

Gemma Velasco Yébenes

LA PROPIEDAD INTELECTUAL
El derecho de autor e Internet

Treball Fi de Carrera
dirigit per
Adolfo LUCAS ESTEVE

Universitat Abat Oliba CEU
FACULTAT DE CIÈNCIES SOCIALS
Llicenciatura en Dret

2009

Resumen

La propiedad intelectual, concretamente el derecho de autor, en relación al nuevo entorno digital y la responsabilidad tanto civil como penal que conlleva la infracción de sus derechos. Haciendo especial mención a los límites, excepciones y medidas de protección tecnológica contempladas en el ordenamiento jurídico.

Resum

La propietat intel·lectual, concretament el dret d'autor, en relació al nou entorn digital i tant la responsabilitat civil com penal que comporta la infracció dels seus drets. Fent especial esment als límits, excepcions i mesures de protecció tecnològica contemplades a l'ordenament jurídic.

Abstract

Intellectual property, including copyright, in relation to the new digital environment, and both civil and criminal liability associated with infringement of their rights. With particular reference to limits, exceptions and technological protection measures referred to in the legal system.

Palabras claves / *Keywords*

Propiedad Intelectual – Derecho de autor – Responsabilidad – Entorno digital – Medidas de protección – Límites y excepciones

Sumario

Introducción	5
I. La propiedad intelectual y el derecho de autor Introducción.....	7
1. Concepto y naturaleza	7
2. Marco Legal	8
2.1 Normativa europea	8
2.2.Tratados Internacionales	9
2.3. Normativa nacional	10
3. Sujetos de protección: el autor	12
4. Objeto de protección	13
4.1 La obra	14
5. El contenido de los derechos de propiedad intelectual	16
5.1.Los derechos morales	16
5.2. Los derechos de explotación	19
5.3 Los derechos conexos	22
6. Límites y excepciones	23
6.1 Límite se derechos de reproducción provisional	24
6.2 Límite de la copia privada	24
6.3 Límites relacionados con la seguridad, los procedimientos oficiales y los incapacitados	27
6.4 Límites relativos a las citas e ilustraciones de la enseñanza.....	27
6.5 Límite sobre trabajos de actualidad	28
6.6 Límite de la utilización de bases de datos	29
6.7 Límite para las obras situadas en vías públicas	29
6.8 Límite de reproducción, préstamo y consulta de obras en determinados terminales	29
6.9 La prueba de los tres pasos.	29
7. Duración	30
8. Registro	31
II. La propiedad intelectual y la sociedad de la información.....	32
1.Internet	32
2.Obras específicas relacionadas con Internet	33
3.Los enlaces	34
4.Actos específicos de reproducción	35
5.Actos específicos de comunicación pública o puesta a disposición	37

6.Las medidas de protección tecnológicas	38
6.1 Límites	40
III La protección de la propiedad intelectual	43
1.La responsabilidad penal y civil	43
2.Jurisdicción penal	43
3.Jurisdicción civil	50
3.1La acción cesatoria	51
3.2La acción indemnizatoria	53
3.3Medidas cautelares	55
3.4Diligencias preliminares. El derecho de información	57
3.5 Acción de publicación de la sentencia	58
4La responsabilidad de los prestadores de servicios.....	58
Conclusión	63
Bibliografía	65
Anexo	69

Introducción

Inicialmente existía el papel del autor como creador, el artista como intérprete y las industrias explotaban las obras. El usuario tenía un papel ajeno o pasivo a la propiedad intelectual, se limitaba a disfrutar del libro o de la canción. Existía una clara línea divisoria que permitía diferenciar entre los actos de utilización y los actos de explotación. Todo ello hacía posible que el titular de la propiedad intelectual controlase en todo momento la explotación de su obra.

La situación cambia con la globalización, el desarrollo tecnológico y el desarrollo de Internet. Todo ello ha revolucionado el ámbito de la propiedad intelectual permitiendo al usuario a acceder a la obra a partir de reproducciones particulares e inmediatas, a prescindir de los soportes tangibles (antes imprescindibles) o a realizar copias exactas. Todos estos grandes avances han tenido grandes consecuencias a nivel social, económico y cultural, en muy poco tiempo han supuesto una transformación en los modelos tradicionales de explotación de los bienes inmateriales, y a la vez también han abierto nuevos caminos para vulnerar los derechos que se derivan.

En primer lugar examinaremos la propiedad intelectual, en particular el derecho de autor, en lo referente a su objeto, sujetos y contenido. Analizaremos los derechos que derivan de la mera creación en su vertiente personal y patrimonial, para poder centrarnos a continuación en los límites y excepciones de los mismos.

En segundo lugar trataremos la propiedad intelectual dentro de la sociedad de la información, haciendo especial referencia a las obras más presentes en este nuevo entorno como los *websites* o enlaces. Y por supuesto las medidas de protección disponibles en este medio y los límites que se derivan.

Para acabar analizaremos la protección de la propiedad intelectual desde un punto jurídico, tanto civil como penal. Dedicaremos un pequeño apartado a la responsabilidad de los intermediarios en cuanto no elaboran el contenido ilícito pero ello no les exime de responsabilidad.

Todo ello lo haremos en base a los manuales disponibles sobre la propiedad intelectual, la legislación vigente, no sólo a nivel nacional sino también a nivel europeo e internacional, y la jurisprudencia nacional sobre la materia.

I. LA PROPIEDAD INTELECTUAL.

1. *Concepto y Naturaleza*

En primer lugar debemos definir que es la propiedad intelectual. Algunos ordenamientos y sobretodo foros internacionales incluyen dentro de la propiedad intelectual la propiedad industrial, relativa a marcas y patentes. Dicha definición es la utilizada por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI o WIPO)¹. Nosotros la trataremos en un sentido más estricto centrándonos principalmente en la propiedad intelectual tal y como entiende la Ley de Propiedad Intelectual vigente en nuestro ordenamiento².

La propiedad intelectual es el sistema jurídico que protege a las personas físicas o jurídicas, generalmente identificados como autores, que participan o contribuyen a la creación y difusión de obras que provienen del ingenio y del intelecto humano. Se protege a los titulares con el reconocimiento de una serie de derechos que les otorgan la explotación temporal de la obra o de la prestación protegida de forma exclusiva, así como derechos morales.

Se ha discutido mucho sobre si se debe considerar la propiedad intelectual como un derecho real o un derecho de la personalidad. Entendemos que es un derecho de naturaleza especial, es decir, un derecho real que recae sobre una cosa inmateral. Ello se basa en que aunque la obra se plasme en un soporte material que la hace tangible, ya sea un disco, un libro, una película o un disco duro, es un producto que tiene como único origen el intelecto o el ingenio humano, por lo tanto es intangible e inmateral (Art. 56.1 LPI).

El derecho de propiedad intelectual es un derecho subjetivo que se integra por un conjunto de facultades que mediante la cesión o transmisión a terceros pueden convertirse en derechos autónomos respecto al derecho original. De esta forma nos encontramos con un único derecho que se transforma en una multiplicidad de derechos subjetivos autónomos³. Tal y como dice el artículo 3 de la LPI los derechos que se derivan del derecho de autor son independientes, compatibles entre si y acumulables con otros derechos. Como son los derechos que derivan de la obra original y los derechos de los productores o intérpretes de la obra.

¹ Artículo 2 del Convenio de Estocolmo, de 14 de Julio de 1967, por el que se crea la OMPI o los Acuerdos sobre Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) Anexo IC del Acuerdo de Marrakech, de 15 de abril de 1994.

² Ley de Propiedad intelectual aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual*. En adelante LPI.

³ En el artículo 23 de la LPI se considera que los derechos de explotación son independientes entre si.

No podemos considerarlo un derecho absoluto, aunque el autor goza de una disposición exclusiva sobre su obra, es decir puede autorizar, prohibir o incluso eliminarla. Debido a su inmaterialidad y su temporalidad limitada (transcurrido un determinado tiempo la obra pasará a dominio público), que se considera el derecho de propiedad intelectual como un derecho de propiedad especial. Parte de la doctrina, también asumida por el derecho francés, defienden una teoría dualista, consideran la existencia de dos derechos distintos. Por una parte los derechos de explotación y por otra los derechos morales derivados de la obra. Otra teoría, llamada monista, de aplicación en el derecho alemán, lo considera un derecho singular único que otorga una serie de facultades patrimoniales y morales. En nuestro ordenamiento distinguimos varias posiciones, por una parte la legislación civil⁴ y la jurisprudencia⁵ han adoptado una posición monista, considerándolo como un derecho patrimonial especial. Ahora bien la LPI toma una posición dualista reconociendo por una parte los derechos patrimoniales y por otra los derechos personales o morales.

2. Marco Legal

En los últimos años se han dado muchos cambios, no únicamente a nivel nacional sino también a nivel internacional, hecho que ha obligado a reorientar el concepto de propiedad intelectual según un contexto más internacional. De esta forma se ha creado un marco externo a nuestra legislación nacional.

Por lo tanto, para saber a que normas debemos acudir, no sólo debemos fijarnos en la legislación nacional vigente, sino que también debemos acudir a la normativa europea, cada vez más homogénea entre sus países miembros, y a los convenios y tratados internacionales firmados por España.

2.1. Normativa europea

En cuanto al entorno de la Unión Europea la diversidad legislativa de los distintos países miembros ha llevado a la continua aprobación de directivas, y en consecuencia la posterior trasposición a los ordenamientos nacionales, con el fin de unificar y armonizar las distintas legislaciones, y proteger la propiedad intelectual por su importante papel en nuestra sociedad, y especialmente en los Estados Miembros que generan gran parte de la propiedad intelectual a nivel mundial.

⁴ Ver artículos 428 y 429 del CC.

⁵ SSTs de 3 de junio de 1991, de 23 marzo de 1999. Y en contra STS de 29 marzo de 1996.

Existen siete directivas traspuestas a nuestro ordenamiento relacionadas con la propiedad intelectual que son:

- Directiva 91/250/CEE del Consejo, de 14 de mayo de 1991, sobre la protección jurídica de programas de ordenador.
- Directiva 92/100/CEE del Consejo, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamos y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual.
- Directiva 93/83/CEE del Consejo, de 27 de septiembre de 1993, sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable.
- Directiva 93/98/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1993, sobre la armonización del plazo de protección de los derechos de autor y determinados derechos afines.
- Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de bases de datos.
- Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (en adelante DDASI). La DDASI es una directiva transversal (no se ciñe a un determinado sujeto) y regula la propiedad intelectual en si misma, en un contexto de uso tecnológico de la información y la tutela de las medidas tecnológicas y de la información. Pero especialmente armoniza los derechos patrimoniales de explotación reconocidos a los titulares de los derechos de propiedad intelectual como la reproducción, la distribución y la comunicación pública.
- Directiva 2004/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual, centrada especialmente en la piratería informática.

2.2. Tratados internacionales

Los tratados internacionales obligan por una parte a los estados que los ratifican a una protección mínima de los derechos, consiguiendo una cierta uniformidad a nivel internacional, y por otra parte obligan al estado a aplicar la legislación nacional propia, de ahí que sigan el principio de trato nacional. Destacamos:

- Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas de 1886, con siete revisiones (la última en 1971). Incorpora como novedad el reconocimiento del derecho moral de integridad de la obra y el derecho de reconocimiento de autoría, y establece una duración mínima del derecho de autor de 50 años después de la muerte del mismo.
- Convenio de Estocolmo, de 14 de julio de 1967 a partir del cual se crea la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) con el fin de fomentar el impulso de la propiedad intelectual.
- Convenio Universal de Ginebra de 1952, revisado en París en 1971, sobre el derecho de autor. Este convenio se realizó para aquellos países que no podían cumplir las medidas o exigencias del Convenio de Berna. Actualmente está en desuso.
- Convenio de Roma, de 1961, para la protección de artistas, intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión.
- Acuerdo sobre Aspectos de Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), Anexo al Acuerdo de Marrakech de 1994 que establece la Organización Mundial del Comercio (OMC). Por el cual los firmantes se comprometen a respetar el contenido del Convenio de Berna, excepto en lo relativo los derechos morales. Reconoce como obra los programas de ordenador y las bases de datos y protege los principales derechos por un período mínimo de 50 años a partir del año siguiente a la interpretación o fijación en un soporte material. Cabe matizar que dicho acuerdo entiende la propiedad intelectual en un sentido amplio, incluyendo la propiedad industrial.
- Los tratados de la OMPI, acordados en la Conferencia Diplomática celebrada en Ginebra de 1996, sobre el derecho de autor (TODA) y la protección de artistas y productores de fonogramas (TOIEF).

2.3. Normativa nacional

Por lo que se refiere a la legislación nacional debemos destacar la Ley de Propiedad Intelectual, de 10 de enero de 1879 y su posicionamiento tecnológicamente neutral que permitió adaptar la ley al gran desarrollo de la inventiva humana y a los increíbles avances tecnológicos como la televisión y la radio, manteniéndola vigente hasta 1987. La cual concedía al autor derecho sobre su obra hasta ochenta años después de su muerte. Aunque no trataba en ningún lugar el derecho moral del autor y establecía como requisito para el reconocimiento de derechos la inscripción en el

Registro de Propiedad Intelectual. A lo largo de los años esta ley fue completada con normativa especial, como la Orden del Ministerio de Educación Nacional de 10 de julio de 1942 que reconocía a los fonogramas como obra.

A continuación encontramos la Ley 22/1987 de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual, que amplía las clases de obra, contempla los derechos morales del autor y prescinde del requisito de inscripción en el Registro de Propiedad Intelectual. Esta ley sigue vigente en algunos aspectos como desarrollo reglamentario de la actual LPI.

En la actualidad nuestra legislación nacional sobre este tema se basa en Ley de Propiedad Intelectual aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia⁶. La cual modifica la Ley 22/1987, incorporando cuatro leyes especiales nacionales⁷ y varias directivas de la Unión Europea. Es por esta razón que frecuentemente se hable de ella como Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI).

Dicho Texto Refundido ha sido objeto de una serie de modificaciones como consecuencia del rápido desarrollo tecnológico de la sociedad de la información y de la necesidad de adaptación del ordenamiento jurídico español a las sucesivas directivas europeas con el fin de armonizar el derecho de propiedad intelectual de los distintos Estados Miembros de la Unión Europea.

Cabe destacar la reforma efectuada por la Ley 19/2006, de 5 de junio, la cual incorporó la Directiva 2004/48/CE y la reforma efectuada por la Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica determinados artículos de la LPI y se incorpora a nuestro ordenamiento la Directiva 2001/29/CE. La incorporación de la directiva ha adaptado la LPI tanto en su vertiente positiva (derechos) como en la negativa (límites) a las nuevas formas de explotación de las obras y prestaciones que necesitan de una protección más adecuada en el nuevo entorno digital cada vez más cambiante y avanzado. La Directiva incorporada no modifica ni entra en el derecho de transformación contemplado en el artículo 21 de la LPI ni el derecho general de explotación recogido en el artículo 17 de la misma, en la medida en que no queda cubierto por las manifestaciones particulares del mismo como lo son la reproducción, la comunicación y la distribución. También incorpora la tutela de medidas tecnológicas de protección.

⁶ BOE núm. 97, de 22 de abril.

⁷ Ley 16/1993, de 23 de diciembre, Ley 43/1994, de 30 de diciembre, Ley 27/1995, de 11 de octubre y Ley 28/1995, de 11 de octubre

Nuestro ordenamiento no sólo da cumplimiento a las exigencias europeas, armonizando el derecho interno español con el derecho europeo a nivel de directivas, sino también con los Tratados Internacionales. Cabe destacar que esta última reforma se efectuó según el “Principio de mínima reforma”, incorporando los cambios imprescindibles e intentando respetar al máximo la fidelidad del texto de la Directiva⁸.

Es importante también la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y el Comercio Electrónico (LSSI) que incorpora la directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000.

Nuestra normativa penal también se ha adaptado a la revolución digital con la reforma del Código Penal a partir de la reforma incorporada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal y con la Circular 1/2006 de 5 de mayo de la Fiscalía General de Estado sobre los delitos de la propiedad intelectual e industrial tras la reforma de la LO/2003. De esta forma se adapta la legislación penal a las nuevas realidades sociales con el aumento de la protección de los derechos, que están bajo la tutela penal, ante los continuos avances tecnológicos y los ataques y conductas delictivas cada vez más frecuentes. Como veremos más adelante se ha aumentado considerablemente las penas por la vulneración de derechos relacionados con la propiedad intelectual entre otras novedades.

La problemática que suponen las transmisiones digitales interactivas ha hecho de difícil aplicación el principio de territorialidad o la equiparación de las obras de autores extranjeros como si se trataran de obras nacionales propias en base a lo estipulado en el artículo 5.1 del Convenio de Berna. Por ello han sido necesarias las continuas reformas en normas básicas de carácter civil y penal en materia de propiedad intelectual.

3. Sujeto de Protección: el autor

El interés para explotar, controlar o beneficiarse de los frutos de la propiedad intelectual han creado múltiples debates y choques de intereses entre grupos tan diversos como: los titulares de los derechos, las empresas del sector de la tecnología de la información y las comunicaciones, los proveedores de servicios de la sociedad de la información, las organizaciones de consumidores, los colectivos de internautas, pensadores etc. Como primer eslabón de la cadena, nos centraremos en el autor como titular del derechos.

⁸ Ver Preámbulo I. 4 de la Ley 23/2006

El titular pleno del derecho de propiedad intelectual es la persona que crea la obra literaria, artística o científica, es decir el autor, y posteriormente podrá cederlo a un tercero, en este caso el cesatario. La LPI en su artículo 5.1 establece como titular a la persona física y natural que crea la obra, no requiere de ninguna formalidad aunque en el apartado segundo del mismo artículo aclara que en determinados casos previstos por ley las personas jurídicas se podrán beneficiar de la misma protección. En este último caso se crea una ficción, muy criticada por una parte de la doctrina, que atribuye la autoría a efectos legales a una persona distinta al autor real, en beneficio de los intereses empresariales. Este es el caso de las obras colectivas creadas por la iniciativa y bajo la coordinación de una persona natural o jurídica⁹ o los programas de ordenador¹⁰.

La legislación presume que el autor es la persona que consta en la obra con su nombre o firma, se respeta la apariencia del ejercicio del derecho (art. 6.1 LPI). En caso contrario se deberá demostrar la autoría de la obra. Para evitar conflictos existe un Registro de la Propiedad Intelectual, aunque su inscripción no es constitutiva.

El autor, como único titular pleno podrá optar por divulgar su obra bajo seudónimo o de forma anónima. De esta forma corresponderá a la persona natural o jurídica que decida el autor el ejercicio de sus derechos a condición de mantener su anonimato.

4. Objeto protección

Para entender el objeto que protege la ley y los derechos que conlleva debemos diferenciar entre la creación intelectual y el soporte material en que la obra se hace tangible, ambos protegidos por nuestro ordenamiento. El primero es un elemento intangible e independiente (la novela, la canción o la obra audiovisual), en este caso son objeto de protección los derechos del autor. En el segundo caso se protege el medio material como el libro o el CD, en este caso los sujetos titulares de derechos serán el editor, el productor e incluso el intérprete de la obra.

En el artículo 10 de la LPI se enumeran las creaciones que son objeto de propiedad intelectual, que son las siguientes:

- Los libros, folletos impresos, discursos o cualquier obra de semejante naturaleza
- Las composiciones musicales.
- Las obras teatrales.
- Las obras audiovisuales.

⁹ Art. 8 de la LPI.

¹⁰ Art 97.2 de la LPI.

- Las obras plásticas como pinturas, dibujos o esculturas.
- Obras arquitectónicas y de ingeniería.
- Obras científicas, incluso gráficos o mapas.
- Las obras fotográficas.
- Los programas de ordenador.

Debemos aclarar que esta enumeración es ejemplificativa, extensa pero no cerrada, ya que por ejemplo la obra radiofónica no aparece en el artículo 10 de la LPI pero si se protege en el artículo 94 de la LPI. De esta forma la enumeración responde a un fin pragmático del concepto general pero no lo sustituye. Tanto el título de la obra como las modificaciones o transformaciones que se realicen con posterioridad serán objeto de protección. En cambio no lo serán, conforme al Art13 de la LPI, *“las disposiciones legales o reglamentarias, las resoluciones de los órganos jurisdiccionales y los actos, acuerdos, deliberaciones y dictámenes de los organismos públicos, así como las traducciones oficiales de todos los textos anteriores”*. Por lo tanto se podrá reproducir sin necesidad de pedir autorización al autor y éste no podrá beneficiarse de la explotación de sus creaciones.

4.1. La obra

La obra es el objeto del derecho de autor, sobre el que la propiedad intelectual concede su derecho exclusivo a favor del titular, generalmente, el autor. Por lo tanto, la existencia de la obra es el elemento indispensable para la existencia del derecho de protección intelectual. En el artículo 1 de la LPI, al igual que en el artículo 1 y 2.1 del Convenio de Berna clasifican la obra como literaria, artística o científica. Esta clasificación no tiene valor normativo, ni se debe excluir una obra que no responde a dicha clasificación. Un ejemplo claro son los programas de ordenador, enumerados en el apartado “i)” del artículo 10 de la misma ley. Los programas de ordenador se deberían considerar obra tecnológica, por lo tanto la clasificación de la obra no es imprescindible para la aplicación del régimen jurídico específico a la misma y a su autor.

Por lo que se refiere a los requisitos para que sea considerada obra y en consecuencia su protección jurídica como propiedad intelectual, destacamos la originalidad como requisito indispensable. La doctrina ha venido entendiendo la originalidad partiendo de la premisa que la creación humana tiene una originalidad relevante, es decir, es una manifestación de la personalidad o el ingenio único de la persona, garantizando la singularidad de la misma. Parte de la doctrina entienden la originalidad desde un punto de vista más objetivo, entendiendo que debe ser una

novedad, crear algo totalmente nuevo para poder considerarlo una obra. En el caso de las bases de datos, para determinar su originalidad se analizará la selección de datos y su sistematización.

En los últimos años se ha llegado a cuestionar este requisito. Tradicionalmente las obras que gozaban de esta protección manifestaban de forma muy clara la personalidad del autor, como en una pintura o en una novela. Actualmente ciertas obras protegidas no requieren tanta aportación creativa del autor¹¹, usando programas informáticos y otras tecnologías para llevar a cabo sus creaciones, junto con las cada vez más frecuentes “obras menores”. Ello ha llevado a replantearse si debe considerarse la originalidad como novedad en relación con cualquier obra preexistente. Finalmente ante las diferencias entre las diversas categorías de obra, no tiene la misma originalidad una obra geográfica que una poesía. Por lo tanto, la exigencia de altura creativa es muy dispar, cuanto mayor grado de originalidad tenga una obra mayor será su campo de protección frente a creaciones parecidas¹², será más fácil probar la existencia de plagio

Otros aspectos a tener en cuenta son:

- La propiedad intelectual no incluye como objeto de la misma el método, estilo o técnica utilizado para crear la obra.
- Las ideas, las sensaciones y la información no podrán ser consideradas obras, por lo tanto podrán ser utilizadas libremente.
- Para que la obra goce de protección jurídica (se considere creación original), no tiene porque estar acabada. Como son los borradores y los proyectos.
- Para gozar de la protección debe poder ser perceptible, ya sea de forma tangible (como un libro) o intangible (como una improvisación musical), basta que pueda serlo, independientemente de su durabilidad y la tipología del soporte actual o futuro.

Debemos aclarar que la obra existe por su mera creación, independientemente de su publicación (aunque ésta incida en su grado de protección ante terceros), y por ello gozará de protección jurídica en nuestro ordenamiento¹³. De esta forma se cumple con el derecho fundamental (art 20.1 de la CE) de la libertad de expresión y de la libertad de creación.

Ahora bien, existen unas restricciones al derecho de autor, por ejemplo no pueden suponer una violación de otras normas de nuestro ordenamiento como el derecho al honor, a la intimidad o a la imagen (art 18 CE, LO 1/1982, Art 208 y ss. del CP), no pueden hacer apología a determinados delitos (art 578 CP) y tampoco serán

¹¹ STS 30 de enero de 1996 que considera un folleto una obra literaria.

¹² Art 9.2 ADPIC y Art 2 TODA.

¹³ A diferencia de las patentes que para inscribirse no pueden ser contrarias a las buenas costumbres o al orden público.

protegidos los programas informáticos “*virus*” que tengan como fin efectos nocivos en el sistema (art 96.3 LPI) o atentar contra otros derechos de autor, entre muchos otros.

Existen muchas tipologías de obras, en cuanto a contenido tenemos las literarias o del lenguaje, las musicales, escénicas, las fotográficas, las plásticas, las multimedias, los programas de ordenador, las bases de datos o las páginas y sitios Web. También existen, en cuanto al titular de derechos, las obras derivadas (art. 11 LPI), las obras en colaboración (art. 7 LPI) y las colectivas (art. 8 LPI).

Cabe mencionar el concepto desarrollado por el legislador comunitario de prestación protegida, concepto utilizado para bienes inmateriales distintos a las obras sobre los que recaen los derechos afines a los derechos de autor. Ejemplo de ello son las grabaciones audiovisuales, actuaciones o interpretaciones artísticas, las emisiones de los organismos de radiodifusión, los fonogramas, y determinadas producciones editoriales.

5.El Contenido de los derechos de propiedad intelectual

Podemos distinguir, pues, tres tipologías de derechos los personales, los patrimoniales y los derechos conexos. Los primeros son el vínculo legal que se le reconoce al autor sobre su obra, tales derechos, también llamados derechos morales, protegen la dimensión espiritual de la actividad creativa, son irrenunciables e intransmisibles. Sólo el autor podrá decidir si quiere que su obra sea divulgada o no, y como hacerlo, modificarla, publicarla o retirarla del mercado. En segundo lugar, tenemos los derechos que reconocen al autor la posibilidad de explotar de forma exclusiva la obra creada o la posibilidad de ceder tales derechos a terceras personas de forma onerosa o gratuita. Estos derechos facultan al titular a explotar una obra o prestación. Pero al mismo tiempo prohíbe a terceros hacerlo sin la autorización del legítimo titular de los mismos. Y en tercer y último lugar los llamados derechos conexos otorgados a titulares intermediarios relacionados con la producción, la grabación o la difusión de obras o prestaciones protegidas¹⁴.

5.1. Los Derechos Morales

El derecho moral es un derecho personalísimo, es irrenunciable e inalienable. Es decir, su objetivo es proteger al autor a través de su obra. Ahora bien no existe el

¹⁴ STC 35/1987 sobre el contenido del derecho de autor

derecho si no existe la obra. Es un derecho que no se reconoció en nuestra legislación hasta 1987, aunque anteriormente España había ratificado el Convenio de Berna en 1886 el cual reconocía, en su artículo 6 bis apartado primero, el derecho moral de autor a nivel internacional, al incluir el derecho de paternidad y el derecho a la integridad de la obra. No obstante, el Tribunal Supremo¹⁵ entendió que hasta que no se desarrollaran dichos derechos por disposiciones nacionales, la ratificación de dichos acuerdos eran meramente pragmáticos. Actualmente se encuentran recogidos en nuestro ordenamiento en los artículos 14 y ss de la LPI, son el derecho de divulgación, el derecho de paternidad, el derecho de integridad de la obra, el derecho a la modificación, el derecho de retirada, y finalmente el derecho de acceso.

El derecho de divulgación consiste en la facultad del autor de decidir sobre la divulgación de la obra, el momento y la forma de la misma. Se entiende por divulgación la expresión de la obra, previo consentimiento del autor que permita al público acceder a la obra por primera vez, independientemente de la forma. Generalmente el derecho de divulgación se hace efectivo juntamente con el derecho de explotación, es decir se patrimonializa el derecho. Ahora bien, la venta de la obra por parte del autor no siempre implica su divulgación. Dependerá de cada caso concreto, ya que el autor puede vender una escultura a un particular sin que ello implique la autorización de una posterior exposición al público en general.

Este derecho, también llamado derecho de inédito, tiene una vertiente negativa que consiste en la decisión por parte del autor de no divulgar la obra. En este caso toda divulgación total o parcial de la obra sería ilícita.

El derecho de paternidad es el que tiene todo autor de ser reconocido como el mismo, es decir de su autoría. También existe la posibilidad de que el autor no quiera revelar su identidad y quiera mostrarse bajo un seudónimo o bajo el anonimato. En este caso podrá ejercer el llamado derecho de revelación, es decir revelar su identidad. La mayoría de veces llegan a los tribunales casos por plagio o usurpación de la paternidad¹⁶ en la que un tercero se apropia de la autoría de la obra, atentando contra el derecho moral de paternidad y contra el derecho patrimonial de reproducción, o casos en los que se omite la identidad del autor¹⁷.

El derecho a la integridad¹⁸ da al autor el derecho a exigir el respeto a la integridad de su obra, por lo tanto la modificación, transformación, alteración o modificación contra ella, que suponga un perjuicio a sus legítimos intereses personales o morales.

¹⁵ STC 21 de junio de 1965)

¹⁶ STS de 29 de diciembre de 1993.

¹⁷ STS de 1 de febrero de 2005.

¹⁸ STAP de Barcelona (sección 15ª) de 28 de mayo de 2003.

El menoscabo a su reputación supondrán una violación de su derecho. En determinados casos deberá analizarse las circunstancias concretas. Por ejemplo, dependerá de lo estipulado en el contrato que tenga el autor con su editor o cesionario ver si las modificaciones efectuadas suponen una violación del derecho o no. Cabe mencionar que el editor no necesita de una autorización para efectuar correcciones ortográficas o gramaticales, ya que entorpecería la actividad misma. Más difícil es cuando se trata de una obra que se plasma en un único ejemplar o soporte material, como son las obras plásticas. En este caso se confrontan el derecho de integridad con el derecho a la propiedad. Existe jurisprudencia de lo más variada, algunas sentencias que entienden que cualquier daño o desperfecto de la obra supone una violación al derecho a la integridad¹⁹.

En otros casos las alteraciones son consideradas incluso esenciales, concluyendo en que se deberá atender a las características de la obra, la buena fe, el dolo o la culpa y las posibles causas exoneratorias de cada caso concreto.

El derecho a la modificación aparece en el apartado 5º del art. 14 de la LPI que otorga al autor el derecho de modificar su obra, siempre y cuando respete los derechos adquiridos por terceros y las exigencias de protección de los bienes de interés cultural. Este derecho no debe confundirse con el derecho patrimonial de transformación del artículo 21 de la LPI. Se entiende que cualquier modificación que conlleve la creación de una nueva obra deriva en un segundo derecho, autónomo al principal.

En el caso de que la obra se considere de interés cultural se registrará por lo dispuesto en la Ley de Patrimonio Histórico Español de 25 de junio de 1985, la cual exige la autorización de la Administración para la modificación cualquier obra que esté sujeta a la ley anterior.

El apartado sexto del artículo 14 de la LPI se recoge el derecho del autor a retirar la obra del comercio en base a sus convicciones morales. Éste no incluye los motivos económicos, llegando a introducir la posibilidad de indemnización por daños y perjuicios a los titulares de los derechos de explotación²⁰, indemnizando no sólo por el daño emergente sino también por el lucro cesante del cesionario. Este derecho permite al autor desvincularse del contrato de cesión sobre el derecho de explotación alegando motivos morales. En el caso de que el autor decida volver a explotar la obra, el cesionario original tendrá un derecho de explotación preferente.

El último derecho moral es el derecho de acceso, que puede ejercerlo cuando sólo existe un único o raro ejemplar de la obra en poder de un tercero. En este caso el autor podrá acceder a la obra.

¹⁹ STC 3 de junio de 1991.

²⁰ Art. 1106 del CC.

Debemos aclarar que la digitalización no es una transformación, por lo tanto su resultado no constituye una obra derivada del objeto de protección jurídica independiente aunque hay interpretaciones que lo consideran una vulneración del derecho moral de la integridad de la obra²¹.

5.2. Los derechos de explotación

Los derechos patrimoniales o de explotación²² conforman las posibilidades de disfrute tangible de la propiedad intelectual. A través de estos derechos exclusivos el autor o los titulares legítimos podrán autorizar o prohibir su explotación de forma directa o mediante la transmisión a un tercero, beneficiándose económicamente.

Cualquier forma de disfrutar la explotación, incluso las hipotéticas futuras, podrán otorgar derechos de explotación²³. Ahora bien distinguimos cuatro categorías independientes de derechos de explotación básicas: el derecho de reproducción, el, derecho de comunicación pública, derecho de distribución y el derecho de transformación. Todos ellos están recogidos en los artículos 17 y ss. de la LPI.

En primer lugar trataremos el derecho de reproducción. El concepto tradicional se asocia con la idea de fijación estable en un soporte material. Ya en el artículo 99.3 de la LPI de 1987 excluía del concepto la introducción del programa en memoria interna a los solos efectos de la utilización por el usuario, sin perjuicio de la necesaria comunicación al titular del derecho cuando así se hubiera pactado.

Con el paso de los años y los grandes avances tecnológicos el concepto de reproducción se ha ampliado considerablemente hasta englobar cualquier tipo de fijación, aunque sea provisional.

Según el artículo 18 de la vigente LPI el derecho de reproducción consiste en un derecho exclusivo que faculta a su titular a autorizar o prohibir *“la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda obra o de parte de ella que permita su comunicación o la obtención de copias”*. De esta forma se entiende como reproducción cualquier forma de manifestación por sistemas digitales o analógicos. De ello deducimos que la simple digitalización, entendiéndose como la reconversión o decodificación al sistema digital de la forma

²¹ ver STAP de Madrid del 13 de noviembre de 2003 *“la doctrina ha discutido si (la digitalización) debía calificarse como supuesto de reproducción por cuanto suponía un modo de fijación de la obra, o se debía encuadrarse en el derecho de transformación por cuanto la transformación de la obra suponía una adaptación o alteración del formato original de la obra al formato digital decantándose por la primera opción ante las dificultades que podía suponer el derecho de transformación por la implicación en le mismo de intereses morales)*

²² STAP Alicante de 2 de octubre de 2000.

²³ Art. 248 y 428 CC.

original o analógica de la obra sin alterar el contenido de la obra, constituye un acto de reproducción porque permite la comunicación y la obtención de copias²⁴.

En la sociedad de la información las modalidades tradicionales de reproducción coexisten con un gran número de medios que son el resultado de los avances tecnológicos. Para comprenderlos, a fin de no dejar indefensos a los titulares de derechos protegibles, el artículo 9.1 del Convenio de Berna, se refiere a la reproducción por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma. De ello se deduce que el almacenamiento de material digitalizado en la memoria de un ordenador u otro sistema o aparato electrónico, independientemente de que sea utilizado de forma habitual pero que lo retenga de modo estable, constituye un acto de reproducción. Antes se podía leer una obra y comunicarla a terceros, y eso no producía variaciones en el dominio de la propiedad intelectual, aunque se fuera extraída de la obra. Pero con el entorno digital no se puede leer sin copiar, lo que implica siempre la reproducción de la obra.

En la legislación española se le da más importancia a la reproducción y a la distribución. En cambio en la europea prima la reproducción y la comunicación al público.

El derecho de comunicación al público está recogido en el artículo 3 de la DDASI y en el artículo 20 de LPI, este último lo define como “*todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares*”. Lo que diferencia el derecho de comunicación del derecho de reproducción es el acceso a la obra, que permite a un colectivo disfrutar de ella, sin necesidad de su incorporación en un medio tangible.

Tradicionalmente se entendía la comunicación pública como un acto donde se reunían el público y el titular del derecho, en un mismo sitio y lugar. En la actualidad, con la revolución digital ya no se limita al usuario en el acceso en cuanto a tiempo o lugar, como sucede con la televisión o el teatro, sino que el acceso es asincrónico, es decir existe una puesta a disposición interactiva.

Por lo tanto debemos matizar que en la legislación española no se distingue entre el público presente (en el mismo lugar en que se procede a comunicar, comunicación pública en sentido estricto) y el ausente (la que recoge la DDASI), sino que generaliza con el término “*pluralidad de personas*”. El Considerando 23 de la DDASI aclara cualquier posible interpretación: “*Este derecho debe entenderse en un sentido amplio que incluya todo tipo de comunicación al público no presente en el lugar en el*

²⁴ Lo podemos ver también en la Sentencia dictada por la Audiencia provincial de Barcelona (sección 15ª) de 27 de junio de 2002 (SAP Barcelona (sección 15ª) de 27 de junio de 2002 (AC2002\1551) que cuatro años antes de la transposición de la DDASI al derecho español ya observó: “*Reproducir la obra es, por lo tanto, fijarla o incorporarla a una base material o soporte físico, que meramente posibilite aquellos fines*”

que se origina la comunicación. Este derecho debe abarcar cualquier tipo de transmisión o retransmisión de una obra al público”.

Por lo que respecta a la puesta a disposición es el Considerando 24 el que aclara que la comunicación va dirigida al público ausente. Todo ello se traduce en que la comunicación a un público presente no se encuentra armonizada en nuestra legislación.

Nuestra legislación establece la comunicación doméstica como límite al derecho de comunicación pública, es decir, cuando un número de personas limitado, sin trascendencia económica para su explotación, tenga acceso a una obra sin formar parte o estar conectados a una red de difusión, en ese caso no nos encontraremos ante un acto de comunicación pública.

En el apartado segundo del artículo 20 de la LPI encontramos una lista abierta de las diferentes tipologías de actos o modalidades de comunicación. Por una parte encontramos los actos que necesitan de la presencia del público en el lugar concreto como las exposiciones de arte o las representaciones escénicas, literarias o musicales. Existe otro grupo que engloba las modalidades que necesitan de redes digitales o bases de datos. Y por último encontramos las modalidades que consisten en la emisión, proyección, transmisión o retransmisión de obras con sonidos o/y imágenes que necesitan instrumentos concretos para su difusión incluido la comunicación por vía satélite.

A diferencia del derecho de reproducción que se reconoce a autores, artistas o intérpretes, productores y organismos de radiodifusión, el derecho de comunicación al público sólo se reconoce a los autores y no a los intérpretes, los cuales podrán cederlo a un tercero, con la autorización pertinente.

El derecho de distribución, recogido en el nuevo artículo 19.1 de la LPI, en el artículo 4 de la DDASI y en el Considerando 28 de la misma, consiste en el derecho exclusivo de los autores a *“la puesta a disposición del público del original o de las copias de la obra en soporte tangible, mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma”*. De esta forma se establece un control a disposición del autor, de autorizar o prohibir la distribución de sus obras y se evitan posibles confusiones en lo referente a la explotación en red.

En cuanto al agotamiento lo encontramos en el apartado segundo del artículo 19, *“Cuando la distribución se efectúe mediante venta u otro título de transmisión de la propiedad, en el ámbito de la Unión Europea, por el propio titular del derecho o con su consentimiento, este derecho se agotará con la primera, si bien sólo para las ventas y transmisiones de propiedad sucesivas que se realicen en dicho ámbito territorial”*. Por lo tanto los titulares pueden escoger el país donde quieren poner sus ejemplares en circulación. Ahora bien en el momento en que ejecuten esta acción

pierden toda posibilidad de controlar sus movimientos en el mercado común. El agotamiento es comunitario por origen y por alcance

Por último tenemos el derecho a la transformación recogido en el artículo 21 de la LPI, entendido como la facultad de modificar una obra dando lugar a otra obra independiente y diferente a la original, y por tanto con una titularidad distinta. Podemos englobar dentro de las obras que derivan del ejercicio del derecho de transformación las obras derivadas y las obras compuestas, recogidas en los artículos 11 y 9 respectivamente. La LPI enumera en un listado no cerrado de las obras derivadas, tales como las traducciones, las adaptaciones, las revisiones, las actualizaciones, las anotaciones, los compendios, los resúmenes, los arreglos musicales o cualquier transformación de una obra. Por lo que se refiere a la obra compuesta, consiste en la incorporación de una obra en otra nueva con el requisito de la no colaboración del autor de la obra original y la necesaria autorización de éste último. La norma, encuentra necesario especificar que la ordenación de la información contenida en una base de datos constituye un acto de transformación.

La problemática que rodea el derecho de transformación es la habitual confrontación con el derecho moral de integridad de la obra. En estos casos se deberá atender al grado de transformación y la lesión que cause a la obra y al autor atendiendo a cada caso concreto. Existen casos donde el derecho a transformación prima sobre el derecho a la integridad, por ejemplo las modificaciones de un editor relativas a la puntuación de una novela o el productor de una película basada en la adaptación de una novela. En el caso de las adaptaciones, a efectos de responsabilidad, será importante establecer las medidas necesarias para que el público tenga conocimiento que la obra es la adaptación a otra obra habitual a efectos de responsabilidad.

En el nuevo entorno digital es mucho más fácil realizar transformaciones de obras no autorizadas. Ahora bien debemos tener claro que la digitalización y el “*routing*”²⁵ no constituyen un acto de transformación. En cambio el “enmarcado” de sitios Web que alteran la presentación original de la misma y están realizados por sujetos diferentes al autor original si constituyen un acto de transformación.

5.3. Los derechos conexos

Mientras que los derechos explicados anteriormente abarcan el derecho de autor, tomado como sujetos de los mismos los propios autores o los cesatarios, los “derechos conexos” son aquellos que se otorgan a los titulares que entran en la

²⁵ La descomposición de archivos en pequeños fragmentos independientes entre si y comprensibles por los programas informáticos utilizado para la transmisión de archivos por la red.

categoría de intermediarios en la producción, grabación o difusión de obras. Estos titulares gozan de protección en cuanto intervienen en el proceso de creación intelectual. Los músicos o actores interpretan, y en cierta medida ayudan a crear la obra o canción que interpretan. Los productores graban y ayudan a a elaboración final de la obra. Y finalmente los organismos de radiodifusión prestan asistencia para la divulgación de ciertas obras.

6. Límites y excepciones

Encontramos una lista de los supuestos que conforman los límites o excepciones de la LPI (en adelante los límites) en el Capítulo II del Título III del Libro I (arts. 31 y ss.). Los límites son fundamentales para que exista un equilibrio entre los intereses de los autores o titulares de derechos y los intereses colectivos de los usuarios o consumidores. Aunque los límites se centran en los derechos de explotación, es decir su vertiente patrimonial, normalmente llevan implícito el respeto a los derechos morales de autor.

La Directiva 2001/29/CE es incorporada a nuestra legislación mediante la Ley 23/2006, que intenta armonizar las legislaciones europeas en los derechos que derivan de la propiedad intelectual y las limitaciones y excepciones de los derechos exclusivos.

El problema radica en que la DDASI, en su artículo 5, contiene una lista cerrada de 21 límites o excepciones. Dicha lista tiene un carácter facultativo, es decir, su incorporación a las legislaciones nacionales es opcional, excepto el límite relativo a la reproducción provisional²⁶ que es de aplicación obligatoria por los estados miembros. Ello conlleva una falta de armonización entre las legislaciones de los Estados Miembros por lo que respecta a los límites y excepciones, afectando al mercado interior europeo. Por ejemplo, Holanda no reconoce el límite a la copia privada²⁷; en Holanda o Dinamarca se reconoce el canon para soportes materiales pero no para equipos y, por último, países como España reconocen el límite de copia privada y el canon tanto para soportes materiales como para equipos. Todo ello afecta al mercado interior, poniendo a los fabricantes e importadores nacionales en una posición desfavorable en comparación a otros fabricantes e importadores europeos que no tienen que pagar ese canon. Otro ejemplo, es que en la normativa nacional²⁸ a diferencia de la normativa europea no se especifica la temática de las obras que se puedan beneficiar del límite. Cuando los límites nacionales sean más

²⁶ Art. 31.1 LPI.

²⁷ Postura adoptada también por Estados Unidos de América.

²⁸ Art. 33 de la LPI.

extensos que los límites dictados por la legislación europea deberán salvarse por vía interpretativa.

Existe la llamada cláusula del abuelo, un elemento de seguridad que permite salvar ciertos límites típicos de cada país recogido en el artículo 5.3 o) de la DPI²⁹. De esta forma se admiten límites a los derechos de reproducción y comunicación al público (en el artículo 5.4 se extiende al derecho de distribución) con carácter analógico, en referencia a elementos típicos de cada país que no se recojan en la normativa europea.

Es importante tener en cuenta que salvo previsión expresa en contra (artículo 1.2 DDASI) los límites establecidos en las directivas anteriores a la misma siguen vigentes.

A continuación explicaremos los límites más importantes haciendo una mención final a la prueba de los tres pasos.

6.1 Limite derecho de reproducción provisional.

Encontramos este límite recogido en el primer apartado del artículo 31 de la LPI. Con este nuevo apartado el legislador exime de necesitar autorización para las reproducciones provisionales sin significación económica. De esta forma el legislador contempla las grabaciones transitorias o provisionales de las entidades de gestión. La ley establece como requisitos para poder ampararse en el límite que los actos de reproducción *“formen parte integrante o esencial de un proceso tecnológico y cuya única finalidad consista en facilitar bien una transmisión en red entre terceras partes por un intermediario, bien una utilización lícita”*.

6.2 Límite de copia privada

El límite de la copia privada surge ante el aumento de reproducciones de obras por parte de los usuarios y la dificultad de los titulares de los derechos exclusivos a ejercer un control sobre las mismas. También refleja la imposibilidad de conocer todas las personas que adquieran equipos o soportes materiales que permiten la realización de copias por respeto a su intimidad.

²⁹ Art. 5.3 o) de la DPI²⁹: *“Cuando el uso se realice en otros casos de importancia menor en que ya se prevean excepciones o limitaciones en el Derecho nacional, siempre se refieran únicamente a usos analógicos y que no afecten a la libre circulación de bienes y servicios en el interior de la Comunidad, sin perjuicio de las otras excepciones y limitaciones previstas en el presente artículo”*. También recogido en el Preámbulo de la LPI.

Encontramos lo relativo a la copia privada³⁰ en los artículos modificados 31.2 de la LPI, en cuanto constituye un límite a los actos de explotación, y en el artículo 25 referente a la compensación equitativa. Con estas modificaciones introducidas por la Ley 23/2006, disponemos de una regulación específica para la copia privada digital, que intenta equilibrar los intereses entre las partes afectadas (titulares de derechos, consumidores, fabricantes e importadores), y adaptarse a la evolución tecnológica (delimitando las excepciones y límites relacionados). Por su importancia respecto a la relación entre la propiedad intelectual e Internet, la analizaremos de una forma más detallada. Cabe decir que por la complejidad del tema destacaremos sólo los elementos más importantes.

Nuestra legislación incorpora ciertas excepciones a los derechos exclusivos de explotación de la propiedad intelectual. El límite de la copia privada permite la reproducción de obras o prestaciones ya divulgadas sin la necesidad de autorización por parte del legítimo titular. Una de las novedades más importantes es que la aplicación de este límite se hace con independencia al soporte material de la obra. Antes de la reforma se podía entender que sólo afectaba a los soportes analógicos. Ello generó una problemática³¹ sobre si era aplicable el canon de copia privada a los soportes digitales como los CD o DVD o si se debía aplicar a soportes que se utilizaban para otras finalidades ajenas a la copia privada. Con la reforma del artículo 31.2 de la LPI se incorpora la copia privada digital al modificar la redacción del artículo incluyendo la reproducción “*en cualquier soporte*”.

Las copias realizadas deberán cumplir tres requisitos básicos, no ser lucrativas, no colectivas y que el acceso a las obras copiadas haya sido legal o lícito.

Otra novedad hace referencia a los beneficiarios del límite. Mientras que antes de la reforma, nuestra legislación hacía referencia al “*copista*”, sin concretar si debía ser una persona física o jurídica, la modificación efectuada por la Ley 23/2006 aclara que los beneficiarios del límite de copia privada deberán ser personas físicas que realicen la reproducción para su uso privado, excluyendo a las empresas públicas o privadas.

Este último punto, aunque fue omitido en el artículo 5.2. b) de la Directiva, aparece en el artículo 6.4 de la misma que obliga a los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias para que esos límites puedan ser ejercitados de forma efectiva por sus legítimos beneficiarios. Con la incorporación de este requisito en nuestra legislación, se pretende diferenciar el límite de la copia privada de la piratería. Por lo tanto las descargas de archivos digitales sin autorización desde páginas Web o por

³⁰ Aparece en nuestro ordenamiento por primera vez con la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual

³¹ Ver STAP de Barcelona sección 15ª de 19 de Abril de 2004 de y STAP Valencia de 31 de Julio de 2003.

redes de intercambio de archivos (P2P) no se pueden beneficiar del límite y son ilegales³².

Por último, nuestro legislador en el mismo artículo 31.2 hace referencia a la compensación equitativa en relación con las medidas de protección tecnológica del artículo 161 de la misma ley. Aunque más adelante profundizamos en este tema³³ es importante entrar un poco en detalle, en cuanto la utilización de las medidas tecnológicas eficaces de protección impide realizar copias de la obra. Por lo tanto, desaparece el fundamento del canon por copia privada, ya que sería contrario al principio de no pagar dos veces por el mismo concepto. El usuario pagaría por el uso de la obra (mediante licencias o descargas legales remuneradas), y volvería a pagar al comprar un CD o un disco duro sujeto a la compensación equitativa. Por ello será determinante la aplicación de medidas de protección tecnológica para cuantificar la compensación equitativa por copia digital. En el caso que el titular opte por no aplicar dichas medidas disponibles se reducirá la cuantificación de los perjuicios causados.

Como solución en el entorno digital, el legislador incorpora a nuestro ordenamiento la compensación equitativa por copia privada recogida en el artículo 25.6 de la LPI. Dicha compensación pretende restablecer el posible daño patrimonial causado por terceros por las copias realizadas al amparo del artículo 31.2 de la LPI. Nuestra legislación, a diferencia de la europea³⁴, establece un sistema de remuneración como pago de contraprestación con el fin de equilibrar los intereses particulares y de los titulares de derechos. De esta forma se establece los medios necesarios para que las entidades de gestión lleguen a un acuerdo donde se determine que equipos, aparato o soportes materiales de reproducción digital están sujetos al pago de la compensación equitativa al igual que el importe de los mismos. Estos acuerdos deberán ser aprobados mediante una orden ministerial del Ministerio de Cultura y el Ministerio de Industria, Turismo y Cultura (en el caso de no llegar a un acuerdo serán los ministerios los encargados de establecer las condiciones e importes, previa consulta al Consejo de Consumidores y Usuarios e informe del Ministerio de Economía y Hacienda). Para ello se tendrán en cuenta los criterios establecidos por el Considerando 35 y 39 de la Directiva. Es decir, se valorará el perjuicio causado a los titulares de los derechos de propiedad intelectual, la previsión del perjuicio mínimo causado, y la disponibilidad y grado de utilización de las medidas de protección tecnológicas. Nuestra legislación añade como criterios la capacidad de

³² Los daños causados por la descarga ilícita de obras o prestaciones no son computables a la compensación equitativa.

³³ Ver epígrafe II.5.

³⁴ La Directiva entiende que se deberán atender a las circunstancias concretas de cada caso.

almacenamiento del equipo o soporte, calidad y tiempo de conservación y, finalmente, el principio de proporcionalidad.

Existen excepciones al pago de la compensación equitativa recogidas en el apartado 7 del artículo 25 de la LPI. Existe mucha controversia en este sentido porque son consideradas insuficientes por una parte y excesivas por otras. La primera de ellas exime del pago de la compensación a las empresas que tengan autorización para llevar a cabo actos de reproducción en el ejercicio de su actividad y adquieran equipos o materiales que en un principio deberían estar sometidos al pago de la compensación. De esta forma se evita que productores de fonogramas o entidades de radiodifusión paguen dos veces por el mismo concepto. En segundo lugar, y muy controvertida, tenemos la exclusión a la obligación de pagar la compensación equitativa para los discos duros que no tengan como finalidad principal la reproducción con fines de copia privada. En tercer lugar tenemos los equipos o soportes adquiridos en el extranjero. Y por último, el legislador da la opción al Gobierno de establecer excepciones adicionales para aparatos que no se utilicen para realizar copias privadas.

6.3 Límites relacionados con la seguridad, los procedimientos oficiales y los discapacitados.

En el primer apartado del artículo 31 bis de la LPI encontramos el límite que permite realizar un acto de explotación cuando los fines sean la *“seguridad pública o para el correcto desarrollo de procedimientos administrativos, judiciales o parlamentarios”*. En el segundo apartado del mismo artículo encontramos el segundo supuesto relativo al límite en beneficio de personas discapacitadas. La reforma de la ley amplía los beneficiarios de este límite de los invidentes a todos los discapacitados. Este límite tendrá tres requisitos: no pueden tener fines lucrativos, deben tener una relación directa con la discapacidad relacionada y, por último deben, llevarse a cabo *“mediante un procedimiento o medio adaptado a la discapacidad y se limiten a lo que ésta exija”*.

6.4 Límite relativo a las citas e ilustraciones de la enseñanza.

Nuestra legislación, en el artículo 32 de la LPI, contempla como límite la inclusión de fragmentos de obras ajenas en una propia, ya sean escritas, audiovisuales o sonoras, o de *“obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo”*. Para beneficiarse de este límite deberemos estar ante obras ya divulgadas, usadas a modo de cita o para su análisis o comentario siempre con fines docentes o de

investigación. Se deberá incluir la fuente y el autor de la obra citada. La inclusión de una obra ajena debe ser utilizada como complemento a la obra principal. Es por esta razón que en el párrafo segundo del mismo apartado se especifica que serán consideradas citas las “*recopilaciones periódicas efectuadas en forma de reseñas o revistas de prensa*”. Ahora bien dichas citas deben tener una función informativa, por esta razón más adelante se especifica que las recopilaciones de noticias con fines comerciales deberán compensar económicamente al autor de las obras recopiladas. Si el autor se opone expresamente su reproducción también se considerará ilícita. Por lo que respecta al apartado segundo del mismo artículo exime a los profesores de aulas³⁵ de la necesidad de disponer de la autorización del legítimo titular para llevar a cabo actos de reproducción, distribución, comunicación pública de “*pequeños fragmentos de obras*” ya divulgadas, cuando tengan como fin la ilustración de las actividades educativas realizadas por el mismo. Se excluyen los libros de textos, los manuales universitarios y las “*compilaciones o agrupaciones de fragmentos de obras o de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo*”.

6.5 Límite sobre los trabajos de actualidad.

El artículo 33 de la LPI prevé la distribución, reproducción y comunicación pública de “*trabajos y artículos de actualidad difundidos por los medios de comunicación social*”. Los medios de comunicación podrán realizar actos de explotación de informaciones que se encuentren divulgadas, con la obligación de citar la fuente y el autor de la información, y su uso esté justificado (Art. 35.1 de la LPI) respetando siempre el derecho de remuneración del autor original. Para colaboraciones literarias, la ley exige la autorización del autor.

En el segundo apartado se recoge el límite para actos de explotación ante los Tribunales de “*conferencias, alocuciones e informes*” pronunciadas en público y que tengan como finalidad informar sobre temas de actualidad, excluyendo expresamente los discursos parlamentarios o realizados en corporaciones públicas. Dentro de este límite debemos incorporar el recogido en el artículo 35.1 de la LPI, en cuanto exige que tenga una finalidad informativa. La diferencia con los límites anteriores es que no es requisito indispensable que se trate de una obra ya divulgada aunque si deberá formar parte de informaciones sobre los acontecimientos de la actualidad.

³⁵ En el caso de educación no reglada los interesados podrán beneficiarse del límite contenido en el primer apartado del mismo artículo

6.6 Límite de la utilización de bases de datos

La legislación faculta al usuario legítimo los actos necesarios para el acceso y la normal utilización de la base de datos. No necesitarán de la autorización del autor de la base de datos cuando los actos de explotación que se pretendan tengan fines privados (únicamente para bases de datos no electrónicas), docentes, para la seguridad pública o para procedimientos judiciales o administrativos (Art. 34 LPI).

6.7 Límites para obras situadas en vías públicas

No se necesita la autorización del autor para la reproducción, distribución o comunicación pública de una obra (pintura, dibujo, fotografía u obra audiovisual) que se encuentre situada de forma permanente en lugares de acceso público como calles o plazas.

6.8 Límite de reproducción, préstamo y consulta de obras en determinados terminales.

Nuestra legislación ha incorporado un nuevo límite que permite la reproducción para fines de investigación o conservación por parte de *“museos, archivos, bibliotecas, hemerotecas, fonotecas o filmotecas de titularidad pública o que pertenezcan a entidades de interés general de carácter cultural, científico y educativo sin ánimo de lucro, o instituciones docentes integradas en el sistema educativo español”*. En estos casos, los autores no podrán oponerse a la reproducción ni los establecimientos necesitarán de su autorización previa, sin perjuicio que el titular del derecho pueda percibir una remuneración equitativa. En el caso de que los beneficiarios de este límite quieran realizar un acto de distribución o comunicación pública deberán solicitar la autorización al legítimo titular de los derechos, excepto si los actos se realizan a través de una red cerrada e interna a través de terminales especializados en los establecimientos de los beneficiarios.

6.9. La prueba de los tres pasos

Por último comentaremos la prueba de los tres pasos recogido en el Art. 5.5 DDASI, pero que ya venía desde el Convenio de Berna (también en los Tratados de Internet de la OMPI y en el acuerdo sobre ADPIC): *“las excepciones y limitaciones (...) únicamente se aplicarán en determinados casos concretos que no entren en conflicto con la explotación normal de la obra o prestación y no perjudique*

injustificadamente los intereses legítimos del titular del derecho". De esta forma se busca un cierto equilibrio entre los derechos y los límites. Los tres criterios son cumulativos, es decir si falla uno no se pueda aplicar el límite y deben examinarse de manera sucesiva. En nuestra legislación el artículo 40 bis de TRLPI recoge dos de los tres criterios omitiendo el relativo a determinados casos especiales. Por lo tanto, los jueces deberán interpretar las disposiciones de los límites sin dañar los intereses legítimos del autor ni la explotación normal de la obra.

7. Duración

Nuestro ordenamiento ha limitado el derecho de propiedad intelectual en lo que respecta a la temporalidad. Actualmente los derechos de explotación de una obra están fijados en setenta años después de la muerte del autor (art. 26 de la LPI). En el caso de las obras anónimas o divulgadas bajo seudónimo el cómputo de setenta años empezará con su divulgación lícita y en el caso de que la divulgación se haya hecho de forma ilícita se hará a partir de su creación (art 27 LPI). Como vemos se prescinde de la vida del titular originario porque en la mayoría de casos son personas jurídicas (productores) los que ostentan este derecho (previa cesión del autor).

En el caso de los derechos de explotación que tengan como titulares los artistas, intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas, los productores audiovisuales o las entidades de radiodifusión se reduce el límite a cincuenta años desde su interpretación o divulgación lícita o realización (art 112, 119, 125 y 127 de la LPI),

A diferencia de la propiedad ordinaria, la propiedad intelectual tiene un límite temporal para que transcurrido un tiempo razonable, durante el cual el autor o titular del derecho ha podido percibir una remuneración económica por el esfuerzo creativo realizado, la obra pase a dominio público. De esta forma se busca un equilibrio entre los intereses de los autores, compensando su esfuerzo, recursos económicos y tiempo, y los intereses sociales. Debemos aclarar que dicho límite no afecta a todos los derechos relacionados con la propiedad intelectual por igual, sino únicamente a los derechos de explotación, debido a que los derechos morales no tendrán límite en el tiempo.

8. Registro

El Registro General de la Propiedad Intelectual se encuentra regulado en los artículos 144 y 145 de la LPI, y desarrollado por su propio reglamento (RD 28/2003). El artículo 145 establece el objeto de inscripción como “*los derechos de propiedad intelectual relativos a obras y demás producciones protegidas*”, ahora bien en el reglamento matiza que también podrán inscribirse los actos de transmisión, modificación o transmisión relacionados con los derechos inscritos. Es importante tener en cuenta que rige el principio de trato sucesivo, deberá constar el derecho original para poder inscribir actos o contratos que transmitan o modifiquen el original. Ahora bien la ley admite la inscripción del derecho del cesionario como original cuando se presuma una cesión ex legue de derechos con carácter originario

Aunque la ley establece que nos encontramos ante un registro de carácter único para el territorio nacional (Art. 144.1 LPI), en la práctica se trata de registros territoriales autonómicos con una reglamentación común en lo que se refiere a procedimientos de inscripción, medidas de coordinación e información (Art. 2 RD 28/2003). Es competencia de las Comunidades Autónomas todo lo relativo a su estructura y funcionamiento. Existe un Registro Central único y una Comisión de Coordinación que complementan a los registros territoriales.

Según el Convenio de Berna y nuestra legislación para el reconocimiento y protección del derecho de autor no se necesita de un procedimiento oficial o formalidad. Por lo tanto, la inscripción de un derecho será a instancia de parte, no de oficio. Los actos o derechos estarán sujetos a calificación para su inscripción en el mismo. Si la inscripción es denegada o suspendida la parte podrá ejercer las acciones que considere necesarias ante la jurisdicción civil (Art. 145.2 de la LPI y Art. 25.1 RD 28/2003) o por vía administrativa, para las resoluciones o actos de trámite (Art. 25.2 RD 28/2003).

En base a lo estipulado por apartado tercero del artículo 145, se presume con carácter *iuris tantum* que los derechos inscritos, existen y pertenecen al titular que consta en el registro. En consecuencia, su inscripción no es ni constitutiva ni obligatoria para la existencia de un derecho³⁶

³⁶ STAP Barcelona (sección 15ª) de 28 de mayo de 2003.

II. LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN.

1. Internet

El fenómeno de Internet tiene su origen a principios de los años 60. El gobierno de los Estados Unidos impulsó la creación de una red telemática mediante su *Defense Advance Research Proyects Agency* (DARPA). El objetivo del mismo era crear un instrumento rápido y seguro de comunicación entre los distintos centros de mando del ejército norteamericano en caso de ataque nuclear.

El éxito de la red, reveló su potencial como medio de comunicación e intercambio de datos, tanto en lo militar como en lo científico. Así a principios de los 80 surge CSNET (*Computer Science Network*) y la MILNET (red militar del departamento de defensa). Finalmente en 1983 y bajo el compromiso de utilizar el protocolo IP las tres grandes redes norteamericanas (ARPANET, CSNET y MILNET) se interconectaban dando origen a Internet.

No obstante Internet seguía siendo un medio de comunicación reservado a la élite científica y a los centros militares. A principio de los noventa la administración Clinton-Gore y con la aprobación del congreso dio el libre acceso a Internet. Así redes telemáticas de cientos de naciones se interconectaron a la gran red generando una intercomunicación mundial.

No obstante el software que hacía posible el uso de la red estaba aun infra desarrollado. Así, la mejora de instrumentos de comunicación en red se convirtió en una exigencia fundamental, al no ser la transmisión de ficheros y e-mail suficientes. En este marco se creó una aplicación que revolucionaría el uso de la red, la *World Wide Web*.

El éxito de Internet supero cualquier expectativa. Se consiguió crear no solo un medio de comunicación rápido y barato de ámbito internacional sino un nuevo espacio virtual de encuentro donde, los operadores económicos podían desarrollar su actividad y satisfacer sus ansias de beneficio económico. Esto propició un conjunto de transacciones económicas que pronto sería conocido como comercio electrónico. Si bien esta modalidad comercial sigue siendo importante, pronto se vio al ciberespacio como espacio ideal para la comercialización de información y bienes inmateriales con carácter general.

Otras iniciativas empresariales surgidas fueron tales como servicios de consulta *on-line*, bases de datos, versiones digitales de publicaciones periódicas, publicación y venta de obras intelectuales perfilando una nueva realidad.

Esta popularización de Internet tanto en el ámbito comercial como en el particular, ha generado algunas controversias respecto los enlaces en Internet que resultan interesantes desde la perspectiva del derecho privado, particularmente desde el derecho mercantil. Cualquier restricción o atribución de responsabilidad a lo que se hace llamar el principio de libre enlace es considerado por muchos una violación de sus derechos de usar y expresarse libremente en la red. Es cierto que los enlaces son instrumentos imprescindibles para el desarrollo de la red, pero también lo es el hecho de que en ocasiones estos puedan vulnerar otros derechos o bienes.

2. Obras específicas relacionadas con Internet: el *website*

Parece indudable que el *website*, o sitio Web, es una creación intelectual cuya ejecución exige cierto esfuerzo técnico y artístico, que fundamentalmente en los *websites* destinados a una explotación comercial puede ser enorme.

Los sistemas jurídicos continentales tienden a decantarse por el criterio economicista de originalidad, que identifica originalidad con el concepto de lo no copiado. Este criterio es extremadamente útil para otorgar protección bajo el derecho de autor y derechos concretos a muchas de estas obras. Por lo tanto, se puede afirmar que la página Web son, en tanto que creaciones intelectuales originales, merecedoras de protección del derecho de autor.

Desde una perspectiva visual una página Web es un documento informático que presenta un conjunto ordenado de elementos (textos, gráficos, fotografías, programas de ordenador y sonido) que permite al autor difundir información. No obstante, existe la perspectiva técnica que una página Web es un código informático que proporciona un resultado cierto y que, al ser original, es susceptible de protección por el derecho de autor. Además, cada una de las creaciones que la componen el *website* es susceptible de protección individual.

Parece indudable que las vías de protección son aplicables con carácter general para todas los *websites*. No obstante existen casos en que los sitios Web no se configuran únicamente como medio para comunicar un mensaje sino que se convierten en puertas de acceso a una base de datos.

Al hablar de la relación entre *websites* y bases de datos es necesario diferenciar dos supuestos claros:

Puede ocurrir que el creador de una Web configure y clasifique los contenidos de la misma estructurando dicha información en el propio código fuente. Esta Web podría ser susceptible de la protección propia de las bases de datos por la disposición ordenada y sistemática de la información contenida en el mismo.

Asimismo, puede suceder que el creador de la página no integre los datos en la propia Web sino que coloque la información que quiera difundir en una base de datos propia. Al creador del *website* le restará conectar éste a través del programa de ordenador adecuado con la base de datos para hacer público su contenido. Por ello, las Webs clientes no son auténticas bases de datos sino ventanas o *interface* que dan acceso a las mismas, debiendo tener el continente (Web) y contenido (base de datos) la protección que a cada cual le es propia de forma independiente.

3. Los enlaces.

Establecer una clasificación de los tipos de enlaces no es tarea sencilla, pero dado que los enlaces no se ejecutan únicamente cuando el internauta lo desea y no siempre este conoce a donde es dirigido, se puede adoptar la voluntad como criterio diferenciador.

Distinguimos tres grandes grupos de enlaces. Los enlaces voluntarios, los involuntarios y los P2P links. Los primeros son aquellos que designan a un conjunto de links cuya activación ejecuta voluntariamente el usuario. Se distinguen entre enlaces directos y marcos ("*frames*"). Los enlaces directos se componen de los enlaces de superficie o "*surface links*"³⁷, que vinculan directamente una página Web a la página inicial de otro *website* y, los enlaces profundos o "*deep links*", que vinculan directamente una página Web al interior de otro *website*, evitando así el paso por la página principal. Como resultado se evitan posibles advertencias o mensajes publicitarios allí colocados. Los prejuicios causados al titular de la Web consisten en la reducción de los ingresos en publicidad y pueden hacer creer al visitante que los dos *websites* enlazados poseen alguna relación jurídica o comercial.

El otro tipo de enlace voluntario son los marcos o "*frames*", que permiten dividir una página Web en dos ventanas o marcos. En una de ellas se incluyen elementos distintivos de la página Web (como logotipo, marca y publicidad) y en la otra información o contenidos. Esta realidad puede generar situaciones de conflicto entre la Web donde se encuentra el link y la Web enlazada, ya que se puede modificar la

³⁷ Según STAP de Madrid Sección 2ª de 11 de septiembre de 2008 los enlaces profundos no son ni actos de reproducción, ni de distribución ni de comunicación pública.

aparición de la página capturada, siendo esto una violación de los derechos de autor.

El segundo grupo, los enlaces involuntarios, se activan por el navegador sin la intervención del internauta. Existen dos tipos de enlaces involuntarios. Los enlaces ensamblados, o “*embedded links*”, permiten al titular de una página integrar en la misma los contenidos de otra, sin que el usuario sea consciente de la existencia del link. Los de nueva ventana que se activan cuando se visita una Web. El navegador de motu proprio y sin conocimiento del usuario abre una segunda ventana que nos enlaza a un *website* distinto.

Por último tenemos los enlaces P2P links que, más que enlaces, son programas de ordenador que permiten que los individuos se interconecten entre si para comunicarse o intercambiar archivos informáticos, principalmente de contenido musical, fotográfico o videográfico de forma recíproca. Se podrán realizar actos de explotación mediante la transmisión o por descargas directas entre los terminales o memorias de los ordenadores de obras o prestaciones La cuestión es que la mayoría de estos archivos intercambiados son susceptibles de protección a través del derecho de autor y derechos conexos.

4. Actos específicos de reproducción en internet

Los actos de reproducción y comunicación pública son los protagonistas de la revolución digital.

Los actos específicos de reproducción relacionados con Internet son:

- *Routing*: es el primer acto de reproducción efímera que el usuario realiza al conectar su ordenador a la red. De esta forma se produce la transmisión y libre circulación de datos en formato electrónico mediante la conmutación de paquetes de datos. Vemos que el *routing* es la reproducción de una transmisión en el marco de una utilización lícita que merece quedar incluida dentro del ámbito de la excepción. Parece indudable que la misma no posee una significación económica independiente.
- *Proxy catching*: es una técnica de maximización de recursos empleada por los servidores que prestan acceso a una red telemática para mejorar sus recursos. En este caso para que el acto de reproducción quede dentro del marco de la excepción, el mismo debe constituir parte integrante del proceso tecnológico. Dado que el carácter accesorio parece ser el protagonista, el proceso tecnológico es posible sin el empleo del *catching*. Tampoco se

puede obviar que la exigencia relativa a la ausencia de significación económica independiente de los actos incluida en la misma parece cumplirse a la perfección en el *proxy catching*.

- *Mirroring*: esta técnica consiste básicamente en clonar o utilizar una copia idéntica de *website* para ser colocado en un servidor más cercano al usuario facilitando un acceso más rápido. Parece evidente que este es un caso de reproducción que debe permanecer dentro del ámbito del derecho exclusivo del titular. Cada una de las clonaciones del propio *website* requiere una voluntariedad del titular donde se alberga el *mirror*. Además cabe señalar que el *mirroring* tiene una significación económica propia lo que niega el alcance de la excepción.
- *Local catching*: esta reproducción es igual al *proxy catching* pero sustituyendo al servidor por el disco duro del usuario. Esta es una opción disponible en la práctica totalidad de los navegadores de Internet. Así muy difícilmente puede ser calificada de transitoria. En segundo lugar la calificación de esencial es muy discutible. La razón fundamental de los derechos patrimoniales es la posibilidad de ser objeto de una explotación ilícita de las obras almacenadas en el disco duro del ordenador. Nada impide al usuario que elementos protegidos del *website* almacenado en su *catching local* sean extraídos y almacenados en diferentes soportes (discos ópticos, unidades Zip o CD) para una explotación posterior, vulnerando el derecho de reproducción exclusivo y el de distribución del titular. La excepción de la copia privada es la reproducción para uso privado y sin fines directa o indirectamente comerciales, reproducción que sería lícito mediante el pago del canon compensatorio correspondiente.
- RAM: la reproducción RAM es el último de los actos reproductivos de las reproducciones provisionales. Cuando el usuario recibe los paquetes de datos que la constituyen. El ordenador ejecuta los mismos en su memoria RAM. En muchas ocasiones salvo si el titular del Web ha establecido las medidas tecnológicas oportunas los datos o parte de ellos son almacenados en el caché local del usuario para facilitar una segunda reproducción. Es una reproducción transitoria en tanto que no es permanente y que forma parte de un proceso tecnológico esencial que hace posible una utilización lícita de la obra. Así para determinar la licitud del usuario, a la hora de visualizar la obra habrá que diferenciar entre *website* abiertos y cerrados. Por tanto siempre que el usuario este preautorizado y sea por tanto un usuario legítimo la reproducción caerá dentro del ámbito de la excepción. No obstante establece como requisito para que opere la excepción que el acto reproductivo no

tenga por sí una significación económica independiente. El fundamento de la excepción radica en proteger el derecho patrimonial del titular del derecho de reproducción.

No se considerará reproducción el establecimiento de enlaces o links ya que se indica la dirección, otra cosa es cuando se active el enlace.

De hecho en el artículo 20 de la LPI se recoge diversos supuestos que se consideran comunicación pública, como la proyección de obras audiovisuales o la transmisión de obras por medios inalámbricos entre otras.

Aunque no siempre el uso personal resulta una excepción. En el caso de la reproducción de un programa de ordenador, aunque sea parcial o transitoria, necesitará de la autorización del titular del derecho y por lo tanto el infractor no podrá ampararse en la excepción (art. 99 a) LPI)

5. Actos específicos de comunicación pública o puesta a disposición en Internet.

Al publicar una página Web, el titular de la misma ejerce el derecho de comunicación pública, lo que parece conllevar implícitamente la autorización de todas las reproducciones necesarias para su correcta visualización.

El derecho de comunicación no sólo comprende la mera publicación del sitio Web sino que se extiende hasta la manera en la que puede accederse, incluyendo la manera en la que debe ser enlazado y la forma en la que esta debe visualizarse.

No obstante, cada vez es más frecuente que el titular del derecho de comunicación pública elimine este silencio y utilice dos instrumentos: el empleo de “*terms of use*” o condiciones de uso y el uso del “*Web linking agreement*” o contratos de enlaces. Con todo, al margen de los instrumentos legales expuestos, bien de carácter declarativo o bien contractual, lo cierto es que el titular de un *website* puede incluir en el diseño del mismo el uso de medidas tecnológicas de protección. De esta manera, el titular del *website* podrá controlar y autorizar el acceso a una parte o a la totalidad del mismo, evitando cualquier tipo de enlace que no desee que se produzca o cualquier otra medida de protección que estime pertinente, destinada a la protección de sus derechos exclusivos.

Debemos entender que el hecho de “bajarse” archivos supone un acto de reproducción. En cambio compartir ficheros a través del correo electrónico, redes o chats supone un acto de puesta a disposición.

6. Las medidas de protección tecnológicas

Sin duda una de las novedades más importantes introducidas en nuestra LPI mediante la Ley 23/2006 es la incorporación de la protección de medidas tecnológicas y de la información para la gestión de derechos, recogido en los artículos 160 a 162 de la LPI (transposición DDASI, concretamente artículo 6, que trata de las obligaciones relativas a las medidas tecnológicas proporcionando protección jurídica adecuada y recursos jurídicos contra actos de elusión de las medidas)³⁸. De esta forma el legislador cumple dos objetivos, protege las obras y prestaciones en un entorno digital y, por otra parte protege las herramientas que permiten el desarrollo de la gestión de los derechos de propiedad intelectual en la sociedad de la información.

Las medidas tecnológicas de protección, en adelante MTP (definición recogida 160.3 LPI), son técnicas (como la encriptación o codificación), dispositivos (como un programa de ordenador) o componentes (sistema físico) que permiten el control al acceso y al uso de las obras o prestaciones protegidas. Estos mecanismos permiten proteger las obras protegidas por la LPI, restringiendo, impidiendo o dificultando el acceso no autorizado a la obra, permitiendo un control absoluto a los titulares de los derechos sobre sus obras. Este mecanismo de control no garantiza la protección de los derechos, por esta razón se sancionan los actos, directos o preparatorios³⁹, que permiten la elusión, supresión o deshabilitación de las medidas de protección tecnológicas.

Existen varias tipologías de medidas divididas en dos grandes subtipos⁴⁰. Los controles de acceso, como el uso de contraseñas para acceder, las licencias *on-line*, la aleatorización, la codificación o la encriptación, y por otra parte los mecanismos de control de copiado. Estos últimos permiten el acceso a la obra pero impiden su reproducción. Los podemos encontrar incorporados a los soportes digitales materiales como sistemas anticopia insertados en CD, DVD o videojuegos, o en la misma red, por ejemplo páginas donde se puede acceder a la información pero no se puede copiar o en archivos comercializados en la red como los mp3.

Este título fue incorporado a la legislación con el fin de proteger los derechos de propiedad intelectual frente a los actos individuales de elusión de medidas por parte de los usuarios, en aumento en los últimos años. De esta manera el titular podrá ejercer acciones contra los infractores. Como requisito la legislación establece que el infractor deberá tener conocimiento de que está realizando un acto de elusión, por

³⁸ También artículo 11 TODA y 18 TOIEF.

³⁹ SSTS de 13 de mayo de 1993, de 14 de mayo de 1998

⁴⁰ Algunas recogidas en la ejemplificación no cerrada de artículo 160.3.II) de la LPI.

ejemplo existen dispositivos que convierten el formato de fonogramas y además desactivan de forma automática la protección sin tener conocimiento el usuario. En el caso de los programas de ordenador (Art. 160.4 de la LPI) disponen de un régimen específico de protección de dispositivos técnicos (Art. 102 c) LPI y 270.3 CP). En este último caso no es ilícita la elusión individual de dispositivos técnicos porque no disponen de medidas tecnológicas de protección.

Es importante matizar la consideración por parte de la legislación de establecer protección jurídica no sólo a los actos de elusión de MTP eficaces sino también a los actos preparatorios, refiriéndose no solo a los sujetos que realicen el acto en si, sino también a los que cooperen, favorezcan o inciten a que los usuarios puedan eludir las medidas. La legislación en el artículo 160.2 de la LPI que plasma art 6.3 de DDASI enumera los actos preparatorios tipificados que son: la fabricación, importación, distribución, venta, alquiler o posesión con fines comerciales de cualquier dispositivo, producto o componente o prestación de servicio que tenga como finalidad principal eludir una medida tecnológica de forma eficaz⁴¹.

Las MPT no se limitan a proteger un acto concreto de explotación, como la reproducción o la comunicación pública, sino que amplía, su control al acceso, es decir al mero uso como sería la lectura. De esta forma se sanciona la simple elusión de la medida independientemente del acto posterior que realice el infractor. Creando un nuevo derecho de control sobre las creaciones disponibles en formato digital que incorporan una medida tecnológica de protección.

Existen varias posiciones sobre quien recae la decisión de incorporar una MPT a una creación. SANCHEZ ARISTI considera que los titulares originales tienen la plena capacidad de decidir si su creación debe incorporar una MPT independientemente de la cesión, exclusiva o no, de los derechos de explotación de la obra. En cambio otros autores, como Rodrigo BERCOVITZ entienden que los productores y editores, en cuanto a legítimos titulares de los derechos de explotación pueden imponer a los titulares originales la incorporación de una MPT.

El acceso sin autorización de una creación puesta en el mercado y protegida por una MPT es una conducta ilícita y se podrá emprender acciones legales contra el presunto infractor. Para la sanción en ámbito civil será imprescindible que la medida sea eficaz, sino la elusión no será ilícita (Art. 160.3).

Modificación de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP que incorpora la protección contra la elusión de medidas tecnológicas. En el artículo 270.3. del CP no se vincula la posesión de los dispositivos con la finalidad comercial (diferencia de LPI). La Circular 1/2006, sobre delitos contra la propiedad intelectual e industrial tras

⁴¹ Será de especial aplicación las medidas cautelares recogidas en art 138 c) e) f) g).

la reforma de la LO 157/2003, de 5 de mayo de 2006, de Fiscal General del Estado, aclara que *“aunque en el artículo 270.3 no se exige la concurrencia de ánimo de lucro, este debe considerarse implícito en todos los supuestos típicos de delitos contra la propiedad intelectual como diferenciadores de los ilícitos civiles”*

6.1 Límites

Tanto los Tratados internacionales⁴², como la DDASI (Art. 5), y en consecuencia nuestra legislación nacional en el artículo 161 LPI consideran que es necesario la existencia de unos límites o excepciones a las medidas de protección tecnológica, con el fin de no menoscabar la existencia de otros derechos y mantener un equilibrio, entre los derechos de propiedad intelectual y los intereses del público. De esta forma la protección de las medidas tecnológicas se encuentra sujeta a los límites del derecho de autor.

Estos límites, tienen sentido en los casos en que las MPT no restringen el acceso sino los actos que deriven del acceso. En el caso de una obra que necesita de una contraseña para poder acceder a ella, el usuario que pueda ampararse en un límite o excepción deberá solicitar el acceso al titular de la obra. Por lo tanto el control de los límites se encuentra, aunque de forma indirecta, en manos de los titulares, y la elusión de una medida, aunque el usuario este amparado por una excepción deberá ser autorizada por el titular, sino se considerará una conducta ilícita.

El usuario legítimo (en adelante nos referiremos como *“usuario legítimo”* a la persona que se beneficia del límite o excepción) deberá cumplir como requisito previo el acceso legal a la obra o prestación protegida para beneficiarse del límite. Por lo tanto necesitará de la autorización expresa del titular, el cual deberá *“facilitar a los beneficiarios de los límites que se citen a continuación los medios adecuados para disfrutar de ellos, conforme a su finalidad”* (Art. 161 LPI). Debemos matizar dos cuestiones relativas al artículo citado. Por una parte no se podrán acoger a ninguna excepción (recogida en el artículo 161 de la LPI) los usuarios que tengan como intención la explotación económica encubierta, ya que sería contrario al artículo 40 bis de la LPI y al 5.5 de la DDASI. Por otra parte la legislación no especifica cuales son los *“medios adecuados”* para el disfrute de los límites, dejándolo a la libre elección de los titulares que incorporen las MPT.

El artículo 161 de la LPI establece una lista cerrada de límites o excepciones, en los cuales los titulares de los derechos afectados estarán obligados, a facilitar los medios necesarios para que los beneficiarios puedan disfrutar de la excepción, y en

⁴² Art. 10 TODA y 16 TOIEF)

consecuencia de la obra o prestación protegida. Los llamados “límites privilegiados” son:

- Límite a la copia privada (artículo 31.2 LPI).
- Límite para la seguridad pública, procedimientos oficiales o en beneficio de discapacitados (artículo 31 bis de la LPI).
- Límite de la ilustración para enseñanza (artículo 32.2 de la LPI).
- Límite de la ilustración para enseñanza, para investigación, para la seguridad pública o para un procedimiento administrativo o judicial en relación a las bases de datos (artículo. 34.3.b) y c).
- Límite del registro de obras por las entidades de radiodifusión (artículo 36.3 de la LPI)
- Límite a la reproducción por parte de determinadas instituciones con fines de investigación o conservación (artículo 37.1 de la LPI)
- Límite relativo a la extracción de una parte sustancial de una base de datos con fines ilustrativos de enseñanza o investigación científica. Y de una extracción o reutilización de una base de datos protegida por el derecho sui generis para fines de seguridad pública o para un procedimiento judicial o administrativo (artículo 135,1 b) y c)).

La ley nacional al igual que la DDASI no especifica en que consisten los medios a adoptar. Se opta por una adopción voluntaria por partes de los titulares que permita el ejercicio de los límites y excepciones, aceptando también el ejercicio de los límites mediante la negociación de acuerdos entre los titulares y los beneficiarios. Se podrán beneficiar de los límites los usuarios, las entidades de radiodifusión o los discapacitados, en cuyo caso será el propio individuo el que negocie con los titulares de forma individual o mediante la intermediación de asociaciones o entidades legítimas a efectos de acciones colectivas como las asociaciones de consumidores⁴³ (Art. 11.2 LEC y 11.3).

En el caso que los titulares de los derechos no adopten las medidas necesarias de forma voluntaria para el ejercicio de un límite o no se llegue a un acuerdo en un tiempo razonable (no especificado por la legislación), el beneficiario podrá acudir a la jurisdicción civil. En este caso el tribunal competente deberá establecer un sistema

⁴³ Entendiendo como consumidores lo establecido “en el artículo 1.2 y 3 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la defensa de los Consumidores y Usuarios, en su defensa podrán actuar las entidades legitimadas en e artículo 11.2 y 3 de La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil” (Art 161.2.II LPI).

de “medidas tecnológicas de baja intensidad”⁴⁴ eficaces y protegidas por ley que permita el ejercicio del límite al beneficiario. En la práctica el juez ordenará a los titulares establecer ese sistema.

La problemática de esta decisión deriva en el incremento de coste que conlleva un procedimiento judicial y en el tiempo de espera hasta obtener una sentencia que obligue al titular de los derechos al levantamiento de la protección. Por ejemplo, el caso de un profesor que quiera realizar una reproducción en el aula de un fragmento de una obra protegida por una medida de protección tecnológica, se encuentra amparado por el límite relativo a la ilustración de la enseñanza recogido en el artículo 161.1 c) de la LPI. En este caso resulta ilógico que el profesor, deba acudir a la jurisdicción civil y esperar a que se ordene el levantamiento de la MPT, si el titular no facilita el acceso a la información de forma voluntaria o por acuerdo.

Existe una excepción en el que el beneficiario no podrá solicitar el levantamiento de la medida de protección. Esta excepción se encuentra recogida en el artículo 161.4⁴⁵ de la LPI, el cual deja al titular la capacidad de decidir sobre el sistema de acceso o “número de reproducciones en concepto de copia privada”. En ese caso el titular tiene el poder de decidir si pone una única copia en el mercado o varias.

Hasta ahora nos hemos referido a las obras o prestaciones “colgadas” en la red protegidas mediante una MPT pero sin un sistema de licencia electrónica para su explotación específica en Internet. A continuación hacemos mención a obras o prestaciones comercializadas en línea que disponen de medidas tecnológicas de protección y que a la vez disponen de una licencia en línea asociada⁴⁶. En estos casos el titular de los derechos concede una autorización al usuario, generalmente previa remuneración económica, para que pueda acceder a la obra. De esta forma, el usuario que acepta las condiciones se convierte en usuario legítimo de las mismas (acceso legal) pero con la diferencia que utiliza una licencia en línea.

La excepción⁴⁷ se aplica cuando las obras o prestaciones protegidas por medidas de protección tecnológica se ponen a disposición del público según lo establecido en un contrato, en este caso cualquiera podrá acceder a la obra con independencia del tiempo y el lugar.

⁴⁴ Rodrigo Bercovitz “Manual de Propiedad Intelectual” Editorial Tirant lo Blanch. Pág. 324 segundo párrafo.

⁴⁵ Conforme 6.4 DDASI

⁴⁶ Artículo 161.5 LPI.

⁴⁷ Artículo 161.5 LPI.

III. LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

1. La Responsabilidad penal y civil

La normativa española cumple con las exigencias europeas e internacionales, es decir podemos considerar que la legislación vigente es “*efectiva, proporcionada y disuasoria*”⁴⁸. Sin embargo no encontramos ante un ordenamiento jurídico amplio, en algunos casos indeterminados, que protege las creaciones intelectuales. La causa de dicha afirmación se basa, por una parte, en la existencia de una tipificación de las facultades patrimoniales y morales; y por otra parte en el derecho exclusivo de explotación recogido en el artículo 17 de la LPI. Pero, al igual que recoge ese derecho exclusivo, la ley no contempla un listado de todos los actos que constituyen una infracción de la legislación existente o la vulneración de los derechos. Existe una gran variedad de combinaciones entre derechos y modalidades de explotación. Éstos conllevan, a su vez, una gran variedad de ilícitos civiles y penales posibles. Al no existir ni un listado cerrado ni una definición debemos considerar que toda lesión al contenido del derecho constituye una infracción.

Esta indeterminación o falta de delimitación del concepto de propiedad intelectual, juntamente con su complejidad y con los múltiples derechos relacionados, resulta un problema para acotar la competencia material. Aunque en un principio la competencia de las infracciones debería ser competencia de los tribunales mercantiles, encontramos, en múltiples ocasiones, que las normas especiales desplazan a la norma general.

En consecuencia, encontramos una acción limitada a casos donde se infrinja únicamente los derechos morales o patrimoniales del autor o de los titulares de los derechos conexos, excepto casos que se encuentren amparados por excepciones determinadas por ley como es el caso del límite de la copia privada.

El régimen jurídico español establece una protección civil y penal frente a la vulneración de un derecho de propiedad intelectual.

2. Jurisdicción penal

Por lo que se refiere al ámbito penal, el código penal concede un capítulo independiente⁴⁹, dentro de los delitos contra el patrimonio bajo la rúbrica “*los delitos*

⁴⁸ Artículo 8.1 DDASI

⁴⁹ Capítulo IX, del Título XIII del Libro II del Código Penal.

relativos a la propiedad intelectual (artículos 270 a 272). Estos artículos fueron modificados mediante la reforma introducida por la LO 15/2005 que a la vez modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. De esta forma se intenta hacer más eficaz la tutela penal de los derechos ante los constantes avances tecnológicos.

Como veremos más detalladamente, esta reforma ha consistido básicamente en tres novedades. En primer lugar, la mejora técnica de los tipos penales con el fin de adaptarse a las nuevas realidades sociales. En segundo lugar, la agravación de penas con el fin de fortalecer la protección de los derechos de propiedad intelectual. Y por último, la ordenación de estos delitos como delitos de naturaleza pública.

Primeramente debemos dejar claro el tipo básico, el cual protege el bien jurídico de la propiedad intelectual, entendida como un conjunto de derechos de naturaleza mixta. De esta forma la norma no sólo protege a los titulares legítimos de la vulneración de sus derechos de explotación, sino que también protege la vertiente más personal con la protección de los derechos morales.

En el artículo 270 del CP encontramos el objeto de protección de la acción típica refiriéndose a obras literarias, artísticas o científicas. En este sentido se refiere a la definición recogida en la LPI, entendida como cualquier obra, completa o parcial, y a las obras que derivan de ellas (las que implican una transformación de la obra original como traducciones, adaptaciones, revisiones o cualquier interpretación o ejecución de la misma).

Ante un acto de explotación ilícita distinguimos los sujetos que ostentan la legitimación activa del proceso, titulares de los derechos vulnerados, y los sujetos pasivos, los que realizan o contribuyen a la realización de un acto que vulnera un derecho de propiedad intelectual.

Los primeros están legitimados a emprender las acciones pertinentes para la protección de sus derechos. Dichos sujetos serán el autor de la obra, los titulares originales o sujetos que han adquirido dichos derechos mediante un negocio jurídico o por ley (los cesatarios), el comunero o las entidades de gestión. En el caso de una cesión exclusiva de un derecho por parte del autor, este último no estará legitimado para emprender acciones legales contra el presunto infractor. De hecho, podrá incluso ser él el infractor (nunca si se trata de un derecho moral). En el caso de que nos encontremos con cesionarios no exclusivos o que se vulnere un derecho distinto al cedido con exclusividad y estos se vean afectados por la infracción, deberán acudir a la protección recogida en el artículo 1902 del CC sobre responsabilidad extracontractual. El sujeto que ostente la legitimación activa no tiene la obligación de

demandar a todos los partícipes de la infracción pues existe responsabilidad *in solidum*⁵⁰.

La legitimación pasiva corresponde a cualquier sujeto físico o jurídico que realice cualquier infracción de los derechos reconocidos en la legislación. También son sujetos pasivos legítimos los intermediarios a los que ha recurrido el infractor, *“aunque los actos de dichos intermediarios no constituyan en si mismos una infracción”* (Art. 138 de la LPI). En este último caso prevalece la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, en su artículo 16, relativo a la responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos.

Existen casos especiales en que los tribunales competentes para conocer pertenecerán a la jurisdicción contencioso-administrativa, el artículo 9.4.2 de la LOPJ atribuye dicha competencia cuando *“las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive”*. Ahora bien, cabe mencionar que a pesar de lo que dice la ley, existen ciertos inconvenientes. Aunque la indemnización por daños y perjuicios sería competencia de un tribunal contencioso-administrativo, la acción de cesación sería una cuestión civil y, por lo tanto, correspondería a la jurisdicción ordinaria. Otro inconveniente a tener en cuenta sería el tiempo de prescripción. Según la normativa especial recogida en el artículo 140 de la LPI, el tiempo de prescripción es de cinco años. En cambio para la jurisdicción contenciosa-administrativa se reduce a un año⁵¹.

En primer lugar analizaremos los requisitos indispensables para que una conducta se tipifique como un ilícito penal. Es decir el elemento subjetivo que se introdujo como novedad en la Ley Orgánica 10/1995 en el tipo básico del delito contra la propiedad intelectual. Respecto a la normativa anterior diferenciamos dos elementos importantes que forman el tipo básico: el ánimo de lucro y la actuación en perjuicio de un tercero.

El primero de ellos consiste en obrar con finalidades económicas. Antes de la reforma del artículo 270 del CP se consideraba un agravante, actualmente ya es considerado un requisito indispensable. Cuando el ánimo de lucro provoque especiales daños o perjuicios entonces nos encontraremos ante un tipo agravado. De ello podemos deducir que la persona que incorpora una obra sin la autorización de su legítimo titular en una página Web personal no comete un delito, aunque si vulnera el derecho de autor. Ahora bien, si esa página Web tiene publicidad, aunque

⁵⁰ STAP de León, de 12 de agosto de 2006.

⁵¹ Artículo 145.2 LRJPAC

sea con el único fin de costear el mantenimiento de la misma, entonces nos encontraremos ante un delito. Este requisito ha levantado controversias respecto al límite de la copia privada como supuesto de exclusión de la ilicitud de las modalidades de conductas típicas sin la autorización del titular.

En la Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado sobre delitos contra la propiedad intelectual concluye que el lucro exigido por el tipo penal debe interpretarse de forma estricta, refiriéndose sólo al lucro comercial. De esta forma se relega a la jurisdicción civil la vulneración de derechos que conlleven una ventaja o beneficio económico distinto al comercial⁵².

El otro elemento básico es actuar “*en perjuicio de un tercero*”, aunque este elemento no se exige como causa para la consumación del delito. Es decir, la simple venta efectiva de la obra sin autorización conlleva el agotamiento del delito.

Ambos requisitos exigen la necesidad de una intencionalidad concreta. La tipificación de una conducta como delito no exige la posibilidad de un dolo eventual porque nos encontramos ante delitos típicamente dolosos. El simple ánimo de lucro⁵³ y la actuación en perjuicio de un tercero implica que la concurrencia de dolo o culpa es irrelevante para la tipificación porque en si misma ya implica la intención de violar o infringir el legítimo derecho del titular.

Otra novedad de la LO 15/2003 es que suprime el requisito de que el perjudicado interponga una denuncia. De este modo los delitos que tienen como causa la vulneración de derechos contra la propiedad intelectual son perseguibles de oficio sin necesidad de que el perjudicado u ofendido tenga que interponer una denuncia previa como requisito a su procesamiento como causa penal. Cabe añadir que estos delitos no se pueden solucionar mediante acuerdos extrajudiciales, generalmente económicos, debido a su naturaleza pública.

Por lo que respecta a las penas, la modificación del artículo 270 no sólo ha aumentado considerablemente las penas, sino que también ha eliminado los grados del tipo agravado, aumentando considerablemente los grados mínimos. Mientras que antes de la reforma, la pena relativa al tipo básico consistía en una multa, con la reforma se pena con multa de 12 a 24 meses y con prisión de 6 a 24 meses.

A continuación expondremos de forma detallada las diferentes modalidades de conductas típicas que constan en el artículo 270 del CP.

En primer lugar la ley hace referencia a la reproducción ilícita de obras. El infractor materializa la obra sin la autorización necesaria. En el caso de que sea la primera

⁵² Este criterio también es adoptado por la Propuesta de la Directiva y Decisión del Parlamento y del Consejo Europeo presentada por la Comisión el 12 de mayo de 2005 sobre medidas penales para asegurar el respeto a los derechos de propiedad intelectual (Art. 3). Y por el Acuerdo sobre Aspectos Relacionados con el Comercio de los Derechos de Propiedad intelectual, firmado el 15 de abril de 1994 por los miembros de la OMC (Art. 61)

⁵³ STS de 21 de julio de 2005

vez que se materializa o se hace accesible la obra al público, se tratará de divulgación. Si, en cambio, es posterior a la divulgación se tratará de la elaboración de copias. Ambas conductas sin previa autorización se consideran delitos punibles por ley.

Ahora bien, debemos diferenciar entre el sujeto que reproduce la obra sin autorización (independientemente de su distribución), y el sujeto que reproduce para su uso personal y dispone de la obra original lícita. En el primer caso existe un perjuicio patrimonial del titular de su obra, por lo tanto es punible. En el segundo aunque no dispone de la autorización específica su conducta no es punible, en cuanto está amparada por el límite de la copia privada⁵⁴. Otro aspecto a tener en cuenta será el caso en que se haga copias de la obra sin la autorización de los titulares en un medio autorizado. En este caso se encontraría por ejemplo la grabación de un concierto sin la correspondiente autorización de los organizadores, el grupo o los titulares de los derechos del acto. En el segundo, se castiga la puesta a disposición de una obra sin autorización⁵⁵, de manera que el público tiene acceso a ella.

Cada acto que produzca una lesión a un derecho es independiente, pero existen casos donde existe una unidad de acción. Aunque la reproducción y la distribución son derechos distintos, muchas veces los tratamos como delitos progresivos. Es el caso de los llamados “top manta” que realizan las copias y a la vez las venden.

En tercer lugar tenemos el plagio⁵⁶, una conducta mixta, que no existe como infracción en si misma. Consiste en la reproducción o transformación sin autorización de la obra y ocultando al verdadero autor. En este caso se produce un ataque grave ya que *“se suprime al creador de la obra, poniendo a otro en su lugar, siendo la persona más bien que la cosa la que sufre el atentado perpetrado por el plagiarlo, al ser aquella la que desaparece, permaneciendo la obra más o menos incólume según el alcance del fraude, cuya forma delictiva integra las más importante infracción al derecho intelectual”*⁵⁷. Existen diferentes grados de plagio, en un extremo, por ejemplo, tenemos al creador de un blog que añade un texto sin mencionar la verdadera identidad del autor, y en el otro extremo tendríamos a un sujeto que se apropia de la obra como si fuera propia. Existen diferentes opciones: la apropiación de un argumento, usar una melodía de una obra musical pero variando a letra etc. Aunque el plagio de la obra no necesariamente conlleva un perjuicio

⁵⁴ ST Juzgado de lo Penal núm. 3 Santander de 14 de julio de 2006 sobre el intercambio de ficheros ente particulares a través de correo electrónico y chats no P2P.

⁵⁵ Artículo 19 de la LPI

⁵⁶ ST Juzgado de Primera Instancia núm.47 de Madrid, de 16 de marzo de 2001 y STS (Sala 1ª de 23 de noviembre de 2003.

⁵⁷ STS de 30 de mayo de 1984.

patrimonial para el legítimo titular (dependerá del éxito de la obra ilícita) es una conducta punible porque afecta a derecho de paternidad del autor.

En cuarto lugar tenemos la comunicación pública como una proyección o una exhibición. Debemos matizar que esta conducta típica tiene como límite lo que entendemos por pública, por ejemplo ver un video en casa sin autorización no es una conducta delictiva. En cambio, si se trata de un video comunitario donde cada abonado paga una mensualidad para poder ver una obra audiovisual en su casa, se considera comunicación pública y por lo tanto es punible.

En penúltimo lugar tenemos una serie de conductas previas a la distribución de obras que se tipifican como delitos por su peligrosidad. Por una parte tenemos las acciones de almacenamiento y exportación de obras, ejemplares, producciones o ejecuciones, y por otra parte su importación. En el caso de las importaciones debemos concretar que su origen es indiferente. Es decir, no importa si el objeto es lícito o ilícito en su país de origen. De esta forma se obliga a la persona o empresa que se encarga de su importación a asegurar su origen lícito, sino estaría cometiendo un delito. Evitamos así las “importaciones paralelas”, aquellas que con mercancías auténticas se hacen por fuera de los canales oficiales de comercialización. Es por esta razón que el legislador separa las conductas para evitar la sanción penal de las exportaciones paralelas de obras lícitas sin autorización del titular. Aunque la ley matiza en el apartado segundo del artículo 270 del CP que no será aplicable a la importación de obras o productos de un Estado Miembro cuando se hayan adquirido directamente del titular de los derechos.

Finalmente, tenemos los delitos recogidos en el artículo 270.3 del CP que consisten en la fabricación, la importación, y puesta en circulación o disposición de un medio o instrumento que tenga como fin “*la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico*” que sirva para proteger una obra de su reproducción, distribución, comunicación o transformación ilícita. De esta forma se amplía la protección penal con el fin de adaptarse, a los cada vez más extensos ataques contra los derechos y la ineficacia de las medidas de protección.

Cabe matizar, que la persona que adquiere un CD protegido por un dispositivo técnico que impida su copia, y a la vez disponga de un medio para neutralizar esa disposición, estará amparada en el límite de la copia privada. Por tanto, la mera tenencia de tales instrumentos o dispositivos estará condicionada a su finalidad para que se considere su carácter delictivo.

Es requisito indispensable para la conducta típica de las modalidades expuestas anteriormente la falta de autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios. La existencia de dicho consentimiento convertiría la conducta en atípica.

Si hasta ahora hemos mostrado una serie de conductas en las que convergen los elementos subjetivos cualificados, también vamos a enumerar algunas conductas que no son ilícitos penales. En todo caso deberá atenerse a las circunstancias concretas de cada caso.

La persona que dispone de unos derechos y los cede de forma indebida sin tener la correspondiente autorización para transmitirlos no comete un acto de explotación ilícita, sino un incumplimiento del contrato⁵⁸.

El sujeto que pone a disposición de un tercero un espacio o que organiza un encuentro donde se produce una comunicación ilícita no está realizando un acto de comunicación ilícita.

Tampoco incurrirá en delito aquella persona que contrate de buena fe a un tercero para que realice una actividad y el contratista vulnere un derecho de propiedad intelectual. Por ejemplo, si alguien contrata un tercero para hacer una página Web y este incorpora un elemento sin autorización (texto, imagen o fotografía).

En estos casos el tercero no incumple de forma estricta un derecho de explotación, por lo tanto no estarán obligados a indemnizar a los titulares del derecho, pero si se les podrán aplicar las medidas cautelares o la retirada o inutilización de los bienes. Cabe la excepción del tercero que adquiera de buena fe un ejemplar ilícito para su uso personal (Art. 139.4 de la LPI).

Por lo que atañe al tipo agravado, en el Código Penal de 1973 existían delitos de primer y segundo grado. Con el nuevo Código Penal de 1995 se eliminan los grados y se regulan los tipos agravados en el artículo 271. Para ello debe cumplir uno de los requisitos siguientes:

- *“Que los hechos revistan especial gravedad, atendiendo al valor de los objetos producidos ilícitamente o a la especial importancia de los perjuicios ocasionados”.*
- *“Que el beneficio obtenido provoque especial trascendencia económica”,* atendiendo al negocio del autor no a la cantidad de copias ilícitas o al valor de estas.

Finalmente la última modificación la recoge la LO 15/2003, añade dos requisitos más, adaptando claramente la legislación a la situación actual:

⁵⁸ STS 20 de abril de 2001

- El culpable debe pertenecer a una organización, independientemente de su carácter transitorio o permanente, que tenga como fin realizar actividades que vulneran los derechos de propiedad intelectual.
- “*Que se utilicen menores de 18 años para cometer los delitos*”.

Por lo que atañe a las penas, antes de la reforma el primer grado consistía en el arresto mayor o multa (ahora convertido en el tipo básico) y el segundo grado en prisión menor con multa e inhabilitación especial. Con la modificación del artículo correspondiente al tipo agravado, se simplifica a un único tipo, que consiste en multa de 12 a 24 meses, inhabilitación especial de 2 a 5 años de la profesión relacionada con el delito cometido y con prisión de 1 a 4 años.

3. Jurisdicción Civil

En el ámbito civil nos basamos en la reforma efectuada por la Ley 19/2006 que modifica la LEC⁵⁹ y los nuevos artículos de la LPI introducidos por la Ley 23/2006, concretamente los referentes a las acciones y procedimientos para la protección de los derechos de propiedad intelectual, comprendidos entre los artículo 138 hasta 141 de la LPI. En algunos casos encontramos la duplicidad de la normativa aplicable, como es el caso de las medidas cautelares en procesos civiles, que las encontramos en particular en el artículo 141 y en la los artículos 721 y ss. de la LEC. Debemos matizar que, tal y como dice en el artículo 272 del CP, la responsabilidad civil derivada de las conductas tipificadas como “*ilícitos penales relativos al cese de la actividad*” y a la indemnización por daños y perjuicios se regirá por lo dispuesto en la LPI por su especialidad.

La LPI, concretamente en su nuevo artículo 138, concede al titular de los derechos la posibilidad de ejercer varias acciones con el fin de salvaguardar su derecho exclusivo, en el caso que su derecho sea infringido por un tercero. En este caso el titular podrá demandar al tercero ejercitando la llamada acción de violación, término que engloba varias acciones como la posibilidad de instar el cese de la actividad ilícita del infractor (la acción cesatoria). También puede “*instar la publicación o difusión, total o parcial, de la resolución judicial o arbitral en medios de comunicación a costa del infractor*” y a ejercer la acción e indemnización por los daños y perjuicios causados. También cabe la posibilidad de instar al órgano competente la adopción de medidas cautelares de protección urgente, para evitar que continúe la infracción o violación.

⁵⁹ Artículos 256, 257, 259, 261, 263, 298, 328 y 733 de la LEC.

Por lo que respecta a la prueba pericial, aunque los principios generales de distribución de la carga de la prueba corresponden al demandante (art 217 LEC) (comprobar), se ha admitido en nuestra jurisprudencia, por el principio de la facilidad probatoria, la inversión de la carga de la prueba⁶⁰.

Los Tribunales competentes serán los Juzgados de lo Mercantil situados en el domicilio del demandado o en el lugar donde se produjo el daño, o en su defecto se manifiesten los efectos.

3.1 La acción cesatoria

La acción cesatoria puede dividirse en dos partes. La primera consiste en la acción que tiene como fin obtener una condena por el órgano competente que ponga fin a los actos realizados por el demandado que viola el derecho de la propiedad intelectual. La segunda, la acción prohibitoria que busca la condena por parte del tribunal que impida al demandante volver a vulnerar el derecho infringido en lo sucesivo⁶¹.

El cese de la actividad ilícita puede comprender (artículo 139.1 LPI):

- La suspensión del acto de explotación.
- La prohibición de reanudar el acto de explotación
- La retirada del comercio y posterior destrucción de ejemplares ilícitos a expensas del infractor. Este apartado incluye los ejemplares en los que se han modificado o eliminado la información para la gestión electrónica de derechos.
- Retirada, inutilización y destrucción de los moldes, materiales, equipos o instrumentos destinados (o empleados) para la reproducción o creación de los ejemplares ilícitos.
- Remoción o precinto de los dispositivos utilizados para la comunicación pública no autorizada
- Comiso, inutilización y/o destrucción de los instrumentos cuyo único uso sea la supresión o neutralización de dispositivos técnicos con el fin de proteger un programa informático o eludir alguna medida tecnológica de protección a expensas del infractor

⁶⁰ Sentencia Juzgado de lo Mercantil de Alicante de 10 de agosto de 2006 y Sentencia Audiencia Provincial de Alicante de 10 de febrero de 2003.

⁶¹ Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona (sección 15ª) de 28 de mayo de 2003.

- Remoción o precinto de los instrumentos utilizados para facilitar la supresión o neutralización de dispositivos o medidas tecnológicas utilizadas para proteger los derechos de propiedad intelectual, aunque no sea su único uso.
- Suspensión de los servicios prestados por los intermediarios a terceros que sean necesarios para infringir los derechos de propiedad intelectual, sin perjuicio de lo dispuesto en la LSSI.

Debemos matizar que generalmente la violación de un derecho de propiedad intelectual no es un hecho aislado sino una violación continua del derecho, hecho que incide en el cómputo de prescripción del plazo de violación continua.

La mera titularidad del derecho de propiedad intelectual legitima al titular del mismo a ejercer la acción contra un tercero, independientemente de la culpa o negligencia del demandado, excepto si son ejemplares ilícitos adquiridos por un tercero de buena fe para uso personal (art.139.4 de la LPI). Sino se regirá por los principios generales de la responsabilidad Aquiliana del Código Civil⁶². Es importante tener en cuenta que aunque la responsabilidad civil exige la existencia de culpa, para la acción de cesación no la precisa.

El titular del derecho podrá solicitar la destrucción de los ejemplares ilícitos o de los instrumentos o dispositivos ilícitos utilizados a cargo del infractor. En este caso el infractor podrá solicitar que sólo se eliminen o inutilicen los ejemplares o dispositivos necesarios para impedir que se continúe con la explotación ilícita, pero siempre de una forma proporcionada, teniendo en cuenta el perjuicio ocasionado y el valor de lo solicitado (art. 139.2 y 139.3 de la LPI). La destrucción no será aplicable para bienes inmuebles, ni para los ejemplares lícitos en cuanto a su reproducción pero ilícitos en cuanto a su distribución o comunicación. Esto último también se puede aplicar a los medios o instrumentos utilizados.

Otra posibilidad es pedir la entrega de los mismos “*a precio de coste y a cuenta de su correspondiente indemnización por daños y perjuicios*” (art. 139.2 LPI). En este caso el valor del comiso nunca podrá superar el valor económico de los daños sufridos, aunque el titular de derecho vulnerado tendrá la opción de pagar la diferencia y quedarse con los ejemplares o instrumentos.

En caso de que el condenado por acción cesatoria no cumpla su obligación de dejar de hacer el acto por el que se le ha condenado, se le aplicará el artículo 710 de la LEC que permite la ejecución de la sentencia, deshaciéndose lo mal hecho e indemnizando por perjuicios causados.

⁶² Art. 1902 CC

En la ley no se establece una prescripción para ejercer la acción de cesación, en su defecto Rodrigo BERCOVITZ⁶³ afirma que se aplicará el mismo plazo de 5 años correspondiente a la acción indemnizatoria recogida en el artículo 140 de la LPI.

3.2. Acción de indemnización

La acción de indemnización se encuentra recogida en el artículo 140 de la LPI. Antes de la reforma realizada por la Ley 19/2006 el titular de los derechos vulnerados debía escoger entre los beneficios que el infractor presuntamente había obtenido por la explotación ilícita o los beneficios que hubiera obtenido si hubiera autorizado el acto infractor. Con la reforma, la acción indemnizatoria incluye “*no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino que también el de la ganancia que haya dejado de obtener*” (art. 140.1 de la LPI). También existe la posibilidad de incluir los gastos de gestión en los que haya incurrido el titular del derecho con el fin de obtener las pruebas razonables de la comisión del delito⁶⁴.

Ahora bien, el perjudicado deberá escoger el método para el cálculo de la deuda indemnizatoria. Podrá escoger en primer lugar, entre el cálculo según las consecuencias negativas, es decir, la pérdida de los beneficios sufridos y los beneficios obtenidos por el infractor. O en segundo lugar por la cuantificación en base a lo que hubiera percibido el titular si el infractor hubiera solicitado la autorización correspondiente para poder realizar el acto de forma lícita.

La inconveniencia de estos métodos radica en la dificultad de cuantificar y probar el daño causado, el lucro cesante, el enriquecimiento injusto o la cantidad a pagar si se hubiera concedido la licencia de explotación. La doctrina los considera métodos inexactos y de poca rectitud. Por ejemplo, en el caso del lucro cesante se deberá probar la existencia de un daño causado y la necesidad de una indemnización para el resarcimiento de las ganancias no obtenidas que el acto ilícito. Se basa en un bien diferenciado de su competencia y la existencia de una demanda en el mercado para esa obra concreta, hecho que provoca una disminución de las ganancias obtenidos por el legítimo titular del derecho.

El método basado en la remuneración hipotética (art. 140.2 b) LPI) centrado en el enriquecimiento injusto es más eficaz porque no se necesita probar el daño sufrido, ni tiene en cuenta la posibilidad de que el titular no hubiera estado en condiciones de conceder la autorización pertinente, por ejemplo en el caso de que se tratase de un derecho transmitido de forma exclusiva⁶⁵.

⁶³ Manual de propiedad intelectual, 4ª edición, pág. 307.

⁶⁴ STAP de Barcelona de 12 de junio 2001.

⁶⁵ STAP de Barcelona (sección 15ª) de 28 de mayo de 2003.

Al final se ha optado por la aplicación de la ley por parte de los tribunales y la obligación de las entidades de gestión a establecer unas tarifas generales que determinen las remuneraciones económicas en materia de propiedad intelectual (art. 157.1 b) y STS 15 de julio de 2002).

Las metodologías de cuantificación recogidas en el artículo 140.2 de la LPI deberán ser solicitadas en la demanda aportando las pruebas pertinentes y alegando los fundamentos jurídicos conocidos. Si el actor pierde la acción no podrá volver a ejercitarla en la ejecución ni en un proceso independiente⁶⁶. La ley acepta la posibilidad de efectuar alegaciones complementarias o hechos nuevos en momentos posteriores a la interposición de la demanda e incluso a su contestación (art. 400 de la LEC). En base a lo establecido en el artículo 219 de la LEC, el actor no sólo deberá solicitar en la demanda la cantidad indemnizatoria sino también la condena a su pago, cuantificando su importe y aportando las pruebas en las que se base (aunque se puede reservar la liquidación a la ejecución). La Ley también establece la posibilidad de formular una acumulación eventual de acciones entre sí compatibles en el caso que la principal no se estime fundada (art. 71 de la LEC), por ejemplo a falta de pruebas respecto las consecuencias económicas negativas, se estime la cantidad reclamada como remuneración.

En el caso de existir daño moral, caracterizado por la imposibilidad de su cálculo en términos económicos en sentido estricto y en su prueba, muchas veces se fijará en una cantidad simbólica⁶⁷. Lo encontramos recogido en el segundo párrafo del artículo 140.2 a) de la LPI, cuando el perjudicado elige el método de cuantificación basado en las consecuencias negativas de la infracción. Establece que se atenderán *“a las circunstancias de la infracción, gravedad de lesión y grado de difusión lícita de la obra”*⁶⁸. Por ejemplo, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 3 de septiembre de 1989 se incrementa en un 10% la cantidad fijada para indemnizar por el perjuicio económico en concepto de daño moral ocasionado. Ahora bien, se presume que el daño moral va acompañado de un perjuicio económico, pero no al revés. Es decir, la infracción de un derecho patrimonial no conlleva la existencia del moral. El legislador contempla la posibilidad de indemnizar en casos donde se ha dado un daño moral aunque no se haya probado el perjuicio económico. Por ello lo podemos considerar una indemnización independiente al patrimonial y que puede ser concedido en exclusiva⁶⁹. Puede darse en casos en los que se realice una explotación lícita pero que se produzca un daño

⁶⁶ STS 26 de junio de 1998.

⁶⁷ STS de 23 de febrero de 1989.

⁶⁸ SAP de Madrid sección 20ª de 17 de febrero de 2005.

⁶⁹ STS 19 de julio de 1989.

moral, como por ejemplo el daño o destrucción con negligencia de un ejemplar único como un cuadro o escultura⁷⁰.

Aunque trataremos las medidas cautelares a continuación, la ley contempla, como medida cautelar, “*la intervención y depósito de los ingresos obtenidos por la actividad ilícita*” para asegurar la efectividad de la indemnización (art. 141.1 de la LPI).

Por lo que respecta a la responsabilidad por hecho ajeno se regirá por la responsabilidad civil extracontractual del artículo 1903 del CC.

La acción para reclamar la indemnización por daños y perjuicios “prescribirá a los cinco años desde que el legitimado pudo ejercerlas” (art. 140.3 de la LPI).

3.3. Medidas cautelares

Encontramos reguladas las medidas cautelares en el artículo 721 y ss. de la LEC y en el artículo 141 de la LPI. Estamos ante una duplicidad legislativa que se solapa e incluso en algunos conceptos la normativa general es contraria a la normativa especial. En otros aspectos la norma general complementa los vacíos legales de la especial.

La protección de la LPI resulta más extensa y efectiva. Mientras que la normativa general, en su artículo 721.1 y 728. 1, limita el acuerdo de las medidas a la duración del proceso con el fin de asegurar la efectividad de la tutela judicial en caso de estimarse la causa en la sentencia, estableciendo que se deberán presentar su solicitud junto a la demanda principal (730 .1 LEC). La Ley de la Propiedad Intelectual contempla la posibilidad de solicitar al tribunal las medidas necesarias antes de que el tribunal competente dicte sentencia, pero también contempla la posibilidad de anticiparse y adoptarlas antes de que se cometa la infracción, tomando ambas medidas como ordinarias. En cambio la Ley de enjuiciamiento Civil, en su artículo 730.2 considera extraordinario adoptar medidas que se anticipen a la infracción⁷¹.

La normativa especial contempla dos requisitos para la adopción de medidas cautelares. Por una parte que se haya cometido una infracción, y en el caso en que no se haya cometido es necesaria la existencia de un temor racional y fundado que se va a producir de forma inminente a dicha infracción, y necesitan de la adopción de medidas con carácter urgente para evitarlo. Por lo que respecta a la normativa general las exigencias son la existencia de riesgos que amenacen la efectividad o

⁷⁰ STS de 3 de junio de 1991.

⁷¹ El juez podrá estimar las medidas cautelares atípicas como el embargo preventivo de forma extraordinaria (727.1 1º LEC).

inejecución de la sentencia estimatoria (*periculum in mora*), la acreditación de apariencia de buen derecho con la presentación de documentos y demás pruebas necesarias en las que se fundamente (*fumus boni iuris*) y la obligación de prestar caución antes del acto de cumplimiento de la medida cautelar como garantía por los posibles perjuicios que pudiera ocasionar la adopción de medidas (art. 728 y 737 de la LEC). Ambas normativas basan en el principio de proporcionalidad recogido en el artículo 726.1 2º de la LEC, adoptando las medidas menos gravosas y perjudiciales. La parte actora que solicite las medidas cautelares estará obligada a presentar la demanda principal en un plazo máximo de 20 días a partir del día siguiente a la adopción de las medidas. De no hacerlo las medidas cautelares quedarán sin efecto, y se condenará al solicitante a pagar las costas y la indemnización correspondiente por los daños y perjuicios ocasionados. En este caso la normativa especial remite a la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 730). Esta obligación resulta ilógica en cuanto si la medida cautelar, consigue evitar que se produzca cierta conducta que lleve a la vulneración de un derecho que todavía no se ha producido, resulta innecesaria emprender la acción de cesación una vez dictadas las medidas. Por ejemplo el anuncio de la emisión de una película sin la autorización necesaria por un canal de video comunitario o de un partido por Internet, puede llevar al titular del derecho a solicitar a un juez la suspensión cautelar de la actividad ilícita anunciada, pero no realizada todavía. En el caso de que el Tribunal estime pertinente dichas medidas no será necesaria la acción cesatoria.

En el artículo 141 la LPI ejemplifica con un listado las medidas cautelares previstas. Esta lista no es absoluta, deberá atenderse a cada caso concreto, y en caso de no estar contemplado en la normativa especial se acudirá a la general. La norma específica contempla:

- “*La intervención y depósito de los ingresos obtenidos por la actividad ilícita*”. Las cantidades obtenidas, se consignarán con la finalidad de asegurar la indemnización por daños y perjuicios que pueda derivar. El artículo 727. 8º de la LEC añade como requisito que se soliciten junto a la acción de prohibición cesación en la demanda.
- La suspensión o prohibición de la actividad ilícita. Con la nueva redacción de la LPI no se limita sólo a actos de reproducción, distribución o comunicación sino que lo amplía a cualquier actividad que pueda suponer una infracción. En este caso coincide con los artículos 726.2 y 727.7º de la LEC.
- El secuestro de los ejemplares ilícitos o materiales utilizados para la reproducción o comunicación pública ilícita.

- La retención de los instrumentos o dispositivos que tengan como fin suprimir o neutralizar la protección de las medidas tecnológicas o de los programas de ordenador.
- El embargo de los equipos o dispositivos utilizados para la elaboración de copias privadas (casos en los que no existe compensación económica equitativa por copia privada).
- La suspensión de los servicios prestados por los intermediarios de la sociedad de la información, sin perjuicio de la establecido en LSSI.

3.4 Diligencias preliminares. El derecho a la información

Las diligencias preliminares pueden dirigirse contra los infractores o terceros que no van a ser demandados pero que tienen en su posesión los bienes infractores. Simplemente el legislador lo que ha hecho ha sido adaptar un sistema que ya existía en la jurisdicción civil, para los derechos de propiedad intelectual, De esta forma el derecho a la información⁷² es la facultad que tiene el perjudicado a instar al órgano judicial competente el requerimiento de información sensible para la parte contraria mediante una diligencia preliminar (antes de la demanda).

La información tendrá como requisito estar relacionada con el origen y redes de distribución de los productos o servicios en los que se concrete la supuesta infracción. En el artículo 256 de la LEC encontramos una enumeración de la información que puede ser sensible de ser conocida como los nombres y direcciones de los presuntos infractores, información relacionada con la mercancía o su posesión, información relativa a cantidades producidas, precios o características. La Ley incluso contempla la posibilidad de interrogar al presunto infractor del derecho de propiedad intelectual. La misma Ley matiza al limitar la información sensible de ser conocida a los "*actos desarrollados a escala comercial*" es decir que tienen como objetivo obtener "*beneficios económicos o comerciales directos o indirectos*". Así clarifica que la infracción del derecho de autor sólo se tiene en consideración cuando los actos tienen ánimo de lucro, no se considera infracción si su fin es meramente privado. En el caso de que la información requerida implique la exhibición de documentos bancarios, financieros, comerciales o aduaneros, deberán ser acompañadas por un principio de prueba de la infracción y será regulando como una nueva diligencia preliminar con contenido propio.

⁷² Recogido en el artículo 6 de la Directiva 2004/48/CE, en el artículo 256 de la LEC, y en el Preámbulo III de la Ley 19/2006

Para solicitar las diligencias preliminares se deberán presentar pruebas suficientes de que otras pruebas se encuentran en posesión del demandado y su finalidad será la obtención de pruebas para el procedimiento judicial.

Ahora bien los órganos judiciales competentes deben ser cautelosos al admitir su solicitud, ya que deben garantizar la confidencialidad de la información solicitada y evitar que la misma se utilice para fines distintos a la preparación del juicio, todo ello en base al principio de proporcionalidad.

3.5 Acción de publicación de la sentencia

El Considerado 27 de la Directiva 2004/48/CE: recomienda que en ciertos casos es conveniente publicar las sentencias o decisiones judiciales con el objetivo de disuadir a los futuros infractores y concienciar a la sociedad del problema que supone infringir estos derechos. Nuestra legislación lo recoge en el artículo 138 de la LPI como una acción autónoma que consiste en la publicación o difusión de la sentencia en medios de comunicación a costa del infractor⁷³.

Deberá solicitarse en el *petitum* de la demanda, la publicación total o parcial de la sentencia, al igual que deberá constar la forma de publicación. Dicha publicación podrá ser a costa del demandante, en este caso será de forma voluntaria (en amparo al derecho libertad expresión) o a costa del infractor por orden del Tribunal competente mediante anuncios o notificaciones tanto a personas interesadas (como distribuidores, productores etc.) como a terceros.

Se ha de tener en cuenta que no siempre los tribunales estiman la publicación de la sentencia a costa del condenado, se deben tener en cuenta las circunstancias concretas ya que la conducta enjuiciada ha tenido que generar confusión en el mercado (no se condena si la publicación tiene una función meramente informativa) y la condena de la publicación repare en la medida de lo posible la lesión causada⁷⁴.

4. La responsabilidad de los prestadores de servicios

Como ya sabemos Internet ha incorporado nuevos problemas en lo que respecta a la vulneración de derechos contra la propiedad intelectual. Por una parte es muy difícil detectar las infracciones por parte de los titulares de los derechos y a la vez cada vez existen más avances tecnológicos que facilitan la comisión de infracciones por parte de los usuarios. A esta problemática debemos añadir la falta de solvencia

⁷³ STS 11 de Julio de 2000.

⁷⁴ Sentencia Juzgado Mercantil núm. 2 de Madrid, de 25 septiembre de 2006.

económica necesaria de los usuarios, en cuanto a la responsabilidad que deriva del acto ilícito o infracción cometida. Para todo ello nos disponemos a comentar de forma escueta la responsabilidad de los llamados “intermediarios”, en cuanto se rige por una normativa concreta que se complementa de la LPI.

La responsabilidad de los intermediarios técnicos de la red lo encontramos regulado en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información⁷⁵, en adelante LSSI. Los servicios prestados por los intermediarios pueden variar entre la provisión de acceso y transmisión de datos, el alojamiento de información (actividad básica de los prestadores de *hosting*⁷⁶), la provisión de enlaces (*linking*), la provisión de instrumentos de búsqueda de contenidos, entre otros.

Nos interesa el régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información⁷⁷. El artículo 13 de la LSSI establece la sujeción de los prestadores de servicios de la sociedad de la información a responsabilidad civil, penal y administrativa. Como hemos visto anteriormente en el caso de la responsabilidad civil se tendrá en cuenta la negligencia, la existencia de daño y la relación de causalidad. En el caso de la responsabilidad penal, la infracción deberá cumplir los requisitos para ser considerado delito. Ahora bien, ello genera mucha problemática en el caso de intermediarios o prestadores que han transmitido, alojado o enlazado contenidos ilícitos donde el titular del sitio Web o administrador no contribuye en la elaboración del contenido, sino que es un usuario o tercero el que lo elabora⁷⁸. Por esta razón en los artículos siguientes de la LSSI⁷⁹ se establece una serie de supuestos de exclusión de responsabilidad para los intermediarios, en base al cumplimiento de ciertos requisitos con el fin de demostrar el papel neutral y pasivo del intermediario respecto al contenido ilícito.

Encontramos en el artículo 15 los requisitos que deben cumplir los intermediarios para no ser responsables del contenido de los datos temporalmente almacenados para la posterior transmisión, (casos en los que se almacena información para acelerar la conexión a la red). Los prestadores no podrán modificar o manipular la información, deberán respetar las normas generales del sector, no utilizarán de forma ilícita la tecnología para la obtención de información relacionada con el contenido y retirarán la información ilícita almacenada o harán imposible el acceso

⁷⁵ Ley 34/2002, de 11 de Julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio electrónico (BOE n.166 de 12 de julio de 2002). Entró en vigor el 12 de octubre de 2002.

⁷⁶ Entendido como alojamiento de sitios Web, por ejemplo el alojamiento de comentarios realizados por terceros en un *blog*

⁷⁷ recogido en los artículos 13 a 17 de la LPI

⁷⁸ De esta forma se incorpora a nuestro ordenamiento los artículos 12 a 14 de la Directiva 2000/31/CE.

⁷⁹ Artículos 14 a 17 de la LSSI.

cuando tengan conocimiento efectivo de la misma o cuando lo ordene un órgano competente.

El artículo 14 hace referencia a los operadores de redes y proveedores de acceso que transmiten información facilitada por el usuario a través de la red. En este caso nos encontramos ante operadores que prestan un servicio de intermediación, almacenando datos de forma automática o provisional para su posterior transmisión y es imposible que los mismos puedan ejercer un control sobre los usuarios. En este caso no serán responsables salvo en los casos que hayan originado la transmisión o modifiquen el contenido. En este mismo artículo el legislador aclara que no se entenderá por modificación la manipulación técnica de datos. Este artículo se refiere al almacenamiento de datos necesario para su transmisión (independientemente de su carácter automático, provisional o transitorio).

También tenemos los intermediarios que almacenan o alojan creaciones ilícitas o información utilizada para actividades ilícitas en sus servidores, recogido en el artículo 16 de la LSSI. Estos datos serán proporcionados por los usuarios. Y los prestadores que faciliten enlaces a páginas Web o servidores con material ilícito o a instrumentos de búsqueda con información ilícita (artículo 17 de la LSSI). Para que el prestador de servicio quede exento de toda responsabilidad no deberá tener conocimiento efectivo de ello, en el caso que lo tenga procederá inmediatamente a su retirada o imposibilitar su acceso. En este artículo el legislador establece que se entenderá como conocimiento efectivo, cuando un órgano competente declare la ilicitud de los datos y ordene la retirada o la imposibilidad de acceso.

Este último requisito se diferencia del establecido en la normativa comunitaria, concretamente recogido en el artículo 14 de la DCE. La Directiva es más estricta, en cuanto exige el no conocimiento indiciario de los hechos o circunstancias que permitan conocer la ilicitud para la exención de responsabilidad civil. En cambio la legislación nacional tiene varias interpretaciones, lo que ha dado lugar a jurisprudencia muy dispar. La interpretación más restrictiva o limitativa entiende que el prestador tendrá conocimiento efectivo cuando un tribunal u órgano competente declare la ilicitud de los datos y retire o impida su acceso⁸⁰. O una interpretación más amplia que entienda como conocimiento efectivo la existencia de este en si mismo (conocimiento real) y se admitan como prueba los medios generales admitidos en derecho⁸¹.

Como podemos ver las resoluciones relacionadas con esta temática son muy dispares. Nos encontramos con interpretaciones muy divergentes sobre temas como

⁸⁰ Auto de 7 de marzo de 2003 del Juzgado de instrucción núm. 9 de Barcelona. STAP de Madrid Sección 14 de 20 de diciembre de 2005

⁸¹ STAP Madrid sección 19ª de 6 de febrero de 2006, Auto AP de Cáceres sección 2ª de 30 de octubre de 2006

la exclusión de responsabilidad, algunas excluyen a los intermediarios de toda responsabilidad, otras por ejemplo en la STC de 14 de octubre de 1998 entiende que *“el autorizar la publicación de un escrito ajeno cuyo autor se ha identificado previamente será este quien asuma la responsabilidad del mismo”*⁸² o casos en que el intermediario no conoce la identidad del autor y al publicar en contenido asume el mismo y la responsabilidad que derive (STC de 15 de septiembre 1986). Otras relacionadas con la falta de conocimiento de la ilicitud de datos o enlaces e incluso sentencias relacionadas con el tema que ni nombran la LSSI⁸³.

Debemos tener claro que a pesar de la existencia de exclusiones de responsabilidad ello no limita la posibilidad de ejercer acciones de cesación contra el proveedor. Aunque esta afirmación no se contempla en la LSSI, si lo encontramos en los artículos 14.3 y 13.2 de la Directiva 2000/31/CE y en la LPI⁸⁴. Esta última establece que se podrán adoptar medidas cautelares y medidas de cesación aunque los actos no constituyan una infracción. Entendiéndose que la exención de responsabilidad es independiente a la ordenación del cese de la prestación de servicio por tratarse de un contenido ilícito.

⁸² Ver también STS 15/1993 y STC 333/1993

⁸³ ST Juzgado de Primera Instancia e instrucción núm. 5 de Aranda del Rey de 30 de Junio

⁸⁴ Artículos 138, 139 y 141 de la LPI.

Conclusión

La llegada de Internet y su popularización ha proporcionado a las personas un nuevo canal que permite el acceso rápido y directo a la información y un nuevo medio para la realización de intercambios económicos a nivel global. Este avance ha tenido una gran repercusión en la propiedad intelectual. Por una parte supone una amenaza, en cuanto es mucho más fácil vulnerar los derechos de propiedad intelectual y ejercer un control sobre ellos para evitar las posibles infracciones. Ahora bien, también supone la incorporación de nuevas modalidades de explotación por su carácter global y la posibilidad de acceder a productos y servicios de forma más fácil, realizar copias exactas o prescindir de los soportes tangibles tradicionales.

Nos encontramos ante la confrontación de derechos fundamentales como son el derecho a la propiedad, el derecho a la creación o el derecho al honor con el derecho a la libertad de expresión o el derecho a la información. Es decir entre el interés público a la cultura y el interés privado de las personas o empresas que realizan una inversión económica en medios, esfuerzos y tiempo.

Esta claro que es necesaria la retribución y el reconocimiento de las obras a sus creadores con el fin de asegurar su continuidad y existencia. Ahora bien es imprescindible encontrar un equilibrio entre las partes interesadas, y sólo con el esfuerzo y el compromiso de ellas será posible llegar a una situación beneficiosa para todos.

La propiedad intelectual no sólo interesa a las empresas, a los creadores o a los usuarios, sino que es un bien que nos diferencia de la competencia exterior y beneficia a toda la sociedad. En cuanto a valor añadido de personas y de la sociedad en general, el Estado tiene la obligación de garantizar su protección para hacer posible la divulgación de las creaciones intelectuales

El problema radica en que nos encontramos en un entorno en constante evolución. Los creadores intentan ejercer un control sobre sus obras con el fin de proteger sus derechos incorporando nuevas medidas de protección. Y los usuarios se inventan nuevas formas de vulnerar las medidas de control establecidas por los anteriores. Por esta razón es necesario que el Estado se caracterice por su capacidad de adaptación a los nuevos avances, con una legislación homogénea y efectiva que contemple las nuevas realidades. De esta forma evitaremos que cualquier vulneración de derechos quede impune por lagunas legales o jurisprudencia divergente,

Una prueba de ello es la constante incorporación de directivas de la Unión Europea y demás tratados internacionales en las legislaciones nacionales. De esta forma se

consigue una homogeneización con el fin de mejorar el funcionamiento del mercado interno europeo y los mercados internacionales.

Estas medidas gubernamentales como lo son los límites o excepciones de los derechos exclusivos, el establecimiento de la remuneración equitativa por copia privada o la protección de la jurisdicción civil y penal en caso de infracción deben complementar las medidas y acuerdos establecidos entre los usuarios y los creadores.

De esta forma utilizamos la vertiente positiva que supone la red con soluciones como la utilización de publicidad en páginas web que permitan remunerar a los creadores, la suscripción a un precio razonable a *website* o a programas *P2P* que permitan a los usuarios obtener obras a un precio asequibles, el pago de tasas a un precio mínimo que permitan el uso de creaciones o las licencias colectivas entre pequeñas empresas o usuarios para la reproducción lícita de obras, entre muchas otras soluciones.

Algunas no son de aplicación real todavía. Otras, como las *Creative Commons*, que consisten en un sistema de licencias libres que permite el libre acceso a creaciones artísticas, científicas o literarias, con unos derechos reservados son ya una realidad.

A cambio de permitir realizar todos los actos de explotación de forma gratuita y sin necesidad de autorización, el usuario se compromete a respetar los derechos reservados que decida el autor, como la no comercialización de la obra o la prohibición de modificación.

Todo ello demuestra que si ambas partes trabajan en conjunto se podrá llegar a un equilibrio. Y es necesario que el Estado no sólo proteja estas nuevas medidas o acuerdos, sino que también establezca los instrumentos necesarios para fomentarlos y hacerlos efectivos.

Bibliografía

BERCOVITZ, R. Comentario a la ley de propiedad intelectual. 3º Edición. Madrid 2007.

BERCOVITZ, R; GARROTE, I; GÓNZALEZ, A; SÁNCHEZ. R: La reforma de la ley de Propiedad intelectual. Valencia 2006.

BUGANZA, C; GINES, N; BAYLINA, M; ESTEVE, A; CAPARRÓS, S. Novedades en la Ley de Propiedad Intelectual. Bosch Formación. Barcelona 2007.

GARROTE, I. La reforma de la copiaprivada en la Ley de propiedad Intelectual. Editorial Comares. Granada 2005

GÓMEZ, A: El derecho de Autor en la Unión Europea. Fundación Autor. Madrid 2006.

LABASTIDA, J. Laslicencias Creative Commons: ¿una alternativa al copyright? Revista sobre la sociedad del conocimiento (UOC Papers nº 2006)

MARTÍNEZ, P El daño moral contractual en la Ley de Propiedad Intelectual, Tecnos, Madrid 1996.

MIRÓ, F: Internet y los delitos contra lapropiedad intelectual. Fundación autor. Madrid 2005

ORTEGA, J.F. Los enlaces en Internet. Thomas Aranzadi. Azur Menor (Navarra) 2006.

PLAZA, J. Propiedad Intelectual y la sociedad de la información. Directiva comunitaria. Aranzadi Civil, Pamplona 2002.

RODRÍGUEZ, J.M. La ley de propiedad Intelectual. Thomson Aranzadi, Elcano (Navarra), 2006.

ROGEL, C. Los límites del derecho de autor. Editorial Reus Madrid. 2006.

SÁNCHEZ ARISTI, C. La Propiedad Intelectual sobre obras musicales. Editorial Comares. 2ª edición Granada. 2005

VEGA, J.A: El derecho de autor. Editorial Tecnos Madrid, 1990

VEGA, J.A: La protección de la Propiedad Intelectual. Editorial Reus. Madrid 2002.

XALANDER, R. La responsabilidad de los prestadores de servicios en Internet (ISP) por infracciones de propiedad intelectual cometidas por sus usuarios. Artículos revista de Internet, derecho y Política IDP 2 2006.

Legislación básica

- Ley 22/1987 de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual,
- Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril,
- Ley 19/2006, de 5 de junio,
- Ley 23/2006, de 7 de julio, por
- Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y el Comercio Electrónico (LSSI)..
- Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal
- Circular 1/2006 de 5 de mayo de la Fiscalía General de Estado sobre los delitos de la propiedad intelectual e industrial
- Directiva 92/100/CEE del Consejo, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamos y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual.
- Directiva 93/98/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1993, sobre la armonización del plazo de protección de los derechos de autor y determinados derechos afines.
- Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los

derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información

- Directiva 2004/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual, centrada especialmente en la piratería informática.
- Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas de 1886,
- Convenio de Estocolmo, de 14 de julio de 1967 a partir del cual se crea la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)
- Acuerdo sobre Aspectos de Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), Anexo al Acuerdo de Marrakech de 1994 que establece la Organización Mundial del Comercio (OMC).
- Los tratados de la OMPI, acordados en la Conferencia Diplomática celebrada en Ginebra de 1996, sobre el derecho de autor (TODA) y la protección de artistas y productores de fonogramas (TOIEF).

Anexo

Abreviaturas

ADPIC	Acuerdo sobre Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el comercio
ARPANET	<i>Advanced Research Projects Agency Network</i>
art.	Artículo
cap.	capítulo
CC	Código Civil
CE	Comunidad Europea
CEE	Comunidad Económica Europea
CP	Código Penal
CSNET	<i>Computer Science Network</i>
DCE	Directiva sobre el Comercio Electrónico 2000/31/CE
DARPA	<i>Defense Advanced Research Project Agency</i>
DDASI.	Directiva 2001/29/CE
IP	<i>Internet Protocol</i>
LEC.	Ley Enjuiciamiento Civil
LO	Ley Orgánica
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LPI	Ley de Propiedad Intelectual
LRJPAC	Ley Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
LSSI	Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico
MILNET	<i>Military Network</i>
MPT	Medidas de Protección tecnológicas
Núm	Número
OMC	Organización Mundial del Comercio
OMPI	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual
P2P	Peer-to-Peer
RD.	Real Decreto
SAN	Sentencia Audiencia Nacional
SAP	Sentencia Audiencia Provincial
ss.	Siguientes
SSTS	Sentencias Tribunal Supremo
STC	Sentencia Tribunal Constitucional

STS	Sentencia Tribunal Supremo
TODA	Tratado Ompi sobre Derecho de Autor
TOIEF	Tratado de la OMPI sobre Interpretación y Ejecución y Fonogramas
TRLPI	Texto refundido Ley PropiedadIntelectual
WIPO	World Intellectual Property Organization