El conflicto entre propiedad intelectual y derechos fundamentales

POR **CELESTE GAY FUENTES**

El debate sobre la necesidad de lograr un equilibrio entre la protección de la propiedad intelectual, los derechos fundamentales de los ciudadanos y otros intereses públicos se ha agudizado en los últimos años en la búsqueda de medidas para eliminar la transmisión de obras protegidas a través de Internet sin autorización de los titulares de derechos. El conflicto que se establece entre propiedad intelectual y diversos derechos fundamentales se traduce, más que en una evidente y abierta vulneración de los mismos, en una sutil erosión de la libertad que ha caracterizado hasta el momento el funcionamiento de la Red.

La copia digital de obras protegidas por la propiedad intelectual, y más concretamente la copia privada digital a través de Internet, ha determinado un serio debilitamiento de la principal prerrogativa que el *copyright* otorga a las industrias culturales; esto es, el derecho exclusivo a controlar la reproducción de las obras, sobre el que se ha construido todo el entramado jurídico de la economía de las industrias culturales. Aunque se discute acerca del alcance real de los efectos económicos de la copia *on line*, el derecho internacional ha respondido con celeridad a las demandas de una mayor protección de los derechos de propiedad intelectual, a través de la elaboración temprana de los Tratados concluidos en el marco de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual en 1996, los denominados Tratados Internet. A nivel europeo, se aprobaron dos importantes Directivas en 2001 y 2004[1].

Estos instrumentos afirman la vigencia de los derechos exclusivos que otorga la propiedad intelectual en Internet, mediante la creación de un nuevo derecho de puesta a disposición del público de obras y prestaciones de forma interactiva y establecen la obligación de los Estados de proteger jurídicamente las medidas tecnológicas que adopten los titulares de derechos para proteger las obras frente a la copia digital y su distribución o comunicación no autorizadas. Este es el origen los conocidos DRMS -o sistemas de gestión digital de derechos-, utilizados en las

Fundación Telefónica
Telefónica

plataformas comerciales de distribución de obras.

El problema básico que plantean estas medidas tecnológicas es que otorgan un control total a los titulares de derechos, que pueden así modular todos los usos posibles de las obras, incluso los de carácter no comercial y los que están permitidos por las legislaciones nacionales, los denominados usos libres de las obras o excepciones a la propiedad intelectual, que responden a la protección de intereses públicos como la defensa de las libertades de expresión y de información o el derecho de los ciudadanos de acceder a la cultura. El reconocimiento legal de la posibilidad de cercar tecnológicamente los usos libres de las obras planteó ya un primer y encendido debate acerca de la compatibilidad de las prerrogativas de la propiedad intelectual con los derechos de los ciudadanos y los intereses públicos.

El objetivo perseguido por esas medidas, sentar las bases legales para que las industrias culturales desarrollaran modelos negocio de pago en Internet o plataformas legales de distribución de obras, ha tenido un escaso éxito, mientras que el intercambio de archivos a través de sistemas no autorizados se ha convertido en una práctica consolidada que comparten millones de usuarios de Internet en todo el mundo, sobre todo en los sectores más jóvenes de la población. Los titulares de derechos de propiedad intelectual, reticentes a la existencia de una competencia real entre plataformas legales de distribución de obras en Internet, han centrado sus esfuerzos en la búsqueda de medidas para detener el intercambio no autorizado de obras, al que consideran responsable de su fracaso para adaptar sus modelos de negocio al nuevo entorno digital. Se han ensayado así diversas estrategias contra diferentes sujetos que participan en la comunicación en la Red, que revelan la tensión existente entre la defensa de los derechos de propiedad intelectual y algunos principios básicos de los Estados democráticos y de derecho.

Garantía judicial y libertad de comunicación

La obtención de sentencias condenatorias contra los sistemas de intercambio de archivos ha sido un proceso lento. Si fue relativamente fácil, a principios del milenio, conseguir el cierre de portales de tipo centralizado como Napster, las industrias culturales tuvieron más problemas para que los tribunales se pronunciaran en contra de los sistemas descentralizados de intercambio (o sistemas de *peer to peer*, P2P), que no confeccionan índices de obras ni las almacenan, sino que permiten solamente el intercambio de ficheros que se encuentran alojados en los ordenadores de los usuarios.

Durante un tiempo se aceptó judicialmente la continuidad de la doctrina Betamax, sentada por el Tribunal Supremo de EEUU en el denominado ‘caso Sony’ en 1985, conforme a la cual no podía considerarse responsable secundario o indirecto por las infracciones de los usuarios al que comercializa un producto que puede ser utilizado para actividades legales o ilegales, reconociéndose pues la necesidad de preservar el desarrollo tecnológico incluso si éste plantea un difícil reto a los titulares de derechos de *copyright*. Esta tendencia jurisprudencial quiebra a partir de la sentencia pronunciada por el Tribunal Supremo de los EEUU en 2005, en el caso Metro-Goldwyn-Mayer Studios contra Groskter, que declara responsables por contribución a la infracción del *copyright* a las empresas gestoras de los sistemas de intercambio Morpheus y Kazaa. La sentencia supone, por lo tanto, una cierta rebaja en los requisitos exigibles para

Fundación Telefónica
Telefónica

declarar la responsabilidad del prestador de un servicio de la Sociedad de la Información (SI), un tema que no es en absoluto indiferente desde el punto de vista de la libertad de información y expresión en la Red.

La proliferación de sitios que propician enlaces para el intercambio no autorizado de archivos con obras protegidas por la propiedad intelectual determina la tentación de acortar el camino y obtener la suspensión o el cierre de esos servicios sin sometimiento a una previa decisión judicial. En esta línea puede interpretarse el anteproyecto de Ley de Economía Sostenible que se conoció en España a finales de 2009 y que levantó una gran polémica, al autorizar a una Subcomisión dentro de la Comisión de Propiedad Intelectual para ordenar las medidas necesarias para interrumpir servicios o retirar contenidos que vulneren la propiedad intelectual. El anteproyecto introducía así una intervención administrativa incompatible con la garantía constitucional de las libertades de la comunicación que exige resolución judicial para el secuestro de medios de difusión (artículo 20.5 de la Constitución española). Esta grave lesión de la libertad de comunicación se ha subsanado en el Proyecto de Ley finalmente aprobado por el gobierno y que se tramita actualmente en las Cortes españolas, al establecerse como requisito para la ejecución de las medidas acordadas por la autoridad administrativa, la previa autorización judicial, que será adoptada por los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo mediante auto en un procedimiento especialmente rápido. El Proyecto deja en manos de la propia Subcomisión la decisión de solicitar o no la autorización judicial, en los casos en que estime que la ejecución de las medidas que haya acordado pueda afectar a los derechos y libertades del artículo 20 de la Constitución.

La elevación de los derechos protegidos por la propiedad intelectual al mismo nivel que los otros intereses de carácter público y fundamental que según la ley permiten adoptar medidas frente a servicios de Internet -la investigación penal y la seguridad nacional, la salud pública, la dignidad de la persona y la protección de la infancia- y el diseño de un procedimiento administrativo de intervención en la Red para su defensa, incluso con la previsión añadida de una intervención judicial sumaria, no ha dejado de suscitar importantes críticas al Proyecto de Ley.

El problema de la intervención administrativa y de la correlativa rebaja de la garantía judicial en la intervención de derechos fundamentales es el tema central que se suscitó también en Francia con la adopción de la primera versión, en junio de 2009, de la Ley Hadopi, o también denominada Ley de los tres avisos o de la respuesta gradual, que tiene como objetivo sancionar a los usuarios finales de los sistemas de P2P[2].

Desconexión de los usuarios y garantía judicial

La primera versión de la ley francesa creaba una autoridad administrativa independiente (*Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet* [*HADOPI*]), a la que se encomendaba la función de gestionar la denominada ‘respuesta gradual’. Tras la remisión a los usuarios de sistemas de intercambio, a instancias de las titulares de derechos de *copyright*, de tres avisos consecutivos advirtiendo del carácter delictivo de su actividad, la Autoridad podía imponer la sanción de suspender el acceso a Internet hasta el periodo de un año.

Fundación Telefónica
Telefónica

El Consejo Constitucional francés, mediante Decisión de 10 de junio de 2009[3] declaró inconstitucional este sistema enteramente administrativo para decidir la desconexión de usuarios de Internet, al entender que el acceso a Internet forma parte de la libertad de expresión y de información garantizada constitucionalmente y que sólo una autoridad judicial puede adoptar una medida que supone una injerencia tan intensa en la libertad de los ciudadanos. La garantía judicial en la intervención de la libertad de comunicación es lo que se jugó, en definitiva.

Tras esta importante Decisión, se aprobó una segunda Ley en octubre de 2009 (Hadopi II)[4], que establece ahora un proceso judicial rápido para que sea un juez el que pueda decidir la sanción de corte de Internet como pena accesoria. Pero la instrucción del proceso se sigue encomendando a la autoridad administrativa, y concretamente a la *Commission de Protection des Droits* -constituida en el marco de la HADOPI-, que podrá obtener de los proveedores de Internet la identidad, las direcciones electrónicas y las coordenadas telefónicas de los usuarios que participen en sistemas de P2P. Es decir, se ha conseguido introducir un sistema híbrido de intervención judicial y administrativa, que devalúa las garantías procesales, minusvalora el principio de división de poderes y el derecho a la privacidad de los usuarios, fomentando la observación y el control de la actividad de los ciudadanos en la Red. Y todo esto como contrapartida por el establecimiento de un sistema de muy dudosa eficacia, pues es evidente que la necesidad de que el corte de Internet sea decidido por un órgano judicial cierra ya toda posibilidad de realizar una sanción masiva, a gran escala, de usuarios.

El problema de la garantía judicial para la desconexión de usuarios fue ampliamente tratado en el marco de la UE, a instancias del Parlamento Europeo, que pretendió establecer una enmienda en la tramitación del denominado Paquete Telecomunicaciones con el objetivo de introducir la exigencia de intervención judicial. Tras la decisión del Consejo Constitucional francés el límite debería estar claro, la frontera europea de que sin garantía judicial no puede suspenderse la conexión de usuarios a Internet. Sin embargo, la posición final de la UE determina, después de un intensísimo debate, que el acceso a Internet sólo podrá restringirse, de ser necesario y proporcionado, «únicamente tras un procedimiento justo e imparcial, que incluya el derecho del usuario a ser escuchado», excluyéndose así toda referencia expresa a la intervención judicial que intentó introducirse en el Parlamento Europeo y dejando abierta la puerta no sólo a la instauración de procedimientos mixtos como el francés, sino incluso a procedimientos netamente administrativos para la desconexión de usuarios.

Protección de datos personales

En el modelo francés, por lo tanto, el proceso de instrucción implica la aceptación de un sistema generalizado de vigilancia de la Red por parte de sujetos privados, los propietarios de derechos de propiedad intelectual, acompañados por una autoridad administrativa, que podrán almacenar y tratar las direcciones IP de los usuarios, que tienen el carácter de dato personal, y solicitar finalmente a la autoridad administrativa que dirija una orden a los proveedores de acceso a Internet para que revelen la identidad de los usuarios.

Este sistema de fiscalización masiva de los usuarios, aunque fue convalidado por el Consejo

Fundación Telefónica
Telefónica

Constitucional francés, ha sido objeto de una seria crítica por parte del Supervisor Europeo de Protección de Datos (SEPD)[5], que alerta además sobre la posibilidad de que se adopten medidas de este tipo en el marco de la negociación del *Anti-Counterfeiting Trade Agreement* (ACTA), el convenio que desde hace varios años se está discutiendo de manera reservada entre un grupo reducido de países con el objetivo de reforzar la protección de la propiedad industrial e intelectual[6].

En opinión del SEPD, la supervisión del comportamiento de los usuarios de Internet y la recopilación de sus direcciones IP equivale a una injerencia en su derecho a la intimidad no proporcionada en relación al objetivo de tutela de la propiedad intelectual que se pretende conseguir. Como alternativa, el SEPD propone la posibilidad de llevar a cabo una supervisión selectiva de manera menos intrusiva, respecto a un número limitado de personas sospechosas de participar en infracciones significativas de derechos de autor, en el marco de la preparación de procesos judiciales para la defensa de los derechos de propiedad intelectual y confiando a las autoridades judiciales la labor de ordenar a los proveedores de servicios de Internet que faciliten la información personal que posean acerca de los presuntos infractores. Esto significa, sin embargo, que en la práctica y con esas limitaciones, el SEPD considera proporcionada la actividad de supervisión realizada por los titulares de derechos, si bien en estos casos, como garantía adicional, indica que las operaciones de tratamiento de datos destinadas a recopilar pruebas deben ser previamente revisadas y autorizadas por las autoridades nacionales de protección de datos.

En esta línea, los Estados de la UE están proyectando medidas que tienen en común el desarrollo por parte de los titulares de derechos de propiedad intelectual de actividades de fiscalización masiva del tráfico en Internet y que implican normalmente el control y almacenamiento de datos de tráfico susceptibles de ser considerados datos personales para la identificación de los usuarios.

Incluso con las garantías señaladas por el SEPD, las necesidades inherentes al tratamiento de datos personales que se autoriza a los titulares de derechos de propiedad intelectual pueden llevar a forzar las condiciones de retención de datos por parte de los proveedores de acceso a Internet, una materia que se encuentra detalladamente regulada en aras de garantizar el derecho al secreto de las comunicaciones y a la protección de datos personales y que sólo encuentra excepciones para la lucha contra el terrorismo y el crimen organizado en los casos previstos en la Directiva 2006/24/CE sobre la conservación de datos del tráfico en las comunicaciones electrónicas. Aun así, dicha Directiva y su transposición a algunos Estados miembros ha planteado problemas de compatibilidad con los derechos vinculados a la protección de la intimidad de los ciudadanos[7].

Responsabilidad de los proveedores de acceso a Internet y neutralidad de la Red

Una última estrategia en la lucha contra el intercambio no autorizado de archivos con obras protegidas podría ser establecer la responsabilidad de los proveedores de servicios de acceso a Internet (ISP), estableciendo por ejemplo una obligación general de que supervisen, filtren, suspendan o retiren los contenidos y servicios que no respeten los derechos de propiedad

Fundación Telefónica
Telefónica

intelectual. Esta vía no se ha instrumentado jurídicamente ni ha sido objeto de un planteamiento abierto, aunque han existido filtraciones sobre su posible incorporación en el marco de la negociación del ACTA, al que nos hemos referido antes.

Una medida de este tipo sería realmente efectiva, pero exigiría la previa modificación del régimen de responsabilidad de los proveedores de servicios de la información en la UE, donde se ha descartado la posibilidad de obligar a realizar un control sistemático del tráfico de Internet. En este sentido, la Directiva 2000/31/CE deja claro que no cabe imponer «a los prestadores de servicios una obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen, ni una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas». No obstante, actualmente se encuentra planteada una cuestión prejudicial sobre esta materia ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La decisión que adopte el Tribunal puede clarificar definitivamente esta cuestión que, como hemos indicado antes, al hilo del comentario sobre las sentencias judiciales que ordenaron el cierre de algunos portales de intercambio de archivos, no es un tema menor respecto a la garantía de las libertades de expresión y de información en la Red, aparte de las evidentes repercusiones que tiene sobre el derecho a la protección de datos personales.

Por otro lado, no puede descartarse que sean voluntariamente los proveedores de acceso a Internet los que decidan terminar o poner trabas a los sistemas de intercambio de archivos. Y ello nos lleva al debate, de enorme importancia, sobre el principio de neutralidad en la Red. Es significativo que este debate se haya vuelto a plantear en EEUU con la sentencia que negó la competencia de Federal Communications Commission, en ausencia de una norma legal que reconozca y desarrolle el principio de neutralidad para prohibir a uno los grandes proveedores de cable su decisión de bloquear el tráfico de archivos a través de sistemas de P2P.

En Europa, el Paquete Telecomunicaciones ha reconocido la capacidad de los proveedores de acceso de gestionar el tráfico de datos a través de Internet. Bajo la forma de reconocer derechos de los usuarios de redes de comunicación, las directivas comunitarias que integran dicho Paquete consagran en realidad el poder de los proveedores de discriminar los distintos servicios y aplicaciones en la Red[8]. Y ello a pesar de la Declaración de la Comisión, en la que se reconoce la importancia del carácter abierto y neutral de la Red[9].

El tráfico generado por los sistemas de intercambio de archivos puede ser el motivo aducido por los proveedores de acceso a Internet para quebrar el principio de neutralidad de la Red; un primer paso hacia el cambio de arquitectura de Internet, en el que pueden confluir los intereses de los gestores de redes electrónicas y los de las industrias culturales y de creación de contenidos con el objetivo final de desarrollar plataformas legales de distribución de contenidos. Habrá que ver la capacidad de la UE para establecer los límites de estas alianzas, no sólo desde el punto de vista de la competencia económica y los derechos de los usuarios, sino también en lo que pueda verse afectada la diversidad cultural, el pluralismo de los medios y las libertades de expresión y de información en la Red.

Conclusiones

Fundación Telefónica

La protección de la propiedad intelectual en Internet debe conciliarse con las garantías de la libertad de comunicación y del derecho a la intimidad de los ciudadanos.

La postura de la UE en la defensa de derechos fundamentales frente a las nuevas medidas de los Estados miembros para luchar contra el intercambio de archivos a través de Internet adolece de claridad.

La discusión sobre esta materia se intensificará en el marco de la negociación del ACTA y del debate sobre el principio de neutralidad de la Red.

La necesidad de lograr un equilibrio entre la defensa de los legítimos intereses de los creadores y los derechos de la ciudadanía debería plantearse por vías alternativas a las meramente represivas, en la búsqueda de nuevas fórmulas de remuneración de la cultura o mediante la prolongación al entorno *on line* de las ya existentes.

Notas

1 Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la Sociedad de la Información y Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual.

2 *Loi No. 2009-669 du 12 juin 2009, favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet*. Versión en español, preparada por el Ministerio de Cultura francés. Disponible en http://www.culture.gouv.fr/culture/actualites/index.htm

3 Decision No. 2009-580 DC de 10 de junio del *Conseil Constitutionnel* [en línea]. Disponible en:
http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/2009/decisions-par-date/2009/2009-580-dc/communique-de-presse.42667.html

4 *Loi No. 2009-1311 du 28 octobre 2009 realtive à la protection pénale de la propiété littéraire et artistique sur Internet*.

5 Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre las negociaciones que mantiene la Unión Europea sobre un Acuerdo Comercial de Lucha contra la Falsificación (ACTA) [en línea]. DOUE C 147/1, de 5-6-2010. Disponible en *http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:147:0001:0013*

6 Resolución del Parlamento Europeo de 10 de marzo de 2010, sobre la transparencia y el

Fundación Telefónica
Telefónica

estado de las negociaciones del ACTA [en línea]. Disponible en *http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2010-0058+0+DOC+XML+V0//ES*

7 En este sentido son de gran interés las sentencias del Tribunal Constitucional rumano de 8 de octubre de 2009 y del Tribunal Constitucional alemán de 2 de marzo de 2010.

8 Las directivas aprobadas señalan la obligación de los Estados de garantizar que las empresas proveedoras de redes públicas de comunicaciones respeten unos requisitos mínimos de calidad con el objetivo de «evitar la degradación del servicio y la obstaculización o ralentización del tráfico en las redes», al tiempo que establecen unos derechos de los usuarios a ser informados de las condiciones que limiten el acceso o la utilización de servicios y aplicaciones, así como de los procedimientos establecidos por las empresas para medir y gestionar el tráfico para evitar agotar o saturar el enlace de red.

9 La Declaración se ha incluido como anexo al Paquete Telecomunicaciones. Diario Oficial L 337, de 18 de diciembre de 2009.

Bibliografía

Aigrain, P. *Internet & Création. Comment reconnaître les échanges hors-marché sur Internet en finançant et rémunérant la création?* [en línea]. Disponible en *http://www.ilv-edition.com/pdf_ebook_gratuit/internet_et_creation.pdf*

Arístide, R. (2007). *El intercambio de obras protegidas a través de las plataformas peer to peer*. Madrid: Instituto de Derecho de Autor.

Bernault, C. & Lebois, A. (2005). *Peer-to-peer et propriété littéraire et artistique. Etude de faisabilité sur un système de compensation pour l'échange des oeuvres sur Internet* [en línea]. Disponible en *http://www.lalliance.org*

Bustamante, E. (Ed.) (2003). *Hacia un nuevo sistema mundial de comunicación. Las industrias culturales en la era digital*. Barcelona: Gedisa.

Calvi, J. *¿Reproducción de la cultura o cultura de la reproducción? Análisis económico, político y social de la distribución y el consumo de productos audiovisuales en Internet* [en línea]. Disponible en *http://www.revistalatinacs.org/09/alma/07jun/libro_Calvi.pdf*

Ficsor, M. (2003). La gestión colectiva del derecho de autor y los derechos conexos en una triple encrucijada: ¿deberá seguir siendo voluntaria o podría 'ampliarse' o establecerse con carácter obligatorio? [en línea]. *e-Boletín de Derechos de autor*. Unesco. Disponible en *http://portal.unesco.org/culture/es/files/14935/10764948831Ficsor_esp.pdf/Ficsor%2Besp.pdf*

Fisher, W. *Promises to Keep. Technology, Law, and the Future of Entertainment* [en línea]. Disponible en *http://www.tfisher.org/PTK.htm*

BY NC ND

Garrote Fernández-Díez, L. (2005). *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*. Granada: Comares.

Hunton & Williams (2009, noviembre). *Study on Online Copyright Enforcement and Data Protection in Selected Member States* [en línea]. European Commission, DG Internal Market and Services. Disponible en *http://ec.europa.eu/internal_market/iprenforcement/docs/study-online-enforcement_en.pdf*

Lessig, L. (2004). *Por una cultura libre: Como los grandes grupos de comunicación utilizan la tecnología y la ley para clausurar la cultura y controlar la creatividad* [en línea]. Disponible en *http://elastico.net/copyfight/upload/free_culture_es.pdf*

Lewinski, S. (2005). Algunos problemas jurídicos relacionados con la puesta a disposición a través de las redes digitales de obras literarias y artísticas así como de otros objetos [en línea]. *e-Boletín de Derechos de autor*. Unesco. Disponible en *http://portal.unesco.org/culture/es/files/26128/11514180061lewinski_sp.pdf/lewinski_sp.pdf*

Prenafeta Rodríguez, J. *Responsabilidad de los proveedores de software P2P por infracción de Derechos de propiedad intelectual* [en línea]. Disponible en *http://www.noticias.juridicas.com/artículos*

Fundación Telefónica
Telefónica