

LA PROTECCIÓN DEL DERECHO DE AUTOR Y LA PROPIEDAD INTELECTUAL

DR. D. VÍCTOR AMAYA RICO

Director Adjunto del Curso de Derecho de Autor y Propiedad
Intelectual
Programa de Experto Profesional UNED

Resumen: Se trata de proteger el Derecho de Autor y la Propiedad Intelectual según el ordenamiento jurídico con la dificultad de que este es plural y diverso lo que hace necesario la cooperación internacional. Pues no se ha creado un derecho de autor único de ámbito internacional sino que se mantiene el principio de territorialidad. Coexisten dos modelos de ordenamiento jurídico en el panorama internacional, uno el denominado copyright y otro el llamado europeo o continental.

En España la Propiedad Intelectual es una propiedad especial derivada del Derecho Civil, es un derecho genérico a producir y crear obras, siendo su objeto de protección la libertad de la persona de crear a través de sus propias ideas.

La protección deber permitir que el creador o inventor obtenga un beneficio legítimo de su invención o creación, Pero sin medios eficaces de tutela de los derecho de propiedad intelectual, la innovación y la creación se desincentivan y las inversiones se reducen.

Resultando imprescindible establecer medidas preventivas que permitan la cesación inmediata de la infracción, medidas correctivas, publicidad sobre las infracciones para reforzar el aspecto disuario, para contribuir al respeto social por el Derecho de Autor y la Propiedad Intelectual.

En suma, se necesita establecer un difícil equilibrio entre la protección del Derecho de Autor y el Mercado Globalizado para que el sistema de protección sea real y efectivo, mediante la cooperación in-

ternacional y el respeto social con el objetivo de garantizar autonomía y dignidad a la creación intelectual.

Palabras clave: derecho de autor, propiedad intelectual, copyright, modelo continental o europeo, derechos morales, derechos patrimoniales, prevención, vulneración, acciones y medidas de tutela, cautelares urgentes, cautelares específicas, cesación, destrucción de bienes y entrega a cuenta, protección de las medidas tecnológicas, comisión de propiedad intelectual.

Abstract: This is to protect the Copyright and Intellectual Property under the legal system with the difficulty that this is plural and diverse which requires international cooperation. It has not created a copyright single.

International scene but retains the principle of territoriality. There are two models of legal system on the international scene one called copyright and other so-called European or Continental.

In Spain Intellectual Property is a special property derived from the Civil Law, is a generic right to produce and create works its purpose being to protect the individual's freedom to create through their own ideas.

The protection should allow the inventor or creator to obtain a legitimate profit from his invention or creation, but without effective means of enforcing intellectual property rights innovation and creativity are discouraged and investment diminished.

It is essential to establish measures for the immediate termination of the infringement, corrective action, publicity about breaches to strengthen the deterrent aspect, to contribute to social respect by the Copyright and Intellectual Property.

In short, we need to establish a delicate balance between the protection of copyright and the global market so that the protection system is real and effective through.

International cooperation and social respect with the aim of ensuring autonomy and dignity to creation intellectual

I. INTRODUCCIÓN

Nuestro ordenamiento jurídico, establece una serie de medidas de protección de derechos que abarcan desde la prevención hasta la vulneración. La protección de los derechos puede ejercitarse de forma directa por el propio titular, actuando por sí mismo, mediante una defensa privada preventiva que comprende el conjunto de medidas cautelares o disuasoria para el respeto de sus derechos, o una defensa represiva, referida al conjunto de medidas que el ordenamiento jurídico pone en manos del titular del derecho subjetivo que ha sido vulnerado.

No obstante, la regla general es que el titular del derecho inste el auxilio de los órganos judiciales ya que en un Estado de Derecho el monopolio de la tutela de los derechos la ostenta él poder político.

El Real Decreto Legislativo 1/1996 que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual. Modificado por la Ley 23/2006, de 7 de julio, en adelante LPI, en su Libro III regula la protección del Derecho de Autor y Propiedad Intelectual en los artículos 138 a 159 ambos inclusive. Modificado por la Ley 19/2006 de 5 de junio, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios. En los mencionados artículos se regula el Registro de la Propiedad Intelectual, artículos.144 y 145, y la Entidades de Gestión de Derechos, artículos 147 a159, que no serán objeto de este estudio ya que incrementarían su numero de paginas.

Así pues, el desarrollo del presente estudio, tendrá una sistemática didáctica sencilla y básica pero con suficiente alcance para obtener unos conocimientos profesionales específicos sobre la protección del derecho de autor y propiedad intelectual.

El desarrollo de sus contenidos se estructura en una fundamentación sobre el alcance de la protección del Derecho de Autor y Propiedad Intelectual según la Doctrina y Jurisprudencia en el ámbito de nuestro ordenamiento jurídico y también en el ámbito internacional que resulta de todo punto necesario en un mundo globalizado, haciendo mención expresa a los Acuerdos Internacionales, Berna, Ginebra, Roma, Marrakech y a las Directivas de la Unión Europea, encaminadas a crear un marco jurídico armonizado con mayor seguridad jurídica y un elevado nivel de protección. Diferenciando los dos modelos de ordenamientos jurídicos que coexisten en Europa, uno el copyright y el otro el denominado continental.

A continuación se desarrolla la vulneración de los derechos morales y los patrimoniales junto a las acciones que le corresponde a los titulares de los derechos reconocidos en la ley con indicación de la jurisprudencia .

Con ello, se pretende dar respuesta a la pregunta ¿Cuándo se produce la vulneración de los derechos? Y la respuesta pasa más que por una enumeración exhaustiva que resultaría incompleta por establecer una clasificación con tres apartados, uno el referido a los derechos morales, otro a los derechos patrimoniales y un tercero a las excepciones y límites.

Después nos adentramos en las acciones y medidas reguladas por la LPI, tales como, el cese de la actividad ilícita, las medidas cautelares y la indemnización.

Por último, estudiamos la eficacia de la protección desde las medidas tecnológicas aplicables según la Directiva 2001/29 y su transposición por la Ley 23/2006 de 7 de julio y la Comisión Propiedad Intelectual.

Defendiendo la necesidad de dar prioridad a la protección de la personalidad y creación de los autores, en cuanto la parte más débil, frente a lo mercantil.

II. FUNDAMENTACIÓN DE LA PROTECCIÓN

La Doctrina más reciente considera que la Propiedad Intelectual es una propiedad especial derivada del derecho civil y la Jurisprudencia ha interpretado que la propiedad intelectual no es un derecho fundamental, y en consecuencia la LPI es una ley ordinaria y no orgánica.

La fundamentación para tal interpretación se basa en que la Constitución lo que consagra en el artículo 20,1.b) es un derecho genérico a producir y crear obras, pero no un derecho fundamental. Pues la libertad de la persona de crear a través de sus propias ideas, es lo que se protege y no propiamente la creación literaria, artística o científica que como propiedad intelectual se encontraría amparada por el artículo 33 .A pesar de que, la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 1996, considera que el artículo 20,1,b) de la Constitución, consagra como Fundamental el Derecho de Propiedad Intelectual.

En definitiva, se niega por tanto que el Derecho de Autor esté configurado en nuestro ordenamiento jurídico como un Derecho Fundamental protegido constitucionalmente.

Ahora, resulta aconsejable hacer una referencia al ámbito supranacional o internacional de la protección del Derecho de Autor y Propiedad Intelectual, debido a la pluralidad y diversidad de los ordenamientos jurídicos que hace necesario de todo punto la cooperación internacional y en este sentido hay que mencionar los acuerdos internacionales de El Convenio de Berna, de 9 de septiembre de 1886, para la protección de las obras literarias y artísticas, ratificado por España el día 2 de julio de 1973.

La Convención Universal de Ginebra, de 6 septiembre de 1952, sobre los Derechos de Autor. Acta de revisión de París de 24 de julio de 1971. Ratificado por España el 7 de marzo de 1974 y 30 de abril de 1974.

Convención internacional de Roma, de 26 de octubre de 1961, sobre protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión. Ratificado por España el 2 de agosto de 1991

Acuerdo de Marrakech, de 15 de abril de 1994, por el que se establece la Organización Mundial del Comercio y sus anexos 1c y 2. Ratificado por España el 30 de diciembre de 1994

No obstante, con los citados acuerdos internacionales, no se ha creado un derecho de autor único de ámbito internacional sino que se mantiene el principio de territorialidad. Ello se explica porque en la actualidad coexisten dos modelos de ordenamiento jurídico en el panorama internacional, uno el denominado *copyright* y otro llamado europeo o continental a los que nos tenemos que referir sucintamente.

El modelo del **copyright**, implantado por El Reino Unido y Estados Unidos es el que se sigue en los países llamados anglosajones. Cuyo sistema de protección de las creaciones intelectuales materializadas en un soporte físico, concede a sus titulares determinados derechos subjetivos de contenido fundamentalmente patrimonial.

En relación con la titularidad del *copyright*, esta la puede ostentar tanto el creador de la obra, como los productores de fonogramas, organismos de radiodifusión, empresas titulares de servicios de distribución de programas por cables y editores. Y cuando las obras son realizadas en virtud de una relación contractual —laboral se consi-

dera como autor al empleador, que es el titular de todos los derechos comprendidos en el copyright.

El término copyright tiene por tanto, un alcance más amplio que el denominado, modelo continental europeo, de derecho de autor ya que incluye el contenido de los llamados derechos vecinos o conexos. Y por lo que se refiere al contenido, el copyright es más limitado que el de los derechos de autor de origen continental al conceder un número menor de derechos subjetivos. Su titular ostenta el derecho a ejercer el control de lo copiado, su orientación más relevante es la comercial por centrarse únicamente en las facultades de contenido patrimonial.

La protección de los intereses personales del autor se obtiene por otros mecanismos de tutela, tales como, protección a su titular contra actos de competencia desleal, contra la difamación ó contra el derecho de privacidad.

Aunque Estados Unidos y el Reino Unido se han adherido al Convenio de Berna y han introducido reformas legales en sus ordenamientos, sin embargo todavía, persisten diferencias importantes con el modelo europeo.

El modelo europeo, el sistema de protección imperante en los países de la Europa Continental, se caracteriza por conceder al autor por el mero hecho de la creación, unos derechos de índole moral y patrimonial.

El Derecho de autor en Alemania se considera un derecho de la personalidad a pesar de tener un contenido patrimonial que permite su explotación económica por el titular del derecho.

El Derecho de autor en Francia tiene una naturaleza jurídica dualista, distinta e independiente, una patrimonial como derecho de propiedad y otra de índole moral como un derecho de la personalidad de carácter inalienable e irrenunciable

A diferencia del copyright, estos derechos nacen sin necesidad de que la creación intelectual sea materializada en un soporte físico y ello porque el fundamento de la protección se encuentra en el acto de la creación.

Esta dualidad entre los ordenamientos jurídicos del ámbito continental europeo y el ámbito anglosajón, han aconsejado a la Unión Europea, aprobar Directivas encaminadas a crear un marco jurídico armonizado que garantice una mayor seguridad jurídica con un elevado nivel de protección del derecho de autor y propiedad intelectual y en este sentido.

La Directiva 2001/29 CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo 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

La Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual. Transpuesta al ordenamiento jurídico español por la Ley 19/2006 de 5 de junio

Ambas Directivas establecen en sus considerando lo siguiente:

La protección de la propiedad intelectual constituye un elemento fundamental para el éxito del mercado interior, que supone la eliminación de las restricciones a la libre circulación y de las distorsiones de la competencia, al tiempo que se crea un entorno favorable a la innovación y la inversión.

La protección de la propiedad intelectual debe permitir que el inventor o creador obtenga un beneficio legítimo de su invención o creación. Pero sin medios eficaces de tutela de los derechos de propiedad intelectual, la innovación y la creación se desincentivan y las inversiones se reducen

Los Estados miembros, están vinculados por el Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, **ADPIC**, acuerdo celebrado en el marco de la Organización Mundial del Comercio.

El **ADPIC**, contiene disposiciones relativas a los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual, que constituyen normas comunes aplicables a nivel internacional y se ponen en práctica en todos los Estados miembros.

Pero sin embargo, en los Estados miembros persisten, importantes disparidades por lo que respecta a los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual que son perjudiciales para el buen funcionamiento del mercado interior e impiden un nivel de protección equivalente en toda la Comunidad lo que produce un debilitamiento del Derecho sustantivo de propiedad intelectual por tanto, el respeto efectivo del Derecho sustantivo ha de garantizarse mediante una acción específica a nivel comunitario y como botón de muestra, sirva el considerando 19 de la Directiva 2001/29, que dice «El derecho moral de los titulares de derechos debe ejercerse de conformidad con lo dispuesto en la legislación de los Estados miembros, en el Convenio de Berna, en el Tratado OMPI.

Dicho derecho moral no entra en el ámbito de aplicación de la presente Directiva»

Puesto que los derechos de autor existen desde la creación de una obra y no exigen un registro oficial, conviene incorporar la norma establecida en el artículo 15 del Convenio de Berna, que establece la presunción de que el autor de una obra literaria o artística se considera tal cuando su nombre aparece estampado en la misma. Conviene aplicar una presunción similar a los propietarios de los derechos afines y también conviene que las personas legitimadas para solicitar la aplicación de dichas medidas, procedimientos y recursos sean no solamente los titulares de derechos, sino también las personas que tengan un interés directo y legítimo, tales como organizaciones profesionales para la gestión de los derechos o para la defensa de los intereses colectivos e individuales a su cargo

También es imprescindible establecer medidas provisionales que permita la cesación inmediata de la infracción sin esperar una decisión sobre el fondo y además, medidas correctivas a expensas del infractor, como la retirada de los circuitos comerciales o la destrucción, de las mercancías, materiales e instrumentos.

Siendo conveniente dar publicidad a las decisiones sobre la infracción para reforzar su aspecto disuasorio y contribuir a que el público en general tome conciencia

El respeto social por el Derecho de Autor y la Propiedad Intelectual pasa por que se garantice eficazmente su protección y por la concienciación de todos los estamentos de la sociedad en general y de las Administraciones públicas en particular, las Universidades, Institutos, Colegios, Jueces. Y los poderes públicos deben fomentar la cooperación y colaboración entre todos los afectados, comunidades autónomas, ayuntamientos, consumidores y usuarios, empresarios y entidades de gestión de derechos

Desproteger al autor implica una merma del desarrollo cultural pues el acceso del ciudadano a la cultura no puede realizarse vulnerando los derechos de autor.

En suma, la creación intelectual a través de su materialización en un soporte físico se configura como una mercancía objeto de intercambios comerciales.

Se trataría de establecer un difícil equilibrio en que la existencia y protección del derecho de autor no distorsione el funcionamiento del mercado globalizado.

Y para que el sistema de protección sea real y efectivo se requiere necesariamente de la cooperación internacional y el respeto social para garantizar autonomía y dignidad a la creación intelectual.

III. LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS MORALES Y PATRIMONIALES

La LPI, regula en los artículos 138 a 162, de su Libro III, la protección de los derechos reconocidos en esta Ley.

Además de esta protección civil, nuestro Código Penal de 1995, establece una protección penal, artículos 270 a 272, que requiere la concurrencia de elementos subjetivos cualificados para que la explotación indebida sea objeto de sanción.

Las infracciones sobre el Derecho de autor y la Propiedad Intelectual, en cuanto que comportan una explotación ilícita de los derechos morales y patrimoniales de los autores o de los demás titulares de derechos reconocidos, siempre que no estén amparados en un límite o una excepción.

Dicha protección en el régimen civil se caracteriza por atribuir al titular del derecho una acción de cesación e indemnización y unas medidas cautelares.

El Proyecto de Ley por la que se modifica el texto refundido de la LPI, aprobado por Real Decreto-Legislativo 1/1996, de 12 de abril. Se contempla que «podrá solicitar con carácter previo la adopción de medidas cautelares de protección urgente reguladas en el artículo 141. Tales medidas podrán también solicitarse contra intermediarios a cuyos servicios recurra un tercero para infringir derecho de propiedad intelectual reconocidos en esta ley, aunque los actos de dichos intermediarios no constituyen en sí mismo infracción, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico»

Y en este mismo sentido, se pronuncia la Directiva 2001/29 que en su considerando 58, establece «que los Estados miembros deben prever sanciones y vías de recursos efectiva contra la vulneración de los derechos y las obligaciones establecidas en la presente Directiva. Deben adoptar todos los medios necesarios para garantizar que se apliquen todas las sanciones y vías de recursos. Las sanciones previstas deben ser efectivas, proporcionadas y disuasorias y deben llevar aparejada, la posibilidad de solicitar reparación de daños y perjuicios y/o

medidas cautelares y cuando proceda, la incautación del material ilícito».

¿Cuándo se produce la vulneración de los derechos? La respuesta más que en una enumeración exhaustiva que resultaría incompleta, pasaría por establecer una triple clasificación de los derechos, una la vulneración de los derechos morales, otra la vulneración de los derechos patrimoniales y una tercera sobre las excepciones y límites.

III.1. VULNERACIÓN DEL DERECHO MORAL DE AUTOR

Se vulnera el derecho moral de autor cuando se quebranta ó viola la persona del autor a través de su obra.

El derecho moral de autor se regula en el artículo 14 LPI, es un derecho personalísimo, que tiene como características ser irrenunciable e inalienable.

III.1.A. El derecho de divulgación

La primera facultad del derecho moral es la de decidir la divulgación de la obra y la forma en que ésta ha de realizarse.

El autor está facultado para decidir la divulgación o publicación de la obra bajo su nombre, bajo seudónimo ó como obra anónima, según los artículos 6-2 y 27 LPI y a tenor del artículo 4 .»Se entiende por divulgación de una obra toda expresión de la misma que, con el consentimiento del autor, la haga accesible por primera vez al público en cualquier forma, y por publicación, la divulgación que se realice mediante la puesta a disposición del público de un número de ejemplares de la obra que satisfaga razonablemente sus necesidades estimadas de acuerdo con la naturaleza y finalidad de la misma».

En consecuencia, si la obra accede al público sin el consentimiento del autor, la divulgación sería ilícita y se vulneraría el derecho moral de autor, en este sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2000, que reconoce la existencia de un daño moral por infracción de derecho de autor de un proyecto de investigación universitaria.

También puede producirse vulneración por la forma en que se divulga la obra dada la importancia que tiene la primera vez que la obra se pone a disposición del público.

III.1.B. El derecho de paternidad

Según el artículo 14-3, el autor tiene derecho a exigir que se le reconozca su condición de autor de la obra. El derecho de paternidad se encuentra íntimamente relacionado con el derecho al nombre.

Se produce vulneración de este derecho cuando se usurpa la paternidad, Sentencia Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1993 ó se omite la paternidad, Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 1998.

Y fundamentalmente en los supuestos de «obras por encargo», el denominado »negro», que no puede identificarse.

III.1.C. El derecho a la integridad

La LPI en el aptdo 4 del artículo 14, reconoce el derecho de autor a» exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación».

Cuando se presenta una obra deformándola, se atenta contra la integridad de la obra y también cuando se producen alteraciones ó modificaciones menores.

Pero ¿ qué hay que entender por legítimo interés del autor? ¿ se refiere a su naturaleza personal o patrimonial? ¿ afecta al corpus mysticum o al corpus mechanicum?.

Se trata de conjugar los intereses entre autor y propietario en los que hay que considerar criterios tales como, las características del objeto, lugar de ubicación, dimensiones, la buena fe, dolo, culpa, caso fortuito, fuerza mayor.

En cualquier caso, sobre el propietario no recae la obligación de custodiar la obra y si en cambio tiene la opción de destruir la obra de forma licita, si cumple con la obligación de su ofrecimiento previo al autor, que no se produzca de forma llamativa ni afecta a la reputación del autor

El alcance del citado artículo 14- 4, se complica cuando se pone en relación con los artículos 64-1, 78-2, 92-2 de la LPI, esto es, cuando la obra se edita, reproduce ó es objeto de un contrato de producción audiovisual, a pesar de que los citados artículos establecen la obligación de los cesionarios de no introducir ninguna modificación, variación,

supresión, corte o adición, que el autor no haya consentido, con lo que pueden tipificarse como obligaciones de los cesionarios que impliquen un incumplimiento contractual pero no una vulneración del derecho a la integridad.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, no ha marcado una línea clara en la interpretación del artículo 14-4. Oscilando entre que el daño ó desperfecto de la obra, implica un atentado a la integridad, por los daños que los desperfectos ocasionan a sensibilidad artística del autor, en este sentido la Sentencia de 3 de junio de 1991. Otras han tenido en cuenta las alteraciones introducidas en la obra, Sentencia de 22 de abril de 1998, y 28 de enero de 2000

III.1.D. El derecho de modificación

El ya reiterado artículo 14 en su aptdo 5, contempla a favor del autor la posibilidad de modificar la obra respetando los derechos adquiridos por terceros y las exigencias de protección de bienes de interés cultural.

El respeto a los derechos de terceros ha de interpretarse referidos a los que tuvieran derechos de explotación sobre la obra con el objetivo del que el autor indemnice a los titulares de tales derechos los daños y perjuicios que las modificaciones les origine.

Este derecho hay que diferenciarlo del derecho patrimonial de transformación del artículo 21 LPI y también del artículo 66, referido al contrato de edición, que establece las modificaciones que el autor puede introducir en la obra,

Modificaciones que pueden tener origen en razones distintas, actualización de la obra, mejoras estéticas.

III.1.E. Derecho de retirada

Corresponde al aptdo 6.º del artículo 14, su base se apoya en razones morales que permiten al autor desvincularse del contrato de cesión para la explotación de la obra, sin perjuicio de la indemnización correspondiente al cesionario.

Se plantea el problema de delimitar si la retirada se ha de producir antes de su divulgación ó después, en cualquier caso, el derecho de retirada es un supuesto límite

III.1.F. Derecho al acceso del ejemplar único o raro.-

Este supuesto se contempla en apartado 7.º del artículo 14, que le permite al autor ejercer las facultades morales y patrimoniales en las condiciones que menos problemas cause al poseedor de la obra e indemnizándole por daños y perjuicios que se le pueda ocasionar.

III.2. DERECHOS PATRIMONIALES

Se consideran a todos los comprendidos en la explotación o disfrute económico que se derivan de la utilización de la obra, estableciéndose dos categorías, una los llamados derechos exclusivos, reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, la otra, los derechos de remuneración

III.2.A. Derecho de explotación:

A:a) Reproducción

El artículo 18 de la LPI, define la reproducción como el derecho a «la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación y la obtención de copias de toda o parte de ella».

Como afirma el Prof Lasarte, este derecho singulariza a la propiedad intelectual frente a la propiedad de bienes materiales por su capacidad expansiva.

La producción o fabricación de ejemplares de la obra, implica el ejercicio del derecho de reproducción y es la propia fabricación la que puede vulnerar el derecho exclusivo de reproducción

A:b) Distribución

Se entiende por distribución, según el artículo 19 LPI «todo acto por el cual se ponga a disposición del público el original o copias de la obra, mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otro modo.»

La distribución implica el carácter físico del soporte de la obra que permita su comercialización

La vulneración de este derecho exclusivo fundamentalmente consiste en que la mera compra de la obra no autoriza al usuario a dis-

poner del derecho de distribución a favor de terceros. Según establece el artículo 56 en su apartado 1, «el adquirente de la propiedad so- porte a que se haya incorporado la obra no tendrá por este sólo título, ningún derecho de explotación sobre esta última»

A:c) Comunicación pública

La LPI, en su artículo 20-1, define «se entenderá por comunicación pública todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ella.

No se considerará pública la comunicación cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo.»

Se trata de delimitar el ámbito doméstico o público del acto de comunicación para evitar la vulneración. Y en este sentido, aunque suele ser frecuente en la doctrina para definir el carácter doméstico acudir a su dimensión espacial o temporal ó numero de integrantes, lo que ciertamente tiene relevancia es el hecho de la dimensión económica tenga de cara a su explotación más que la pluralidad de personas.

Fundamentalmente la comunicación pública es un modo de explotación sin soporte físico que no acaba convirtiéndose en libro.

Por lo que hace referencia a las modalidades de actos de comunicación, al modelo de explotación intangible propio de la comunicación pública, no es un *numerus clausus* sino *apertus*, tales como, representaciones en escena, exposición de obras, difusión de imágenes o sonido por cable ó vía satélite y en el entorno digital a través de redes y bases de datos.

En el enfarragoso artículo 20 LPI, se regula de manera especial la retransmisión por cable objeto de explotación por razones económicas y los titulares de derechos únicamente pueden autorizar la retransmisión por cable a través de entidades de gestión colectivas.

A:d) Transformación

Se regula en artículo 21 LPI, cuya interpretación hay que ponerla en relación con el artículo 17 y 14 . Pues el derecho moral de integri-

dad deberá interpretarse de forma conjunta con el derecho de paternidad.

La transformación de una obra no siempre es fácil de delimitar respecto de la pura reproducción, y suele ser frecuente que se considere que la traducción de una obra comporta el nacimiento de una obra diferente cuando es la misma obra, en este sentido se pronuncia el Profesor Lasarte. En cambio, el derecho de creación de colecciones puede ser un supuesto de transformación.

Por definición una transformación es una alteración de la obra original

IV.1. LÍMITES Y EXCEPCIONES

En primer lugar, es conveniente aclarar que suele ser frecuente que en tratados internacionales y directivas europeas, se emplee la fórmula excepciones y limitaciones, a lo que nuestra LPI llama límites.

Se puede hablar de dos tipos de límites a la propiedad intelectual, uno el temporal y otro los materiales.

En cuanto al límite temporal, ya conocemos que la propiedad intelectual, a diferencia de la ordinaria, está sujeta a plazo al menos en el caso de los derechos patrimoniales, duraran toda la vida del autor y setenta años después de la muerte.

Los límites materiales, son los que en determinados casos y condiciones, permiten una utilización limitada de la obra, sin el consentimiento del autor ni esperar la entrada en dominio público

Y los límites se justifican por la existencia de derechos fundamentales de la personas o de intereses generales dignos de tutela. En este sentido, se pueden distinguir dos grandes grupos, uno los límites al servicio de derechos fundamentales, como la cita, la parodia, reseñas o revistas de prensa, reutilización de trabajos y artículos sobre temas de actualidad difundidos en medios de comunicación social, reproducción, distribución y comunicación de conferencias, alocuciones y otras obras que se hayan pronunciado en público y utilización de obras susceptibles de ser vistas u oídas con ocasión de informaciones sobre acontecimientos de actualidad

IV.1.A. Artículo 31: Excepciones al Derecho de Reproducción.

Con respecto a la excepción de copia privada, nos remitimos al artículo sobre **Los derechos de autor: algunas excepciones**, publicado en Revista de Derecho UNED N° 2, 2007. no obstante, es necesario reseñar que la Ley 23/2006 de 7 de julio, por la que se modifica el Texto Refundido de la Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996 de 12 de abril. Regula un nuevo sistema de copia privada, estableciendo que la remuneración por copia privada, que es la que se permite sin autorización de los autores en los casos en que el copista(que ha de ser una persona física) lleva a cabo la reproducción «para su uso privado a partir de obras a las que haya accedido legalmente y la copia obtenida no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa».

Se da en la citada ley un tratamiento distinto a la compensación por las copias de este tipo, hechas con equipos, aparatos y soportes materiales de reproducción analógicas de lo que se efectúan con medios de reproducción digital. En estos, se determina, no solo el importe del canon, sino los propios equipos, aparatos y soportes que generarán esta remuneración.

Dicho canon deberá fijarse por orden de los Ministerios de Cultura e Industria, después de las negociaciones que, durante un plazo máximo de cuatro meses, tendrán que mantener la entidades de gestión colectiva de derechos de autor y la industria tecnológica y este proceso se llevará a cabo cada dos años.

En todo este proceso, tanto las partes como los Ministerios de Cultura e Industria, deberán tener en cuenta una serie de criterios que la ley detalla, tales como, el «perjuicio efectivamente causado a los titulares de los derechos» por la copia privada de sus obras, «el grado de uso» de los aparatos y soportes para hacer este tipo de reproducciones, la «capacidad de almacenamiento» de tales medios técnico y la proporción del canon en relación con «el precio medio final al público» de los equipos.

Dicho art 31, también prevé la licitud de las copias realizadas para uso de invidente, siempre que las copias no sean objeto de utilización lucrativa y las reproducciones «como consecuencia o para constancia en un procedimiento judicial o administrativo» si la obra esta divulgada

IV.1.B. Citas y reseñas

El art 32 considera lícita «la inclusión en una obra propia de fragmentos de otras ajenas de naturaleza escrita, sonora o audiovisual» para su cita, análisis, comentario o juicio crítico.

La LPI exige para que la cita sea lícita 1.º) que la obra esté divulgada, y se indique la fuente y el autor 2.º) que se persigan fines docentes o de investigación.

Sin embargo, no se incluyen otras citas habituales como las citas de novelas, de versos o musicales que no entran en el ámbito de la enseñanza o la investigación.

En cambio las «recopilaciones periódicas efectuadas en forma de reseña o revistas de prensa» son lícitas en base a la función social de la información.

Con la nueva Ley 23/2006 de 7 de julio por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996 de 12 de abril., sigue teniendo la consideración de cita.

No obstante, el texto introduce una importante novedad al especificar que «cuando se realicen recopilaciones de artículos periodísticos que consistan básicamente en su mera reproducción y dicha actividad se realice con fines comerciales, el autor que no se haya opuesto expresamente tendrá derecho a percibir una remuneración equitativa». En caso de oposición expresa del autor, dicha actividad no se entenderá amparada por este límite, lo que significa que la empresa deberá solicitarle al autor de forma individual o mediante licencia de gestión colectiva.

En suma, cualquier tipo de cita se incluye en una nueva obra, distinta de la citada y es muy importante el criterio de la cantidad

IV.1.C. Informaciones y trabajos sobre temas de actualidad

El art 33, regula la libre reproducción, distribución y comunicación pública por los medios de comunicación social de los artículos y trabajos sobre temas de la actualidad difundidos por la competencia, citando la fuente y el autor

Se pone el acento en «los temas de la actualidad» y por tanto, quedan fuera las noticias en el pasado.

Igualmente se permite reproducir, distribuir y comunicar las conferencias, alocuciones informes ante los Tribunales y otras obras del mismo carácter que se hayan pronunciado en público y sólo con el exclusivo fin de informar sobre la actualidad, tales como los discursos en las sesiones parlamentarias o corporaciones públicas.

IV.1.D. Obras situadas en las vías públicas

La LPI, art 35-2, permite la reproducción, distribución y comunicación pública de las obras situadas en vías públicas, exigiendo que estén situadas «permanentemente» con acceso público para su percepción visual.

IV.1.E. El Derecho de préstamo

Se entiende por préstamo al público el que se realiza en bibliotecas e instituciones similares accesibles al público, por un tiempo limitado y sin beneficio económico o comercial directo o indirecto por parte de quienes lo llevan a cabo. Es un derecho de distribución y en virtud de este derecho corresponde al autor la facultad de autorizar o prohibir la distribución de sus obras, bien mediante venta, alquiler o préstamo, así como las condiciones en que se realizará esta distribución.

El derecho de préstamo se recoge en el art 37 LPI y es un derecho consagrado en la doctrina internacional sobre el Derecho de Autor, se reconoció y se reguló en Dinamarca en 1946 y en años sucesivos siguieron su ejemplo otros países, Suecia, Noruega, Finlandia, Holanda, Alemania, Gran Bretaña, Francia y Bélgica.

La Unión Europea se propuso armonizar en los Estados miembros el préstamo con la Directiva 92/100, sobre derecho de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual, año 1992.

Se reconoce en la Directiva la necesidad de proteger adecuadamente a los creadores y a sus obras a través de este derecho, y destacó su importancia para el desarrollo económico y cultural de todos los países de la Unión.

En la norma europea se reconoce al autor el derecho exclusivo de autorizar el préstamo de su obra y se faculta a los Estados para disponer que esta autorización no sea necesaria en determinadas insti-

tuciones, siempre que a cambio se establezca una compensación económica al autor, existiendo la posibilidad de que los Estado eximan de ese pago a determinadas categorías o tipos de establecimientos.

En el ordenamiento jurídico español se transpuso la Directiva en 1994, con una ley que posteriormente se integró en el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de 1996. En dicha normativa se establece que no precisan autorización los préstamos realizados por los museos, archivos, bibliotecas, hemerotecas, fonotecas o filmotecas de titularidad pública o que pertenezcan a entidades de interés general de carácter cultural, científico o educativo sin ánimo de lucro o a instituciones docentes integradas en el sistema educativo español. En consecuencia, en la práctica ningún establecimiento que realice préstamos al público debe compensar económicamente al autor por prestar sus obras sin autorización. Por dicho motivo en el 2004, la Unión Europea insta a España a que modifique su legislación y la Comisión ha acudido al Tribunal de Justicia de la Unión que en 2006, falló contra España por haber incorporado incorrectamente la Directiva a su legislación.

En consecuencia la Ley 10/2007, de 22 de junio, de la lectura, del libro y de las bibliotecas. Disposición final primera. Modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, en los siguientes términos:

Uno. El apartado 4 del artículo 19 queda redactado en los siguientes términos:

Artículo 19. Distribución.

»4. Se entiende por préstamo la puesta a disposición de originales y copias de una obra para su uso por tiempo limitado sin beneficio económico o comercial directo ni indirecto siempre que dicho préstamo se lleve a cabo a través de establecimientos accesibles al público.

Se entenderá que no existe beneficio económico o comercial directo ni indirecto cuando el préstamo efectuado por un establecimiento accesible al público dé lugar al pago de una cantidad que no exceda de lo necesario para cubrir los gastos de funcionamiento. Esta cantidad no podrá incluir total o parcialmente el importe del derecho de remuneración que deba satisfacerse a los titulares de derechos de propiedad intelectual conforme a lo dispuesto por el apartado segundo del artículo 37»

Dos El apartado 2 del artículo 37 queda redactado en los siguientes términos:

Artículo 37. Reproducción, préstamo y consulta de obras mediante terminales especializados en determinados establecimientos.

»2. Asimismo, los museos, archivos, bibliotecas, hemerotecas, fonotecas o filmotecas de titularidad pública o que pertenezcan a entidades de interés general de carácter cultural, científico o educativo sin ánimo de lucro, o a instituciones docentes integradas en el sistema educativo español, no precisarán autorización de los titulares de derechos por los préstamos que realicen.

Los titulares de estos establecimientos remunerarán a los autores por los préstamos que realicen de sus obras en la cuantía que se determine mediante Real Decreto. La remuneración se hará efectiva a través de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual.

Quedan eximidos de la obligación de remuneración los establecimientos de titularidad pública que presten servicio en municipios de menos de 5.000 habitantes, así como las bibliotecas de las instituciones docentes integradas en el sistema educativo español.

El Real Decreto por el que se establezca la cuantía contemplará asimismo los mecanismos de colaboración necesarios entre el Estado, las comunidades autónomas y las corporaciones locales para el cumplimiento de las obligaciones de remuneración que afecten a establecimientos de titularidad pública».

3. No necesitará autorización del autor la comunicación de obras o su puesta a disposición de personas concretas del público a efectos de investigación cuando se realice mediante red cerrada e interna a través de terminales especializados instalados a tal efecto en los locales de los establecimientos citados en el anterior apartado y siempre que tales obras figuren en las colecciones del propio establecimiento y no sean objeto de condiciones de adquisición o de licencia. Todo ello sin perjuicio del derecho de autor a percibir una remuneración equitativa.

Disposición transitoria vigésima.-

El Real Decreto a que se refiere el apartado segundo del artículo 37 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual deberá ser promulgado en el plazo máximo de un año desde la entrada en vigor de esta Ley.

Hasta que se apruebe el Real Decreto a que se refiere el apartado anterior, la cuantía de la remuneración será de 0,2 euros por cada ejemplar de obra adquirido con destino a préstamo en los establecimientos citados en dicho apartado.

Asimismo, en este período, el Estado, las comunidades autónomas y las corporaciones locales podrán acordar los mecanismos de colaboración necesarios para el cumplimiento de las obligaciones de remuneración que afectan a establecimientos de titularidad pública.

Del citado texto legal se puede interpretar que los titulares de estos derechos son únicamente los autores socios o no de entidad de gestión de derechos y no los editores.

Por otra parte, como la titularidad de las bibliotecas pública recae sobre los Ayuntamientos son estos los encargados de pagar la cuantía de la remuneración.

También las entidades de gestión de derechos como las encargadas de efectuar el reparto del canon, tienen que elaborar un Reglamento de Reparto.

IV.1.F. Actos oficiales y ceremonias religiosas.

El art 38, permite la libre utilización de obras musicales en actos oficiales del Estado y Administraciones públicas y en ceremonias religiosas, el acto debe ser oficial para permitir la comunicación pública, la asistencia del público debe ser gratuita y que los artistas que intervengan no reciban remuneración específica por su interpretación o ejecución

IV.1.G. Parodia

El art 39 exime de la autorización del titular del derecho de transformación sobre una obra concreta parodiada, estableciendo unos límites al ejercicio de la parodia 1) no debe implicar riesgo de confusión con la obra original 2) tampoco se debe inferir un daño a la obra original o al autor, injuriándole o excediéndose más allá del uso social.

No obstante, el concepto de parodia es difícil e indeterminado y por ello, el juez tendrá que aplicar según el caso concreto.

IV.1.H. El artículo 36. Transmisión por cable, satélite y grabaciones técnicas o efímeras

El art 36 establece tres requisitos, uno, que la emisión y la transmisión sean llevadas a cabo por una misma entidad radiodifusora, dos, que la transmisión sea íntegra y simultánea y tres, que la transmisión no se comunique a un público distinto del que se halla en la zona contractualmente fijada.

Ello es aplicable también a la retransmisión de una comunicación vía satélite asumida por entidad distinta a la de origen.

Por grabaciones efímeras se entiende aquellas cuya realización es necesaria con el objeto de difundir la obra o prestación grabadas, siendo su ámbito de aplicación «por una sola vez» el acto de comunicación pública. Pues es de un uso breve y técnicamente necesario para que la comunicación pública pueda llevarse a cabo.

La autorización para emitir una obra comprende la transmisión por cable de la emisión, cuando ésta se realice simultánea e íntegramente por la entidad de origen y sin exceder la zona geográfica prevista en dicha autorización, con el fin de evitar dos remuneraciones distintas

Para concluir con este apartado de supuestos abiertos sobre las excepciones al derecho de autor, consideramos necesario hacer mención del art 40 bis, introducido en la LPI por la Ley 5/1998, de 6 de marzo, de incorporación de la Directiva sobre bases de datos . Dicho art establece un sistema de cláusula abierta, «no podrán interpretarse» los arts sobre límites, de manera tal que causen un «perjuicio injustificado a los intereses legítimos» del autor o que vayan en detrimento de la «explotación normal» de las obras a que se refieran.

Se pretende con esta cláusula abierta una mayor flexibilidad frente a los supuestos concretos, analizados, en base a la finalidad y el carácter del uso, con o sin ánimo de lucro, educativo, la naturaleza de la obra, la cantidad y sustancialidad de la parte utilizada en relación con el conjunto de la obra y el efecto sobre el mercado potencial y el valor de la obra.

En suma, la introducción de la denominada doctrina del «fair use» trata de buscar un «uso justo» a pesar de la dificultad que acarrea su conjugación con los supuestos concretos que hemos aquí analizado.

V.1. ACCIONES Y MEDIDAS DE TUTELA

La tutela de los derechos de propiedad intelectual se establecen en la Ley 19/2006, de 5 de junio, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios.

Entre las novedades de la Ley, se recoge la posibilidad de que una resolución judicial pueda ser difundida en los medios de comunicación y siempre a costa del infractor.

Se puede solicitar la cesación de la actividad ilícita y medidas cautelares contra el infractor y contra los intermediarios que se una n a un tercero para infringir la ley. Dentro de estas medidas cautelares se puede proceder a la retirada del comercio de los ejemplares ilícitos y su destrucción, así como la retirada de los circuitos comerciales de los moldes o planchas que se utilizan para la reproducción de ejemplares ilícitos.

Los titulares de derechos además de solicitar una indemnización por el valor de las pérdidas sufridas podrán pedir las también por las ganancias dejadas de obtener.

Así mismo, se podrá incluir el gasto derivado de la obtención de pruebas.

La Ley de Enjuiciamiento Civil deberá adaptarse para incluir aspectos como la posibilidad de solicitar datos sobre acciones que infrinjan los derechos de propiedad intelectual. También se podrá solicitar el interrogatorio del presunto autor de la violación o de cualquier documento que acredite que se ha estado en posesión de las mercancías o se ha intervenido en su fabricación o producción.

V.1.A. Acciones y medidas cautelares urgentes

En la redacción dada por la Ley 19/2006, el artículo 138 «Acciones medidas cautelares urgentes», establece. «El titular de los derechos reconocidos en esta ley, sin perjuicio de otras acciones que le correspondan, podrá instar el cese de la actividad ilícita del infractor y exigir la indemnización de los daños materiales y morales causados, en los términos previstos en los artículos 139 y 140, también podrá instar la publicación y difusión, total o parcial, de la resolución judicial o arbitral en medios de comunicación a costa del infractor.

Asimismo, podrá solicitar con carácter previo la adopción de las medidas cautelares de protección urgentes reguladas en el artículo 141

Tanto las medidas de cesación específicas contempladas en el artículo 139.1.g) como las medidas cautelares previstas en el artículo 141,6 podrán también solicitarse, cuando sean apropiadas, contra los intermediarios a cuyos servicios recurra un tercero para infringir derechos de propiedad intelectual reconocidos en esta ley, aunque los actos de dichos intermediarios no constituyan en sí mismo una infracción, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. Dichas medidas habrán de ser objetivas, proporcionadas y no discriminatorias.»

Las medidas cautelares mencionadas, consideran la posibilidad de instar una medida cautelar ante una temida lesión, sin embargo la Ley de Enjuiciamiento Civil. establece dentro de su régimen general, arts 721 y ss, que solo se concederán medidas cautelares para hacer posible la efectividad de la sentencia de fondo que finalmente se dicte. En consecuencia, la Ley 19/2006 que regula las citadas medidas cautelares, excede el ámbito de la Ley de Enjuiciamiento Civi.

No obstante, si las medidas cautelares consiguen su efecto de que se produzca la infracción no habrá por tanto necesidad de acudir a una tutela judicial adicional

V.1.B Medidas cautelares específicas

Se regulan en el artículo 141 en la nueva redacción dada por la Ley 23/2006 de 7 de julio por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley Propiedad Intelectual 1/1996 de 12 de abril, que ha modificado los apartados 2,3,y 4,se añaden los apartados 5 y 6 y un párrafo final. En concordancia con la Ley 19/2006 de 5 de junio que modifica el apartado 2..

El artículo 141 queda redactado en los siguientes términos:

En caso de infracción o cuando exista temor racional y fundado de que ésta va a producirse de modo inminente, la autoridad judicial podrá decretar, a instancias de los titulares de los derechos reconocidos en esta Ley, las medidas cautelares que, según las circunstancias, fuesen necesarias para la protección urgente de tales derechos y en especial:

1. La intervención y depósito de ingresos obtenidos por la actividad ilícita de que se trate o, en su caso, la consignación o depósito de las cantidades debidas en concepto de remuneración.
2. La suspensión de la actividad de reproducción, distribución y comunicación pública, según proceda, o de cualquier otra actividad que constituya una infracción a los efectos de esta Ley, así como la prohibición de estas actividades si todavía no se han puesto en práctica.
3. El secuestro de los ejemplares producidos o utilizados y el del material empleado principalmente para la reproducción o comunicación pública.
4. El secuestro de los instrumentos, dispositivos, productos y componentes referidos en los artículos 102.c) y 160.2 y de los utilizados para la supresión o alteración de la información para la gestión electrónica de los derechos referidos en el artículo 162.2
5. El embargo de los equipos, aparatos y soportes materiales a los que se refiere el artículo 25, que quedarán afectos al pago de la compensación reclamada y a la oportuna indemnización de daños y perjuicios.
6. La suspensión de los servicios prestados por intermediarios a terceros que se valgan de ellos para infringir derechos de propiedad intelectual, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de información y del comercio electrónico.

La adopción de las medidas cautelares quedará sin efecto si no se presentara la correspondiente demanda en los términos previstos en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil».

Consideramos que las medidas cautelares específicas del artículo 141 son instrumentos necesarios para la protección del Derecho de Autor y la Propiedad Intelectual, a pesar de que la Ley de Enjuiciamiento Civil en sus cláusulas generales de los arts 726-2 y 727-11, ya permiten que puedan ser tomadas cualesquiera otras atípicas que se estimen pertinentes por el juez.

V.1.C. Cesación, destrucción de bienes y entrega a cuenta

La Ley 19/2006 de 5 junio, modifica la redacción de los párrafos c) y d) y se añade un nuevo párrafo g) al aptdo 1 del artículo 139. El apartado 1 del artículo 139 queda redactado en los siguientes términos:

» 1 -.El cese de al actividad ilícita podrá comprender:

La suspensión de la explotación o actividad infractora, incluyendo todos aquellos actos o actividades a los que se refieren los artículos 160 y 162.

La prohibición al infractor de reanudar la explotación o actividad infractora

c)»La retirada del comercio de los ejemplares ilícitos y su destrucción, incluyendo aquellos en los que haya sido suprimida o alterada sin autorización la información electrónica para la gestión de derechos o cuya protección tecnológica haya sido eludida. Esta medida se ejecutará a expensas de infractor, salvo que se aleguen razones fundadas para que no sea así.»

d)»La retirada de los circuitos comerciales, la inutilización, y, en su caso necesario, la destrucción de los moldes, planchas, matrices, negativos y demás elementos materiales, equipos o instrumentos destinados principalmente a la reproducción, a la creación o fabricación de ejemplares ilícitos. Esta medida se ejecutará a expensas del infractor, salvo que se aleguen razones fundadas para que no sea así»

e)La remoción o el precinto de los aparatos utilizados en la comunicación pública no autorizada de obras o prestaciones, así como de aquellas en las que se haya suprimido o alterado sin autorización la información para la gestión electrónica de derechos, en los términos previstos en el artículo 162, o a las que se haya accedido eludiendo su protección tecnológica, en los términos previstos en el artículo 160.

f) El comiso, la inutilización y, en caso necesario, la destrucción de los instrumentos, con cargo al infractor, cuyo único uso sea facilitar la supresión lo neutralización no autorizadas de cualquier dispositivo técnico utilizado para proteger un programa de ordenador: Las mismas medidas podrán adoptarse en relación con los dispositivos, productos o componentes para la elusión de medidas tecnológicas a los que se refiere el artículo 160 y para suprimir o alterar la información para la gestión electrónica de derechos a que se refiere el artículo 162.

g) La remoción o el precinto de los instrumentos utilizados para facilitar la supresión o la neutralización no autorizadas de cualquier dispositivo técnico utilizado para proteger obras o prestaciones aunque aquella no fuera su único uso

h) « La suspensión de los servicios prestados por intermediarios a terceros que se valgan de ellos para infringir derechos de propiedad intelectual, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico»

Estas medidas no son aplicables cuando los ejemplares ilícitos se encuentren en poder de terceros de buena fe que los destinen a usos personales. Y tampoco excluye la posterior reventa del bien, cuando no se trate de un acto profesional.

En general, este artículo debe interpretarse de forma proporcionada, esto es no causar al infractor un perjuicio mayor que al titular del derecho lesionado.

V.1.D. Indemnización

Según el artículo 140.

1.- «La indemnización por daños y perjuicios debida al titular del derecho infringido comprenderá no sólo el valor de las pérdidas que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener a causa de la violación de su derecho. La cuantía indemnizatoria podrá incluir, en su caso, los gastos de investigación en los que se haya incurrido para obtener pruebas razonables de la comisión de la infracción objeto del procedimiento judicial.

2.- La indemnización por daños y perjuicios se fijará, a elección del perjudicado, conforme a alguno de los criterios siguientes:

Las consecuencias económicas negativas entre ellas la pérdida de beneficios que haya sufrido la parte perjudicada cada día y los beneficios que el infractor haya obtenido por la utilización ilícita

En el caso de daño moral procederá su indemnización, aun no probada la existencia de perjuicio económico. Para su valoración se atenderá a las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión ilícita de la obra.

La cantidad que como remuneración hubiera percibido el perjudicado, si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual en cuestión.

3.- La acción para reclamar los daños y perjuicios a que se refiere este artículo prescribirá a los cinco años desde que el legitimado pudo ejercitarla».

Esta nueva ley, reconoce al titular de los derechos de propiedad intelectual la facultad de poder reclamar como indemnización la ganancia obtenida por el infractor, criterio mantenido por la jurisprudencia entre otras en la STS 29-12-1993 . No obstante, el titular del derecho puede optar entre las dos acciones distintas, una indemnizatoria por el lucro cesante y otra de enriquecimiento a fin calcular la deuda a indemnizar.

En cuanto a la indemnización por el lucro cesante, el actor tiene que probar la existencia de demanda de su obra en el mercado, lo que no suele resultar fácil, de aquí que nuestros tribunales sean reticente a considerar acreditado el lucro cesante. En cambio en la remuneración hipotética como indemnización no se exige al actor que acredite que ha sufrido daño.

En caso de daño moral que es susceptible de lesión es también indemnizable con independencia del daño patrimonial y aunque no exista lucro cesante.

Pero la norma no contiene un presunción general del daño moral para cualquier forma de explotación ilícita de los derechos.

En suma, la indemnización de daños en el derecho de autor y propiedad intelectual no está suficientemente desarrollada por la jurisprudencia.

V.1.E. Protección de las medidas tecnológicas y de la información para la gestión de derechos

La ley 23/2006, de 7 julio, añade al libro III un nuevo título V, con esta rúbrica, que incluye los nuevos artículos 160 a 162, al transponer la Directiva 2001/29 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».

»Artículo 160. Medidas tecnológicas: actos de elusión y actos preparatorios»

»Artículo 161. Límites a la propiedad intelectual y medidas tecnológicas»

»Artículo 162. Protección de la información para la gestión de derechos»

Con dichas medidas tecnológicas en cuanto instrumentos informáticos que permiten el control de acceso y uso de las obras por los titulares de los derechos, sin perjuicio de que también se protegen los intereses de los proveedores de Servicios de Internet. Lo que obliga a establecer una ponderación armonizadora entre ambos intereses, pues cualquiera puede comprobar la existencia de textos íntegros protegidos por la propiedad intelectual sin la correspondiente autorización de los titulares de derechos.

La citada normativa pretende impedir la fabricación de aparatos y dispositivos que eludan las medidas tecnológicas de protección de los derechos, incluyendo las sanciones cuando se eludan .

No obstante, lo importante es la conjugación de los límites a la propiedad intelectual y las medidas tecnológicas y con este objetivo se ha diseñado un sistema que distingue entre las obras puestas en internet con licencia o no con la necesaria autorización de los titulares. Pues una vez concedida la autorización para acceder a la obra, el usuario se convierte en legítimo.

La vulnerabilidad de las obras en el ámbito digital es más fácil que en el ámbito analógico, debido a las características de las obras, que permiten conculcar los derechos de explotación de los contenidos, estos es, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación y también los derechos morales, decidir si la obra ha de ser divulgada y en qué forma, la integridad, retirar la obra del comercio.

La tecnología digital permite que la lesión de los derechos puedan llevarse a cabo por las facilidades de copia, facilidad de transmisión, de modificación, calidad de la copia, alcance de un mayor numero de usuarios.

Ante esta situación se hace necesario la búsqueda de un equilibrio entre los derechos de los autores, los beneficios de los empresarios y el acceso a la cultura de los ciudadanos para la defensa de sus derechos.

V.1.F. Comisión de propiedad intelectual

La Disposición adicional segunda de la Ley 23/2006 de 7 julio., establece:

»Se habilita al Gobierno para que, mediante real decreto, modifique, amplíe y desarrolle las funciones que el artículo 158 de esta Ley atribuye a la Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual, debiendo incluir, entre otras, las de arbitraje, mediación, fijación de cantidades sustitutorias de tarifas y resolución de conflictos en los que sean parte las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual entre sí o entre alguna o algunas de ellas y una o varias asociaciones de usuarios o entidades de radiodifusión. La Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual pasará a denominarse Comisión de Propiedad Intelectual.

CONCLUSIONES

La protección del Derecho de autor y la Propiedad Intelectual debe permitir que el creador o inventor obtenga un beneficio legítimo de su creación y para ello debe contar con unos medios eficaces de tutela de sus derechos.

Es fundamental el establecimiento de medidas preventivas que permitan la cesación inmediata de la infracción para contribuir al respeto social por el Derecho de Autor.

Para que la protección sea real y efectiva se necesita establecer un difícil equilibrio entre el Derecho de Autor y el Mercado, mediante la cooperación internacional.

BIBLIOGRAFÍA

Bercovit. R. (coordinador). Comentarios a la Ley Propiedad Intelectual. Madrid 2007, TECNOS.

Bercovit, vva. Manual de Propiedad Intelectual, 2 ed. Valencia 2003 TIRANT LO BLANCH.

Boletines Informativos de CEDRO n.º 53 a 58, Madrid 2006 y 2007-04-17

- Bondia Roman, F. La incorporación de las Directivas comunitarias sobre el derecho de autor al ordenamiento jurídico español. RGD 1995, n.º 604-605, pp 539-560.
- Delgado Porras, A. Panorámica de la protección civil y penal en materia de propiedad intelectual. Madrid 1988. CIVITAS
- Fernández Arias. C. Derecho sustantivo de autor en la legislación de España e Iberoamerica, Madrid 2003. DIJUSA
- Fernandez Arias C. El contrato de edición y su practica juridica. Madrid 2006. DIJUSA
- Garrote Fernandez-Diaz. I El derecho de autor en internet, 2 ed, Granada 2003. CUMARES
- Lasarte Alvarez. C. Propiedad y Derechos reales de Goce, 7.^a ed. Principios Derecho civil IV. Madrid 2007. MARCIAL PONS
- Plaza Penadés, J. Propiedad intelectual y sociedad de la información, Pamplona, 2002. ARANZADI
- Plaza Penadés, J. El Derecho de autor y su protección en el artículo 20-1b de la Constitución. ARANZADI.
- Revista República de las Letras. Informes-Estudios, n.º 9- Madrid 2005. XI Jornadas sobre del Derecho de Propiedad Intelectual de los escritores en la práctica. ACE
- Rogel Vide, C. Estudios completos de Propiedad Intelectual, Zaragoza 2003
- Sabido Rodriguez, M. La creación intelectual como objeto de intercambios camerciales internacionales. Universidad de Extremadura, 2000.
- VVAA. La armonización de los derechos de propiedad intelectual en la Comunidad Europea. Ministerio de Cultura, Madrid 1993