

LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL UNA LEY EN DISCORDIA

Blas Fernández

El pasado 22 de junio el Pleno del Congreso de los Diputados aprobaba por amplia mayoría la reforma de la Ley de Propiedad Intelectual (LPI), que en su nueva redacción amplía el canon en compensación por copia privada del ámbito analógico al digital, redefine el concepto de ésta e ilegaliza la programación, distribución y uso de software destinado a eludir sistemas anticopia. Son sólo algunos de los puntos más llamativos en la reformulación de una ley que data de 1987, y que los avances tecnológicos habían dejado hace ya tiempo obsoleta.

Fue la Unión Europea la que advirtió en 2002 de la necesidad de adaptar la legislación nacional en esta materia a la normativa comunitaria. En el caso español, quizás en mayor medida que en cualquier otro estado de la Comunidad, la reforma ha levantado una notable polémica, provocado incluso no pocas confrontaciones dentro del mismo Gobierno, y terminado por dejarnos una sensación de no gustar a nadie por completo. Entre los factores que han contribuido a que esto sea así habrá que apuntar el considerable retraso que España acumula respecto a la implantación real de la llamada Sociedad de la Información en comparación con otros países de su entorno, y que por ello hace saltar las alarmas cada vez que se vislumbra un nuevo obstáculo en el horizonte, y la existencia de un lobby autorial-editorial que demasiado a menudo se revela omnipotente, muy capaz de imponer sus intereses concretos por encima de los del común de la sociedad. Se han enfrentado así dos sectores de incuestionable relevancia económica, el tecnológico y el de la industria cultural, mientras que la gran mayoría de ciudadanos permanecía indiferente ante una batalla que aún se libra.

¿Pero qué consagra esta LPI? Volvamos al principio, o mejor, más atrás. La legislación española, siguiendo el modelo francés, contempla el derecho a la copia privada de la obra cultural, una excepción permitida al objeto de potenciar su difusión y el acceso a la misma. Tal excepción sólo queda dentro de la ley, en cualquier caso, si hace honor a su nombre. Esto es, debe tratarse de la copia de una obra ya difundida, hecha para uso personal y nunca con ánimo de lucro. Si copio un disco de audio con obra protegida por derechos de autor y lo vendo a un tercero, entonces estoy incurriendo en un delito. Pero si la copia que hago es para mi uso y disfrute, o incluso si la presto a otro que a su vez realiza una nueva copia, entonces estoy ac-

DOI: <http://dx.doi.org/10.25267/Periferica.2006.i7.03>

tuando conforme a derecho. (Al menos, así era hasta la entrada en vigor de la nueva ley, y luego veremos por qué).

El legislador capacita pues al usuario para realizar una copia sin necesidad de obtener el consentimiento previo del titular de los derechos de autor de dicha obra. En compensación, otorga al propietario de esos derechos una remuneración extraída del canon con el que se grava a los productos susceptibles de almacenarla. En el caso concreto de la obra musical y cinematográfica, verdaderos caballos de batalla en esta confrontación, el canon se aplicaba con anterioridad a las cintas de soporte magnético, capaces de grabar audio y vídeo. Si la medida ya fue polémica en su día -¿por qué un usuario que graba la película de sus vacaciones familiares en una cinta de vídeo tiene que pagar a terceros en concepto de compensación por copia privada?, ¿por qué tiene que hacerlo el ornitólogo que utiliza cintas de cassettes para registrar el canto de los pájaros del campo?-, ampliada al ámbito digital, que es lo que la nueva LPI hace, la discusión se desborda.

El despropósito digital

Cuando se aplicó esa tasa en compensación por copia privada a los soportes analógicos, literalmente injusta, el legislador apostó en cualquier caso por lo que debió de considerar un mal menor. Sin embargo, llevar esa misma lógica a un escenario en el que el almacenamiento de información en soportes digitales es práctica diaria y necesaria en todos los ámbitos de la vida cotidiana resulta un auténtico dislate. En este nuevo contexto, las sociedades de gestión de derechos de autor, recaudadoras y beneficiarias del canon en representación de sus asociados, engrosan sus arcas con considerables ingresos no sólo proporcionados por la gestión de dichos derechos, sino gracias también al volumen de negocio generado por la venta de dichos soportes, independientemente del uso que le vaya a dar su usuario. El despropósito reside pues, en gran medida, en la diferencia proporcional entre el uso que pudiera, y aún puede, tener una cinta de audio o vídeo y el que tiene un soporte digital. ¿Hay alguna empresa, entidad pública o privada que no haga uso de estos soportes para almacenar información sin relación alguna con los derechos de autor? ¿Hay algún ciudadano, tangencial o directamente inmerso en la sociedad de la información, que no los utilice para registrar cualquier tipo de material propio, ajeno a la propiedad intelectual? Lo mismo da, dicta la ley: todos pagan a las entidades de gestión de derechos en compensación por copia privada, la realicen o no.

Con la entrada en vigor de la reformada LPI se consagraba pues legalmente el acuerdo privado alcanzado en septiembre de 2003 entre las entidades de gestión de derechos de autor y los fabricantes de soportes, agrupados en la Asociación Multi-sectorial de Empresas Españolas de Electrónica y Comunicaciones (Asimelec). Arrinconadas las empresas integradas en esta última por la maquinaria pleiteadora de las

entidades de gestión, con varias resoluciones judiciales favorables a la aplicación sobre los soportes digitales -en concreto, cedés y deuvedés- del canon fijado en los analógicos, pactaban el pago en compensación por copia privada a la espera de que la nueva legislación resolviese la cuestión a favor o en contra.

Ya en pleno proceso de reformulación de la LPI, el desatino que suponía gravar de forma tan indiscriminada a los soportes digitales fue denunciado y, desde luego, desaconsejado por la Comisión Asesora sobre la Sociedad de la Información del entonces ministro de Industria, José Montilla. Presidida por una autoridad mundial en este campo, el profesor Manuel Castells, catedrático emérito de la Universidad de California-Berkeley y presidente de la Comisión Científica de la Universitat Oberta de Catalunya, e integrada entre otros por José María Bueno Lidón, catedrático de Ingeniería de la Universidad de Sevilla;

Cecilia Castaño, catedrática de Economía Aplicada de la Universidad Complutense; y Amparo Moraleda, presidenta de IBM España y Portugal, dicha comisión emitió a mediados de mayo de 2006 un contundente dictamen sobre las futuras consecuencias de la implantación del canon en el ámbito digital. "La imposición de un canon a los elementos que

intervienen en el desarrollo de la Sociedad de la Información (equipos, soportes o redes de comunicaciones electrónicas) representa una carga económica y fiscal injusta e indiscriminada, que encarece la adquisición del producto o el uso de las redes y se traduce en una mayor dificultad del usuario para acceder a los mismos -rezaba el texto-. Esa dificultad frena y retrasa el desarrollo de la Sociedad de la Información y actúa en contra de las medidas adoptadas por el Gobierno para conseguir que España se sitúe en el lugar que le corresponde en el contexto internacional en el campo de las tecnologías de información y que se liberen recursos económicos para su reinversión en innovación y en la mejora de la competitividad del país".

En su argumentación, los miembros de la comisión apuntaban que "los ingresos de las Entidades de Gestión en España en concepto de copia privada han pasado de 31 a 114 millones de euros desde el año 2002 al 2004, lo que representa un incremento del 267%. En Europa, en el mismo periodo -añadían-, se han incrementado un 85%". Éstos y otros datos eran los que llevaban a la Comisión, ferviente defensora de la gestión de los derechos de propiedad intelectual mediante la implementación de sistemas tecnológicos -en concreto, los DRM (Digital Rights Management)-, a concluir que el sistema del canon compensatorio era imperfecto, tanto "porque

El despropósito reside pues, en gran medida, en la diferencia proporcional entre el uso que pudiera, y aún puede, tener una cita de audio o vídeo y el que tiene un soporte digital.

obliga a todos los fabricantes e importadores de equipos, aparatos y soportes a pagar un canon con independencia del uso que el consumidor haga de esos productos" como porque "las cantidades pagadas por las empresas del sector son repartidas por las entidades de gestión a través de unos procedimientos opacos e incapaces de conseguir que el autor cuya obra se utiliza en esa forma de copia privada reciba las cantidades pagadas por las empresas del sector".

Y eso, suponiendo, que ya es mucho suponer, que el canon lo pagan las empresas fabricantes o importadoras de soportes. Es decir, que su implantación no repercute en el precio final que el usuario abona al adquirir el producto. Tan peregrina teoría, contraria a toda lógica de mercado, ha sido defendida en no pocas ocasiones por quienes se benefician de su cobro, las entidades de gestión de derechos, pero, francamente, ¿hay alguien que se la crea? Lo mismo da. Es una explicación que sirve para salir del paso. En declaraciones efectuadas a Radio Nacional de España el 18 de septiembre de 2006, y de las que luego la prensa se hizo eco, Eduardo Bautista, presidente del consejo ejecutivo de la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE), volvía a la carga: "Los CD vírgenes no llevan un canon, sino una remuneración compensatoria que en ningún caso paga el cliente que los compra, sino el que los fabrica o el que los importa". Quizás esta chiripitifláutica aseveración sólo encuentre parangón en aquella otra de nuestra ministra de Cultura, Carmen Calvo, cuando en octubre de 2004, y en referencia a la posible implantación de un canon por el préstamo de libros en bibliotecas públicas, nos tranquilizó a todos explicándonos que "no será el ciudadano quien pague por tomar prestados los libros, sino que el canon será pagado con dinero público procedente de todas las administraciones". En efecto, el dinero público crece en los árboles y nada tiene que ver con nuestros impuestos. (No extraña, en cualquier caso, la sintonía de pensamiento entre ambos personajes, actores principales los dos en la reforma de la LPI).

Algo a lo que sin embargo Bautista no suele referirse, aunque queda registrado y a disposición de cualquier interesado en la memoria que la SGAE publica cada año, es al hecho de que la recaudación en concepto de canon compensatorio por copia privada supone ya un significativo porcentaje de los ingresos de la empresa que preside: 23.620.000 euros en 2005, el 7,4 por ciento del total recaudado. Cabe preguntarse qué porcentaje real de esa cifra correspondería a cedés y devedés en los que, en efecto, se han almacenado obras protegidas y qué porcentaje, por contra, correspondería a contenidos ajenos a los derechos de autor. Es muy difícil, acaso imposible, responder a esa pregunta, pero basta pensar en la ingente cantidad de soportes digitales utilizados cada año no ya por usuarios particulares, sino por universidades, hospitales, juzgados y empresas de todo tipo -desde estudios de arquitectura o fotografía a gabinetes de ingeniería- para concluir que las entidades de gestión están ingresando importantes cantidades de dinero que, simplemente, no les corresponden.

Es esta última una evidencia frente a la que se han alzado no sólo las voces críticas con la LPI -un amplio y variopinto conglomerado que, en el conocido caso de la plataforma Todos contra el canon, engloba desde asociaciones de internautas a colegios profesionales-, sino también alguna resolución judicial. En este sentido, resulta ilustrativo el caso del arquitecto malagueño Eduardo Serrano, recogido a comienzos del pasado mes de noviembre por diversos medios de comunicación. En una jugada digna del mejor estratega, Serrano reclamó a la tienda en la que compra cedés vírgenes la devolución del importe del canon en compensación por copia privada, argumentando que el cedé que había adquirido iba a ser utilizado para grabar la sentencia del juicio sobre ese mismo caso y no una obra protegida. Aunque el juzgado de primera instancia falló en su contra, el arquitecto recurrió y la Audiencia Provincial de Málaga acabó dándole la razón. Al considerarse, en virtud de la LPI, "legítima acreedora de lo que en la sentencia se ha negado" y juzgando, por tanto, que se había infringido su "derecho a la tutela judicial efectiva", la SGAE recurrió a su vez solicitando la nulidad de la resolución, pero su demanda fue rechazada de plano. Ajustándose precisamente a la LPI y diferenciando entre las entidades de gestión como acreedoras y los fabricantes e importadores como deudores, la Audiencia estimó que no había infracción en la tutela judicial de la SGAE, puesto que "en el contrato por el que se transmite en última instancia al consumidor la titularidad del CD no está legitimada directamente para intervenir la gestora". Serrano recuperó sus 0,19 euros y los contrarios al canon la esperanza en el sentido común.

La alarmista predicción se concreta en un enunciado tan simplista como falso: si nadie paga por ellos, ¿quién se va a preocupar de crear contenidos?

Otros desvaríos

Tras preguntarnos por las cifras recaudadas en concepto de canon por copia privada, y que, como ya hemos visto, distan de ajustarse a la realidad, no queda otra que interpelarse también respecto a los sistemas de reparto de lo recaudado entre los asociados a las entidades de gestión, ésos que la comisión asesora presidida por Manuel Castells consideraba "opacos e incapaces de conseguir que el autor cuya obra se utiliza en esa forma de copia privada reciba las cantidades pagadas". En el caso concreto de la SGAE respecto a las obras musicales, cuando el beneficiario de los derechos no puede identificarse con nombre y apellidos -presupuesto en el que entra de lleno el volumen de ingresos generado por la tasa de compensación- el reparto se realiza en función de... ¿lo adivinan? ¡El puesto ocupado durante ese pe-

riodo por los autores en las listas de ventas confeccionadas por la industria discográfica! Esto es, la lógica de la SGAE viene a decirnos que si Alejandro Sanz o David Bisbal son quienes más venden, son pues los más populares y que, por tanto, son las obras que ellos interpretan las más copiadas. Y así, porcentualmente, distribuye esos ingresos.

¿Necesita que vuelva a explicárselo? No se extrañe, a todos nos pasa lo mismo. Seguiré un procedimiento inverso: yo adquiero en cualquier establecimiento una copia en CD del penúltimo álbum de Björk y hago una copia en un CD-R, gravado con el canon, para llevarla en el coche, pero como la cantante islandesa no figura durante ese periodo en las listas de ventas y quien está de moda esa semana es Bustamante, finalmente serán los autores de sus canciones quienes se convierten en beneficiarios últimos de la tasa que he pagado. Inapelable, ¿verdad?

“La reacción adecuada y eficaz en la lucha contra las conductas infractoras de los derechos de los titulares deberá hacerse abriendo nuevas vías que supongan una respuesta ágil y efectiva frente a los continuos e imparable avances tecnológicos”.

En un mercado en el que el soporte físico parece destinado, si no desde luego a la extinción, sí a quedar convertido en un producto marginal para consumidores especializados, el canon en compensación por copia privada se convierte en una gallina de los huevos de oro para las entidades de gestión. De ahí el interés en que dicha tasa no afecte sólo a los soportes grabables mencionados hasta el momento, cedés y deucedés, sino también a los dispositivos que sirven para grabarlos y, en general, a cualquiera

susceptible de reproducir obras protegidas por *copyright*. La nueva ley contempla ya la extensión del canon a los reproductores de MP3, a las memorias USB y a los teléfonos móviles capaces de reproducir audio o vídeo, aunque, sin duda para descontento de las entidades de gestión, será una comisión interministerial, denominada Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual -integrada por representantes de los ministerios de Industria y Cultura-, la encargada de redactar el listado de soportes gravados con el canon. Una relación que, habida cuenta de la constante evolución del sector tecnológico, deberá ser revisada cada dos años. Además, no serán dichas entidades las que unilateralmente fijen las tarifas para cada soporte gravado, sino que tendrán que contar con el visto bueno de la comisión. ¿Evitará ésta en cualquier caso, y como ya señalan varios estudios, la paradójica circunstancia de que en determinados soportes el canon represente más del 50 por ciento

del coste final del producto?

En uno de estos análisis a los que me refiero, concretamente al publicado a finales del pasado mes de octubre por Enter, Centro de Análisis y Estudio de la Sociedad de la Información y las Telecomunicaciones, vinculado al Instituto de Empresa, el analista, Valentín Bote, estimaba que el canon en los devedés, cifrado en 1,40 euros, representa ya el 60 por ciento del coste de dicho soporte para el usuario que lo adquiere.

¿Qué panorama nos depara entonces esta nueva situación? Bien, no hay que hacer gala de cualidades adivinatorias de índole esotérica para vislumbrar que el deseo de los defensores a ultranza del canon pasaría por su implantación a los discos duros de los ordenadores y a las líneas ADSL. Sobre ambos se han lanzado en los últimos años diversos globos sonda por parte de las entidades de gestión, eso sí, con resultados tan negativos -la contestación social en este sentido no ha sido, en absoluto, minoritaria- que hasta la fecha dicha medida ha sido desestimada. Aunque, quién sabe, bien pudiera en un futuro cercano darse una nueva paradoja, la de ver cómo Industria, resistiéndose a la extensión del canon, estaría indirectamente apoyando la circulación y difusión de contenidos culturales en mayor medida que el propio Ministerio de Cultura. Porque, ¿alguien duda que justamente ése, la facilidad de acceso a la cultura, es uno de los incontestables avances que están propiciando las tecnologías de la Sociedad de la Información?

Para las entidades de gestión, no. Para éstas, como vienen defendiendo encarnizadamente, lo que las nuevas tecnologías están provocando es el saqueo indiscriminado de la propiedad intelectual; el robo sistemático y tolerado del trabajo de sus asociados. Y a la larga, así se postulan, la desaparición de la cultura, la extinción misma de la creación artística, el Apocalipsis, el acabose. La alarmista predicción se concreta en un enunciado tan simplista como falso: si nadie paga por ellos, ¿quién se va a preocupar de crear contenidos?

El objetivo de este artículo no es hallar soluciones a las posibles fórmulas de remuneración de los creadores afectados, sino apuntar algunas de las fallas y contradicciones de la reformada LPI. No obstante, parece inevitable recordar varios aspectos y detalles concretos en torno a la creación artística, sus artífices y el modo de compensar económicamente su esfuerzo. Baste señalar para ello en el caso de la música, y se ha escrito ya tanto sobre el tema que casi da cierta pereza volver a hacerlo, que con anterioridad a la aparición del registro fonográfico el salario de los músicos estaba en la interpretación en directo, así que el nuevo invento no fue bien recibido. Miles de ellos perdieron sus trabajos en salas de baile, cafés y hoteles por la sencilla razón de que a los propietarios de los locales les resultaba mucho más rentable poner a funcionar un gramófono que contratar a una orquesta. ¿Significó esto el fin de la música? No, sólo el cambio en el modelo de negocio en torno a ésta, que ma-

yoritariamente se desplazó desde la interpretación en vivo hacia el mercado de las grabaciones. Pero además, de hecho, la nueva coyuntura tampoco acabó con las interpretaciones en directo, que con el tiempo volverían a representar la mayor fuente de ingresos para los músicos, muy por delante, al menos para la gran mayoría de autores, de los beneficios derivados de la venta de discos.

Así pues, la actual situación, que guarda no pocos paralelismos con la que acabo de describir, no plantea una amenaza directa contra los músicos, sino que, bien al contrario, parece que incluso alienta el consumo de música en directo. Dejaré que lo explique un músico, Kiko Veneno, quien en una entrevista para varios de los periódicos del Grupo Joly me decía en septiembre de 2005 las palabras que siguen. "En la radio es imposible escuchar música, porque siempre suena lo mismo y, además, malo. Así que Internet es para los melómanos una gran noticia, porque te permite multiplicar los puntos de acceso a la música y conocer muchísimas cosas de las que no tenías noticias. Los melómanos de hoy, que tienen muchos más argumentos que los antiguos, están creciendo, y lo están haciendo al margen de la industria y de la radio. Y no es que sea positivo ni negativo, es que es la realidad: que a la gente le encanta la música y que ésta, como cualquier otra actividad artística, se convierte en producto y pierde su significado en el momento en que está bajo el control de un monopolio. Lo que necesita la gente es la excitación de la música real, no el producto de marketing ideado por un tío que es consejero de un banco. La música real está en Internet y en los festivales, que están llenos de grupos que no conozco. ¿Por qué? Porque no salen en los medios, no suenan en la radio. Y sin embargo hay miles de personas asistiendo a esos festivales y, a partir de ahí, mucha gente viviendo de la música. Así que resulta que la música real tiene una importancia social y económica mucho mayor que la otra. Los festivales españoles mueven más dinero en agosto que la venta de discos en El Corte Inglés durante todo un año".

A Kiko -pese a su veteranía, todavía hoy pionero en la búsqueda de sistemas de distribución de la obra y de remuneración de la misma más justos para el músico que los habitualmente propuestos por la industria discográfica- le dan la razón los datos de la Memoria Anual de la SGAE, según los cuales la asistencia a conciertos en vivo creció en España en 2005, y por cuarto ejercicio consecutivo, un 3,8 por ciento. Por lo tanto, las posibilidades de duplicar contenidos que nos proporcionan las nuevas tecnologías no son un problema esencial para el músico, sino para la industria que creció en torno a él a partir de la irrupción del registro fonográfico, la discográfica, monopolizada hoy en el 70 por ciento de su producción mundial por cuatro corporaciones -Warner, Sony-BMG, EMI y Universal- que dictan el gusto decidiendo qué se publica y promociona en los medios y qué queda fuera del mercado. De esta industria, y no de la música ni de los músicos, es el problema, y por lo tanto será ella la que tenga que adaptar su modelo de negocio a la nueva realidad si quiere sobrevivir bajo una nueva piel. Y no me cabe duda de que lo hará.

¿Es el p2p copia privada?

Volvamos ahora al concepto de copia privada, reconocida nuevamente en la reformada LPI para disgusto de la industria discográfica. Ya he apuntado que ésta se ajusta a derecho siempre y cuando la copia se haga de una obra ya difundida, para uso personal y sin ánimo de lucro. El matiz diferenciador que introduce la nueva ley es que la copia privada aparece reseñada de forma exclusiva como "la realizada por una persona física para uso privado y a partir del original". Al mismo tiempo, se altera el tradicional concepto de distribución, pasando a encuadrar en tal "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". Sendos reajustes están hechos, qué duda cabe, pensando en las redes *peer to peer* (o p2p), última bestia negra de las sociedades de gestión de derechos y de las industrias discográfica y cinematográfica -como antes lo fueron, en menor medida, las cintas de cassettes y el vídeo doméstico- y ventana abierta al mundo de la creación artística para millones de internautas en todo el planeta.

Introducidas en la ley ambas matizaciones, ¿significa que el intercambio de obras protegidas a través de redes p2p es en España un acto constitutivo de delito? A día de hoy, diríase que no. Con relación al nuevo Código Penal y a la reforma de la LPI, entonces aún en proceso, el fiscal general del Estado, Cándido Conde Pumpido, emitió el pasado 5 de mayo una circular dirigida a los fiscales jefes con algunas interesantes reflexiones sobre la interpretación de la ley en materia de vulneración de derechos de Propiedad Intelectual en el ámbito de la Sociedad de la Información.

Pese a lo farragoso de la jerga jurídica, vale la pena detenerse en este texto para, al menos intentar, aclarar de una vez por todas algunos conceptos a menudo manipulados desde las sociedades de gestión de derechos y las industrias discográfica y cinematográfica (incluso con cargo al erario público: recuérdese la famosa campaña del Ministerio de Cultura Ahora la ley actúa). Hagamos entonces el esfuerzo y repararemos, en concreto, en el apartado III.2.c, Las conductas de lesión de los derechos

No pocos discos de audio van dotados de medidas informáticas que obstaculizan, en principio, no sólo la realización de un duplicado en CD-R, sino también su conversión en ficheros MP3 que nos permitan escuchar en nuestros reproductores portátiles aquello que hemos comprado.

de propiedad intelectual a través de los medios de la sociedad de la información. Dice Conde Pumpido que "algunas de las nuevas formas de posible vulneración de los derechos de explotación están representadas por la utilización de medios telemáticos y en concreto por Internet. Existe una gran sensibilización tanto desde el ámbito correspondiente a quienes ostentan la titularidad de los derechos (productores de fonogramas u obras audiovisuales), o de las entidades que les representan y gestionan sus derechos, como desde el ámbito de los usuarios de nuevas tecnologías acerca de la interpretación que debe darse a determinados comportamientos vinculados a la utilización de Internet como medio para la obtención por parte de los usuarios de las obras protegidas. Nos referimos a las generalizadas prácticas de "bajar de la Red" obras musicales o audiovisuales, o a los supuestos en que se comparten ficheros dispersos en los ordenadores de los múltiples usuarios interconectados (sistema p2p o *peer to peer*)."

En un párrafo posterior, el fiscal general del Estado realiza una importante consideración respecto al posible carácter delictivo del uso del p2p. "En cuanto a la tipificación de la conducta de quien coloca a través de un servidor en un sitio de la Red obras protegidas sin autorización del titular de los derechos de explotación, puede incardinarse dentro de los supuestos de comunicación no autorizada, pero en este supuesto, si no está acreditada ninguna contraprestación para él, no concurrirá el elemento típico del ánimo de lucro, pudiendo perseguirse esa conducta sólo como ilícito civil. Respecto del usuario que "baja o se descarga de la Red" una obra, y obtiene ésta sin contraprestación como consecuencia de un acto de comunicación no autorizado realizado por otro, realiza una copia privada de la obra que no puede ser considerado como conducta penalmente típica".

Disculpe si a partir de ahora soy yo quien realiza el ejercicio de interpretar a Conde Pumpido, pero la conclusión que extraigo es que éste hace girar en torno al ánimo de lucro la decisión última que llevará a discriminar entre delito e ilícito civil, el primero perseguible de oficio por la fiscalía y el segundo reservado a cuantos recursos pudieran presentar, por vía civil, que no penal, quienes sintieran vulnerados sus derechos. Es más, frente a una lectura extensiva del ánimo de lucro, ésa que postulan las entidades de gestión y la industria cultural -y que podría concretarse en un sí no paga, está usted lucrándose porque se ahorra el dinero-, el fiscal general especifica que "el elemento subjetivo del ánimo de lucro exigido por el tipo penal no puede tener una interpretación amplia o extensiva, sino que debe ser interpretado en el sentido estricto de lucro comercial, relegando al ámbito de las infracciones de carácter civil los supuestos de vulneración de derechos, en los que puede estar implícito un propósito de obtención de algún tipo de ventaja o beneficio distinto del comercial".

"La reacción adecuada y eficaz en la lucha contra las conductas infractoras de los derechos de los titulares -continúa-, deberá hacerse abriendo nuevas vías que su-

pongan una respuesta ágil y efectiva frente a los continuos e imparable avances tecnológicos, teniendo en cuenta que la expansión continua del derecho penal en esta materia, criminalizando todo comportamiento que infrinja formalmente los derechos de autor, así como a un amplio sector de la sociedad que utiliza los avances tecnológicos para acceder a las obra protegidas, no sólo es contraria al principio de intervención mínima que rige en derecho penal, sino que además resultaría de dudosa operatividad para la protección de los derechos". O por decirlo de otro modo, Conde Pumpido no sólo duda de la efectividad real de convertir los juzgados en un atolladero de denuncias contra los usuarios de redes p2p, sino que advierte de que criminalizar a éstos, cuyas prácticas están desde la perspectiva social ampliamente asumidas, va en contra de los principios mismos del derecho penal.

Así pues, el fiscal general tiende a conciliar y "coordinar la protección de los derechos de los titulares frente a las conductas vulneradoras que utilizan dichas tecnologías con los derechos de los usuarios de los servicios de la sociedad de la información, excluyendo del ámbito penal las conductas que si bien lesionan formalmente los derechos reconocidos a los titulares en la legislación específica sobre la materia, resultan ser de menor entidad, reservando la protección penal de los derechos de propiedad intelectual a los supuestos de infracción más grave de los mismos". O nuevamente expresado de otra forma, guardémonos las acciones penales para las conductas inequívocamente constitutivas de delito -por ejemplo, el top manta a escala industrial- y evitemos convertir en peligrosos criminales a los usuarios de eMule.

Confío en que la cita textual de la circular de Conde Pumpido no resulte excesivamente fastidiosa, sobre todo porque aún aguarda un último y significativo párrafo. "Por lo anterior, hay que entender que las conductas relacionadas con la utilización de nuevas tecnologías para la comunicación u obtención de obras protegidas, tales como las de 'colocar en la Red o bajar de Internet' o las de intercambio de archivos a través del sistema p2p, sin perjuicio de poder constituir un ilícito civil, frente al que los titulares podrán ejercitar las correspondientes acciones en dicha vía, no reúnen, en principio, los requisitos para su incriminación penal si no concurre en ellas un ánimo de lucro comercial".

El caso Santander

Traduzcamos ahora todo esto a efectos prácticos y nos encontraremos con una resolución judicial tan llamativa como la dictada a comienzos del pasado mes de septiembre por la juez de lo Penal número 3 de Santander, Paz Aldecoa, por la que absolvía a un acusado de compartir ficheros musicales a través de Internet, bien mediante el uso de redes p2p o anunciando su disposición al intercambio en diversos foros y chats.

J.M.L.H., de 48 años, había sido denunciado por el Ministerio Fiscal, la Asociación Fonográfica y Videográfica Española (Afyve), luego denominada Promusicae, y la Asociación Española de Distribuidores y Editores de Software de Entretenimiento (Adese). El fiscal, que observaba el comportamiento del acusado constitutivo de delito, pedía para él nada menos que dos años de cárcel, 16 meses de multa a razón de 15 euros diarios y la obligación de indemnizar a Afyve con 18.361 euros, amén de liquidar con Adese otra indemnización que se fijaría en la sentencia. Parece pues evidente que dicho fiscal ignoraba u obviaba las consideraciones de Conde Pumpido en la circular anteriormente referida, o que, al menos, entendía que en la conducta del acusado había existido ánimo de lucro.

Sin embargo, no advirtió lo mismo la juez Aldecoa. Su resolución dictaba que la intención del acusado no era "en ningún caso comercializar con el material audiovisual del que dispone, sino simplemente hacerse con copias de productos que le interesan bien a través de descargas de la Red o bien mediante el intercambio con otros usuarios de Internet". Puesto que "ni mediaba precio ni aparecían otras contraprestaciones que la propia de compartir entre diversos usuarios el material del que disponían", Aldecoa estimaba que la conducta del acusado entraba en conexión "con la posibilidad que el artículo 31 de la Ley de Propiedad Intelectual establece de obtener copias para uso privado sin autorización del autor; sin que se pueda entender concurrente ese ánimo de obtener un beneficio ilícito. Entender lo contrario -añadía- implicaría la criminalización de comportamientos socialmente admitidos y además muy extendidos en los que el fin no es en ningún caso el enriquecimiento ilícito, sino el ya reseñado de obtener copias para uso privado. Todo ello lleva a la conclusión de que en este caso no se ha producido una infracción merecedora de sanción penal".

Antonio Guisasola, presidente de Promusicae, entidad que dice representar a "más del 95 por ciento de la actividad nacional del sector de la música grabada", definió la sentencia de Aldecoa como "un disparate" (declaraciones a la agencia Efe del pasado 2 de noviembre). Por su parte, y en relación con esta resolución, el ministro de Justicia, Juan Fernando López Aguilar, consideró que el régimen jurídico de la copia privada "está aún por perfilar" (manifestaciones a la misma agencia la misma fecha). Lo primero no extraña -la industria discográfica y las entidades de gestión celebran cada victoria judicial con tanto entusiasmo como desdén emplean luego a la hora de descalificar a los causantes de sus reveses-, pero lo segundo resulta increíble. Tras la entrada en vigor del nuevo Código Penal, tras la entrada en vigor de la nueva LPI, ¿piensa acaso el ministro que aún no está jurídicamente perfilado el concepto de copia privada? ¿Qué o quién debe definirlo entonces? ¿Cuándo y dónde lo hará? ¿Y a qué intereses deberá de amoldarse éste?

Si algo se ha criticado de esta ley, amén de los aspectos ya señalados, es su cerca-

nía a los postulados defendidos por las entidades de gestión y la industria cultural y su distancia de la realidad social; el hecho de que, con ánimo intervencionista, se protejan modelos de negocios concretos mientras se obstaculiza el desarrollo de otros. Tras una sentencia como la de Santander, afirmar que el concepto de copia privada "está aún por perfilar" bien pudiera entenderse como el descubrimiento de un molesto agujero en un traje hecho a medida, que habrá que remendar. Una lectura francamente inquietante, tanto, al menos, como esas noticias que de cuando en cuando nos sirven los medios sobre cursos de formación a los jueces en materia antipiratería impartidos por especialistas integrados en... ¡Promusicae y SGAE! ¿Cabe mayor desatino que el hecho de que sea una de las partes en conflicto la que pretenda adoctrinar a la Justicia sobre su modo de actuación? Ya ve que sí.

Desestimada la vía penal en el caso del p2p -aunque las entidades de gestión, la industria cultural e incluso algún fiscal aún se empeñen en lo contrario-, habrá que señalar un último apunte sobre la posibilidad por parte de los titulares de derechos de acudir a la vía civil en el caso de considerar vulnerados éstos. Pero, ¿qué tipo de compensación pueden exigir por dicha vía si los usuarios ya están pagando un canon en compensación por copia privada? Pese a las constantes amenazas por parte de Promusicae de llevar a los usuarios españoles de p2p a los tribunales, hasta la fecha, al menos que a mí me conste, no se ha producido ninguna reclamación por vía civil. De llevarse a cabo finalmente, que prospere o no será algo que con casi total certeza comprobaremos en los próximos meses.

Una coda contradictoria

Dejo para el final y de forma breve una contradicción que la nueva LPI no resuelve, y que no es otra que la de ilegalizar la programación, distribución o incluso mera posesión de software anticopia, ése que, llegado el caso, nos permite ejercer nuestro derecho a la copia privada cuando nos encontramos frente a una obra audiovisual protegida por algún medio tecnológico. Téngase en cuenta lo que pagamos al comprar una obra original, el canon que abonamos en compensación por copia privada al adquirir una unidad grabadora -incluso entendiendo éste de forma indirecta, esto es, derivado de la repercusión en el precio final de lo liquidado por el fabricante o importador- y lo gravado por el mismo concepto en cada soporte grabable o susceptible de almacenar la obra que obtenemos. Aún así, en la práctica, nada nos garantiza que podamos ejercer ese derecho, puesto que la ley, aunque con limitaciones, permite al editor de la misma la implementación de medidas tecnológicas que dificulten su duplicación.

Sin embargo, atendiendo al derecho a la copia privada y al pago del canon, al mismo tiempo lo obliga a facilitar al sujeto que adquiere un original la realización de duplicados -en el borrador de la ley se especificaba que éstos tendrían que ser al

menos tres, límite posteriormente desestimado en la redacción final-, una obligación que, a día de hoy, es todavía sistemáticamente incumplida por parte de la industria discográfica y por la práctica totalidad de la videográfica. Un alto porcentaje de los DVD presentes en nuestro mercado, por no decir todos, está protegido por un sistema de encriptación que impide su copia directa, requiriendo para tal el uso de software capaz de eludirlo. Del mismo modo, no pocos discos de audio van dotados de medidas informáticas que obstaculizan, en principio, no sólo la realización de un duplicado en CD-R, sino también su conversión en ficheros MP3 que nos permitan escuchar en nuestros reproductores portátiles aquello que hemos comprado.

¿Qué cabe hacer entonces frente a esta realidad? En Francia, país en el que, como se dijo anteriormente, rige el mismo derecho de copia privada, se ha dado ya el caso de alguna sentencia obligando a las editoras a retirar de sus productos audiovisuales los sistemas anticopia. En España, de momento, parece que no queda otra que acudir también a los tribunales a reclamar el ejercicio de un derecho por el que pagamos todos, lo practiquemos o no.

Blas Fernández trabaja en la actualidad como redactor de cultura y crítico de música pop en Diario de Sevilla, periódico en el que ha publicado numerosos artículos, entrevistas y columnas de opinión en torno a la reforma de la Ley de Propiedad Intelectual y a la difusión de contenidos culturales en Internet.