

Equilibrio y proporción en internet

Autor: José Manuel Tourné

Abogado. Director General de la Federación para la protección de la propiedad intelectual (FAP)

Secretario General de la Unión Videográfica Española (UVE)

Resumen

España: Capital pirata. De acuerdo con las autoridades mundiales de propiedad intelectual y las de los Estados Unidos en particular, en España no se protegen los derechos de propiedad intelectual. Lo cierto es que el debate abierto en la sociedad sobre la propiedad intelectual se sitúa de forma muy injusta contra los titulares de estos derechos, confundiendo los términos y esgrimiendo un buen número de excusas para defender la libre circulación de contenidos en Internet a costa de vulnerar esos derechos.

Legislación adecuada, aplicación eficaz de esas leyes y sensibilización de la sociedad son tres estrategias que deben mejorarse y mucho si no queremos que un sector generador de riqueza y empleo, desaparezca definitivamente en nuestro país.

Palabras clave: España: capital pirata; desequilibrio en el conflicto entre derechos de los usuarios de Internet y los titulares de contenidos; legislación adecuada; aplicación de las leyes y sensibilización.

Abstract

Spain: the pirate country. According to the world intellectual property institutions and, particularly, to the United State's Authorities, Copyright holders have no legal tools in Spain to protect their works. In fact, there is an open debate on the mass media but significantly unbalanced against copyright. Some mistaken arguments to promote free contents on the Internet are damaging the intellectual property rights.

A proper law, to improve significantly the enforcement and to increase public awareness are the strategies needed in order to stop harming a very active industry, which generates richness and creates jobs. Otherwise, those industries will disappear from Spain.

Key words: Spain: a pirate country; Internet users vs. copyright holders: there is no balance; law; law enforcement and public awareness.

Recibido: 15.07.2009

Aceptado: 11.09.2009

I. Introducción

La descarga no autorizada de música, cine y videojuegos a través de las redes P2P es el mayor desafío al que han tenido que enfrentarse las industrias de contenidos en todo el mundo. Muy especialmente en España en donde, durante el último año, se descargaron 2000 millones de canciones, 350 millones de películas y 40 millones de videojuegos sin respetar la propiedad intelectual.

En algunos medios de prensa, extranjeros y nacionales, se otorga a España – cuna de música, literatura y cine con respeto universal- una marca vergonzante: España, capital pirata.

La propiedad intelectual es vulnerada a diario con total impunidad sin que las pérdidas económicas causadas a los sectores que dependen de ella, (la música, los videojuegos y el cine principalmente), provoquen una reacción contundente en nuestro gobierno que permita detener el continuo cierre de comercios, empresas y demás negocios que las descargas no autorizadas están causando. Algo ante lo que sí están reaccionando otros gobiernos europeos, como el francés o el británico, que sí apuestan y defienden su industria de contenidos.

El Gobierno de los Estados Unidos hizo pública hace unos meses su nueva lista de observación (“Watch list”) de la resolución 301 del Representante de comercio exterior en la que volvía a incluir a España como país en el que el intercambio de archivos ajenos no es percibido como una actividad ilícita sin que el Gobierno haya hecho nada para cambiar esta percepción y las escasas actuaciones policiales no se han visto respaldadas por la acusación del Ministerio Público ni por la correspondiente activi-

dad judicial. El informe que menciona expresamente la necesidad de modificar la Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado, concluye que los titulares de derechos de propiedad intelectual carecen de herramientas legales adecuadas para defenderse cuando aquéllos son vulnerados.

Similares conclusiones contiene el informe del “Caucus” del Congreso de los Estados Unidos, una Comisión paritaria que el año pasado presidía el actual Vicepresidente del país, Joe Biden y que este año, de nuevo, nos incluye entre los 5 países más preocupantes en lo que a piratería de contenidos se refiere.. España figura en una vergonzante lista junto a México, Rusia, China y Brasil.

Es significativa la mención a la ausencia de herramientas legales para defender los derechos de propiedad intelectual pues resume con sencillez la raíz del problema:

En un país en el que grabar una obra con ánimo de lucro y sin autorización del titular es un delito, en un país en el que circulan mensajes en Internet afirmando que tiene un coste penal mayor descargarse una canción que robar un significativo número de discos compactos en unos grandes almacenes, los titulares de derechos de propiedad intelectual “*carecen de herramientas legales para defender sus derechos*”.

¿Qué está ocurriendo?, ¿Son nuestras leyes adecuadas?, ¿se aplican correctamente?

Sencillamente, asistimos a una gran confusión, confusión alimentada por no haber adaptado la legislación prevista para el mundo analógico al mundo digital y por focalizar el debate sobre la propiedad intelectual en torno a la remuneración por copia privada, -el canon- llegando a afirmarse que el abono del mismo ¡confiere el derecho a copiar!.

Existe un claro desequilibrio entre la defensa de los derechos de los usuarios de Internet y los derechos de los titulares y creadores de los contenidos que aquéllos desean disfrutar.

La sociedad de la información no puede desarrollarse sobre la vulneración sistemática de los derechos de un sector como el de la propiedad intelectual. Si lo permitimos, su futuro que ahora parece imparable, estará viciado. Es como si dejamos crecer una ciudad en la que no existe control alguno sobre lo que los comerciantes ofrecen a los ciudadanos: El Banco carece de identidad y no sabemos si nos va a estafar (phishing), la farmacia ofrece un montón de productos sin ninguna garantía liderados por el “viagra” y el videoclub ofrece películas sin certificado de calificación y que han sido grabadas en una sala de cine de forma chapucera,... Esto no es el Internet que los ciudadanos se merecen.

II. ¿Qué es la sociedad de la información?

Cuando Alvin Toffler publicó en 1980, “La tercera ola”, los ordenadores trabajaban aún con tarjetas perforadas, la oferta audiovisual, además de la exhibición de obras cinematográficas en salas de cine, consistía en España en una cadena de televisión estatal que era sintonizada en color por menos del 50 % de la población.

Sin embargo, el escritor y futurista estadounidense pronosticaba ya la revolución digital y de las telecomunicaciones que habría de cambiar los hábitos de la sociedad para abandonar las grandes concentraciones urbanas y trabajar desde casa lejos de zonas industriales y volviendo a la dispersión previa a la revolución industrial. Otra de sus tesis más conocidas es la relacionada con la información al considerar que “la tercera ola dará lugar a la “Era de la Información” en la que el conocimiento y el individuo se impondrán frente a la familia y la masificación de los colegios, las industrias, los servicios, etc.

Es obvio que esta era ha llegado: La demanda de teléfonos móviles y el acceso a Internet han aumentado enormemente. Ahora más del 90% de las escuelas y de las empresas de la UE están conectadas a la red y más de mitad de la población es usuaria habitual de este sector, uno de los más dinámicos en la Unión Europea y en todo el mundo.

Europa, en pleno lanzamiento de su Unión, afirma sus valores y busca como competir con ventaja frente a la investigación y desarrollo americanas y el precio de la mano de obra asiática, especialmente china.

Y esta posición crea un cierto dilema pues uno de los mejores valores europeos lo constituyen sus ideas, patentes, ingenio, propiedad intelectual e industrial en suma y que a veces parece suponer una rémora para la expansión de las comunicaciones que la Unión Europea y sus políticas y acciones han guiado y apoyado desde el principio.

Esta confrontación entre la tecnología y los contenidos que puede ofrecer han estado presentes desde el primer momento en la elaboración de las leyes que deben amparar el desarrollo de la sociedad de la información sin dejar a ningún sector en excesiva desventaja frente al otro.

Así se recoge en la Directiva 2000/31/CE:

“La divergencia de las normativas y jurisprudencias nacionales en el ámbito de la responsabilidad de los prestadores de servicios que actúan como intermediarios entorpece el correcto funcionamiento del mercado interior al obstaculizar, en especial, el desarrollo de servicios transfronterizos y producir distorsiones de la competencia. En algunos casos, los prestadores de servicios tienen el deber de actuar para evitar o poner fin a actividades ilegales. Lo dispuesto en la presente Directiva deberá constituir una base adecuada para elaborar mecanismos rápidos y fiables que permitan retirar información ilícita y hacer que sea imposible acceder a ella; convendría que estos mecanismos se elaborasen tomando como base acuerdos voluntarios negociados entre todas las partes implicadas y fomentados por los Estados miembros”

Más recientemente, la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información recoge la enorme preocupación por cuanto el avance de la misma no es igual en todos los países:

Se trata del mismo espíritu que alienta la Directiva de Comercio Electrónico que en nuestro país se convertiría en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSI):

El desarrollo del comercio electrónico en la sociedad de la información ofrece importantes oportunidades para el empleo en la Comunidad, especialmente para las pequeñas y medianas empresas, que facilitará el crecimiento de las empresas europeas, así como las inversiones en innovación, y también puede incrementar la competitividad de la industria europea, siempre y cuando Internet sea accesible para todos”.

De esta forma nos vamos aproximando a un concepto de “Sociedad de la Información” que se integra con un conjunto de usos y servicios que dependen de su tratamiento y cómo se ofrecen:

Se trata de un conjunto de servicios, onerosos o gratuitos que se prestan a distancia, mediante un equipo electrónico para el tratamiento (incluida la compresión digital) y el almacenamiento de datos, y a petición individual de un receptor de un servicio, tales como aquéllos que consisten en ofrecer información en línea o comunicaciones comerciales, o los que ofrecen instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos. Los servicios de la sociedad de la información cubren también servicios consistentes en transmitir información a través de una red de comunicación, o albergar información facilitada por el destinatario del servicio.

No deben ser considerados servicios de la Sociedad de la Información ni la radiodifusión televisiva ni la radiofónica ya que no se prestan a petición individual; por el contrario, los servicios que se transmiten entre dos puntos, como el vídeo a la carta o el envío de comunicaciones comerciales por correo electrónico sí son servicios de la sociedad de la información

Todos estos servicios y actividades deben estar sujetos a un mínimo control pues las relaciones que terminan con un acuerdo privado se ofrecen de alguna manera, públicamente. Un nuevo concepto de comunicación pública aparece: La puesta a disposición y todo ello se realiza a través de unos intermediarios que propician las comunicaciones y el alojamiento de la información y los contenidos. Y todo ello con alcance internacional por lo que la armonización de las legislaciones resulta esencial.

La armonización más inmediata es la que se produce en Europa y desde el Viejo continente a todos aquellos países con los que existen relaciones comerciales habituales o participan en gran medida de nuestros mercados.

El Prestador de servicios de la sociedad de la información se convierte en una figura clave y que resulta protegida para facilitar sus inversiones y desarrollo que resulten en un mayor número de servicios. Y precisamente éste es el caballo de batalla de los titulares de contenidos que ven como sus obras son ofrecidas con todo descaro utilizando los servicios que aquéllos ofrecen.

Las limitaciones iniciales de la responsabilidad de los prestadores de servicios han dado paso a legislaciones más severas con respecto al control que se les puede exigir, así como en lo que se refiere a los usuarios. Alemania y de forma significativa, Francia se han unido recientemente a la relación de países que exigen la colaboración de los

prestadores de servicios para perseguir delitos en Internet al tiempo que sancionan severamente a quienes descargan contenidos no autorizados.

De hecho, la propia Directiva abría desde el primer momento, la posibilidad de entablar acciones de notificación y retirada de contenidos ilegales:

“Dichas acciones de cesación pueden consistir, en particular, en órdenes de los tribunales o de las autoridades administrativas por los que se exija poner fin a cualquier infracción o impedir que se cometa, incluso retirando la información ilícita o haciendo imposible el acceso a ella”.

De acuerdo con diversos expertos, la Sociedad de la Información no avanza al ritmo esperado de generación de riqueza y empleo. Muchos entienden que la principal razón se debe a la ausencia de contenidos legítimos junto al establecimiento de la idea de que “en Internet todo es gratis”.

La reforma de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información (LSSI) a través de la Ley de Impulso (LISI) reveló en nuestro país, una conflictividad especialmente compleja en lo que se refiere a la armonización de los intereses de los titulares de derechos de propiedad intelectual y las industrias tecnológicas y de comunicación. El famoso artículo 17 bis con el que el Gobierno quiso introducir una herramienta para la notificación y retirada de archivos levantó tal polémica que fue retirado antes de poder ser debatido y enriquecido. Los intentos del Gobierno a través de su Plan antipiratería aprobado en 2005, incluían la creación de un grupo de trabajo entre representantes de los titulares de derechos de propiedad intelectual y de los prestadores de servicios, grupo que terminó en un gran fracaso. Posteriormente y ante las decisiones que se tomaban en otros países (Ley Hadopi en Francia, legislación en Nueva Zelanda, acuerdo en el Reino Unido, etc), se reiniciaron conversaciones entre los mismos grupos, alentadas por el Gobierno de la nación y que lamentablemente se han cerrado de nuevo sin un acuerdo cuando éste parecía posible.

III. ¿Qué es propiedad intelectual?

Encontramos una buena definición en los primeros artículos del vigente Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI):

Es el conjunto de derechos de carácter personal y patrimonial que corresponden al autor por el mero hecho de la creación de una obra, teniendo plena disposición sobre la misma y el derecho exclusivo a su explotación sin más limitaciones que las establecidas en la Ley.

Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro.

Pero el objetivo de este artículo no es definir la propiedad intelectual sino comprobar si existe una adecuada protección de la misma en nuestro país y para ello es esencial, revisar brevemente el origen de esta protección.

El Libro Verde de la Comisión Europea, de 27 de julio de 1995, sobre los derechos de autor y los derechos afines en la Sociedad de la Información constituye sin duda el primer eslabón de una cadena que intenta unir los intereses de la sociedad de la información y el desarrollo de sus tecnologías con el respeto a la propiedad intelectual y al plazo necesario para que las industrias de la cultura y el entretenimiento adapten sus contenidos a los nuevos modelos de negocio.

Resultaba obvio para las industrias de la propiedad intelectual y muy especialmente para la cinematográfica y la musical que no era posible viajar por las autopistas de la información sin unas normas concretas y claras.

Mientras que Estados Unidos avanzaba en la publicación de su Digital Millenium Act (DMA), hoy en día en pleno vigor y que se utiliza con buenos resultados para combatir la difusión de archivos ilícitos en Internet; Europa se afanaba en crear la Directiva 2001/2/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información.

Esta Directiva se convertirá en el punto de partida esencial para proteger los derechos de propiedad intelectual en la Sociedad de la Información. Sin embargo, su elaboración se retrasó en exceso y no vio la luz hasta dos años después de la ley americana, lo que unido al plazo de implementación en cada Estado miembro de la Unión Europea, prolongó aún más su puesta en marcha. Francia y España implementaron la Directiva en 2006.

Este retraso va a resultar especialmente negativo pues, como ya mencionaba, cualquier intento de regulación, era fuertemente contestado por los usuarios de Internet y por los prestadores de servicios que seguían teniendo como objetivo fundamental ampliar el número de conexiones. La unidad presentada por las industrias de las telecomunicaciones y tecnología digital en sus argumentos resultó muy poderosa frente a la desunión entre las diversas industrias de la propiedad intelectual, los intereses, en ocasiones contrapuestos, de las empresas europeas frente al dominio de las multinacionales americanas en los sectores de la música o audiovisual; o los intereses representados por los distintos grupos de autores a través de las entidades de gestión.

Mientras unos y otros se ponían de acuerdo, aparecieron los medios para desproteger la música, el cine, los libros, etc, los programas de compresión de archivos para que su envío a través de Internet resultara más ágil y la velocidad de las comunicaciones se ha ido multiplicando hasta límites insospechados apenas hace 10 años. Todo ello ha configurado una sociedad de la información en la que el respeto a los derechos de propiedad intelectual es casi inexistente y los consumidores se niegan a pagar por algo que pueden obtener gratis con ningún riesgo.

Los usuarios juegan un papel cada vez más importante en el intercambio de archivos y no puede procederse a la criminalización de su actividad. Se abren nuevas perspectivas que exigen medidas educativas y administrativas que permitan controlar los

contenidos que circulan por las redes con la mencionada colaboración de los prestadores de servicios.

Así que el legislador se ve en la obligación de volver a revisar los postulados iniciales y hasta los propios prestadores de servicios empiezan a exigir mayor protección de los contenidos para poder crear un modelo de negocio legal y controlado por las empresas en lugar de por los ciudadanos.

Obviamente, la legislación vigente no puede proteger la propiedad intelectual de forma adecuada y las consecuencias están siendo muy graves para las industrias de contenidos.

Simplemente como ejemplo que nos sirva de guía analicemos, todo este complejo mundo de derechos, límites, excepciones alrededor de la explotación de una obra cinematográfica: En la producción cinematográfica actual, antes incluso de que se dispare el primer fotograma, los derechos de la obra y su correspondiente explotación en salas de cine, vídeo doméstico, televisión y, pronto, hasta Internet, han sido acordados previamente.

Con frecuencia, aparecen en los títulos de crédito, como productores, diversas empresas de vídeo y Televisión sin cuya aportación económica el proyecto resultaría inviable.

Sin embargo, los derechos de explotación nacen con la aportación de cada autor de acuerdo con la definición del artículo 17 del TRLPI.

La misma Ley resume cuales son los derechos con contenido económico y nos proporciona una definición de cada una de esas facultades:

- **REPRODUCCIÓN:** Fijación de la obra en un medio que permita su comunicación o la obtención de copias.
- **DISTRIBUCIÓN:** Puesta a disposición del público del original o copias.
- **COMUNICACIÓN PÚBLICA:** Todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas. No se considerará pública cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo.
- **MODIFICACIÓN:** Traducción, adaptación y cualquier otra modificación en su forma de la que se derive una obra diferente.

En lo que se refiere a las obras audiovisuales, estas facultades se presumen cedidas al productor que es quien puede autorizar o no el ejercicio de las mismas. Todo ello sin perjuicio de unos derechos de remuneración que conservarán los autores y que son ejercidos a través de las entidades de gestión

La explotación de una obra cinematográfica se realiza de acuerdo con unas prácticas establecidas desde hace tiempo y que garantizan la amortización de la obra a través de su exhibición y distribución en distintos modelos:

El primero de ellos es la tradicional exhibición en salas cinematográficas. El estreno en las mismas supone dar a conocer la película. La distribución de ejemplares en vídeo doméstico es el segundo escalón. El alquiler o la venta directa al público proporcionan entre el 30 y 40 % de los ingresos de la película.

Por último, estaría la emisión o transmisión de la obra cinematográfica en televisión que proporcionará alrededor del 30 % de los ingresos.

Los plazos de explotación en cada “escalón” se conocen como “ventanas” y han ido variando con la evolución del negocio.

En ellos, se debe integrar la difusión de la obra en Internet y los titulares buscan el modelo de negocio que permita seguir pudiendo ofrecer distintas alternativas de calidad para que los consumidores disfruten de las obras cinematográficas.

Dentro de la definición muy amplia que el artículo 20 facilita sobre comunicación pública, encaja el concepto de puesta a disposición, no obstante lo cual, el legislador quiso incluirlo de forma específica en el artículo 20.2.i:

Especialmente, son actos de comunicación pública:

“... la puesta a disposición del público de obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija.”

En definitiva, “subir” a Internet una obra es una facultad exclusiva del titular de la misma y el acceso a tales obras debe estar autorizado por el mismo. En el caso de una obra audiovisual, el productor, sus cesionarios o causahabientes de acuerdo con las previsiones de los artículos 42 y siguientes del TRLPI.

Sobre esa explotación, “*debidamente autorizada*” los autores y los artistas conservan un derecho de remuneración que se incluyeron en los artículos 90 y 108 en la reciente reforma publicada el 7 de Julio de 2006.

Esa remuneración aparece también sobre el resto de explotaciones de la obra y nos da la oportunidad de dedicar unas líneas al controvertido concepto de copia privada:

Además de los autores, los propios productores conservan un derecho de remuneración en aquellos casos en que la explotación no puede individualizarse: Retransmisión, copia privada, uso de bases de datos.

IV. El límite de copia para uso privado

La regulación de la copia privada va a tener un papel especialmente polémico en la difusión de obras a través de Internet pues se ha generado la confusión entre la descarga en un medio privado a partir de una comunicación pública con la mencionada copia para uso privado.

El título tercero del primer Libro del TRLPI dedica quince artículos (26 a 40 bis) a fijar la duración y límites de los derechos de propiedad intelectual.

Además del plazo general, toda la vida del autor más 70 años tras su fallecimiento, los primeros artículos regulan el cómputo de plazos y algunas particularidades en relación con la duración del derecho de explotación, pasando a partir del artículo 31 a definir los límites a ese derecho.

Tienen gran importancia, especialmente si tenemos en cuenta que la autorización del autor es uno de los elementos del tipo penal por el que la reproducción, distribución o comunicación pública de una obra protegida son castigadas en el artículo 270 del Código Penal.

Los límites vienen a establecer que no será necesaria la autorización del titular en determinados casos, siendo uno de ellos el de la copia para uso privado.

Estas copias que cualquier persona puede realizar a partir de una obra que se pone a disposición del público a través de los servicios de la sociedad de la información, son motivo de grave preocupación para las industrias que posibilitan la realización de obras producto del intelecto humano.

De ahí que su concepto deba quedar muy claro y evitar confundirlo con la grave amenaza que la propiedad intelectual está padeciendo a causa de la piratería.

El artículo 31.2 del TRLPI tras la reforma operada por la Ley 23/2006, define la copia privada como aquélla que se realiza por el propio usuario con sus medios, a partir de un acceso legal a la obra, sin que tal copia sea objeto de uso colectivo ni lucrativo y sin causar un perjuicio injustificado al titular o interferir la normal explotación de la obra.

No son copias privadas las realizadas en establecimientos abiertos al público de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 10 del R. D. 1434/1992 de 27 de Noviembre.

Cualquier copia de una obra protegida sin autorización de su titular que no pueda encajarse en la definición descrita es una copia ilícita y la realización y/o distribución de la misma, con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, puede ser constitutiva de un delito previsto y penado en los artículos 270 y siguientes del Código Penal.

“No necesita autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte, de obras ya divulgadas cuando se lleve a cabo por una persona física para su uso privado a partir de obras a las que haya accedido legalmente y la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa, sin perjuicio de la compensación equitativa prevista en el artículo 25, que deberá tener en cuenta si se aplican a tales obras las medidas a las que se refiere el artículo 161. Quedan excluidas de lo dispuesto en este apartado las bases de datos electrónicas y, en aplicación del artículo 99.a), los programas de ordenador”.

La modificación del precepto que reconoce el límite de copia privada se explica por el deseo del legislador interno de armonizar nuestro Derecho con las exigencias impuestas por la Directiva 2001/29, en concreto por su artículo 5.2, letra b), que permite a los Estados miembros establecer una excepción o limitación al derecho de reproducción “en relación con reproducciones en cualquier soporte efectuadas por

una persona física para uso privado y sin fines directa o indirectamente comerciales, siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa, teniendo en cuenta si se aplican o no a la obra o prestación de que se trate las medidas tecnológicas contempladas en el artículo 6". Y, además, ateniéndose a la necesidad de restringir el concepto en el mundo digital.

En todo caso, el límite de copia privada ha de ser objeto de una interpretación estricta en la medida en que supone una excepción a un derecho patrimonial exclusivo del titular.

Esta norma ha venido aplicándose sin polémica alguna a los soportes analógicos y suponía el abono de una remuneración única que pagan *"los fabricantes en España, así como los adquirientes fuera del territorio español, para su distribución comercial o utilización dentro de éste, de equipos, aparatos y materiales que permitan alguna de las modalidades de reproducción previstas (Art. 25. 4.a. del TRLPI).*

La norma equilibra el beneficio obtenido por los fabricantes y distribuidores de soportes vírgenes y aparatos de reproducción por el interés de los usuarios en reproducir para su uso, obras intelectuales ajenas y convierte a una industria en tributaria de aquellos creadores "causantes" en cierta medida, de su negocio.

Hasta aquí, todo responde a un cierto equilibrio y sentido común que permite compensar a los titulares por aquellas copias de sus obras que no pueden controlar. Sin embargo, la evolución tecnológica con el correspondiente abaratamiento de los soportes vírgenes y su variedad exige una nueva regulación cuya aplicación incide plenamente en la cuantía de la remuneración por copia privada

Todo ello con los problemas creados por la ausencia de una interpretación adecuada como la facilitada por el Tribunal Supremo francés en el caso "que choisir".

Baste como ejemplo de estos problemas una sentencia del Juzgado de Alcalá de Henares obligando a una tienda de informática a devolver el importe de la remuneración por copia privada al cliente.

Además de evitar el absurdo de la situación que condena a un comerciante por cumplir la ley y de los diversos errores técnicos del fallo judicial, existe una necesidad urgente de regular el régimen de copia privada conforme a las nuevas tecnologías. Además, como la propia Directiva 2001/29/CE reconoce y se menciona en la exposición de motivos de la reforma del TRLPI de la mano de la misma, la copia privada digital puede causar un perjuicio mucho mayor dada su calidad y posibilidades de difusión.

Sin embargo, el retraso en la reforma de nuestra legislación de propiedad intelectual, obligó a las Entidades de Gestión y a los deudores de la remuneración a buscar soluciones a una situación fáctica, consecuencia de la evolución tecnológica hacia los soportes digitales que empezaron a sustituir rápidamente a los soportes analógicos, llegando al acuerdo de Julio de 2003 entre varias entidades de gestión y ASIMELEC que abrió la polémica sobre el "canon de los CD's", motivada más por los intereses económicos en juego que por la adecuación de la norma.

El debate no termina aquí. La tecnología actual permite proteger determinados soportes cuya comercialización es imprescindible para la supervivencia de las industrias relacionadas con la propiedad intelectual y la utilización de medios para levantar las medidas tecnológicas de protección que lleven tanto esos soportes como la puesta a disposición u otros tipos de explotación está tipificada como delito desde la reforma del último párrafo del artículo 270 que entró en vigor en Octubre de 2004.

El límite de copia privada supone el cercenamiento del derecho de una serie de titulares y a cambio se ofrece una compensación. En absoluto es un derecho de los ciudadanos invadiendo el de los autores que se compensa con una remuneración. El legislador reconocía que era imposible para los autores controlar determinados tipos de reproducción y les reconocía sobre los mismos un derecho de remuneración en tanto y cuanto ese control resultara imposible.

Este y no otro era el espíritu de la Ley. Así lo expresa la Directiva 2001/29/CE.

La licitud de la copia privada se derivaba del hecho de que los titulares no podrían impedir su realización si no es mediante conductas que seguramente lesionan la privacidad o la intimidad de quien realiza la copia.

Junto a ello, el nuevo artículo 161 del TRLPI prevé el levantamiento de las medidas tecnológicas de acuerdo con determinados requisitos cuya interpretación no será sencilla.

IV.1. El caso “Que choisir”

Un ciudadano francés adquiere en 2004 una película en formato DVD de la cual no pudo realizar una copia al estar protegida con sistemas anti-copia por la compañía editora. Junto a la asociación de consumidores “UFC Que choisir”, dicho ciudadano demandó a la compañía editora reclamando su “derecho a hacerse una copia privada” ya que había pagado la correspondiente remuneración al adquirir el producto virgen.

Tras perder la demanda al considerar el Tribunal de Instancia que no existía tal “derecho a hacerse una copia privada”, la Corte de Apelación de París dictó una sentencia el 22 de Abril de 2005, modificando la anterior y determinando que aunque la copia privada no pudiera considerarse un derecho, sí facultaba a los consumidores a beneficiarse de dicho límite obligando a los titulares de derechos a levantar las protecciones anti-copia.

Finalmente, el Tribunal Supremo francés, en su Sentencia de 28 de Febrero de 2006, considera que la copia para uso privado no es un derecho de los ciudadanos sino un límite a las facultades de los titulares que debe siempre ceder ante el derecho de éstos a explotar sus obras. El levantamiento de las medidas anti-copia colisionaría con la normal explotación de las obras cinematográficas, atentando así contra la llamada “regla de los tres pasos” que en nuestro país recoge el vigente artículo 40 bis de la Ley de Propiedad Intelectual.

La Sentencia final producida en los primeros días de Abril de 2007, establece que la copia privada es una “*excepción muy limitada que debe operar como defensa para el consumidor frente a la prohibición general de realizar copias. El resultado de esta clasificación es que además de cumplirse determinados requisitos, la copia privada puede alegarse como una defensa en un procedimiento por infracción de la propiedad intelectual pero no puede alegarse como un derecho a ejercer con independencia de la existencia de una remuneración compensatoria pagada por los consumidores*”

El Tribunal entiende que las copias de obras protegidas están todas prohibidas como regla general y que la copia privada supone una excepción para evitar una condena en el caso de haber realizado una copia sin autorización del titular, todo ello con independencia de la posible remuneración compensatoria.

En lo que a la puesta a disposición se refiere, la Directiva europea y su correspondiente implementación en las legislaciones de los estados miembros, protege las medidas tecnológicas y excluye este tipo de explotación del mecanismo de intervención que obligaría al levantamiento de las mismas.

Como hemos podido ver hasta el momento, los legisladores europeos han dedicado grandes esfuerzos a proteger la propiedad intelectual frente a la amenaza de la piratería que apoyada en las nuevas tecnologías permite el copiado y difusión de esas copias ilícitas a gran velocidad, con enormes beneficios y muy poco riesgo.

V. Y, ¿qué es piratería?

No pretendo dedicar mucho tiempo a buscar una definición concreta ni es objeto de este artículo asimilar tal calificativo a una actividad delictiva. Buscamos un término que nos permita referirnos al conjunto de actividades que provocan la vulneración de los derechos de propiedad intelectual.

Entendemos por piratería, en términos jurídicos, la explotación de una obra ajena del intelecto humano con ánimo de lucro y en perjuicio de un tercero que no interviene en la reproducción, distribución o comunicación pública realizada por quien delinque y el acceso del público en general que sin delinquir se beneficia directamente del disfrute de la obra a precios muy inferiores a los que tendría que abonar por el acceso autorizado por los titulares.

La tecnología digital y la sociedad de la información han propiciado que el autocontrol de la tecnología analógica (las copias realizadas a partir de un original no permitían más copias sin una merma notable de calidad) quedara superado de forma que son los propios usuarios quienes contribuyen a la copia y distribución de las obras entre un gran colectivo.

La piratería analógica que era realizada por profesionales para ofrecer un producto más barato al consumidor que en ocasiones rechazaba debido a la falta de calidad frente a los originales ha dado paso a la piratería realizada por aficionados y los propios usuarios que intercambian archivos en Internet a gran velocidad y sin dejar rastro alguno.

De entre las distintas actividades que podríamos calificar como piratería, vamos a detenernos exclusivamente a la que tiene lugar en Internet por la difusión no autorizada de obras protegidas por la propiedad intelectual.

Bien desde páginas abiertas en países con leyes escasamente protectoras de la propiedad intelectual, bien a través de los sistemas para compartir archivos conocidos como “Peer-to-peer” o P2P. En este caso y tras la “subida” del contenido a la red, son los usuarios directamente quienes ofrecen los archivos de su ordenador para compartir sus contenidos con otros usuarios enganchados a través del mismo programa: Kazaa, E-mule, Bit-torrent, etc

El control de estas actividades resulta muy complejo pues están ampliamente extendidas, apenas tienen rechazo social alguno y exigen para su persecución, la obtención de pruebas en los domicilios y ordenadores de los particulares.

VI. Estrategias antipiratería

Tres son los tipos de medidas propuestos por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) para perseguir este tipo de actividades:

Legislación adecuada, aplicación de las leyes y sensibilización de la sociedad.

Empezaremos por el último de ellos pues nos resultará esencial para comprender la necesidad de los anteriores:

Sensibilización: La piratería permite el acceso a muchas obras sin pagar por el mismo o pagando una cantidad sensiblemente inferior, con lo que ya tenemos un primer argumento a favor de la misma: El precio: “Si fuera más barato”. Lógicamente, el usuario que proporciona esta excusa, difícilmente entiende que el valor de la obra nada tiene que ver con el valor del soporte en que la misma se ha fijado. Que la rentabilidad de cualquier obra cinematográfica o musical depende de muchos factores, entre los que está la promoción de la obra y que el éxito resulta a menudo caprichoso y no siempre es proporcional a la calidad de la obra que se ofrece.

Las víctimas de la piratería resultan difícilmente identificables pues la imagen que la sociedad ve es la de los artistas que triunfan y viven muy por encima de la media económica del resto de los ciudadanos. Es imprescindible que los consumidores conozcan a través de campañas adecuadas que las obras artísticas dependen en gran medida de muchas personas que contribuyen a su creación y que están muy lejos del lujo e ingresos que obtienen los artistas conocidos. Pero es que además del esas personas (baste examinar con un poco de detenimiento los títulos de crédito de una obra cinematográfica), miles de personas deben su puesto de trabajo al proceso de distribución que permite el acceso a la obra a todos los ciudadanos. Estas personas son las primeras víctimas de la piratería.

El uso de estos argumentos junto a la tipificación de muchas conductas de los ciudadanos, está resultando esencial en las campañas de sensibilización que desde la ini-

ciativa privada y pública se realizan contra la piratería.

Legislación adecuada: Ya hemos tenido ocasión de examinar la preocupación de los legisladores europeos por proteger la propiedad intelectual adecuadamente y preservar y acrecentar su riqueza económica y social.

Todos ellos, conceden el más alto grado de protección que puede garantizarse a un derecho castigando en la vía penal los comportamientos contrarios a la propiedad intelectual. Sin embargo, es preciso adaptar la legislación vigente a las circunstancias y tecnologías actuales. El vigente artículo 270 castiga con penas de privación de libertad y multa las actividades que se consideran infractoras de la propiedad intelectual: *Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses quien, con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya o comunique públicamente, en todo o en parte, una obra ..., sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.*

Es obvio que la puesta a disposición de obras protegidas, mediando un beneficio económico bien sea por la obtención de una remuneración directa, bien por los beneficios de una inserción publicitaria, es una conducta que encaja en el tipo, pero, ¿qué ocurre con quien se descarga contenidos y los fija en el disco duro de su ordenador sin la autorización de sus titulares y considerando que ánimo de lucro es la obtención de cualquier ventaja aunque sea de carácter meramente contemplativo, de acuerdo con la definición del Tribunal Supremo?

Así han surgido distintas interpretaciones del ánimo de lucro para los delitos contra la propiedad intelectual, destacando la proporcionada por la Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado, tan criticada por las resoluciones internacionales que mencionábamos al inicio de este artículo: “Ánimo de lucro comercial” como concepto intermedio entre el ánimo de lucro y la actividad comercial.

También ha habido quien ha considerado las descargas como “copias para uso privado” y todo ello a pesar de no proceder de una fuente legal y utilizarse de forma colectiva.

El último párrafo del artículo 270 resulta aplicable a diversas actividades que pueden darse en la sociedad de la información:

Será castigado también con la misma pena quien fabrique, importe, ponga en circulación o tenga cualquier medio específicamente destinado a facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador o cualquiera de las otras obras, interpretaciones o ejecuciones en los términos previstos en el apartado 1 de este artículo.

Y es que para “subir a la red muchos contenidos, resulta con frecuencia necesario, “craquear” o vulnerar las protecciones que llevan los DVD’s cuyos contenidos se ofrecen en Internet e incluso comprimir los archivos para facilitar su transmisión.

Sin embargo, tampoco la interpretación de este párrafo ofrece unidad de criterio y mientras que algunos jueces entienden que el adverbio específico se refiere a una de los posibles usos (“Especificaciones”), otros interpretan el adverbio como sinónimo de “exclusivamente” por lo que si el dispositivo tiene otros usos (aunque no sean los habituales) considera la conducta atípica.

Los artículos del Código Penal se complementan con el reiteradamente mencionado, Texto Refundido de la Propiedad Intelectual y las posibles acciones civiles que sin embargo, exigen la intervención judicial para poder identificar al responsable de una IP contra quien va a iniciarse la demanda correspondiente. Al resultar imposible dirigir la acción contra los millones de personas que disponen del archivo, base del intercambio “p2p”, la acción civil es poco menos que utópica.

La lectura de las Directivas 2001/29/CE (de derechos de autor) y la 2004/48/CE (Respeto de la P.I.) parece ofrecer una protección jurídica concreta y suficiente pero la realidad es que no es así. La ambigüedad de algunos conceptos y la limitación de las acciones que deberían ofrecer el artículo 256 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Derecho de información) o la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información (Responsabilidad de los prestadores de servicios) han dejado a los titulares de derechos de propiedad intelectual “sin herramientas adecuadas para defender sus derechos” tal y como exponía la resolución 301 americana.

Aplicación de las leyes: La Ley por sí sola no puede proteger la propiedad intelectual. La vigilancia e investigación que realizan las Fuerzas de Seguridad del Estado, las policías autonómicas y policías locales carece del respaldo judicial necesario y bien sea por la falta de claridad de la legislación expuesta, bien por falta de voluntad, este respaldo es muy escaso. La respuesta judicial debe ser ágil y tener en cuenta que la protección de estos derechos en la sociedad de la información exige la autorización a menudo de registros domiciliarios o el control de las comunicaciones. Resulta frecuente la adopción de medidas como las citadas para perseguir delitos como la pornografía infantil en Internet, sin embargo no ocurre lo mismo con respecto a los delitos contra la propiedad intelectual cuando para su persecución son esenciales las mismas medidas. Es perfectamente entendible que no provocan la misma alarma social y que no puede exigirse la misma respuesta judicial, sin embargo, la denegación de estas medidas está provocando la decepción de los grupos policiales especializados y, más aún, de los titulares de derechos de propiedad intelectual que ven como sus obras aparecen en Internet sin que hayan podido iniciar siquiera la amortización de sus inversiones.

Una firme y decidida voluntad de persecución de estos delitos supone la mejor sensibilización de una sociedad que necesita comprender que los contenidos en Internet no pueden circular libremente menoscabando la imprescindible amortización de las necesarias inversiones industriales para garantizar la creación.

VII. Soluciones administrativas

El Plan del Gobierno español para la disminución y eliminación de las actividades vulneradoras de la propiedad intelectual ha carecido de la eficacia deseada y ha llegado el momento de moverse en la dirección tomada por varios estados de nuestro entorno, como Francia. La llamada “Respuesta Gradual” resulta un procedimiento ágil que permite sensibilizar a la ciudadanía y adoptar medidas en función de un proceso gradual de comunicaciones. Exige al mismo tiempo, la colaboración de los prestadores de servicios y su implicación ha de llevarnos rápidamente a la cimentación de nuevos modelos de negocio que permitirán conjugar la adecuada protección de los derechos de propiedad intelectual con el acceso a las obras de forma sencilla y con la calidad que merecen los usuarios.

También en el Reino Unido, en Australia, en Japón, en Nueva Zelanda o en Corea del Sur, por poner algunos ejemplos, hay un esfuerzo concertado para frenar lo que se considera un verdadero agujero negro para las industrias de contenidos. Creemos que soluciones de este tipo son positivas por cuanto proporcionan información, contribuyen a la concienciación y proveen una respuesta sancionadora proporcional y graduada.

La proporción y el equilibrio son claves a la hora de reducir la piratería on line. Junto a la información, el sistema debe arbitrar sanciones en función de cada caso. No puede responderse de la misma forma frente a quien monta un negocio en Internet a costa de piratear los contenidos que frente a quien se descarga una película de forma circunstancial.

VIII. Conclusiones

PRIMERA.- El futuro de la Sociedad de la Información pasa, inexorablemente, por lograr equilibrar todos los derechos que están en juego. La intimidad o privacidad es un derecho que debe convivir con otros derechos fundamentales como lo es también el de la propiedad intelectual y la garantía de ello debe ser misión de cualquier Estado civilizado y lo es en el caso de nuestro país por su propia normativa y por los acuerdos internacionales suscritos. La industria que se fundamenta en el legítimo uso de los derechos de propiedad intelectual es generadora de riqueza y empleo. Y lo que está en juego es el interés de muchos trabajadores anónimos que ven peligrar su futuro laboral por culpa de la piratería.

SEGUNDA.- El equilibrio en esos derechos es lo que hará viables los negocios. La desaparición de una oferta ilegal dará paso siempre a una oferta legítima. En otro caso es imposible. Los portales de descargas legales que ya existen en nuestro país no pueden generar negocio alguno mientras exista una puerta para salir de la tienda con el mismo producto gratis.

TERCERA.- La oferta actual de contenidos en el p2p no es acorde a una sociedad del siglo XXI: Tanto la calidad de las películas (grabadas en salas de cine con una

cámara) como la selección de contenidos e información al usuario son impresentables. La distribución al público de cualquier tipo de contenidos debe estar amparada por información adecuada sobre el contenido (Clasificación, duración, etc) y una garantía de uso como la que ofrece la distribución física.

Sólo estas las condiciones harán posible que exista una industria de contenidos como tal en nuestro país.