga la explotación normal de la obra, ni cause un perjuicio injustificado a los titulares de derechos.

Como vemos, la ley italiana tampoco logra conciliar de forma adecuada la eficacia práctica de las excepciones, con el respeto de las Medidas Tecnológicas de Protección, a pesar de que abarca un mayor número de hipótesis que la ley griega, en las cuales será posible acudir a un procedimiento establecido por la ley para alzar estos dispositivos, con miras a permitir el ejercicio efectivo de ciertas excepciones legalmente consagradas.

Creemos que el objetivo de compatibilizar las excepciones con las Medidas Tecnológicas de Protección no se logra en la ley italiana, pues nuevamente, al dejar arbitrariamente fuera varias excepciones de la aplicación del procedimiento para levantar las Medidas Tecnológicas, estas pierden toda eficacia práctica en aquellos casos en que estos dispositivos sean utilizados. Además, cuando resulte aplicable este procedimiento, los altos costos que él implica, seguramente desalentarán el que los beneficiarios de las excepciones utilicen varias excepciones para lograr el goce efectivo de sus derechos. A lo anterior, se suma la exigencia impuesta por la ley de recurrir por la vía de asociaciones de beneficiarios a estos procedimientos, lo cual implica un costo adicional de organización previa para poder disfrutar de las excepciones correspondientes.

Por último, al igual que en Grecia, en el ámbito de Internet, cuando exista un sistema de licencias en línea, si son utilizadas efectivamente Medidas Tecnológicas de Protección, desaparecen por completo prácticamente todas las excepciones contempladas por la ley. A nuestro juicio, esto resulta inaceptable, pues el hecho de que las obras sean ofrecidas al público en estas condiciones, no hace desaparecer los fundamentos que llevaron a las distintas legislaciones a consagrar las excepciones al Derecho de Autor.

<sup>18</sup> El artículo 190 de la ley italiana consagraba con anterioridad a la implementación de la Directiva la existencia de este organismo, dependiente del Ministerio de la Cultura Popular. Las funciones del comité son estudiar e informar al Ministerio de cualquier asunto relacionado con el Derecho de Autor o los Derechos Conexos, que este último le encomiende y, desde la incorporación de la Directiva, conducir los intentos obligatorios de conciliación. Se encuentra integrado tanto por expertos en materia de Derecho de Autor, como por representantes de diversas asociaciones de titulares de derechos.

Por último, en esta materia resulta interesante, para tener una visión más global acerca de la forma en que está siendo implementada la DDASI en los distintos países europeos, examinar el proyecto de ley de implementación francés. Al igual que en las leyes griega e italiana, en este proyecto se contempla la obligación de los titulares de derechos de tomar las medidas necesarias para evitar que la utilización de Medidas Tecnológicas de Protección impida a los beneficiarios de ciertas excepciones el disfrute de ellas. Sin embargo, en esta exigencia el proyecto francés es aun más limitado, pues la circunscribe a los casos de excepción de copia privada y de la excepción que permite la utilización de obras por personas que sufren alguna discapacidad. Nuevamente, aquí nos encontramos con una discriminación entre excepciones, el hecho de que el proyecto sólo contemple la obligación de los derechohabientes de proporcionar los medios necesarios para el disfrute de estas dos excepciones, transforma automáticamente a las demás excepciones en letra muerta frente a la utilización de Medidas Tecnológicas de Protección. No existe ningún fundamento que permita avalar esta discriminación, pues no se aprecia en qué manera la utilización de Medidas Tecnológicas de Protección afecta los motivos que llevan a establecer excepciones al Derecho de Autor, que desde antiguo se han estimado como imprescindibles. Es cierto que estos dispositivos otorgan un mayor nivel de control al derechohabiente, pero ello en ningún caso puede ir en desmedro de los beneficiarios de las excepciones contempladas por la ley.

A continuación, el proyecto de ley francés prevé un procedimiento, para que los beneficiarios de las dos excepciones anteriormente señaladas puedan disfrutar de ellas, el cual consiste en recurrir a un colegio de mediadores. Este colegio estaría compuesto por tres miembros calificados en la materia, nombrados por decreto, a propuesta de magistrados y funcionarios administrativos independientes, teniendo su cargo una duración de seis años no renovables. Esta mediación se llevará a cabo entre los titulares de derechos y los beneficiarios de las excepciones enunciadas, o la persona jurídica que los represente. El rol de este colegio de mediadores sería doble: por una parte, buscará la conciliación de los intereses de la partes a través de un procedimiento oral, y por otra, tendrá una función decisoria, estableciendo a falta de acuerdo de las partes, las medidas apropiadas para permitir a los beneficiarios el disfrute efectivo de las excepciones señaladas. Tanto esta decisión como la conciliación oral serán públicas y susceptibles de ser recurridas ante la Corte de Apelación de París, teniendo dicha apelación efecto suspensivo.

## 6. CONCLUSIONES

El estudio de las legislaciones griega e italiana, nos muestra que al momento de consagrar excepciones al Derecho de Autor, ambos países han optado por catálogos bastante restringidos en relación a las excepciones facultativas propuestas por la Directiva. De esta forma, las legislaciones acogen el llamado de la Directiva de dar un alto grado de protección al Derecho de Autor, por la vía de restringir al máximo las excepciones en ellas contempladas, restricción que se funda en la creencia de que las nuevas tecnologías constituyen una grave amenaza para el Derecho de Autor. Esta postura nos parece errada, pues creemos que atenta contra la búsqueda del equilibrio necesario al interior del Derecho de Autor, entre los intereses de los titulares de derechos y los de la sociedad, que aspira legítimamente a beneficiarse, sin mayores obstáculos, de las creaciones intelectuales nacidas en su seno.

En cuanto a las excepciones finalmente establecidas por las legislaciones examinadas, la gran mayoría de ellas existían con anterioridad a la adopción de la Directiva, y no se vieron alteradas luego de su transposición. En el caso de Italia, si bien existieron alteraciones, ellas fueron primordialmente formales. Por otra parte, en los casos de incorporación de algunas de las nuevas excepciones contenidas en la Directiva, las legislaciones revisadas prácticamente se limitan a repetir lo dicho por la Directiva. Por lo anteriormente expuesto, consideramos que los catálogos de excepciones adoptados por las legislaciones griega e italiana resultan en definitiva insuficientes.

Al momento de garantizar la eficacia práctica de las excepciones frente al uso de Medidas Tecnológicas de Protección, ambas legislaciones, siguiendo lo dispuesto por la Directiva, dan un tratamiento privilegiado a ciertas excepciones. Únicamente respecto de estas excepciones privilegiadas, las legislaciones disponen procedimientos que permiten levantar estos dispositivos tecnológicos, asegurando un real disfrute a los beneficiarios de estas excepciones. En todos los demás casos en que sean utilizadas Medidas Tecnológicas de Protección, la efectividad de las excepciones consagradas queda completamente entregada a la buena voluntad de los titulares de derechos, vaciándolas de contenido por esta vía. Consideramos que esta discriminación es arbitraria y carente de toda justificación, por cuanto si una hipótesis ha sido consagrada como excepción, ello se debe a que su establecimiento se considera necesario para brindar protección a ciertos intereses relevantes para la sociedad toda, que no desaparecen por el hecho de que se incorporen dispositivos técnicos que permitan a los titulares de derechos tener el control total sobre sus obras.

A lo anterior, se suma el problema de la complejidad, lentitud y costos asociados a los procedimientos establecidos por las legislaciones en comento para levantar las Medidas Tecnológicas de Protección, lo cual implica un grave perjuicio a los derechos de que legítimamente gozan los beneficiarios de las excepciones consagradas. A diferencia del alto nivel organizativo que caracteriza a los titulares de derechos en los distintos países, los beneficiarios de las excepciones generalmente no cuentan con organizaciones capaces de representar y resguardar de forma adecuada sus intereses, elevándose de esta forma los costos de transacción para ellos.

Si bien la Directiva se propone inicialmente alcanzar el equilibrio al interior del Derecho de Autor, en definitiva nos parece que prevalece su deseo de elevar el nivel de protección dado a los titulares de derechos en desmedro de otros intereses socialmente relevantes, por lo cual el llamado al equilibrio se transforma finalmente en un llamado a restringir en la mayor medida posible las excepciones y limitaciones al Derecho de Autor. Llamado que ha sido fielmente seguido por las legislaciones griegas e italianas, marcando un camino poco afortunado, que esperamos sea enmendado por el resto de los miembros de la Comunidad Europea al realizar la transposición de la Directiva.