

La prueba electrónica en el ámbito de la propiedad intelectual

Autor: José María Anguiano

Socio del Despacho Garrigues

Resumen

La generalización en el uso de los sistemas digitales está suponiendo, entre otras cuestiones, una severa amenaza para los derechos de Propiedad Intelectual. Asistimos a una creciente desprotección del titular de los derechos a controlar la edición y/o distribución de los ejemplares de su obra. Esta innegable realidad tiene una doble vertiente; por un lado la inanición legislativa que imposibilita la aparición de un marco normativo nítido que determine la ilicitud de la apropiación incontestada de ejemplares electrónicos. Por otro, y aún suponiendo la existencia de un marco normativo adecuado, la dificultad de acreditar que se han infringido los derechos de los titulares.

El motivo de esta dificultad probatoria estriba en el hecho de que la acreditación de la infracción de los derechos de propiedad en el ámbito electrónico, queda condicionada por la aparición de una nueva fuente de prueba; el fichero informático, que tiene unas específicas características que hay que tener en consideración.

Key words: propiedad intelectual, prueba electrónica, ejemplar electrónico, descarga, P2P, colisión de derechos fundamentales, valor probatorio, fichero informático, fuente de prueba, medio de prueba.

Abstract

The widespread use of digital systems is proving to be, among other issues, a serious threat to intellectual property rights. We are witnessing an ever-increasing lack of protection of the right-holder in controlling the publication and/or distribution of copies of his work. This undeniable fact has two sides to it, on the one hand the absence of legislation which makes it impossible for a clear regulatory framework to be put into place that determines the illegality of the appropriation without consent of electronic copies. On the other hand and even in the hypothetical event that a regulatory framework did exist, the difficulty in proving that the right-holders' rights have been infringed.

The reason for the difficulty in proving infringement lies in the fact that evidencing the infringement of ownership rights in an electronic arena, is subject to the appearance of a new source of proof, the computer file, which has certain characteristics that need to be borne in mind.

Key words: Intellectual property, electronic proof, electronic copy, downloading, P2P, conflict with fundamental rights, value as evidence, computer file, source of proof, means of proof.

Recibido: 15.07.2009

Aceptado: 11.09.2009

Asistimos, desde la generalización del fenómeno digital, a una imparable tendencia que pretende privar al titular de los derechos de explotación de su derecho de controlar y obtener una justa remuneración por la venta de ejemplares de las obras de las que es titular.

Esta tendencia, cada vez más generalizada, tiene al mundo de la Propiedad Intelectual en jaque. Los titulares de los derechos contemplan atónitos cómo la transformación digital de la sociedad está cuestionando un “bien jurídico” sacrosanto hasta la fecha como es “la propiedad” y más concretamente “la propiedad intelectual”. Inanición legislativa aparte, hace años que está pendiente una profunda reforma legislativa que aborde la realidad del “ejemplar electrónico.”

En adición a lo anterior, la clase política, en cuyas manos se encuentra la llave para afrontar la necesaria reforma legislativa y educativa comentada, prefiere hacer oídos sordos del problema, para no soliviantar los ánimos del creciente electorado internauta.

En mi opinión, la Propiedad Intelectual se enfrenta a un doble problema: por un lado, la amenaza de cambio normativo que refleje la comentada súbita desprotección

de un bien jurídico hasta la fecha protegido; lo cual, en los tiempos que se avecinan, sería en mi opinión un suicidio colectivo, sabiendo como sabemos que el mundo de nuestros hijos será un mundo basado en el conocimiento, el talento, la investigación, la innovación...

Por el otro lado, los profundos cambios tecnológicos han provocado una transformación de tal calado que, aún teniendo una norma sustantiva que determine la ilicitud de la apropiación in consentida de ejemplares electrónicos, la actividad probatoria para acreditar la veracidad del relato que recae sobre el infractor se ve definitivamente condicionada por el entorno digital en que la infracción se produce.

Centremos en primer lugar la cuestión; el debate en estrictos términos jurídicos, se centra en acreditar que se ha infringido el derecho del titular de controlar la edición y/o distribución de los ejemplares de su obra.

En mi opinión, para garantizar el derecho de los titulares a semejante cuestión, habría que empezar por regular la figura del ejemplar electrónico. En este sentido, considero que asumir pacíficamente que una “descarga” sea considerada como un acto de comunicación pública es un error que, de ser asumido, podría llegar a suponer la renuncia a cualquier derecho derivado del ejemplar.

Si lo que se quiere es proteger al titular, habrá que empezar por definir o delimitar qué es un ejemplar electrónico.

El ejemplar electrónico se puede definir como aquel fichero informático que incorpora una creación intelectual sujeta a protección.

No es objeto de este capítulo entrar en la discusión de cuáles son los concretos derechos que el titular tiene sobre la divulgación de este fichero. Creo, sin embargo, que si se pretenden respetar los derechos que hasta la fecha vienen ostentando los titulares respecto a la edición y distribución de ejemplares, se ha de aceptar el derecho de estos a obtener una justa remuneración por el disfrute que, terceros poseedores del ejemplar, puedan tener de la expresión de su talento, conocimientos, experiencias...

Algo tan lógico a primera vista se ve condicionado en la actualidad por el carácter intangible de los soportes mediante los que se distribuyen los ejemplares.

La intangibilidad del soporte supone una total facilidad de reproducción y transporte del fichero, lo que provoca un fenómeno consustancial con el paradigma de Internet; la viralidad.

Esta viralidad provoca

1. que las posibilidades de divulgación de los ficheros sean prácticamente ilimitadas
2. que los costes de edición de los ejemplares sean prácticamente inexistentes

Esto unido a que no existen procedimientos técnicos infalibles para evitar que un ejemplar sea reproducido, supone de facto una pérdida de control sobre la edición y divulgación de la obra.

Sin embargo, el precio que pagamos por cualquier ejemplar no cubre exclusivamente los costes de edición o el beneficio industrial del editor como generador de ejemplares, sino que también cubre la remuneración del autor material de la obra y/o del que asume un riesgo inversor para que dicho ejemplar esté en el mercado.

Si lo anterior no es cierto, ¿qué le vamos a contar al productor de una obra cinematográfica cuyos costes de producción suponen decenas de millones de euros?

Por lo tanto, no tenemos más remedio que regular el ejemplar electrónico para evitar la injusticia que supone privar de remuneración al que trabaja e invierte para que los ejemplares sean una realidad.

El ejemplar electrónico, como ya se ha comentado, es un fichero informático.

Cualquier regulación que del ejemplar electrónico se haga tiene necesariamente que tener en cuenta las específicas características de los ficheros informáticos y de las relaciones telemáticas; a saber:

1. Las relaciones en Internet son relaciones entre ausentes. Superados en la actualidad algunos tuteos doctrinales según los cuales las relaciones electrónicas son entre presentes, hoy es pacífica la doctrina que entiende que estamos ante relaciones entre ausentes. Es de gran importancia la asunción de esta circunstancia para una correcta comprensión del fenómeno de la prueba electrónica en general y de las descargas de creaciones intelectuales en particular. De entrada, lo anterior supone enfrentarnos al motivo fundamental de las descargas de creaciones intelectuales, que no es otro que el anonimato electrónico. En mi opinión, buena parte de la población se siente concernida moral y jurídicamente con la ilicitud de las descargas de creaciones intelectuales. El motivo de su actitud no es otro que el amparo que les otorga el anonimato que se puede llegar a alcanzar en las relaciones telemáticas. Amparados en este “limbo electrónico”, los internautas estamos creando un “espacio sin ley” o, mejor dicho, un espacio donde la ley es incapaz de exigirnos responsabilidades personalizadas por la infracción normativa. Desgraciadamente, el clima de inseguridad jurídica comentada no es privativo de la explotación de los ejemplares electrónicos. El fenómeno se generaliza con idéntico ímpetu con que lo hacen las relaciones electrónicas. Hoy son prácticas habituales el phishing, la suplantación de la personalidad con variados fines, las estafas virales, la injuria y la calumnia impune, el acceso, apropiación y uso de información ajena..., en mi opinión, la batalla legal de la propiedad intelectual tiene múltiples derivadas, que, confío, no tardarán en ponerse de manifiesto.
2. La visualización o disfrute de los ficheros no se produce de forma inmediata, sino mediata. Aunque esto ya era una realidad para las obras videográficas y musicales, constituye una novedad para los documentos electrónicos de indudable trascendencia probatoria, fundamentalmente en lo que a la longevidad de los mismos se refiere.

3. La prueba electrónica es volátil:

Al tratarse en definitiva los ficheros de combinaciones binarias (“0” y “1”), la transformación de los ficheros es casi siempre sencilla.

Las actividades de cifrado y/o sellado de tiempo a los que se les somete, solucionan la inalterabilidad de los mismos, pero no el borrado.

La volatilidad de la prueba electrónica aconseja la utilización de medidas técnicas, organizativas y jurídicas, que planteen soluciones a esta peliaguda cuestión.

Ciñéndome exclusivamente a la problemática jurídica, suele ser aconsejable la adopción de medidas encaminadas a asegurar la no manipulación o borrado de la fuente de prueba que haga imposible su posterior aportación al proceso o que, cuando se produzca esta, la fuente de prueba no acredite la realidad de lo acontecido.

Para lograr esto, quien pretenda asegurar la fuente de prueba tiene básicamente dos posibilidades:

- a) Instar al órgano jurisdiccional de acuerdo con lo establecido en el 297 y 298 de la LEC al aseguramiento de la fuente de prueba, mediante la solicitud de dos medidas genéricas concretas; la conservación de un sistema o fichero informático o el mandato de hacer o no hacer. Si tenemos presente que la solicitud se hace ante el riesgo o temor de la manipulación del sistema informático o fichero por parte del futuro demandado, habrá de tenerse en cuenta que dicha solicitud habrá de ser siempre “inaudita parte”. De no hacerse así, el riesgo de manipulación o borrado permanecerá.
- b) Proceder a un aseguramiento privado de la fuente de prueba. Debido a la incertidumbre sobre la decisión judicial en relación a la solicitud de adopción de medidas de aseguramiento de la prueba, sobre todo cuando se hace “inaudita parte”, es habitual que, cuando un potencial demandante/denunciante quiera asegurar una fuente de prueba a la que se accede a través de Internet, solicite la intervención de un fedatario público.

Imaginemos, por ejemplo, que alguien ha sido víctima de un robo en su domicilio y que, con posterioridad encuentra un sitio Web, donde alguien vende uno de los objetos sustraídos, proporcionando para el contacto comercial un número de teléfono.

En este supuesto, lo habitual es requerir a un notario, para que con sus propios medios informáticos y telemáticos, acceda a ese sitio Web, imprima la pantalla que acredita que el usuario de ese número telefónico es quien ofrece el objeto sustraído y proceda a incorporar el pantallazo impreso al protocolo notarial.

La prueba electrónica es muy intrusiva.

De todas las características atribuibles a la prueba electrónica, puede que sea esta la que más afecta al concreto aspecto de la acreditación de la vulneración de los

derechos de Propiedad Intelectual a través del intercambio, o, mejor dicho, puesta a disposición de ejemplares electrónicos sin la preceptiva autorización del titular de los derechos. Me explico; los mal llamados intercambios de archivos se producen, en la mayoría de las ocasiones, basándose en el anonimato electrónico que proporcionan los sistemas telemáticos. Los titulares, para protegerse del ilícito, no tienen más remedio que asumir las obligaciones de carga de la prueba que su posición de demandantes/denunciantes les impone.

En relación a lo antedicho, llevamos años asistiendo a una nítida colisión de derechos fundamentales; por un lado, el derecho a la intimidad de los internautas y, de forma más concreta, al derecho que les asiste al secreto de sus comunicaciones. Por otro lado, el derecho de los titulares, no ya a la propiedad, sino sobre todo su derecho a la tutela judicial efectiva, que, por supuesto, incluye el derecho a probar, tal y como establece el artículo 42 de nuestra Constitución.

Desde los '90, hemos asistido a una desenfundada actividad regulatoria del derecho a la intimidad, hasta un punto tal que se puede hablar, según muchos, de una exacerbada protección del mismo, sin haber tenido siempre en cuenta que semejante protección acabaría chocando con otros derechos fundamentales igualmente necesitados de una especial atención en el ámbito digital.

En relación con lo anterior, supone un buen ejemplo lo sucedido a raíz de una solicitud de la entidad de gestión de derechos "Promusicae" a "Telefónica" para que le proporcionase las IP's de usuarios del servicio ADSL de la compañía, sobre los que existían indicios de que estaban vulnerando derechos de Propiedad Intelectual de obras del repertorio de la mencionada entidad.

Trasladada la cuestión por parte del Juzgado de lo Mercantil nº 5 de los de Madrid al Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas, en su contestación este plantea abiertamente la colisión de derechos e insta al Estado español a ponerle solución.

En definitiva, de todo lo anterior se concluye que la prueba electrónica tiene unas especiales características que aconsejan la adopción de medidas específicas para solucionar los innegables problemas de aportación, práctica y valoración que este tipo de pruebas plantean.

Una vez analizadas las peculiaridades de la prueba electrónica, conviene analizar cuál es la naturaleza jurídica de la misma.

Hasta la entrada en vigor de la LEC del 2000, Doctrina y Jurisprudencia eran razonablemente pacíficas en el entendimiento de que la prueba electrónica debía de ser entendida como una prueba documental más. Buena prueba de lo antedicho es la Sentencia del Tribunal Supremo 1844/2000 de 2 de diciembre:

"En la misma se afirma que el documento no es sólo el escrito plasmado en papel según un criterio tradicional, sino también todo aquello que se le pueda asimilar, por ejemplo, un disquete, un documento creado en el ordenador, un archivo mp3, una película, etc. como ya dijera las SSTs de 3 de abril y 11 de marzo de 1994, y ello,

en palabras de la STS de 10 de noviembre de 1997, entendiendo “con un criterio moderno de interacción de las nuevas realidades tecnológicas en el sentido en que la palabra documento figura en algunos diccionarios como cualquier cosa que sirve para ilustrar o comprobar algo.

En sentido similar a la anterior, la STS 524/96 de 10 de julio de 1996, en la que se recuerda el contenido de la STS de 8 de abril de 1991 que establece que “el concepto de documento, no puede actualmente reservarse y ceñirse en exclusividad al papel reflejo y receptor por escrito de una declaración humana, desde el momento que nuevas técnicas han multiplicado las ofertas de soportes físicos capaces de corporeizar y dotar de perpetuación al pensamiento y a la declaración de voluntad [...] se impone, pues, un concepto material de documento, en racional y fundada homologación de los más adelantados y funcionales medios con los sistemas tradicionales imperantes hasta ahora”.

La sentencia concluye su aserto diciendo que “merecerá la condición de documento cualquier soporte de los hoy conocidos o que en el futuro pudieran concebirse, con tal de que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica. Cual se resalta, lo decisivo será la trascendencia jurídica que pueda derivar de la información proyectada en el soporte u objeto material”.

En definitiva, nuestra doctrina y jurisprudencia vienen entendiendo por lo general que, dada la naturaleza análoga de la prueba electrónica y la documental, ha de tomarse dicha naturaleza documental como guía y referente, pero teniendo en cuenta, no obstante, las especialidades que la misma presenta sobre todo a la hora de su valoración por parte del juzgador.

Adicionalmente, la idea de “soporte material” introducido por la vía del artículo 26 del Código Penal determina asimismo una línea de pensamiento en la que “la idea de soporte se configura de este modo como el centro nuclear en donde girará todo el concepto de documento, por cuanto todo documento necesita de un soporte material por medio del que puedan expresarse o incorporarse datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica. Es decir, con la introducción de dicho concepto el legislador pasa a admitir como tales a todos aquellos que son diferentes del tradicional papel escrito, abriendo asimismo la posibilidad de que en el futuro se amplíe una gama (imposible de concebir en la actualidad) de soportes materiales que se descubran a tenor de la evolución de las nuevas tecnologías, siempre y cuando reúnan los requisitos exigidos por el mismo concepto de documento”.

Sin embargo, mi opinión es que la discusión sobre el carácter documental o no de la prueba electrónica es estéril.

No hay duda de que nos encontramos ante una nueva realidad que preexiste a cualquier proceso, que es el fichero informático, que como hemos visto, tiene unas específicas características que conviene tener en consideración. Por lo tanto, de entrada, estamos ante una nueva fuente de prueba; el fichero informático. En este punto, conviene aclarar que el fichero informático es inmaterial; puede guardarse en un disco duro, CD, en un servidor, y que se puede transportar y poner a disposición

tanto física como telemáticamente, pero ni su existencia ni su autenticidad dependen en modo alguno del soporte en el que han sido grabados.

Cuestión distinta es cómo incorporamos la fuente de prueba (fichero) al procedimiento. En este punto, podemos utilizar diversos medios según las circunstancias; documental si el fichero está firmado con una firma electrónica reconocida, solicitando un reconocimiento judicial del fichero, a través de los denominados nuevos medios de prueba de los artículos 282 a 284 de la LEC o a través de una prueba pericial.

En cuanto al primero de los medios comentados, el documental, en primer lugar poner de manifiesto la necesidad de que la aportación del documento electrónico se produzca en formato electrónico. Es habitual la aportación de representaciones en papel de los documentos electrónicos, lo cual, como es obvio, impide realizar a las partes del procedimiento cualquier tipo de valoración sobre la autenticidad del documento aportado. Por este motivo, la aportación de representaciones de documentos electrónicos en papel, debe ser rechazada. En segundo lugar, habrá que tener presente que solamente se considerará documento electrónico con valor probatorio documental a aquel fichero que esté firmado electrónicamente, no siendo por lo tanto determinante para la determinación del valor documental el mero formato electrónico. Esta cuestión ofrece pocas dudas a la luz de la legislación vigente, ya que tanto la Ley de Firma Electrónica del año 1999 como la vigente de diciembre del 2003 equiparan la firma electrónica y la manuscrita y otorgan valor probatorio documental, exclusivamente a los ficheros firmados con firma electrónica reconocida.

El motivo es sencillo. Se otorga un valor probatorio tasado y reforzado al documento en papel firmado, porque de esta forma se garantiza la perdurabilidad y la inalterabilidad del mismo.

En el ámbito electrónico la perdurabilidad y sobre todo la inalterabilidad se consiguen con la aplicación de criptosistemas de clave asimétrica, en los que se basan las firmas electrónicas.

Por todo lo antedicho, resulta obvio que sólo se otorga valor probatorio documental a los ficheros firmados electrónicamente.

En último lugar, conviene precisar que hoy por hoy no se puede hablar de firma electrónica en sentido estricto, sino de sello electrónico. Me explico; la aplicación de una firma electrónica determinada la puede realizar cualquiera que posea la tarjeta criptográfica y conozca la clave de acceso a la misma. La verificación de autenticidad de un documento impugnado se produce mediante el cotejo de la firma indubitada del autor del mismo con la firma plasmada en el documento, imputándose de esta forma la firma y autoría del documento a una persona física concreta que es la que ha trasladado al papel rasgos de su personalidad a través del trazo. La imputación indubitada de firmas electrónicas a personas concretas es materialmente imposible. La vinculación legal entre el firmante y lo firmado, en el ámbito electrónico, se produce a través de una presunción “*iuris tantum*” de que el titular de la tarjeta que

contiene el certificado de clave pública es el que efectivamente la ha utilizado. Idéntica presunción a la que se hace con los sellos.

En relación al segundo de los medios comentados, la prueba pericial, decir de antemano que es, a mi juicio, vital en buena parte de los procedimientos tecnológicos. La importancia de este medio se encuentra en el escaso acervo tecnológico de los órganos jurisdiccionales. Como es lógico, esta carencia ha de ser suplida con las oportunas explicaciones y/o matizaciones técnicas que sitúen al juzgador en la realidad de la litis.

El problema surge en el ámbito civil, donde el cometido de los peritos no suele ser ilustrar al juzgador, sino una defensa numantina de la posición del que les encomienda el informe pericial.

Las pericias contradictorias unidas al escaso acervo tecnológico del juzgador hacen que el último afronte la valoración de la prueba con escasas posibilidades de apreciar matices que, teniendo presente las características de la prueba electrónica, resultan vitales para que el proceso valorativo sea fructífero.

El resultado, en muchas ocasiones es que el juzgador pasa de puntillas por cuestiones técnicas.

Otro de los medios de prueba para la incorporación del fichero informático al proceso es el reconocimiento judicial.

Como hemos tenido ocasión de comentar, la realidad digital en la que vivimos genera innumerables problemas probatorios. Sin embargo, esta misma realidad también conlleva ventajas probatorias evidentes. En mi opinión, el medio de reconocimiento judicial es un buen ejemplo de ello.

Efectivamente, en la mayoría de los procedimientos, el juzgador tiene conocimiento de los hechos a través de la opinión de las partes o de terceros que han sido testigos de los mismos o han tenido acceso a los bienes muebles o inmuebles sobre lo que recae el litigio (pericial). Si alguna de las partes estima conveniente el reconocimiento judicial de la cosa mueble o inmueble, surgen los lógicos inconvenientes relacionados con la inmediatez y con la necesidad de desplazamiento del juzgador.

En las relaciones telemáticas estos inconvenientes desaparecen. Al tratarse de relaciones entre ausentes, esta realidad hace posible que el juzgador pueda acceder directamente con sus propios medios informáticos y telemáticos o con los medios informáticos o telemáticos que pudieran proporcionar las partes a la realidad digital sobre la que recae la litis.

Habrà quien piense que en realidad estamos ante los llamados nuevos medios de prueba; “reproducción de las palabras, el sonido o la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso”, que tienen su específica regulación en los artículos 282 a 284 de la LEC. Ciertamente, las diferencias entre el medio de reconocimiento judicial y los denominados “Nuevos medios de prueba” son sutiles, cuando lo que se trata es de

incorporar al proceso soportes informáticos que no hayan sido firmados electrónicamente.

Sin embargo, no me refiero a la reproducción de un soporte informático que haya sido previamente generado por las partes o un tercero, sino a la percepción directa, por parte del juzgador, de una realidad digital que acontece en el momento que se practica la prueba solicitada.

Como ya ha sido comentado, uno de los mayores problemas en relación con la prueba electrónica es la falta de conocimiento del juzgador sobre esta nueva fuente de prueba.

Sin duda, nada mejor para suplir la falta de acervo digital del juzgador que otorgarle la posibilidad de acceso a esa realidad sin las subjetivas distorsiones que las partes o terceros puedan hacer.

Imaginemos, por poner un ejemplo, que se pretende acreditar el grado de divulgación que una noticia injuriosa o calumniosa haya podido tener y se requiere a su señoría para que teclee en Google determinadas palabras y compruebe los resultados obtenidos por el buscador.

En definitiva, la imparable generalización en el uso de los medios electrónicos, está generando importantes dosis de inseguridad jurídica en todos los ámbitos. Un caso paradigmático de la comentada inseguridad jurídica es la divulgación y distribución de los ejemplares electrónicos a través de las redes.

Si queremos proteger el talento y la inversión asociadas a las creaciones intelectuales, tenemos a mi juicio que crear un marco normativo adecuado que contemple la nueva realidad; el ejemplar electrónico.

Si queremos que el esfuerzo normativo no sea estéril, debemos tener en cuenta que el soporte para la divulgación y distribución de los ejemplares es el fichero informático, que se traslada de un ordenador a otro a través de las redes telemáticas. Por lo tanto, la añorada reforma legislativa deberá tener la consideración la volatilidad, la reproductividad ilimitada, el anonimato electrónico, las posibles colisiones con el derecho a la intimidad, el carácter viral de la red... el reto en definitiva es no dejar un bien jurídico tan importante como la propiedad intelectual desprotegido.