

“LA PROPIEDAD INTELECTUAL DEL S.XXI Y LA DIGITALIZACIÓN DE LA CULTURA”

Trabajo Final de Máster de la Abogacía

Autor/a: Daniel Lluch Carrasco

Tutor/a: Antonio Fayos Gardó

Curso Académico: 2017/18

“Fecha de lectura: 22 de enero de 2018”

Resumen: *Las nuevas tecnologías han supuesto una transformación profunda en todos los aspectos de nuestra vida y de la sociedad en general, incluido uno de sus pilares más importantes como es la cultura, principal fuente de ocio y entretenimiento.*

La finalidad de este trabajo es transmitir como el progreso tecnológico ha afectado al ámbito jurídico de la cultura identificado en nuestro ordenamiento principalmente, aunque no de forma exclusiva, con el marco legal de la propiedad intelectual.

Se trata de un tema que interesa tanto por su contenido jurídico como por el efecto que tiene en la vida cotidiana. Todos somos consumidores de productos y servicios culturales y todos estamos en mayor o menor medida familiarizados con las nuevas tecnologías, dado que las mismas, a diferencia de lo que ocurría en tiempos pasados, se encuentran al alcance de casi todo el mundo.

El contenido del trabajo está enfocado hacia el derecho civil, por ello, aunque la propiedad intelectual se encuentra interrelacionada con otros ámbitos del derecho, solo se tratarán cuestiones sujetas a dicho ámbito. Asimismo la metodología utilizada ha consistido en el análisis y estudio de legislación y jurisprudencia vigente junto con las interpretaciones y criterios doctrinales.

En el primer apartado trataremos como la cultura se ha venido relacionando con el nuevo entorno tecnológico y las consecuencias, tanto positivas como negativas, que han surgido en su seno, para a continuación, profundizar en los aspectos estrictamente jurídicos de la propiedad intelectual y como las nuevas tecnologías, con especial hincapié en el formato digital e Internet, han afectado al contenido de las facultades que la conforman, además de las posibles ventajas y desventajas que han traído consigo.

Palabras clave: *propiedad intelectual, derecho de autor, nuevas tecnologías, internet, digital, digitalización, ley de propiedad intelectual, facultades morales, facultades patrimoniales exclusivas, facultades patrimoniales de remuneración, compensación equitativa por copia privada.*

INDICE

1. LAS NUEVAS TECNOLOGIAS Y SU EFECTO EN LA PROPIEDAD INTELLECTUAL.....	3
1.1. Antecedentes	3
1.2. La digitalización y las redes informáticas en la cultura.....	4
2. LA PROPIEDAD INTELLECTUAL EN EL DERECHO ESPAÑOL.....	8
2.1. Concepto y naturaleza jurídica.....	8
2.2. Autoría y originalidad en la obra protegida.....	10
2.3. Las facultades del autor y su integración en las nuevas tecnologías....	13
2.3.1. Facultades morales.....	13
2.3.2. Facultades patrimoniales exclusivas.....	17
2.3.3. Facultades patrimoniales de remuneración.....	29
3. CONCLUSIONES.....	32

1. LA NUEVAS TECNOLOGIAS Y SU EFECTO EN LA PROPIEDAD INTELECTUAL

1.1. ANTECEDENTES

Tradicionalmente, la propiedad intelectual siempre ha ido de la mano con el progreso tecnológico, siendo la tecnología el principal medio de la sociedad para la difusión de la cultura en todos sus géneros. Precisamente, la invención de un medio técnico como la imprenta, está considerada como el punto de partida del nacimiento y posterior desarrollo de la propiedad intelectual¹.

Así bien, durante mucho tiempo el soporte analógico tradicional ha favorecido un equilibrio entre la explotación económicamente rentable de cultura y el respeto a al derecho de autor, todo ello gracias a la necesidad de un soporte material en el que realizar las copias de una obra original, y al control del autor derivado de su consentimiento para producirlas y distribuirlas legalmente.

Además, aunque las obras en soporte analógico pueden ser pirateadas², se trata de un factor con poca relevancia en la explotación económica de bienes y servicios culturales en este formato. Esto se debe principalmente a la dificultad en el acceso de los medios técnicos necesarios para realizar copias de calidad, y al tiempo y esfuerzo necesarios para conseguir una sola copia de mala calidad. Así por ejemplo, para el caso de un libro en soporte papel, no todo el mundo tiene acceso a una imprenta, y aunque se puede fotocopiar, fotografiar o incluso transcribir su contenido como antaño, se emplearía mucho tiempo y trabajo para conseguir una sola copia de una calidad incuestionable.

Pero el progreso tecnológico nunca se detiene, y con él, aparecen nuevas tecnologías que han hecho posible tanto una difusión extraordinaria de los bienes y servicios culturales protegidos por la propiedad intelectual, como una

¹BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., «Introducción a la propiedad intelectual», en la obra coordinada por el mismo, *Manual de propiedad intelectual* 7ª Edición, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 19 y ss., en p. 43

²En el ámbito de la propiedad intelectual, la piratería es la producción de copias de una obra protegida sin el consentimiento del autor.

multiplicación de las posibilidades para cometer infracciones en el ámbito del derecho de autor³.

Por ello, y antes de adentrarnos en el terreno jurídico de este tema, debemos realizar un breve estudio de cómo estas nuevas tecnologías se relacionan con la cultura, y los cambios técnicos, económicos, sociales y culturales que han traído consigo.

1.2. LA DIGITALIZACIÓN Y LAS REDES INFORMATICAS EN LA CULTURA

La aparición del formato digital y las redes informáticas han supuesto la desaparición paulatina del soporte analógico dentro de nuestra vida cotidiana. Objetos antaño tan importantes para la cultura como casetes, carretes fotográficos, o cintas de video, se encuentran abandonados en algún rincón de casa como simple recuerdo, han sido reciclados, o en el peor de los casos, están tomando el sol en algún vertedero del mundo. La única excepción a esta realidad ha sido el libro que, aun existiendo su homónimo digital, el *e-book*, ha resistido el paso del tiempo con una entereza envidiable.

La tecnología digital ha permitido a los autores realizar copias perfectas (auténticos clones) de sus obras de forma inmediata, ilimitada y a bajo coste⁴, todo con independencia del género al que pertenezcan. Para ello únicamente deben disponer de la obra en un formato digital denominado “datos” y procesarlos mediante un sistema informático como un ordenador, una *tablet* o un *smartphone*.

En este sentido, una de las ventajas de estas copias digitales es que las obras de géneros diversos pueden fijarse y reproducirse tantas veces como se quiera en un mismo soporte de almacenamiento (la memoria de un ordenador, un DVD,

³BELLOSO MARTÍN. N., «Los derechos de autor en la sociedad tecnológica: contenido, tutela y límites», en R.M. MATA y MARTIN (dir.), *La propiedad intelectual en la era digital: límites e infracciones a los derechos de autor en internet*, ed. La Ley, Las Rozas (Madrid), 2011, pp. 61 y ss., en p. 88

⁴MATA Y MARTÍN, R. M., «Introducción. En busca de los equilibrios perdidos», en R. M. MATA y MARTIN (dir.), *La propiedad intelectual en la era digital: límites e infracciones a los derechos de autor en internet*, ed. La Ley, Las Rozas (Madrid), 2011, pp. 17 y ss., en p. 17

un USB, etc.)⁵, el cual puede llegar a ser muchísimo más cómodo y manejable que su equivalente analógico, y su único límite reside en su capacidad/memoria. Como resultado el *corpus mechanicum* se separa del contenido de la obra o *corpus mysticum*, y esta puede reproducirse de forma intangible⁶.

Además, dentro de la cultura en formato digital podemos distinguir entre dos tipos distintos de obras según su origen. Por un lado, tenemos las obras digitales que han sido creadas originalmente en este formato (los sistemas informáticos también tienen la capacidad de crear nueva información); y por otro tenemos las obras digitalizadas, que son las que tienen su origen en un soporte analógico y cuyo contenido ha sido transformado mediante un proceso denominado digitalización⁷, el cual consiste en la reducción del contenido de una obra a una secuencia de ceros y unos que luego puede ser recuperada e interpretada por un sistema informático para reproducirla con una calidad idéntica a la obra original⁸.

En definitiva, la tecnología digital ha supuesto un mayor disfrute de la cultura por parte de la sociedad, tanto en el aspecto cualitativo, dada la calidad de las copias perfectamente idénticas a la obra original que no se deterioran con el paso del tiempo, como en el aspecto cuantitativo, al poder realizar tantas copias como memoria disponga el soporte de almacenamiento en el que se encuentren⁹.

Pero la tecnología digital por sí sola, al igual que su antecesora analógica, sufre de la misma dependencia a un sistema o soporte material en el que almacenar la información que se quiere difundir, es decir, aunque la capacidad de copia sea infinita, se debe confinar dentro de un objeto físico para poder ser transmitida.

⁵BELLOSO MARTÍN. N., «Los derechos de autor en la sociedad tecnológica: contenido, tutela y límites», cit. p. 91

⁶LETAI, P., *La Infracción de derechos de propiedad intelectual sobre la obra musical en Internet*, ed. Comares, Granada, 2012, p. 6.

⁷LETAI, P., *La Infracción de derechos de propiedad intelectual sobre la obra musical en Internet*, cit. p. 2.

⁸LETAI, P., *La Infracción de derechos de propiedad intelectual sobre la obra musical en Internet*, cit. p. 7.

⁹PEREZ GACÍA, J., *La Industria electrónica ante el canon y la copia privada digital : solidaridad entre empresas, internautas y consumidores*, ed. Dykinson S.L., Madrid, 2015, p. 11

La aparición de las redes informáticas o de comunicación como Internet ha eliminado esta dependencia física, posibilitando la transmisión directa de datos entre sistemas informáticos y eliminando la necesaria intermediación de los soporte de almacenamiento para transmitir la información de un equipo a otro.

En este sentido, ANDRÉS SEGOVIA define Internet como: *“el resultado de un sistema global de información en red que une los diferentes soportes informáticos de todo el mundo y permite el acceso a todos ellos para la obtención e intercambio de información¹⁰”*.

Dicho lo anterior, Internet ha supuesto que los autores de obras protegidas por la propiedad intelectual puedan difundir y explotar sus creaciones ante un público inmenso, en tiempo real y a cambio de un coste mínimo, permitiendo más oportunidades en el acceso a la cultura por parte de la sociedad.

Técnicamente, esto es posible gracias a que cualquier usuario conectado a la red puede acceder a la memoria de otro sistema conectado para obtener al instante la información u obra deseada, lo que le permite asimismo, disfrutarla a través de la pantalla de su ordenador o reproducirla en la memoria del propio sistema o de otro distinto¹¹.

Es en este punto, podemos empezar a observar como las nuevas tecnologías han deteriorado en gran medida el control del autor sobre las copias de sus obras. En Internet, todos los usuarios conectados tienen la misma capacidad para comunicar y recibir información desde cualquier parte del mundo¹², lo que sumado a las características del formato digital, ha resultado en un aumento de las infracciones en el ámbito de la propiedad intelectual.

En la actualidad, la vulneración de la propiedad intelectual en la red es una práctica muy común dado que cualquier obra en formato digital que haya sido

¹⁰ANDRES SEGOVIA. B., «La ley de propiedad intelectual ante los nuevos retos de la era digital», en A. FAYOS GARDÓ (ed.), *La propiedad intelectual en la era digital*, ed. Dykinson, S.L., Madrid, 2016, pp. 17 y ss., en p. 19

¹¹BELLOSO MARTÍN. N., «Los derechos de autor en la sociedad tecnológica: contenido, tutela y límites», cit, p. 91

¹²BELLOSO MARTÍN. N., «Los derechos de autor en la sociedad tecnológica: contenido, tutela y límites», cit, p. 92

subida a Internet es susceptible de ser reproducida, difundida, almacenada y disfrutada sin el consentimiento del autor, a través de una tecnología que se encuentran al alcance de todos¹³.

La importancia de este consentimiento reside en la propia configuración de la propiedad intelectual que lo convierte en una herramienta de control del autor sobre todas las formas de utilización de su obra, ya sea de forma gratuita o cambio de una retribución económica¹⁴. Si las nuevas tecnologías permiten a terceros evitar este consentimiento, esto podría desanimar a los titulares de derechos de autor a difundir sus obras mediante estos medios tecnológicos, pero esto no evitaría la piratería digital, dado que, gracias al alcance de las nuevas tecnologías, una obra puede ser digitalizada y difundida por cualquiera.

Cabe mencionar que desde hace varios años, han surgido diversas técnicas informáticas para proteger las obras protegidas en formato digital, y que han permitido mantener a raya el fenómeno de la piratería o, por lo menos, retrasar el acceso ilegal en la medida de lo posible.

Entre estos medios de defensa tenemos: la criptografía como técnica de ocultación de información mientras se está transmitiendo; la firma digital como método criptográfico que asocia la identidad de una persona con cualquier tipo de información en formato digital¹⁵; la marca de agua digital como técnica de inclusión de información, normalmente oculta, dentro de una obra en formato digital para identificar al propietario intelectual; la protección anti copia como tecnología que se usa para prevenir la copia no autorizada de obras protegidas;

¹³BELLOSO MARTÍN. N., «Los derechos de autor en la sociedad tecnológica: contenido, tutela y límites», cit, p. 94

¹⁴BELLOSO MARTÍN. N., «Los derechos de autor en la sociedad tecnológica: contenido, tutela y límites», cit, p. 92

¹⁵ADIEGO RODRIGUEZ.J., «Problemática informática de la protección de obras digitales protegidas», en R.M. MATA y MARTÍN (dir.), *La propiedad intelectual en la era digital: límites e infracciones a los derechos de autor en internet*, ed. La Ley, Las Rozas (Madrid), 2011, pp. 25 y ss., en p. 33

y el DRM o *digital restrictions management* como tecnología que limita y controla el acceso a obras protegidas en formato digital¹⁶.

Sin embargo, el uso de estas técnicas no es infalible y aunque es cierto que limitan la capacidad directa de copia del usuario medio, no ocurre lo mismo con los usuarios con conocimientos más avanzados, que no solo son capaces de eludir estas restricciones, sino que también pueden compartir esta información libre de cualquier protección impuesta por su autor o titular.

En definitiva, queda demostrado que la cultura no puede escapar de la tecnología, tanto para lo bueno como para lo malo, por ello, el derecho debe marcar la diferencia y evolucionar a la misma velocidad que el progreso tecnológico para poder dar cobertura a los derechos que se vean afectados de forma negativa, como es el caso del derecho de autor.

2. LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN EL DERECHO ESPAÑOL

2.1. CONCEPTO Y NATURALEZA JURIDICA

El derecho español establece que la propiedad intelectual *está integrada por derechos de carácter personal y patrimonial que atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra, sin más límites que los previstos en la ley en el art. 2 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia* (LPI a partir de ahora).

Existe en nuestro ordenamiento jurídico un debate doctrinal de carácter conceptual sobre los efectos que produce la autoría en la propiedad intelectual. Por un lado, tenemos la teoría monista que defiende la existencia de un único derecho de autor, compuesto por facultades de carácter patrimonial y moral, y por otro, tenemos la teoría dualista, más acorde al art. 2 LPI, que sostiene la

¹⁶ADIEGO RODRIGUEZ.J., «Problemática informática de la protección de obras digitales protegidas», cit. 83

existencia de dos derechos distintos dentro de la propiedad intelectual de carácter patrimonial y moral¹⁷.

Dicho lo anterior, y salvando la confusión que puede generar la redacción del art. 2 LPI, la tesis monista se ha impuesto en la doctrina y en la jurisprudencia española, por lo que conceptualmente, estamos ante un único derecho de autor con dos facultades distintas¹⁸.

Cabe señalar que el Código Civil, en sus arts. 428 y 429, califica a la propiedad intelectual como una propiedad especial, la cual durante mucho tiempo estuvo considerada únicamente como un derecho patrimonial por la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual¹⁹.

Sin embargo, la actual LPI reconoce la existencia de facultades morales, con un régimen jurídico distinto de las facultades patrimoniales, y sobre las que surgió una discusión doctrinal relacionada con su naturaleza y la consecuente ubicación constitucional que merecen.

De este modo, la cuestión planteada consistía en si estas facultades morales debían ubicarse dentro del derecho fundamental del art. 20.1.b) de la Constitución Española (CE a partir de ahora), donde se reconocen y protegen los derechos a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica; o por el contrario, su protección deriva del art. 33 CE, donde se encuentra el reconocimiento a la propiedad privada. La importancia de esta cuestión reside en el distinto grado de protección de los derechos fundamentales respecto del derecho a la propiedad, dado que los primeros son susceptibles de la tutela mediante recurso de amparo del art. 53.2 CE y el segundo no.

¹⁷BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., «Introducción a la propiedad intelectual», cit. p. 26

¹⁸BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., «Introducción a la propiedad intelectual», cit. p. 27; BELLOSO MARTÍN. N., «Los derechos de autor en la sociedad tecnológica: contenido, tutela y límites», cit. p. 69; y CABALLERO ESCRIBANO C. y LORENTE LÓPEZ M.C., «Los derechos de autor y su incidencia en el Derecho de Familia y Sucesiones», en A. FAYOS GARDÓ (ed.), *La propiedad intelectual en la era digital*, ed. Dykinson, S.L., Madrid, 2016, pp. 83 y ss., en p. 85

¹⁹BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., «Introducción a la propiedad intelectual», cit. p. 27

Al mismo tiempo, dentro de este debate se plantea otra cuestión de fondo, que consiste en determinar si el derecho de autor, como derecho a la propiedad especial, merece gozar de una protección superior a la propiedad ordinaria²⁰.

Pues bien, respondiendo a estas cuestiones, la jurisprudencia posterior a la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1985 (caso Pablo Serrano, ponente José Beltrán de Heredia Castaño), se ha decantado por no reconocer al derecho de autor como un derecho de la personalidad contenido en el art. 20.1.b) CE porque no es consustancial o esencial a la persona, en cuanto toda persona tiene capacidad para crear obras artísticas, literarias, científicas o técnicas, pero no todas tienen la condición de autor de una obra protegida²¹. Así pues lo que se protege como derecho fundamental es la capacidad genérica de creación, no el aspecto moral del contenido creado a través de esta capacidad, el cual depende de una obra para existir.

En definitiva, la importancia del derecho de autor radica fundamentalmente en su valor económico como ocurre en la propiedad privada, pero al mismo tiempo, cuenta con un aspecto espiritual o moral que lo hace especial, y que frecuentemente, es necesario valorar de forma conjunta para resolver los conflictos que se plantean en su seno²².

2.2. AUTORIA Y ORIGINALIDAD EN LA OBRA PROTEGIDA

El art. 5.1 LPI define al autor como *persona natural que crea alguna obra literaria, artística o científica*, lo que significa que es el mero hecho de la creación el que atribuye a un individuo la autoría, la cual es irrenunciable, intransmisible e inextinguible²³.

Además, como el derecho de autor se genera de forma automática mediante el acto de creación, no es necesario que el autor cumpla con ningún requisito o

²⁰BELLOSO MARTÍN. N., «Los derechos de autor en la sociedad tecnológica: contenido, tutela y límites», cit, p. 77

²¹STS 1688/1985 - ECLI: ES:TS:1985:1688

²²BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., «Introducción a la propiedad intelectual», cit. p. 28

²³BELLOSO MARTÍN. N., «Los derechos de autor en la sociedad tecnológica: contenido, tutela y límites», cit, p. 67

formalidad como podría ser el depósito legal para los libros o, en general, la inscripción en el Registro de la propiedad intelectual²⁴.

Sobre la obra, BERCOVITZ la define como “*el objeto sobre el que la propiedad intelectual concede un poder de exclusiva a favor de su titular, inicialmente el autor*²⁵”, sin embargo, en este punto hay que matizar que no todas las obras están protegidas o merecen el mismo grado de protección por parte de la propiedad intelectual.

En este sentido, el art. 10.1 LPI introduce el concepto de “*originalidad*” como requisito indispensable de la obra literaria, artística o científica para considerarse protegida por el derecho de autor, pero dicho concepto no aparece definido en la LPI, siendo por lo tanto un concepto indeterminado que ha tenido que ser concretado por la doctrina y la jurisprudencia.

Tradicionalmente la doctrina ha venido distinguiendo entre la originalidad objetiva, entendida como novedad no existente previamente y aplicable principalmente al ámbito de los derechos inmateriales de carácter industrial; y la originalidad subjetiva, entendida como singularidad o peculiaridad respecto de obras similares y aplicable exclusivamente al ámbito de los derechos inmateriales de carácter cultural. Por lo tanto, y según el criterio anterior, estaremos frente a una invención protegible cuando su contenido sea novedoso, y ante una obra protegible cuando su contenido sea singular²⁶.

Sin embargo, la jurisprudencia actual ha superado esta concepción doctrinal y se ha decantado por aplicar de forma preferente el criterio de la originalidad objetiva en el ámbito del derecho de autor por su mayor claridad y exactitud. De este modo para que una obra se considere original debe constituir una novedad objetiva frente a cualquier otra creación cultural preexistente²⁷. Así por ejemplo, la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 24 de Junio de 2004 (ponente

²⁴BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., «Introducción a la propiedad intelectual», cit. p. 29

²⁵BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., «La obra», en la obra coordinada por el mismo, *Manual de propiedad intelectual* 7ª Edición, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 51 y ss., en p. 51

²⁶BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., «La obra», cit. p.53

²⁷BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., «La obra», cit. p.53

Román García Varela), entre muchas otras, establece que *“el presupuesto primordial, para que la creación humana merezca la consideración de obra, es que sea original, cuyo requisito, en su perspectiva objetiva, consiste en haber creado algo nuevo, que no exista anteriormente; es decir, la creación que aporta y constituye una novedad objetiva frente a cualquier otra preexistente: es original la creación novedosa, y esa novedad objetiva es la que determina su reconocimiento como obra y la protección por la propiedad intelectual que se atribuye sobre ella a su creador²⁸”*.

Hay que mencionar además, que factores tan actuales como las nuevas tecnologías o la mayor explotación y consumo de bienes y servicios culturales han propiciado un cambio en la corriente jurisprudencial correspondiente al reconocimiento de la originalidad, con una tendencia hacia una mayor protección de los intereses de carácter económico en detrimento de la riqueza cultural y altura creativa las obras²⁹.

Pero en cualquier caso, esta altura creativa, entendida como el mínimo de originalidad exigible de una obra para poder ser objeto de protección de la propiedad intelectual³⁰, sigue teniendo relevancia en el alcance de la protección de las obras respecto de otras con carácter similar, por lo que cuanto más original sea en los términos que hemos desarrollado, mayor será su protección frente creaciones con contenido parecido y viceversa³¹.

Finalmente, queda por mencionar que el único objeto de la propiedad intelectual es la obra misma, por lo tanto la originalidad de las ideas, los motivos que la inspiraron, el método, el estilo o la técnica de creación, todo ello queda fuera de su ámbito de protección³². Lo contrario constituiría un perjuicio para el desarrollo cultural de la sociedad en tanto que el derecho en exclusiva de estos aspectos limitaría en gran medida la capacidad creativa de las personas.

²⁸STS 4443/2004 - ECLI: ES:TS:2004:4443

²⁹ERDOZAÍN LÓPEZ, J.C., «El concepto de originalidad en el derecho de autor», Pe.i.: Revista de propiedad intelectual nº 3, 1999, pp. 55 a 94, en p. 69

³⁰RUIPEREZ DE AZCARATE, C., *Las obras del espíritu y su originalidad*, ed. Fundación AISGE, Madrid, 2012, p. 70

³¹BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., «La obra», cit. p.56

³²BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., «La obra», cit. p.57

2.3. LAS FACULTADES DEL AUTOR Y SU INTEGRACIÓN EN LAS NUEVAS TECNOLOGIAS

Como hemos visto, la LPI divide el contenido del derecho de autor en dos tipos de facultades: facultades de carácter moral y facultades de carácter patrimonial, los cuales pueden dividirse entre exclusivos y de remuneración.

En este apartado trataremos las cuestiones relacionadas con el concepto y contenido de estas facultades, y la forma en que, para bien o para mal, se relacionan con las nuevas tecnologías, con especial atención en el fenómeno de la digitalización e Internet.

2.3.1. *Facultades morales*

El ámbito moral del derecho de autor está formado por una serie de facultades personalísimas de carácter irrenunciable e inalienable, reconocidos en los arts. 14 a 16 LPI, que constituyen la más clara manifestación de la soberanía del autor sobre sus obras³³, y cuya finalidad consiste en proteger y mantener el respeto e integridad de su trabajo y persona.

En este sentido, y conforme al art. 14 LPI, las facultades morales derivadas de la autoría son: la facultad de divulgación (art. 14.1º LPI), la facultad para exigir el reconocimiento de la paternidad (14.3º LPI), la facultad para exigir el respeto a la integridad de la obra (14.4º LPI), la facultad de modificación (art. 14.5º LPI), la facultad de retirada o arrepentimiento (art. 14.6º LPI) y la facultad de acceso (art. 14.7º LPI).

- Facultad de divulgación

En primer lugar, la facultad de divulgación es la capacidad del autor para decidir en exclusiva si su obra ha de ser divulgada y en qué forma, entendiendo por divulgación según el art. 4 LPI, como toda expresión de la obra, que, con el consentimiento del autor, la haga accesible por primera vez al público en cualquier forma.

³³Preámbulo Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual.

La capacidad de los usuarios de Internet para recibir y transmitir información ha supuesto una nueva forma de divulgación en la que el autor sube sus obras a una página web o base de datos para que estas puedan ser accesibles al público por primera vez.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que Internet también puede utilizarse como herramienta vulneradora cuando la divulgación de la obra, realizada por un tercero, no dispone del consentimiento de su autor. Véase por ejemplo el caso de los denominados *hackers* y su capacidad para filtrar determinadas obras en formato digital que, aun no habiendo sido puestas a disposición del público, pueden descargarse de forma ilícita, días e incluso semanas antes a su lanzamiento oficial.

- Facultad de paternidad

En segundo lugar, tenemos la facultad de paternidad que es la capacidad del autor para exigir y reafirmar su autoría frente a terceros en base al vínculo de paternidad que le une con la obra fruto de su trabajo.

Se trata de una facultad que puede ser vulnerada mediante el plagio, entendido en su acepción más simplista como *todo aquello que supone copiar obras ajenas en lo sustancial*³⁴, y por la mera omisión de la identidad del autor³⁵, la cual no constituye una vulneración cuando concurre una imposibilidad técnica o la fama y renombre del autor son suficientes para que la obra se asocie inmediatamente con él³⁶.

Asimismo, el art. 14.2 LPI permite al autor determinar bajo que forma se va a llevar a cabo la divulgación de la obra, dándole a elegir entre su nombre real, un seudónimo, un signo o el simple anonimato. Si bien la primera opción no tiene complejidad alguna, el resto dificulta el ejercicio para exigir el reconocimiento de la autoría por ser formas que ocultan la identidad real del autor. No obstante, la LPI ha salvado esta situación en su art. 6 permitiendo a la persona natural o jurídica que ha divulgado la obra con el consentimiento del autor, ejercer en su

³⁴STS 359/1995 - ECLI: ES:TS:1995:359 y STS 2020/1999 - ECLI: ES:TS:1999:2020

³⁵STS 2219/2008 - ECLI: ES:TS:2008:2219

³⁶STS 7596/1998 - ECLI: ES:TS:1998:7596

nombre las facultades que la ley le reserva hasta que decida revelar su identidad, incluido la capacidad para exigir reconocimiento de su condición de autor.

En lo que respecta a las nuevas tecnologías, la exigencia de reconocimiento obliga a que todas las obras que se digitalicen o se pongan en línea, ya sean fragmentos u obras completas, cumplan con la obligación de nombrar al autor o autores de forma clara mediante la simple identificación o con el recurso de citación para el caso de las referencias en los textos académicos.

Es más, en la actualidad existen programas y paginas *online*, tanto gratuitas como de pago, que permiten identificar el plagio de forma rápida y sencilla, facilitando a los autores el descubrimiento de estas conductas vulneradoras que, de otro modo, serían más difíciles de identificar por la ingente cantidad de datos disponibles en Internet.

- Facultad de respeto a la integridad de la obra

En tercer lugar, el autor dispone de la capacidad para exigir el respeto a la integridad de sus obras e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado en su contenido que suponga un perjuicio de sus intereses legítimos, o un menoscabo de su reputación y honor.

Por regla general, la propiedad intelectual protege de forma exclusiva la integridad del *corpus mysticum* en detrimento del *corpus mechanicum*, ahora bien, hay excepciones donde la integridad del soporte va unido de manera indisoluble a la integridad de la obra. Véase por ejemplo, el caso de un ejemplar único de un libro o de una obra plástica en el que la destrucción del objeto material que la contiene significa la destrucción total de la obra³⁷.

Por otra parte, las nuevas tecnologías han puesto a disposición del público una serie de herramienta que facilitan en gran medida la realización de actos como modificaciones, adiciones o parodias con el objeto de dañar las obras que se encuentran en formato digital, y se ha traducido en un aumento de la utilización

³⁷CÁMARA ÁGUILA, M.P., «El derecho moral del autor», en R. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO (coord.), *Manual de propiedad intelectual 7ª Edición*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 127 y ss., en p. 131-132

de medidas tecnológicas tan poco populares como el *DRM* con el objeto de limitar el acceso y disponibilidad de la obra, y previniendo de este modo las alteraciones no deseadas³⁸.

- Facultad de modificación

En cuarto lugar, la capacidad de modificación es la facultad que la LPI otorga al autor para modificar el contenido de su obra, siempre y cuando lo haga respetando los derechos adquiridos por terceros y las exigencias del interés cultural.

A este respecto, debemos entender como modificación a la variación sustancial del contenido y de los rasgos esenciales de la obra, que no debe confundirse con el derecho patrimonial de transformación del art. 21 LPI, cuya principal diferencia con la modificación, es que esta última no da lugar a una obra derivada que coexiste con la original³⁹.

Resulta curioso el escaso impacto de las nuevas tecnologías en la facultad de modificación, cuya única trascendencia reside en la obligación de cambiar la versión que se encuentra disponible en el comercio electrónico, para que los usuarios tengan acceso a las copias con el contenido modificado.

- Facultad de retirada o arrepentimiento

En quinto lugar, la facultad de retirada o arrepentimiento es la capacidad del autor para retirar sus obras ya divulgadas del comercio por motivos de carácter intelectual o moral, previa indemnización de los daños y perjuicios que se puedan generar en los titulares de las facultades de explotación.

De forma similar a lo que ocurre en la modificación, la única trascendencia de las nuevas tecnologías en este ámbito es la retirada de las obras que se encuentren en el comercio electrónico para impedir el acceso a su contenido.

- Facultad de acceso

³⁸CÁMARA ÁGUILA, M.P., «El derecho moral del autor», cit. p. 138

³⁹CÁMARA ÁGUILA, M.P., «El derecho moral del autor», cit. p. 134

Por último, la facultad de acceso permite al autor acceder a un ejemplar único o raro de una obra suya que se encuentre en poder de un tercero, con el propósito de ejercer sus facultades morales en los casos de divulgación y modificación, y patrimoniales de cualquier tipo. El acceso a la copia debe realizarse respetando la integridad del ejemplar y en el lugar y forma que menos incomodidades generen al poseedor, el cual tendrá derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios que se le puedan irrogar.

En lo que respecta a las nuevas tecnologías, las propias características del formato digital dificultan en gran medida la existencia de una copia que sea rara o única, por lo que parece casi imposible que esta facultad pueda llevarse a cabo bajo estas circunstancias.

En conclusión, en mi opinión, las nuevas tecnologías no suponen para el ámbito moral del derecho de autor una problemática mayor a la postura tradicional anterior a las mismas. Ciertamente es que la mejora de la difusión cultural ocasionada por el fenómeno de la digitalización y las redes de comunicación como Internet, ha supuesto un aumento de las conductas infractoras en el ámbito de la propiedad intelectual, pero la naturaleza de las facultades morales, más dirigidas hacia la protección de aspectos de carácter personal que a intereses de naturaleza económica, las convierte en un objetivo poco atractivo para la actividad vulneradora cuyo objetivo tiende, por norma general, a la consecuencia de un beneficio económico consistente en un ahorro o ganancia.

2.3.2. *Facultades patrimoniales exclusivas*

Las facultades patrimoniales, con carácter general, son aquellas que permiten al autor la obtención de un beneficio económico por la utilización de sus obras, y aunque la LPI las considera de forma diferente, pueden distinguirse entre facultades de simple remuneración y de ejercicio exclusivo, siendo estas últimas el objeto a desarrollar en este apartado⁴⁰.

⁴⁰ARNAU MOYA, F., «Los derechos patrimoniales de autor y sus límites», en A. FAYOS GARDÓ (ed.), *La propiedad intelectual en la era digital*, ed. Dykinson, S.L., Madrid, 2016, pp. 49 y ss., en p. 53

En principio, las facultades patrimoniales exclusivas, reguladas en los arts. 17 y ss. LPI, se denominan de este modo porque otorgan al autor el monopolio o ejercicio en exclusiva de cualquier forma posible de explotación. Sin embargo, hay que tener en cuenta que no comparten el carácter personalísimo del ámbito moral del derecho de autor, por lo que pueden ser objeto de transmisión *inter vivos* o *mortis causa*, y de cesión mediante una licencia o autorización que, como norma general, da lugar a una contraprestación de carácter económico⁴¹.

Se trata de facultades que se encuentran estrechamente relacionadas con el aspecto moral del derecho de autor porque su objeto no termina con la simple obtención de un rendimiento económico, sino que también permiten al titular, prohibir y autorizar cualquier tipo de uso que recaiga sobre la obra, configurándose por lo tanto como una herramienta de control efectivo sobre la forma y calidad de la difusión⁴².

Con respecto a las distintas facultades específicas que conforman la explotación patrimonial en exclusiva, el art. 17. LPI establece una lista abierta para incluir cualquier posibilidad de explotación, e identifica de forma específica las siguientes: facultad de reproducción (art. 18 LPI), facultad de distribución (art. 19 LPI), facultad de comunicación pública (art. 20 LPI) y facultad de transformación (art. 21 LPI).

Además, conforme al art. 23 LPI, todas las facultades anteriores son independientes entre sí, de modo que pueden ser cedidas de forma individual a personas distintas en régimen de exclusiva o no exclusiva. Esto se debe principalmente a que, tal y como ya hemos dicho, se trata de facultades no personalísimas que se integran en la esfera de un derecho superior, esto es, el derecho de autor⁴³.

- Facultad de reproducción

⁴¹SERRANO GÓMEZ, E., *La propiedad intelectual y las nuevas tecnologías*, ed. Civitas, Madrid, 2000, p. 22-23

⁴²BERCOVITZ ÁLVAREZ, G., y ERDOZAIN LOPEZ, J.C., «Los derechos de explotación», en R. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO (coord.), *Manual de propiedad intelectual 7ª Edición*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 81 y ss., en p. 81

⁴³ARNAU MOYA, F., «Los derechos patrimoniales de autor y sus límites», cit. p. 54

Tradicionalmente, la reproducción ha sido la facultad más importante de los que conforman la propiedad intelectual por ser el de mayor importancia económica, y por configurarse como paso previo imprescindible para la distribución y comunicación de las obras protegidas⁴⁴. Es más, en la actualidad, esa importancia ha sido reforzada gracias a las nuevas tecnologías, las cuales han dado lugar a múltiples posibilidades de reproducción que, en muchas ocasiones, escapan al propio control de autores y titulares⁴⁵.

La reproducción viene definida en el art. 18 LPI como el acto de *fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda la obra o de parte de ella, que permita su comunicación o la obtención de copias*.

En este sentido, debemos entender el concepto de fijación como el acto por el cual se plasma la obra en un medio material o inmaterial, que aunque puede ser de forma directa o indirecta dependiendo si se realiza a partir del original o copia, y provisional o permanente si concluye o persiste con el paso del tiempo, lo determinante es que permita la reproducción o comunicación pública de su contenido⁴⁶.

Por consiguiente, la facultad de reproducción, configurada a través de una doble vertiente positiva y negativa, consiste en la capacidad legal del titular para producir copias de la obra y oponerse a cualquier reproducción sobre la cual no haya prestado su consentimiento, el cual es imprescindible salvo en los casos en los que la obra haya entrado en el dominio público o se trate de un caso de copia privada⁴⁷.

Por otra parte, las nuevas tecnologías han alterado la extensión y vigencia de esta facultad por la aparición de nuevos actos de explotación en formato digital que claramente implican un acto de reproducción en los términos que hemos definido. Así por ejemplo, el proceso de digitalización se considera un acto de

⁴⁴LETAI, P., *La infracción de derechos de propiedad intelectual sobre la obra musical en Internet*, cit. p. 5

⁴⁵SERRANO GÓMEZ, E., *La propiedad intelectual y las nuevas tecnologías*, cit. p.25

⁴⁶ARNAU MOYA, F., «Los derechos patrimoniales de autor y sus límites», cit. p. 54-55

⁴⁷SERRANO GÓMEZ, E., *La propiedad intelectual y las nuevas tecnologías*, cit. p.28

reproducción porque genera datos que contienen la copia de una obra, que tras ser fijados en un sistema informático o de almacenamiento, permite a los usuarios disfrutar del contenido de la obra y obtener copias perfectas de la misma. Más aun, la explotación y disfrute de bienes y servicios culturales en Internet genera no uno, sino multitud de actos de reproducción, la mayoría de ellos de carácter temporal, que no siempre constituyen verdaderas reproducciones protegidas por el derecho de autor.

En este sentido, cuando subimos una obra a un servidor de Internet, se realizan dos actos distintos de reproducción permanente, uno cuando se introduce la obra en el disco duro del servidor, y otra cuando se le asigna una URL para ponerse a disposición del público⁴⁸. Por el contrario, cuando descargamos una obra, se realiza un solo acto de reproducción permanente, que consiste en la fijación de los datos que la contienen en el disco duro de nuestro sistema informático.

Pero es que además, entre esos extremos existen una multitud de reproducciones intermedias de carácter temporal denominadas “reproducciones técnicas” que son necesarias para el proceso de transmisión de datos a través de la red, y que no se encuentran protegidas por el derecho de autor porque la legislación comunitaria y española considera que han de quedar exentas para no perjudicar el normal funcionamiento de Internet⁴⁹.

Asimismo, existen otros tres tipos de reproducciones temporales, además de la reproducción técnica, que consisten en las reproducciones de memoria RAM, las reproducciones derivadas del fenómeno *caching*⁵⁰ y las reproducciones temporales en sentido estricto. Sin entrar en el fondo de la materia por ser excesivamente técnica para la naturaleza de este trabajo, hay que subrayar que solo las reproducciones temporales en sentido estricto y las copias caché de

⁴⁸LETAI, P., *La Infracción de derechos de propiedad intelectual sobre la obra musical en Internet*, cit. p. 3

⁴⁹LETAI, P., *La Infracción de derechos de propiedad intelectual sobre la obra musical en Internet*, cit. p. 3

⁵⁰La memoria caché es la memoria de acceso rápido de una CPU que guarda de forma temporal los datos recientemente procesados para que los accesos siguientes se lleven a cabo a partir de la copia creada y se disminuya el tiempo medio de acceso.

duración considerable quedan incluidas dentro de la facultad de reproducción por entender que afectan en mayor medida a la normal explotación de la obra⁵¹.

Por último, hay que destacar que la reproducción es, posiblemente, la facultad más vulnerada de las que conforman el derecho de autor, y todo a consecuencia de la piratería, una práctica muy frecuente y extendida gracias a las nuevas tecnologías⁵², y sobre la cual es necesario profundizar para obtener una mejor comprensión del estado actual de la cuestión.

Respecto a la piratería, entendida como la reproducción de obras protegidas sin el consentimiento del autor, se trata de un fenómeno que tal y como establece Eduardo Serrano, *“no solo perjudica al autor sino a todos los sujetos que, de forma más o menos directa, intervienen en el proceso cuyo objeto es poner la creación a disposición del público, es decir, a editores, productores, comerciantes e, incluso, al propio consumidor”*⁵³.

No obstante, hay que tomar en consideración que existen dos tipos distintos de piratería, los cuales se diferencian principalmente por su finalidad y consecuencias económicas y legales.

En primer lugar, la piratería “común” es la que realiza reproducciones no autorizadas con el único propósito de disfrutar y compartir de forma gratuita y colectiva el contenido de una obra protegida, evitando así tener que solicitar el consentimiento del titular o pagar el precio de mercado que ha considerado oportuno para su comercialización. Se trata de una modalidad poco agresiva, pero que igualmente supone un perjuicio económico a los titulares, pudiendo incluso generar responsabilidades en el ámbito civil.

Por su parte, la piratería “delictiva” es aquella que tiene por objeto la realización de copias no autorizadas para obtener un beneficio económico, directo o indirecto, en perjuicio de tercero, y cuya responsabilidad penal viene prevista en los arts. 270 y ss. del Código Penal. Se trata de una modalidad mucho más

⁵¹LETAI, P., *La infracción de derechos de propiedad intelectual sobre la obra musical en Internet*, cit. p. 4

⁵²SERRANO GÓMEZ, E., *La propiedad intelectual y las nuevas tecnologías*, cit. p.33

⁵³SERRANO GÓMEZ, E., *La propiedad intelectual y las nuevas tecnologías*, cit. p.33

agresiva que la anterior que se aprovecha en gran medida del esfuerzo creativo y económico de otras personas, hasta el punto de existir verdaderas organizaciones criminales que se dedican al desarrollo ordenado de esta actividad delictiva.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que no todos los casos de reproducción sin consentimiento se pueden considerar piratería, ni generan responsabilidad en los términos anteriormente descritos. Baste, como muestra el caso de la copia privada, donde personas físicas, bajo el cumplimiento de los requisitos legalmente previstos, tienen la capacidad legal de producir una copia lícita de una obra protegida sin que concurra la expresa autorización del autor.

En definitiva, los piratas informáticos han encontrado en las nuevas tecnologías una poderosa herramienta para vulnerar la facultad exclusiva de reproducción, cuya relevancia jurídica y material se ha visto seriamente comprometida por la aparición de nuevas formas de obtención de copias no autorizadas a través de Internet como las páginas web de enlaces o las redes P2P.

- Facultad de distribución

La facultad de distribución viene regulada en el art. 19 de la LPI como *la puesta a disposición del público del original o de las copias de la obra, en un soporte tangible, mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma.*

De acuerdo con este precepto, podemos observar que, en nuestro ordenamiento jurídico, esta facultad viene definida por dos elementos distintos: el soporte material al que se incorpora la obra original o sus copias, y el negocio jurídico a través del cual se ponen a disposición del público.

Por un lado, el acto de distribución implica la necesaria incorporación de la obra a un soporte físico o tangible que permita su comercialización pública, de forma tal, que todos aquellos medios que no permitan dicha incorporación no pueden considerarse distribución en sentido técnico. Véase como ejemplo de medio

intangibles la exhibición pública de la obra de un pintor o escultor, la proyección de una película o el acceso a una base de datos⁵⁴.

Por otro lado, en lo que respecta a los negocios jurídicos que sirven de base para la distribución de las obras, la ley establece una lista abierta para cualquier supuesto que sirva para poner la obra a disposición del público, aprovechando además para regular de forma específica la venta, el alquiler y el préstamo, los cuales conforman los supuestos más usuales. Que la ley regule esos casos de forma específica no debe confundirse con que el negocio jurídico deba tener un carácter estrictamente oneroso, al contrario, los actos a título gratuito como la donación también pueden considerarse como actos de distribución en sentido estricto⁵⁵.

Respecto al número de ejemplares necesarios para entender que se está frente a un caso de distribución, el legislador ha optado por no establecer un número específico, por lo que tendrán que ser los tribunales los que, ante una vulneración de esta naturaleza, decidan según la entidad y circunstancias concretas del caso si se trata de distribución o, por el contrario, se trata de una infracción comprendida en el ámbito de la reproducción⁵⁶.

En cualquier caso, el art. 19.2 de la LPI configura la distribución como una facultad sujeta a agotamiento o término cuando se realiza a través de la modalidad de venta en el ámbito de la Unión Europea, lo que significa que el titular solamente dispone de dicha facultad en la primera transmisión del ejemplar, quedando extinguida en las sucesivas transmisiones de propiedad que se efectúen en dicho ámbito territorial. Se trata de un fenómeno que se justifica ante la necesidad de preservar la libre circulación de mercancías y la libertad del

⁵⁴BERCOVITZ ÁLVAREZ, G., y ERDOZAIN LOPEZ, J.C., «Los derechos de explotación», cit. p. 84

⁵⁵BERCOVITZ ÁLVAREZ, G., y ERDOZAIN LOPEZ, J.C., «Los derechos de explotación» cit. p. 85

⁵⁶ARNAU MOYA, F., «Los derechos patrimoniales de autor y sus límites», cit. p. 55-56; y BERCOVITZ ÁLVAREZ, G., y ERDOZAIN LOPEZ, J.C., «Los derechos de explotación» cit. p. 85

comercio de productos intelectuales, eliminando las posibles trabas a los intercambios culturales⁵⁷.

Por lo que respecta a las nuevas tecnologías, ya hemos mencionado con anterioridad que el formato digital e Internet han permitido reproducir e intercambiar el contenido de una obra sin la necesidad de un soporte material, por lo tanto, hay que plantearse si existe la distribución en el comercio electrónico de obras en formato digital.

En principio, y atendiendo a lo establecido por la LPI, la respuesta debe ser negativa porque, tal y como ya hemos dicho, todos aquellos modos de explotación que no permiten la incorporación física de la obra a un soporte material no pueden ser considerados como actos de distribución en sentido estricto⁵⁸.

Tradicionalmente, se ha venido entendiendo que la descarga de un ejemplar de obra a través de Internet no constituye un acto de distribución en los términos que hemos visto, sino que se trata de un acto de comunicación pública en la que concurre un negocio jurídico⁵⁹. No obstante, hay que tener en cuenta que existe jurisprudencia comunitaria como la sentencia dictada por la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de julio de 2012, que trata sobre el agotamiento de la distribución digital de programas de ordenador, y que establece en su apartado 52 que la existencia de una transferencia del derecho de propiedad transforma el acto de comunicación al público en un acto de distribución que puede dar lugar, si se reúnen los requisitos legalmente previstos, al agotamiento de la facultad de distribución en el entorno digital⁶⁰.

En definitiva, la LPI en su redacción actual no reconoce la distribución digital como un verdadero acto de distribución en el sentido legalmente previsto, por lo tanto, el legislador español deberá plantearse la posibilidad de adecuar su

⁵⁷SERRANO GÓMEZ, E., *La propiedad intelectual y las nuevas tecnologías*, cit. p.39

⁵⁸BERCOVITZ ÁLVAREZ, G., y ERDOZAIN LOPEZ, J.C., «Los derechos de explotación», cit. p. 84

⁵⁹LAGARÓN MARTÍN, E., «El agotamiento de distribución digital». Disponible en: <http://www.legaltoday.com/blogs/nuevas-tecnologias/blog-ecija-2-0/el-agotamiento-del-derecho-de-distribucion-digital>

⁶⁰STJUE en el asunto C-128/11 - ECLI:EU:C:2012:407

contenido al mencionado criterio jurisprudencial de forma que se elimine el requisito de materialidad que pesa sobre el soporte de las obras.

▪ Facultad de comunicación pública

La comunicación pública viene definida en el art. 20.1 LPI como *todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a una obra sin la previa distribución de ejemplares a cada una ellas*. Asimismo también se establece que *no se considerará pública la comunicación cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo*.

De acuerdo con el anterior precepto podemos señalar que los elementos que definen la comunicación pública son: la necesaria existencia de un acto de comunicación; que dicho acto esté dirigido al público en general, es decir, a una pluralidad de personas de número indeterminado y ajenas al denominado ámbito doméstico; y que la posibilidad de acceso a la obra debe facilitarse sin que haya existido una distribución previa de ejemplares⁶¹.

Además, el art. 20.2 LPI prevé una lista abierta para las posibles modalidades de actos de comunicación pública, estableciendo al mismo tiempo un listado específico de aquellas que el legislador ha considerado más importantes o comunes, entre las cuales nos conviene destacar el apartado i), el cual establece como acto de comunicación pública *la puesta a disposición del público de obras, por procedimiento alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y momento que elija*.

Tradicionalmente la comunicación pública se ha entendido como un acto de explotación que tiene lugar de forma simultánea en el espacio y en el tiempo entre el público y la persona que lo organiza (una representación teatral, un concierto musical, etc...), sin embargo, el progreso tecnológico y las nuevas técnicas de explotación de productos y servicios culturales han transformado esta concepción, permitiendo la eliminación de los límites espacio-temporales, y

⁶¹SERRANO GÓMEZ, E., *La propiedad intelectual y las nuevas tecnologías*, cit. p.42-43

ampliando en gran medida el alcance material y jurídico de la facultad de comunicación pública⁶².

Por todo ello, podemos delimitarla, en su modalidad de puesta a disposición, como la facultad exclusiva del titular que le permite hacer la obra accesible al público para que estos puedan disfrutarla donde y cuando quieran, y, tal y como ocurre en las otras facultades exclusivas, oponerse a los actos de esta naturaleza sobre los cuales no haya prestado su consentimiento.

En lo que respecta al carácter público de la comunicación, ERDOZAÍN establece que el mismo *“viene definido, no tanto por el número de personas al que va destinada la obra sino por la dimensión económica que tal colectivo tiene de cara a su explotación”* y que, por lo tanto, dicho concepto *“debe estimarse por la dimensión relativa que los destinatarios de la comunicación tienen en función del tiempo o del espacio, o de su relevancia económica”*⁶³.

Igualmente, merece la pena señalar que la ley considera fuera del ámbito de esta facultad aquellos actos que tienen carácter doméstico, el cual viene definido por la relación entre la persona que hace accesible la obra y aquellas que la disfrutan, y por su dimensión espacial o temporal. De esta forma, existirá domesticidad en la difusión cuando concurra una relación familiar o de amistad cercana entre el público y el organizador del acto de comunicación, o en los casos en los que la misma se lleve a cabo en un ámbito espacial reducido o limitado en el que el acceso individualizado de la obra no sea acumulable⁶⁴.

Como ya hemos adelantado, las nuevas tecnologías han hecho posible la comunicación pública a distancia, de forma que las obras en formato digital pueden ser transmitidas *online* a través de las redes digitales de telecomunicación. De esta forma, los numerosos usuarios de Internet pueden acceder al contenido de una obra protegida mediante su descarga o visualización

⁶²BERCOVITZ ÁLVAREZ, G., y ERDOZAIN LOPEZ, J.C., «Los derechos de explotación», cit. p. 90

⁶³BERCOVITZ ÁLVAREZ, G., y ERDOZAIN LOPEZ, J.C., «Los derechos de explotación», cit. p. 91-92

⁶⁴BERCOVITZ ÁLVAREZ, G., y ERDOZAIN LOPEZ, J.C., «Los derechos de explotación», cit. p. 91; y LETAI, P., *La infracción de derechos de propiedad intelectual sobre la obra musical en Internet*, cit. p. 10

online sin necesidad de una previa distribución de ejemplares físicos. Un claro ejemplo de puesta a disposición del público en Internet es la obra que, ubicada en un sitio web facilitado por un servidor, permite a sus usuarios la visualización online de su contenido o la descarga del fichero informático que la contiene, quedando este almacenado en el correspondiente soporte de su sistema informático⁶⁵.

En este sentido, resulta de especial interés la Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Superior de Justicia Europeo de 13 de febrero de 2014, más conocido como el “caso Svensson”, en el cual se establece que la presentación en una página de Internet de enlaces sobre los que se puede pulsar y que conducen a obras que pueden consultarse libremente en otra página de Internet no constituye un acto de comunicación pública. Sobre esta cuestión, el TJUE incide en que para entender que existe una vulneración de la propiedad intelectual en este ámbito es necesario que el acto de comunicación pública no autorizado sea dirigido hacia un público nuevo, entendiéndose como tal, a un conjunto de usuarios que no fue tomado en consideración por los titulares de los derechos de autor cuando autorizaron la comunicación inicial⁶⁶.

- Facultad de transformación

El art. 21 LPI establece, en su apartado primero, que *la transformación de una obra comprende su traducción, adaptación y cualquier otra modificación en su forma de la que se derive una obra diferente*, y en su apartado segundo, que *los derechos de propiedad intelectual de la obra resultado de la transformación corresponderán al autor de esta última, sin perjuicio del derecho del autor de la obra preexistente de autorizar, durante todo el plazo de protección de sus derechos sobre esta, la explotación de esos resultados en cualquier forma y en especial mediante su reproducción, distribución, comunicación pública o nueva transformación.*

⁶⁵LETAI, P., *La Infracción de derechos de propiedad intelectual sobre la obra musical en Internet*, cit. p. 13

⁶⁶STJUE en el asunto C-466/12 - ECLI:EU:C:2014:76

Estamos frente a una facultad exclusiva que permite a su titular modificar el contenido de una obra protegida mediante la alteración de alguno de sus elementos configuradores, lo cual da lugar a una obra nueva y distinta que queda igualmente sujeta a la propiedad intelectual pero de forma independiente a la original. De esta forma el creador de la transformación posee el dominio absoluto sobre la obra compuesta o derivada resultante (art. 9 y 11 LPI) que sin embargo, necesitará de la autorización del autor de la obra original para poder ser explotada⁶⁷.

Se trata de una facultad estrechamente vinculada con la integridad de la obra, la cual, si recordamos, constituye por sí misma una facultad moral irrenunciable e inalienable del derecho de autor. En este sentido, se puede afirmar que la modificación o alteración del contenido de una obra siempre afecta a la integridad de la misma, sin embargo, la facultad transformación no está continuamente sometida a la facultad de integridad del primer autor. Solo en los casos en los que la adaptación sea especialmente lesiva para la obra o sus legítimos intereses, puede la integridad de la obra original afectar al resultado producido por su transformación⁶⁸.

En cuanto a las nuevas tecnologías, no puede negarse que las mismas han facilitado la creación de obras derivadas, especialmente aquellas que ya se encuentran en formato digital. Ninguna duda cabe que los sistemas informáticos y los programas que los complementan se han convertido en excelentes herramientas de trabajo y ocio que no solo permiten la creación de contenido, también su modificación. Véase por ejemplo los procesadores de texto como *Microsoft Word* para obras literarias y científicas, los editores de imagen como *Photoshop* para las fotos, dibujos e imágenes, o los editores de sonido como *Audacity* para la música.

No obstante, hay que destacar que el proceso de digitalización en sí mismo no supone una transformación de la obra por el sencillo hecho de que no supone

⁶⁷SERRANO GÓMEZ, E., *La propiedad intelectual y las nuevas tecnologías*, cit. p.45

⁶⁸BERCOVITZ ÁLVAREZ, G., y ERDOZAIN LOPEZ, J.C., «Los derechos de explotación» cit. p. 96

una alteración de su contenido, solo un cambio de formato. Por otro lado, tampoco la aplicación de una medida tecnológica sobre una obra supone en ningún caso una vulneración de esta facultad en tanto que no genera una obra diferente o derivada de la original, sino que constituye un mero proceso técnico⁶⁹.

2.3.3. *Facultades patrimoniales de remuneración*

En último lugar, la LPI regula bajo el nombre de *otros derechos* a las facultades patrimoniales de remuneración, las cuales permiten al autor o cesionario percibir una remuneración o compensación equitativa por los concretos usos legalmente previstos. A diferencia de sus homónimos exclusivos, no capacitan a su titular para autorizar o excluir ningún uso sobre la obra, por lo que quedan reducidos a la simple percepción de un beneficio económico⁷⁰.

- Facultad de participación del autor en la reventa de obras plásticas.

Se trata de una facultad que cuenta con su propio marco legal formado por la Ley 3/2008, de 23 de diciembre, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original, y que permite a los autores originales de obras de arte gráficas o plásticas percibir del vendedor un porcentaje del precio de su reventa cuando interviene un profesional del mercado del arte.

El art. 6 de dicha ley establece que se trata de una facultad inalienable e irrenunciable, pero ello no la convierte en una facultad moral, al contrario, se trata de una facultad patrimonial cuyo único efecto queda reducido al aspecto económico de hacer al autor de la obra participe del precio de reventa del original⁷¹.

Poco se puede decir de esta facultad en el ámbito de las nuevas tecnologías dado que el efecto de las mismas, tal y como hemos podido ver durante el presente estudio, se centra en la generación y transmisión de copias sin necesidad de soporte material, y precisamente, esta facultad se configura como

⁶⁹BERCOVITZ ÁLVAREZ, G., y ERDOZAIN LOPEZ, J.C., «Los derechos de explotación» cit. p. 97

⁷⁰ARNAU MOYA, F., «Los derechos patrimoniales de autor y sus límites», cit. p. 59

⁷¹GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, I., «El derecho de participación y el derecho de compensación por copia privada» en R. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO (coord.), *Manual de propiedad intelectual* 7ª Edición, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 143 y ss., en p. 144

una antítesis de todo ello porque depende de la transmisión del original de una obra plástica la cual está caracterizada por la concepción inseparable entre *corpus mysticum* y *corpus mechanicum*.

- Compensación equitativa por copia privada.

La compensación por copia privada, regulada de forma extensa en el art. 25 LPI, se configura como una indemnización económica que percibe el autor como consecuencia del límite de copia privada previsto en el art. 31 LPI, el cual permite a los consumidores realizar una copia de una obra ya divulgada sin necesidad de autorización del autor o titular de la facultad de reproducción.

En este sentido, el propio art. 31 LPI indica que una copia podrá ser lícita, aun sin la autorización del autor o titular, cuando cumpla con las siguientes circunstancias: que el acto de reproducción se lleve a cabo por una persona física para su uso privado; que la reproducción se realice a partir de una fuente lícita; y que la copia obtenida no sea utilizada de forma colectiva, lucrativa ni de distribución mediante precio.

En cuanto a las modalidades de reproducción que son objeto de compensación, el art. 25.1 LPI menciona específicamente a la reproducción de libros y publicaciones asimiladas a los libros por vía reglamentaria, fonogramas y otros soportes sonoros, y videogramas u otros soportes visuales o audiovisuales. Por ello, podemos afirmar que no todas las copias privadas son objeto de compensación, sino solo aquellas que resultan de la explotación comercial de los soportes que hemos mencionado⁷².

Tras la reforma realizada por el Real Decreto-ley 12/2017 de 3 de julio, la LPI establece en su art. 25.3 LPI que serán sujetos deudores principales del pago de la compensación los fabricantes en España en tanto actúen como distribuidores comerciales y a los adquirientes fuera del territorio español también para distribución comercial o utilización dentro de este, de equipos, aparatos y soportes materiales idóneos para realizar y/o almacenar copias privadas.

⁷²GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, I., «El derecho de participación y el derecho de compensación por copia privada» cit. p. 156

Asimismo también determina como responsables subsidiarios, y solidarios entre sí, de dicho pago a los distribuidores, mayoristas y minoristas, que sean sucesivos adquirentes de los mencionados soportes respecto de los deudores principales que se los hubieran suministrado.

Por otra parte, y como no puede ser de otra forma, el art. 25.2 LPI indica que serán acreedores de la compensación, en primer lugar, los autores de las obras explotadas en las tres modalidades que hemos mencionado junto con los editores, los productores de fonogramas o videogramas y los artistas intérpretes o ejecutantes cuyas obras hayan sido fijadas en dichos fonogramas y videogramas.

Finalmente, PÉREZ GARCÍA con buen criterio indica *“que la copia privada que fue concebida en un entorno tecnológico analógico, se ha visto encajada de una manera forzada en el entorno digital”* y que *“no se ha querido renunciar a la institución de la copia privada, por las clarísimas ventajas económicas y facilidad en la gestión de su recaudación, y lo que se ha optado es por reconvertir la institución (...) con las dificultades y distorsiones que ello conlleva⁷³”*.

Las copias analógicas eran difíciles de controlar por la falta de mecanismos tecnológicos adecuados, por ello se justificaba la existencia de un canon fijo a modo de estimación del posible daño que se podía generar al autor. Sin embargo, las nuevas tecnologías y el la copia digital permiten el establecimiento de medidas de control y protección sobre la obra y las posibles copias privadas, así como una mayor facilidad para el cálculo y estimación de los posibles daños. Es más, la propia Directiva 2001/29/CE distingue entre ambas modalidades de copia por los motivos que hemos mencionado⁷⁴.

En definitiva, se ha producido una reconversión de la institución ajustada al nuevo entorno tecnológico que obedece puramente a intereses de carácter

⁷³PÉREZ GARCÍA, J., *La industria electrónica ante el canon y la copia privada digital. Solidaridad entre empresas, internautas y consumidores*, cit. p. 86

⁷⁴PÉREZ GARCÍA, J., *La industria electrónica ante el canon y la copia privada digital. Solidaridad entre empresas, internautas y consumidores*, cit. p. 86

económico, y todo indica que la copia privada va a seguir por este camino en el futuro próximo.

3. CONCLUSIONES

1. La cultura no puede escapar del progreso tecnológico, por ello, el ordenamiento jurídico tiene la obligación de disponer de un marco legal competente que garantice la relevancia jurídica de las facultades del derecho de autor que se vean afectadas de forma negativa.
2. Internet y el formato digital han supuesto una gran ventaja en la explotación de bienes y servicios culturales, pero también han dado lugar a nuevas formas de vulneración de la propiedad intelectual que constituyen un aprovechamiento ilícito del esfuerzo creativo y económico de otras personas.
3. Las medidas tecnológicas son cada vez más conocidas y efectivas, lo que ha limitado en gran medida la ejecución de conductas vulneradoras de la propiedad intelectual. Sin embargo su protección no es infalible dado que siempre existen personas que dedican su tiempo a evadirlas o eliminarlas.
4. La propiedad intelectual tiene un carácter predominantemente económico muy similar a la propiedad ordinaria, aunque se diferencia por la concurrencia de un aspecto moral que la hace especialmente sensible a cuestiones relacionadas con la propia persona del autor.
5. La piratería se configura como una actividad ilícita que no solo afecta económicamente a los titulares de la facultad de reproducción, sino al desarrollo cultural de la sociedad en general. Por otra parte, también sirve para facilitar el acceso a la cultura a aquellos colectivos que no pueden permitírsela, aunque eso sí, de forma ilícita.
6. La estructura de la vigente compensación equitativa por copia privada responde a una adaptación forzada de su anterior concepción dirigida hacia el entorno analógico. Con la aparición del entorno digital ya no sirve a su propósito original e incluso la propia legislación comunitaria indica que debe tener un trato diferente a la copia privada analógica.

BIBLIOGRAFIA

ADIEGO RODRIGUEZ.J., «Problemática informática de la protección de obras digitales protegidas», en R.M. MATA y MARTÍN (dir.), *La propiedad intelectual en la era digital: límites e infracciones a los derechos de autor en internet*, ed. La Ley, Las Rozas (Madrid), 2011, pp. 25 y ss.

ANDRES SEGOVIA. B., «La ley de propiedad intelectual ante los nuevos retos de la era digital», en A. FAYOS GARDÓ (ed.), *La propiedad intelectual en la era digital*, ed. Dykinson, S.L., Madrid, 2016, pp. 17 y ss.

ARNAU MOYA, F., «Los derechos patrimoniales de autor y sus límites», en A. FAYOS GARDÓ (ed.), *La propiedad intelectual en la era digital*, ed. Dykinson, S.L., Madrid, 2016, pp. 49 y ss.

BELLOSO MARTÍN. N., «Los derechos de autor en la sociedad tecnológica: contenido, tutela y límites», en R.M. MATA y MARTÍN (dir.), *La propiedad intelectual en la era digital: límites e infracciones a los derechos de autor en internet*, ed. La Ley, Las Rozas (Madrid), 2011, pp. 61 y ss.

BERCOVITZ ÁLVAREZ, G., y ERDOZAIN LOPEZ, J.C., «Los derechos de explotación», en R. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO (coord.), *Manual de propiedad intelectual 7ª Edición*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 81 y ss.

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., «Introducción a la propiedad intelectual», en la obra coordinada por el mismo, *Manual de propiedad intelectual 7ª Edición*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 19 y ss.

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., «La obra», en la obra coordinada por el mismo, *Manual de propiedad intelectual 7ª Edición*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 51 y ss.

CABALLERO ESCRIBANO, J.C y LORENTE LÓPEZ, M.C., «Los derechos de autor y su incidencia en el Derecho de Familia y Sucesiones», en A. FAYOS GARDÓ (ed.), *La propiedad intelectual en la era digital*, ed. Dykinson, S.L., Madrid, 2016, pp. 83 y ss.

CÁMARA ÁGUILA, M.P., «El derecho moral del autor», en R. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO (coord.), *Manual de propiedad intelectual 7ª Edición*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 127 y ss.

ERDOZAÍN LÓPEZ, J.C., «El concepto de originalidad en el derecho de autor», Pe.i.: Revista de propiedad intelectual nº 3, 1999, pp. 55 a 94

GARROTE FERNANDEZ-DÍEZ, I., «El derecho de participación y el derecho de compensación por copia privada» en R. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO

(coord.), *Manual de propiedad intelectual* 7ª Edición, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 143 y ss.

LAGARÓN MARTÍN, E., «El agotamiento de distribución digital». Disponible en: <http://www.legaltoday.com/blogs/nuevas-tecnologias/blog-ecija-2-0/el-agotamiento-del-derecho-de-distribucion-digital>

LETAL, P., *La Infracción de derechos de propiedad intelectual sobre la obra musical en Internet*, ed. Comares, Granada, 2012

MATA Y MARTÍN, R. M., «Introducción. En busca de los equilibrios perdidos», en R. M. MATA y MARTÍN (dir.), *La propiedad intelectual en la era digital: límites e infracciones a los derechos de autor en internet*, ed. La Ley, Las Rozas (Madrid), 2011, pp. 17 y ss.

PEREZ GACÍA, J., *La Industria electrónica ante el canon y la copia privada digital: solidaridad entre empresas, internautas y consumidores*, ed. Dykinson S.L., Madrid, 2015

RUIPEREZ DE AZCARATE, C., *Las obras del espíritu y su originalidad*, ed. Fundación AISGE, Madrid, 2012

SERRANO GÓMEZ, E., *La propiedad intelectual y las nuevas tecnologías*, ed. Civitas, Madrid, 2000

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1985 (STS 1688/1985 - ECLI: ES:TS:1985:1688)

Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1995 (STS 359/1995 - ECLI: ES:TS:1995:359)

Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo 15 de diciembre de 1998 (STS 7596/1998 - ECLI: ES:TS:1998:7596)

Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1999 (STS 2020/1999 - ECLI: ES:TS:1999:2020)

Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 24 de Junio de 2004 (STS 4443/2004 - ECLI: ES:TS:2004:4443)

Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 2008 (STS 2219/2008 - ECLI: ES:TS:2008:2219)

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNION EUROPEA

Sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de julio de 2012 (*STJUE en el asunto C-128/11 - ECLI:EU:C:2012:407*)

Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Superior de Justicia Europeo de 13 de febrero de 2014 (*STJUE en el asunto C-466/12 - ECLI:EU:C:2014:76*)

ABREVIATURAS

DVD – *Digital Versatile Disc* / Disco Versátil Digital

USB – *Universal Serial Bus* / Bus Universal en Serie

DRM – *Digital Rights Management* / Gestión de Derechos Digitales

P2P – *Peer-to-Peer* / Red de Pares

URL – *Uniform Resource Locator* / Localizador Uniforme de Recursos

CE – Constitución española

LPI – Ley de Propiedad Intelectual

TS – Tribunal Supremo

STS – Sentencia del Tribunal Supremo

TJUE – Tribunal de Justicia de la Union Europea

STJUE – Sentencia del Tribunal de Justicia de la Union Europea