

INFORME 2010 DE LA *INTERNATIONAL INTELLECTUAL PROPERTY ALLIANCE* (IIPA) SOBRE PROTECCIÓN Y APLICACIÓN DE LA NORMATIVA DE PROPIEDAD INTELECTUAL EN ESPAÑA

Traducción y notas a cargo de
Sebastián LÓPEZ MAZA,
Patricia MARISCAL GARRIDO-FALLA,
Gemma MINERO ALEJANDRE,
Nieves MORALEJO IMBERNÓN y
Rafael SÁNCHEZ ARISTI

El texto que se ofrece a continuación constituye una traducción, en versión resumida, del Informe para el año 2010 presentado por la IIPA ante la Oficina del Representante de Comercio de Estados Unidos (United States Trade Representative, ó USTR) sobre protección y aplicación de la normativa de propiedad intelectual en España. Dicho Informe [al que nos referiremos como el Informe IIPA, o simplemente como el Informe] se enmarca a su vez en el contexto del Informe anual — conocido como «Special 301 Report», en referencia a la Sección originaria de la Trade Act de 1974 en la que se contemplaba— que el USTR debe hacer público acerca de los países extranjeros que no otorgan una protección adecuada y efectiva de los derechos de propiedad intelectual, o que no aplican barreras de acceso justas y equitativas a los americanos cuya actividad depende de la protección de la propiedad intelectual. En la actualidad, tras la reforma de la Trade Act por la Omnibus Trade and Competitiveness Act de 1988 y la Uruguay Round Agreements Act de 1994, la regulación del Informe anual del USTR a este respecto se contempla en la sección 2242 del Capítulo 12, Título 19, del U. S. Code.

La IIPA es una coalición privada creada en 1984 que agrupa a su vez a siete asociaciones representativas de las industrias americanas de contenidos, las cuales aúnan sus esfuerzos para conseguir impulsar la protección internacional y la observancia a nivel mundial de los derechos de propiedad intelectual, así como la apertura de mercados extranjeros cerrados por la piratería y otras barreras de acceso. Sus miembros son la Association of American Publishers (AAP), la Business Software Alliance (BSA), la Entertainment Software Association (ESA), la Independent Film & Television Alliance (IFTA), la Motion Picture Association of America (MPAA), la National Music Publishers' Association (NMPA) y la Recording Industry Association of America (RIAA). Todas ellas representan a cerca de 1.900 compañías americanas que producen y distribuyen a nivel mundial toda clase de materiales protegidos por derechos de propiedad intelectual.

El Informe anual que la IIPA presenta ante el USTR contiene datos procedentes de casi 80 países de todo el mundo, de los cuales analiza la legislación sobre propiedad intelectual y el grado de aplicación efectiva de la misma. El Informe persigue la introducción de mejoras en este campo, lo que a su vez permitirá un mayor desarrollo cultural y tecnológico en todos esos países, deteniendo la piratería y favoreciendo la inversión, la creatividad, la innovación y el empleo. La IIPA también lucha por conseguir que los derechos de propiedad intelectual se conviertan en un componente nuclear dentro del marco legal para el crecimiento del comercio electrónico global, en el entendimiento de que una sólida protección de los derechos de propiedad intelectual es esencial para exprimir todo el potencial social y económico del comercio electrónico.

Además del Informe en sí, o mejor de la versión extractada y traducida del mismo, el lector encontrará también unas anotaciones al texto, al hilo de determinados asertos o datos contenidos en el mismo. Algunas de ellas son puramente informativas o aclaratorias, mientras que en otras se contraponen algún argumento a lo afirmado en el Informe. La negrita que aparece en algunos pasajes a fin de destacarlos, es también una agregación a cargo del equipo de traductores y anotadores.

1. LA PIRATERÍA EN ESPAÑA

En términos generales, según el Informe, puede decirse que **en España la piratería de productos audiovisuales, música, grabaciones y software de entretenimiento ha suplantado al mercado legal**, dificultando extremadamente la distribución autorizada de este tipo de productos y servicios.

A continuación, se detalla el estado de la cuestión en las diferentes industrias afectadas por este problema.

1.1. Piratería en Internet

En lo que a la piratería en Internet se refiere, es preciso partir del dato de que en España existen actualmente **veintinueve millones de usuarios de esta red**, lo cual representa un 71.8% de la población española total, un 16.8% más que en el año 2007. Pero, sobre todo, es de reseñar que, desde el año 2000, el incremento en el número de usuarios de Internet ha sido del 440%.

Señala la IIPA el año 2007 como aquel en que la piratería en Internet eclosiona; desde ese momento la actividad ilegal ha ido aumentando de forma desmesurada. Estudios comparativos en el ámbito de la industria de la música, de las películas y de los videojuegos demuestran que España es uno de los países más afectados por la piratería en el mundo. Por ejemplo, **el seguimiento de intercambios ilegales de películas sitúa sistemáticamente a España entre los**

cinco peores países en número absoluto de descargas, y frecuentemente en el número uno, a nivel mundial, en términos de descargas de copias ilegales de películas por persona. Por otra parte, un estudio de mercado llevado a cabo recientemente por agentes de la industria del *software* pone de manifiesto que **España es la número dos en volumen total de descargas de videojuegos a través de plataformas *peer-to-peer* (P2P),** y también la **número dos en volumen de descargas de *software* de entretenimiento por persona.** En definitiva, España es el país con mayores problemas de piratería dentro de los mercados europeos, con un 32% de usuarios de Internet que utilizan frecuentemente las plataformas P2P para descargarse música de forma ilegal. Estas cifras superan el doble de la media europea, situada en un 15%.

El alcance del problema de la piratería dentro de la industria de contenidos es enorme. El **mercado de la música legal en España** —el más afectado por la piratería en Internet— **ha quedado reducido a un tercio de lo que era en el año 2001.** Estudios realizados por *GFK* (prestigiosa empresa dedicada a la investigación de mercados a nivel internacional) han revelado que 8.6 millones de personas llevaron a cabo descargas ilícitas a través de redes P2P en el año 2008 en España. Combinando estos datos con la media del volumen de descargas (57.4 archivos por persona según un informe del Ministerio de Cultura del año 2007), la Federación Internacional de la Industria Fonográfica (IFPI) estima que en España se descargaron de forma ilegal dos billones de canciones en 2008.¹ Esta cifra resulta desproporcionada si la comparamos con los 7.3 millones de canciones descargadas de forma legal.

La oferta ilegal de música en España puede resumirse en los siguientes datos: un 60% a través de intercambio de archivos en plataformas P2P, un 30% a través de páginas web en las que se insertan enlaces directos a los archivos ilegales; y un 10% mediante blogs, FTP, *cyberlockers* y otros sistemas (*chat, e-mail...*). Un estudio realizado por *Jupiter*² en 2009 demuestra que **España tiene una fuerte predisposición al uso de plataformas P2P, en comparación con**

¹ Hay que recordar que en el ámbito anglosajón el término «billion» hace referencia a mil millones y no a un millón de millones. Más allá de esta precisión, debe señalarse que resulta poco rigurosa la combinación de datos procedentes de distintas fuentes estadísticas. En el estudio del Ministerio de Cultura al que se refiere el Informe IIPA (que no es otro que la *Encuesta de hábitos y prácticas culturales en España 2006-2007*), el dato de los 57,4 temas musicales grabados o descargados como media, por trimestre, se proyecta sobre un grupo de personas que representa, a su vez, tan sólo el 10% de la población total del país. Por otra parte, de dicho estudio no se deriva en absoluto que esos 57,4 temas musicales de media trimestral, grabados o descargados por ese porcentaje de la población, respondan a descargas ilícitas, ya que ese dato no se desagrega en la encuesta. Es más, el hecho de que el dato se refiera a temas musicales no sólo descargados, sino también grabados, hace que la variable no pueda cruzarse sin más con la del número de personas que realizaron descargas ilícitas en ese periodo. De todo ello resulta que la cifra de dos mil millones de canciones ilícitamente descargadas que da el Informe IIPA carezca por completo de base estadística. La *Encuesta de hábitos y prácticas culturales en España 2006-2007* está disponible en <<http://www.mcu.es/estadisticas/MC/EHC/2006/Presentacion.html>>

² *Jupiter Media Matrix* es una empresa americana dedicada a la investigación de mercados.

otros mercados europeos. A pesar del crecimiento de otras formas de piratería *on line*, el P2P continúa dominando el mundo de las descargas ilegales en la industria de la música en España. La industria de este sector ha subrayado que el actual Proyecto de Ley de Economía Sostenible fracasa en el tratamiento que hace del grueso de los problemas de la piratería *on line* de la industria musical, en concreto en el tema del uso de plataformas *peer-to-peer* para intercambiar archivos entre particulares sin necesidad de acudir a un sistema centralizado de alojamiento.

Los datos revelan un enorme daño a la industria legítima. La cantidad total obtenida por las ventas de grabaciones musicales en España ha descendido de los 626 millones de euros en 2001 hasta los 257 millones en 2007, lo que significa un descenso del 59%. En términos de ejemplares vendidos, en 2001 se vendieron 73 millones de CD's, frente a los 31 millones de 2007; en total un descenso del 57%. Debido a esta caída de las ventas, el 50% de los empleados del sector musical han perdido su trabajo en los últimos años.³ En lo que se refiere al mercado digital, en 2008 se descargaron 2.2 millones de archivos de forma ilegal, lo cual quiere decir que sólo un 0.1 de las descargas de archivos se realizó de forma legal. Dicho de otra manera, **el problema de la piratería musical se extiende al 99.9% del mercado español.**⁴

Dentro de la **industria de los videojuegos**, la *Entertainment Software Association* (ESA) señala que los niveles de piratería en España han empeorado en 2009. Las plataformas P2P son aún la primera modalidad de piratería que afecta a este sector; junto con sitios web proveedores de enlaces a contenidos infractores. **La piratería *on line* es ahora el mayor problema para esta industria, con descargas ilegales que superan claramente el problema de la piratería de ejemplares físicos.**

En cuanto a la **industria del cine**, la piratería en Internet resulta especialmente dañina cuando lo que se pone a disposición del público son películas que aún no han sido estrenadas en España. La *Independent Film & Television Alliance* (IFTA), a través de un programa de seguimiento llevado a cabo en el último trimestre de 2009 sobre 90 películas, pudo comprobar la existencia de hasta 4.500.000 infracciones a través de plataformas P2P y casi 50.000 a través de páginas web. A medida que la banda ancha ha ido penetrando en España,

³ A pesar del enorme impacto de la piratería en las cuentas de resultados de las empresas del sector musical, no puede dejar de precisarse que no existe una correlación perfecta entre el volumen del mercado ilícito y las pérdidas causadas a los agentes en el mercado legal. Sin duda éste ha sufrido a la vez un ajuste derivado de sus propias necesidades de redimensionamiento, por más que dicho ajuste se haya acelerado a consecuencia de la presión ejercida por el vertiginoso crecimiento del mercado ilegal.

⁴ Estas cifras se antojan a todas luces exageradas, como ya hemos explicado, puesto que parten de un volumen de archivos ilegalmente descargados que no resulta corroborado por las estadísticas que —menos rigurosamente de lo que debiera— maneja el Informe.

algunas de las compañías miembros de IFTA han ido celebrando acuerdos con proveedores de servicios para poner a disposición del público contenidos de forma legal. Sin embargo, estos acuerdos no han tenido mucho éxito, dado el gran número de servicios ilegales de descargas disponible. Desde 2004, el volumen de ventas de DVD's ha caído un 46% y el número de videoclubs ha descendido de 12.000 a 3.000. **El Ministerio de Cultura indica que el mercado audiovisual español se ha reducido en un 12.4% en 2009.**

Los estudios muestran que aproximadamente el 52% de la actividad infractora en España ha sido llevada a cabo por abonados de Telefónica (más de 620.000 descargas al mes en 2009) y que ésta, junto con Jazztel y Uni2, se sitúan entre las diez compañías proveedoras de acceso cuyas redes son utilizadas más frecuentemente para el intercambio de archivos. Parece algo evidente que la **realización de esfuerzos de cooperación por parte de estas compañías prestadoras de servicios de acceso** con los titulares de los derechos para detener la actividad ilícita a través de las plataformas P2P **supondría un descenso significativo en los niveles de piratería on line.**

1.2. Piratería física y comunicación pública no autorizada de música y fonogramas

El Informe otorga también una gran importancia a la **venta callejera de copias ilegales** de productos musicales. Este tipo de actividad ha crecido entre un 18% y un 24% en ciertas comunidades españolas. Estos niveles, que se esperaba hubieran decrecido en el año 2009, no sólo se han mantenido, sino que, de hecho, muestran un incremento en ciertas regiones como Andalucía, Cataluña, Murcia y Valencia, debido a la crisis económica y al consecuente incremento de vendedores callejeros. Los datos empíricos no dejan lugar a la duda: un estudio llevado a cabo por Promusicae⁵ en noviembre de 2009, en el que se investigaba el nivel de ventas callejeras de copias ilegales durante el mes de octubre de ese año en 25 ciudades, reveló que el número de vendedores usuales de CD's pirata excedía de 1200 y podía alcanzar los 2000 durante la primavera y el verano de 2010. La encuesta mostraba que el 53.4% de las ventas eran llevadas a cabo por «mochileros» («top mochila»), el 26.7% en mercadillos, y el 18.6% a través del conocido sistema del «top manta».

Uno de los los agravantes de esta situación es que, por primera vez, la industria de la música ha detectado la aparición de CD's con grabaciones musicales que aún no han salido al mercado. Esta piratería de preestrenos no parece haberse extendido mucho todavía, pero sí tiene visos de aumentar

⁵ Acrónimo de «Productores de Música de España», asociación que aglutina los intereses mayoritarios de este colectivo en España, y que tiene su referente internacional en la IFPI (Federación Internacional de la Industria Fonográfica).

en la medida en que las redes de piratería callejera se ven obligadas a satisfacer una creciente demanda de nuevos contenidos para poder competir con la oferta de la piratería *on line*.

Como consecuencia de esta actividad ilícita, el mercado español de la música ha sufrido un espectacular colapso. **Las ventas se han reducido en la primera mitad de 2009 un 31% más que en el mismo período del año anterior.** Según AGEDI (entidad de gestión que aglutina a los productores musicales), se ha experimentado una pérdida del 40% de los puestos de trabajo dentro de las compañías productoras en los últimos 4-5 años. Para llamar la atención sobre esta apremiante situación económica, el 1 de diciembre de 2009, los trabajadores de las productoras musicales se congregaron a las puertas del Ministerio de Industria bajo los lemas «la música es cultura» y «la música es empleo», para pedir al Gobierno que lleve a cabo actuaciones más duras y eficaces para la protección de la industria musical. Aunque se han celebrado varias reuniones entre representantes de los productores y el Ministro de Industria, lo cierto es que, hasta la fecha, no se ha tomado todavía ninguna medida.

El Informe también menciona que en los últimos tiempos han aparecido **nuevos nichos de negocios ilegales relacionados con la comunicación pública de fonogramas en locales de ocio.** Es éste el caso de compañías que reproducen música no autorizada en formato de audio y vídeo en máquinas tipo gramola que funcionan con monedas (*juke boxes*), o la cada vez más frecuente actividad de colocar ordenadores portátiles en los que se reproduce y comunica públicamente música sin licencia en pubs, bares y discotecas.⁶

1.3. Distribución de películas y grabaciones audiovisuales ilícitas y captura no autorizada en salas de cine

La *Motion Picture Association* (MPA), junto con su homóloga española, la Federación para la Protección de la Propiedad Intelectual (FAP), señalan **que la piratería de ejemplares físicos de películas en España continúa dañando el mercado español.** En 2009, se vendieron 25 millones de DVD's piratas, una cifra verdaderamente elevada si se tiene en cuenta que en el mercado le-

⁶ Es cierto que SGAE y otras entidades de gestión del sector musical se ven obligadas a entablar cotidianamente pleitos contra empresarios de hostelería que se niegan a pagar las tarifas correspondientes argumentando, entre otras cosas, que no necesitan licencia por no pertenecer la música que comunican al repertorio de dichas entidades. Sin embargo, aparte de que se trata de un fenómeno que no alcanza, ni de lejos, la magnitud de la piratería física de soportes musicales, el conflicto se plantea en unos términos muy diferentes, ya que quienes lo protagonizan intentan discutir con argumentos jurídicos de mayor o menor calado la legitimidad de aquellas entidades para percibir, en el caso concreto, la remuneración que reclaman. Ello impide equipararlos, sin más, a los infractores involucrados en la piratería física, cuya única aspiración es pasar desapercibidos para los titulares de los derechos que infringen, pero que ningún argumento jurídico de relieve pueden oponer a las acciones entabladas por éstos.

gal se distribuyeron 30 millones de DVD's. Mientras que en algunos municipios la prohibición de las ventas callejeras ha surtido algunos efectos, en las grandes ciudades como Madrid, Barcelona, Valencia, Málaga o Sevilla, la situación permanece igual. La FAP señala que la policía está llevando a cabo numerosas actuaciones para tratar de detener esta actividad. Sin embargo, la cooperación judicial es aún muy pobre. **Se prevé que el daño causado por la piratería a esta industria sea tal que en un futuro desaparezca por completo el mercado legal.** Por lo pronto, algunos distribuidores nacionales están demandando últimamente una rebaja en las cantidades que tienen que abonar por las licencias debido al descenso de la venta de DVD s que la piratería ha provocado.

De forma paralela a la distribución de copias ilícitas de películas está teniendo lugar otro fenómeno, cada vez mayor, que consiste en la captura no autorizada de películas por medio de cámaras de video domésticas en salas de cine para su posterior reproducción y puesta a disposición del público en la red (*camcording*). La MPA informa de que 114 películas fueron grabadas en las salas españolas durante 2009. Lo más grave es que muchas de las grabaciones se realizaron el mismo día del estreno de la película, y fueron difundidas casi inmediatamente por servidores españoles y de Sudamérica. Sólo en dos casos se han llevado a cabo actuaciones policiales y, en ambos, tras exhaustivas investigaciones llevadas a cabo por FAP y EGEDA. El Ministerio Fiscal no parece proclive a perseguir este tipo de acciones por vía criminal.⁷

⁷ Frente a esta última observación, cabe anotar que el acto perseguible desde la óptica de los delitos relativos a la propiedad intelectual es la ulterior comunicación pública de la grabación efectuada, y no tanto la captación en sí de la película durante la proyección de la misma en una sala de cine, que —al menos en hipótesis— podría tener amparo en el límite de copia privada. El *camcording* representa, eso sí, una conducta reprimible desde el punto de vista de la policía de espectáculos. De hecho, el artículo 15.3 de la Ley 55/2007, de 28 de diciembre, del Cine prohíbe [como el Informe IIPA no ignora, pues se refiere a ese precepto al hablar más adelante de dicha Ley], «la grabación de películas proyectadas en salas de exhibición cinematográfica o en otros locales o recintos abiertos al público, incluso los de acceso gratuito», añadiendo que «los responsables de las salas de exhibición o de los demás locales o recintos citados en el párrafo anterior velarán por evitar tales grabaciones, advirtiendo de su prohibición y pudiendo prohibir la introducción de cámaras o cualquier tipo de instrumento destinado a grabar imagen o sonido. Asimismo, comunicarán a los titulares de las obras cualquier intento de grabación de las mismas». Sin embargo, la citada Ley no tipifica ninguna infracción relativa al incumplimiento de dicha obligación. Cabría pensar en la imposición de una sanción a la luz del artículo 59.1.e) y 59.2 del Reglamento General de Policía de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas, aprobado por RD 2816/1982, de 27 de agosto. Asimismo, dependiendo de las circunstancias, podría ser de aplicación el artículo 558 CP (que castiga con pena de prisión de tres a seis meses, o multa de seis a doce meses, como autores de un delito contra el orden público, a los que perturben gravemente el orden, entre otros casos, «con motivo de la celebración de espectáculos deportivos o culturales»), o más probablemente el artículo 633 CP (que tipifica una falta contra el orden público, en virtud de la cual procederá la pena de localización permanente de dos a doce días y multa de diez a treinta días, cuando esa misma perturbación hubiera tenido carácter leve).

1.4. Piratería de *software* de entretenimiento

Aunque la piratería de ejemplares físicos continúa siendo un problema, el crecimiento de la piratería *on line* representa el mayor obstáculo a la industria del *software* de entretenimiento. La cada vez mayor disponibilidad de «*mod chips*» y aparatos duplicadores de juegos que burlan las medidas tecnológicas agrava el problema, en la medida en que tales dispositivos son necesarios para producir y poder luego hacer uso de las copias ilegales.

Aunque es cierto que algunas de las acciones llevadas a cabo contra fabricantes y distribuidores de este tipo de aparatos han concluido de forma favorable a los demandantes, en los últimos tiempos se han dictado también sentencias en las que se proclama la legalidad de los «*mod chips*». En concreto, **la Audiencia Provincial de Valencia, en auto de 7 de marzo de 2008**⁸, consideró que estos dispositivos, si bien podían instalarse en videoconsolas para permitir la utilización de juegos no originales, también servían para ejecutar juegos originales de otras zonas y para convertir la consola en un ordenador personal apto para realizar múltiples tareas absolutamente lícitas y que, por tanto, no eran ilegales. De modo similar, una decisión de un Juzgado de Salamanca de 2009 consideraba legales estos dispositivos en la medida en que eran susceptibles de ser utilizados para otros fines distintos a la reproducción de juegos no originales. Considera la IIPA que ambas sentencias absolutorias descansan sobre un razonamiento incorrecto, pues parecen olvidar el hecho de que el propósito principal de estos aparatos es la supresión de las medidas tecnológicas de protección⁹. En último término, los importadores y exportadores de dispositivos duplicadores de juegos, reclaman la legalidad de estos aparatos sobre la base de que están fabricados para proveer a los sistemas portátiles de nuevas funcionalidades o para posibilitar la utilización de aplicaciones caseras. Hasta la fecha no hay ninguna decisión judicial en España que haya declarado la ilegalidad de estos aparatos duplicadores de juegos. Con todo, la policía ha llevado a cabo numerosas redadas, incautándose de muchos de estos productos.

⁸ Westlaw ARP 2008\250.

⁹ Es verdad que el artículo 160.2 LPI prevé que los titulares de propiedad intelectual puedan entablar acciones de protección de sus derechos contra quienes fabriquen, importen, distribuyan, vendan, alquilen, publiciten para la venta o el alquiler, o posean con fines comerciales cualquier dispositivo, producto o componente que esté *principalmente* concebido, producido, adaptado o realizado con la finalidad de permitir o facilitar la elusión de una medida tecnológica de protección, o que tenga una finalidad o uso comercial limitado al margen de la elusión de la medida. Sin embargo, este precepto, que se halla complementado a nivel penal por el artículo 270.3 CP, se refiere a las medidas tecnológicas que impiden o restringen actos no autorizados relativos a obras o prestaciones protegidas. El dispositivo que permite ejecutar o visionar una copia pirata de un videojuego no tiene como finalidad directa la elusión de la medida tecnológica que protegiera la copia original del videojuego, por más que sirva para disfrutar de un producto para cuya elaboración se ha tenido que sortear una medida de ese tipo.

1.5. Piratería de *software* empresarial

La *Business Software Alliance* (BSA) señala que la piratería de *software* empresarial en España no se encuentra aún excesivamente desarrollada, por tener el país un tejido empresarial formado, principalmente, por pequeñas y medianas empresas. Sin embargo, y debido a la crisis económica, la BSA ha detectado que algunas grandes organizaciones están reduciendo su presupuesto para la compra de *software* y han decidido ahorrar en este concepto aun a riesgo de utilizar *software* sin licencia. En un esfuerzo para combatir esta situación, la BSA, con el apoyo del Ministerio de Industria, llevó a cabo el pasado año una campaña de concienciación de dimensiones nacionales dirigida a las 200 empresas más importantes de España. Esta campaña incluyó seminarios en Madrid, Barcelona, Sevilla y Valencia, se proporcionaron guías de buenas prácticas para el uso de *software* legal, y se entablaron debates con los directivos de las empresas sobre los riesgos relacionados con el uso de *software* ilegal. Como consecuencia de esta campaña, la distribución de *software* ilegal se ha reducido en un 21% en el último año. A nivel regional, la BSA, en cooperación con la Escuela Judicial, está desarrollando un programa de formación dirigido a jueces y magistrados.

2. POSICIÓN DEL GOBIERNO ESPAÑOL FRENTE A LA PIRATERÍA EN INTERNET

El Informe considera que la falta de actuación del Gobierno español para frenar el problema de la piratería en Internet ha provocado un agravamiento del mismo. En particular se señalan los impedimentos que vendrían dados por la incorrecta transposición de la **Directiva de Comercio Electrónico**, el **mantenimiento de la Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado** y la **legislación sobre protección de datos personales**. Frente a ellos, el Informe considera plausibles las medidas previstas en el Proyecto de Ley de Economía Sostenible.

Comenzando por este último, su origen hay que buscarlo en la creación en octubre de 2009 de una Comisión Interministerial para el asesoramiento en la lucha contra la vulneración de los derechos de propiedad intelectual en Internet. **Su objetivo era considerar el problema de la piratería en la red y llevar a cabo una propuesta legislativa que hiciera frente a los sitios webs que albergan contenidos ilícitos.** La Disposición Final Segunda del citado Proyecto contempla la futura regulación de un procedimiento para que los titulares de derechos presenten sus reclamaciones ante una nueva Sección de la Comisión de Propiedad Intelectual. Si el titular del sitio web no alegara nada convincente o persistiera en su actuación, la Comisión podrá adoptar una recomendación para que un tribunal especializado acuerde la retirada del contenido o el bloqueo del sitio web. El órgano judicial, tras escuchar a las

partes implicadas, autorizará o rechazará la medida propuesta, debiendo tomar alguna decisión en el plazo de cuatro días. La decisión de este tribunal no va dirigida a resolver sobre el fondo del asunto, sino únicamente a controlar que la retirada del contenido o el bloqueo del acceso al sitio web no vulnera derechos fundamentales.¹⁰

El segundo se refiere a la **Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2006**. En ella, la Fiscalía entiende que el requisito del «ánimo de lucro» previsto en el artículo 270 del Código Penal debe ser interpretado como lucro comercial.¹¹ Así, considera que la carga y descarga de contenidos protegidos por la

¹⁰ Como bien apunta el Informe, la Disposición Final 2.^a del Proyecto de Ley de Economía Sostenible no regula el procedimiento a seguir ante la Sección 2.^a de la Comisión de Propiedad Intelectual (CPI), sino que tan sólo apunta sus líneas maestras, dejando para una futura norma reglamentaria su desarrollo. No se trata tanto de que ese órgano administrativo deba recomendar o proponer a un tribunal que adopte la medida de retirar un contenido o de bloquear el acceso al mismo, como de asignar a aquél atribuciones para adoptar por sí mismo una medida de ese tipo, la cual, para ser ejecutada, precisará de la previa autorización judicial a fin de salvaguardar los derechos y libertades del artículo 20 CE. El instrumento de tutela que dibuja este Proyecto de Ley suscita algunas dudas. Parece que se trata de un cauce para la protección de concretos derechos de propiedad intelectual, y no de una acción para la tutela de intereses difusos o colectivos, pues el procedimiento debe iniciarlo la persona titular de los derechos que se estimen vulnerados, si bien no tiende a lograr la indemnidad del titular afectado. Tampoco consiste en un procedimiento genuinamente sancionador; aunque puede derivar en algunas medidas similares a las que se adoptarían en un procedimiento de ese tipo. En suma, se dirige a lograr la cesación de la conducta vulneradora (suspensión de un servicio de la sociedad de la información, retirada de un contenido), lo que supone una finalidad coincidente con la acción civil ya regulada en el artículo 139 LPI. Como luego veremos, una de las dificultades con la que se topan los titulares que pretenden interponer acciones civiles en defensa de sus derechos, es que no disponen de los datos personales de los presuntos infractores, y por consiguiente no pueden dirigir sus demandas frente a ellos. Quizás habría sido oportuno que el legislador español se planteara reforzar la posición de los titulares de derechos en el procedimiento civil, favoreciendo la posibilidad de que éstos puedan obtener los datos personales de los supuestos infractores a través de los prestadores de servicios intermediarios de la sociedad de la información. Curiosamente, en el marco del procedimiento administrativo que prevé el Proyecto de Ley de Economía Sostenible se contempla que, a fin de identificar al responsable del servicio de la sociedad de la información que está realizando la conducta presuntamente vulneradora, los órganos administrativos competentes —en nuestro caso la Sección 2.^a CPI— puedan requerir a los prestadores de servicios de la sociedad de la información para que comuniquen los datos que permitan tal identificación, a fin de que el presunto infractor pueda comparecer en el procedimiento [nuevo apartado 2 del artículo 8 LSSI].

¹¹ La Circular, efectivamente, aproxima en este aspecto los delitos relativos a la propiedad intelectual a los delitos relativos a la propiedad industrial, los cuales castigan a quien explote sin permiso de su titular una patente o una marca, siempre que lo haga «con fines industriales o comerciales» (vid. arts. 273.1 y 274.1 CP). Esta interpretación ha sido muy combatida por la doctrina. Véase, por todos, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO/ J. J. MARÍN LÓPEZ, «El límite de copia privada y las redes de intercambio *peer-to-peer*», *Cuadernos de Derecho Judicial*, 2007-III, pp. 225-230, quienes sostienen que la aproximación debe hacerse hacia el resto de delitos contra el patrimonio, tales como el hurto, el robo, la extorsión o la estafa, y hacia el modo en que la jurisprudencia ha interpretado el requisito del ánimo de lucro, que el Código penal exige en todos ellos, en el sentido de entender por tal «cualquier ventaja, utilidad, beneficio o rendimiento que se proponga obtener el sujeto activo». Ello, a partir de la premisa de que carecemos de jurisprudencia del Tribunal Supremo que interprete el requisito del ánimo de lucro en los delitos relativos a la propiedad intelectual. A pesar de esta fundada opinión, existirían dos razones que avalarían una diferente interpretación

propiedad intelectual a través de las redes P2P no son actos que cumplan los requisitos para ser considerados infracciones penales, a menos que se realicen para obtener un beneficio comercial.¹²

A pesar de que el Gobierno español ha señalado que la Circular no es vinculante, los jueces penales y la policía se han basado en ella para justificar la falta de acciones contra los operadores y usuarios de estas redes P2P. Muchas acciones policiales dirigidas frente a titulares de redes P2P están siendo abandonadas como consecuencia de la interpretación que hace la Circular del requisito del «ánimo de lucro». Sin embargo, como apunta la IIPA, tal planteamiento resulta inaceptable, ya que el presupuesto sí que se cumple en estos casos. **Las redes organizadas y las empresas titulares de estas páginas obtienen de hecho una ganancia directa o indirecta, en la medida en que dichos sitios web generan ingresos a través de la publicidad,** ingresos que guardan relación con el número de visitas a la página web y el número de personas que se suscriben para usar ese servicio.¹³

del requisito del ánimo de lucro en los delitos relativos a la propiedad intelectual y en los delitos contra el patrimonio propios de los bienes materiales: primera, la existencia de una protección civil específica, tipificada en una Ley especial (artículos 138 y ss. LPI), la cual prácticamente quedaría vacía de contenido si el requisito del ánimo de lucro del artículo 270.1 CP se interpretara de forma tan amplia; segunda, el carácter inmaterial del bien jurídico protegido, que excluye la posibilidad de considerar que el uso personal del bien, no ligado a una explotación con terceros, penetra en la órbita de exclusiva del titular, de donde resulta que —a diferencia de los bienes materiales, cuyo valor de uso se erige en bien jurídico protegido en los delitos contra el patrimonio— no toda ventaja o utilidad extraída de un bien inmaterial sin permiso de su titular redundaría en una usurpación de los derechos de explotación pertenecientes al mismo.

¹² Los términos exactos de la Circular son: «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 incurrirse 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». Ahora bien, sobre este último punto la propia Circular no olvida que «la limitación al derecho de propiedad intelectual que supone el derecho de copia privada, no reúne en los supuestos de colocación en lugares Internet o en casos de intercambio de archivos, los requisitos exigidos por el art. 31.2 de la LPI, puesto que es necesario que la copia obtenida no sea utilizada para uso colectivo o lucrativo». Como puede verse, los términos resultan bastante estrictos y sólo dejan fuera del radio de acción de la norma penal a aquellos usuarios que se limitan a descargar —sin volver a comunicarlos— contenidos puestos a su disposición en algún sitio web o red de intercambio, y a los que comuniquen al público contenidos sin obtener una contraprestación económica por ello.

¹³ No debe confundirse al usuario de estas redes y páginas con aquéllos que las explotan y obtienen ingresos por ello. Esta parte del Informe se refiere literalmente a *compañías y redes organizadas que obtienen provecho mediante la creación de páginas web que ofrecen enlaces a archivos en redes P2P*. Naturalmente, ese comportamiento nada tiene que ver con el del internauta que intercambia archivos a través de una de esas redes. Introduce pues no poca confusión referirse a la Circular y a continuación mencionar a esos sujetos, dando a entender que aquella se refiere a éstos, cuando no es así, como acabamos de ver. La Circular contempla de manera estricta a los *file-sharers* y no a los operadores de las redes o a los que explotan páginas de enlaces a contenidos en

Además, los tribunales penales españoles han dictado sentencias declarando que no hay responsabilidad penal de los titulares de sitios web que alojan enlaces a plataformas P2P (*vid.* casos como *Elitedivx* y *Indicedonkey*). Afortunadamente, estas decisiones están siendo revocadas en apelación, concluye la IIPA. Algunos casos pendientes aún de sentencia, en el momento en que se publica este Informe, son: *Spanishare*, *PS2Ripnet*, *Emwreloaded*, *Elitetorrent*, *FenixP2P*, y *InfoPSP*.¹⁴

redes P2P, para cuya persecución ante los tribunales, en la medida en que obtengan una contraprestación económica, no representa ningún obstáculo la vigencia de la meritada Circular, en contra de lo que el Informe da a entender.

¹⁴ Realmente, los casos a los que se refiere el Informe no contienen un pronunciamiento sobre el fondo, como tampoco lo contienen las revocaciones en apelación de algunos de ellos. Son autos, en su mayoría, de sobreseimiento libre y archivo de las actuaciones dictados en fase de instrucción, por no apreciar suficientes indicios de criminalidad. Dichos autos han sido revocados en algunos casos aislados, lo que ha supuesto la reanudación de las actuaciones a fin de practicar ulteriores diligencias de investigación. Sin embargo, incluso en algunos de esos supuestos, la revocación del auto de archivo obedece a la necesidad de esclarecer si el sujeto investigado, además de enlaces a otras páginas, también había ubicado en su propia página web archivos conteniendo obras y prestaciones protegidas, sin permiso de los titulares (así sucede en el Auto de la AP Murcia, sección 5.ª, de 16 de septiembre de 2009, en el caso *Elitedivx*, al que se refiere el Informe, que revoca el auto de sobreseimiento y archivo dictado por el Juzgado de Instrucción n.º 4 de Cartagena de 17 de abril de 2008). En la mayoría de los casos las resoluciones de apelación no hacen sino confirmar el sobreseimiento y archivo, al no apreciar la posibilidad de imponer responsabilidad penal a los titulares de las páginas de enlaces. Un ejemplo paradigmático lo tenemos en el Auto de la AP Madrid, Sección 2.ª, de 11 de septiembre de 2008 (caso *Sharemula*). En él, el tribunal razona cómo la creación de un enlace simple a una página web sólo constituye un medio de facilitar al internauta el acceso a esa página, evitándole tener que teclear la dirección de la misma en su navegador, pero sin que por el mero hecho de establecer el enlace se produzca la comunicación pública de la página enlazada o de su contenido, ni tampoco otros actos de explotación, como la distribución o la reproducción (a lo sumo observa que puede entenderse producida una reproducción técnica y meramente provisional, la cual estaría amparada por el límite del artículo 31.1 LPI). Siendo esto así no concurren los elementos objetivos del tipo del artículo 270.1 CP, que exigen que el infractor lleve a cabo la reproducción, plagio, distribución o comunicación pública de una obra ajena sin consentimiento del titular. Cuestión distinta —sigue el Auto— es que pudiera haber una posible responsabilidad del sujeto que realiza el enlace con base en el artículo 17 LSSI, lo que exigiría haber acreditado que dicho sujeto ha tenido «conocimiento efectivo» del carácter ilícito del contenido al que enlaza, por ser conocedor de una resolución de la autoridad competente ordenando la retirada del contenido o el bloqueo del acceso al mismo. La conclusión es que, frente a los sujetos que establecen en una página web enlaces a contenidos ilícitos puestos a disposición del público en otras páginas, no es posible articular una acción penal con base en el artículo 270.1 CP, que en efecto no comprende a día de hoy esa conducta, aceptando que la misma no implica estrictamente reproducir, plagiar, distribuir ni comunicar al público una obra. Podría acaso considerarse que el enlace sí implica *lato sensu* la explotación de la obra enlazada (o albergada en la página enlazada) ex art. 17 LPI, el cual contiene una cláusula general a ese respecto, pero el principio de tipicidad penal excluye hacer esa interpretación extensa, que acaso cabría hacer en sede civil. No es, dicho sea de paso, el único defecto importante del art. 270.1 CP que aconsejaría su reforma (otro gran defecto de ese precepto es que sólo contempla que la acción deje de ser típica si el sujeto que la realiza cuenta con permiso de los titulares de los derechos, cuando es claro que tampoco lo será si se ampara en un límite legal). En cuanto al cauce de la responsabilidad prevista en la LSSI, nos lleva efectivamente al elemento del «conocimiento efectivo», sobre el que en seguida volveremos. Puede verse una enumeración de los casos sobre páginas de enlaces, con las resoluciones judiciales correspondientes a cada uno de ellos, en <http://responsabilidadinternet.wordpress.com/resol_jud/webs_enlace/>.

El siguiente hito lo constituye **la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico (LSSI) y los requisitos establecidos para la notificación efectiva de la eliminación de los contenidos ilícitos en línea**. La LSSI contiene un régimen sobre responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información, que nada tiene que ver con las obligaciones mínimas impuestas a los Estados miembros a la hora de implementar la Directiva sobre comercio electrónico. El artículo 16 LSSI establece que los prestadores del servicio consistente en albergar contenidos proporcionados por el destinatario del mismo, no van a ser responsables por dichos contenidos, siempre que cumplan dos requisitos: 1) no tengan conocimiento efectivo de que tales contenidos son ilícitos o lesionan derechos de un tercero; 2) si tienen conocimiento efectivo, que actúen con diligencia para retirar los contenidos o impedir el acceso a ellos.

Igualmente, **la LSSI señala cuándo se entiende que estos prestadores de servicios tienen conocimiento efectivo**: cuando el órgano competente haya declarado la ilicitud de los contenidos, ordenado su retirada o que se impida el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de lesión, y el prestador conozca la correspondiente resolución. Por tanto, **sólo cuando el órgano competente lo haya indicado, se entenderá que existe conocimiento efectivo de la ilicitud de los contenidos por parte del prestador de servicios**. Hasta ahora no había una autoridad administrativa encargada de esta tarea, pero el Proyecto de Ley de Economía Sostenible permite a la Comisión de Propiedad Intelectual tomar estas medidas. No obstante, la LSSI no contempla la obligación del prestador del servicio de alojamiento de eliminar el contenido cuando le sea evidente su ilicitud.¹⁵

¹⁵ Ciertamente, la LSSI no contiene esa obligación, refiriendo el conocimiento efectivo a aquél que deriva de la toma de conocimiento de la resolución del órgano que hubiere declarado la existencia de la lesión o la ilicitud de los datos, ordenando su retirada o el bloqueo del servicio. Sin embargo el Informe debería consignar que, a nivel jurisprudencial, la STS, Sala 1.ª, de 9 de diciembre de 2009 (caso *putasgae*), ha establecido por primera vez que no es conforme con la Directiva 2000/31/CE una interpretación de nuestra Ley (artículo 16 LSSI, lo que a estos efectos sirve igualmente para el artículo 17 LSSI), según la cual las posibilidades de obtención del conocimiento efectivo se ciñen a la previa declaración por un órgano competente de que los datos son ilícitos o se ha producido una lesión, ya que ello ampliaría injustificadamente el ámbito de la exención, teniendo en cuenta que la Directiva no restringe los medios aptos para alcanzar tal clase de conocimiento, sino que atribuye igual valor al conocimiento efectivo obtenido por el prestador del servicio a partir de hechos o circunstancias aptos para posibilitar, aunque sea mediatamente o por inferencias lógicas al alcance de cualquiera, una efectiva aprehensión de la realidad de que se trate. Es más —recuerda la Sentencia— el propio artículo 16 LSSI (ídem el artículo 17 LSSI) deja a salvo la posibilidad de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse. En consecuencia, la Sentencia entiende que en el caso de autos el prestador intermediario (de servicio de alojamiento), pese a la falta de resolución de ninguna autoridad competente al respecto, sí había tenido conocimiento efectivo de que determinado contenido por él albergado vulneraba los derechos de la entidad demandante, por lo que aprecia su responsabilidad, habida cuenta de que no procedió con diligencia a la retirada de los datos o al bloqueo del acceso a los mismos, como ordena hacer la letra b) del artículo 16.1.b) LSSI (ídem el artículo 17.1.b) LSSI). El estándar de conocimiento efectivo, por consiguiente, ha girado ya en España en el sentido que reclama el Informe, a pesar de las deficiencias de la LSSI en este punto, que por lo demás son evidentes.

Finalmente, el Informe menciona **la imposibilidad de obtener la identificación de los usuarios en el marco de acciones civiles derivada de la legislación sobre protección de datos personales**, en concreto de la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicación. Aunque la legislación española prevé los medios para identificar a los titulares de direcciones IP en el contexto de un proceso penal por delitos graves, dichos mecanismos no existen para los procesos civiles. De acuerdo con el Código Penal español, los delitos graves son aquellos castigados con una pena de prisión de más de cinco años. Sin embargo, la pena prevista para los delitos contra la Propiedad Intelectual, incluso en su modalidad más grave, únicamente alcanza los cuatro años. En consecuencia, **el intercambio ilícito de contenidos protegidos en redes P2P no puede ser considerado nunca como delito grave, y por consiguiente no será posible obtener del juez la medida de identificación de los datos personales de los usuarios involucrados en tales actos.**

Destaca a este respecto el **caso que enfrentó a Promusicae y Telefónica**. Telefónica se negaba a revelar los datos de algunos de sus clientes que habían compartido archivos de música a través de la red de KaZaa y el Juzgado de lo Mercantil número 5 de Madrid planteó una cuestión al TJCE, a fin de que éste determinara la adecuación al Derecho comunitario de la norma española que restringía al marco de las investigaciones criminales o para la salvaguarda de la seguridad pública y de la defensa nacional, el deber de retención y puesta a disposición de datos de conexión y tráfico por parte de los proveedores de acceso y servicios de Internet.¹⁶ El TJCE, en Sentencia de **29 de enero de 2008**, confirmó que **la normativa comunitaria únicamente establece la obligación de retener y facilitar esos datos en el contexto de una investigación criminal o para la salvaguarda de la seguridad pública y la defensa nacional**, sin que por tanto los Estados miembros deban necesariamente extender esa obligación también a los procesos civiles. **Ahora bien**, continúa diciendo, **a la hora de interpretar y transponer las Directivas comunitarias, deberán garantizar un justo equilibrio entre el derecho a la propiedad y el derecho a la intimidad.**

El Juzgado de lo Mercantil, al resolver el caso, entendió que la norma española que no prevé que los datos personales puedan ser revelados en procesos civiles, estaba en línea con la normativa europea. Esto, unido a la Circular de la Fiscalía General del Estado, que descriminaliza los intercambios de archivos a través de las redes P2P, ha provocado en los titulares de derechos de propiedad intelectual un sentimiento de frustración, al ser incapaces de hacer cumplir sus derechos en Internet tanto en el ámbito civil como en el ámbito penal.

¹⁶ Esa norma era, en el momento de deducirse la cuestión prejudicial, el artículo 12.3 LSSI, que posteriormente fue derogado por la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicación.

Conforme apunta la IIPA, España no está haciendo posible el justo equilibrio al que el TJCE se refirió en el asunto *Promusicae*, puesto que no ofrece a los titulares de los derechos de propiedad intelectual una vía efectiva de protección de los mismos, tal y como garantizan las Directivas comunitarias. Sería deseable que el Gobierno español adoptara alguna medida al respecto, permitiendo a los autores y otros titulares de los derechos de propiedad intelectual hacerlos valer y facilitarles sus acciones.¹⁷

3. ACCIONES EN PRO DE LA OBSERVANCIA DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL EN ESPAÑA

Las actuaciones —y las inactividades— llevadas a cabo por el Gobierno español y por la Administración de Justicia en el marco de la lucha contra la piratería merecen ciertas críticas, pero también algunos elogios. A día de hoy el incremento de la vulneración de derechos en el entorno de Internet demanda un correlativo incremento del impulso político y la coordinación entre los sujetos competentes, para tratar de solventar las lagunas legales y las carencias de la judicatura.

Cuatro son los **Ministerios** que cumplen un destacado papel en la lucha por la eliminación de las actividades vulneradoras de la propiedad intelectual, a saber, **Justicia, Interior, Industria y Cultura**. En este ámbito, las **tareas del primero** de ellos se resumen en dos: se deben **aumentar los recursos disponibles y se ha de dotar a jueces y fiscales de un mayor conocimiento en la materia**, lo que se traducirá en una mejora de sus actuaciones en este ámbito. El Ministerio de Interior es el motor que debe alentar la intensificación de los seguimientos de páginas web supuestamente infractoras por las **Fuerzas de Seguridad del Estado** —en donde se incluyen tanto Guardia Civil como Policía Nacional y Local—, de cuyas actuaciones este Ministerio es responsable. Dentro del Ministerio de Industria, la labor de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información (**SETSI**) es clave a la hora de regular el sector, en el cual se encuadra la actividad llevada a cabo por una pieza vital del sistema: los proveedores de acceso a Internet. Las **políticas proactivas llevadas a cabo durante 2008 por la SETSI y por la Subdirección General de Propiedad Intelectual del Ministerio de Cultura**, en relación con la industria

¹⁷ En este punto no puede sino concordarse plenamente con el Informe IIPA, ya que si no se permite a los titulares de derechos de propiedad intelectual solicitar la identificación de los usuarios de determinados servicios de Internet (*v. gr.* los de redes o plataformas de intercambio P2P) en el marco de un procedimiento civil, y por otro lado se establece la falta de relevancia penal de ese mismo comportamiento, o en cualquier caso no se castigan con la suficiente pena los delitos relativos a la propiedad intelectual, se deja a dichos titulares sin cauce alguno para tratar de obtener la tutela judicial efectiva de sus derechos. Ante la falta de perspectivas, no es de extrañar que algunos titulares se hayan decantado por la interposición de demandas de competencia desleal, como ha sucedido en el caso *Manolito P2P* [puede verse información al respecto en <http://www.elpais.com/?d_date=20080605> y http://www.elpais.com/?d_date=20080606].

de contenidos y la lucha contra la piratería en Internet, merece un elogio. En concreto, cabe destacar la significativa **reducción de la piratería de software** que se ha producido a raíz de la campaña de concienciación social confeccionada por el Ministerio de Industria en colaboración con la *Business Software Alliance* (BSA).

Otra apreciación positiva es la manifestada por diversas asociaciones representativas de los titulares de derechos de propiedad intelectual —Promusicae, BSA y Federación para la protección de la Propiedad Intelectual (FAP)—, calificando de satisfactorio el trabajo llevado a cabo por las Fuerzas de Seguridad del Estado, teniendo ello su reflejo en la significativa **disminución de la piratería callejera** —el popularmente llamado «*top-manta*»—. Lo criticable es que tales resultados **no** hayan sido conseguidos también **en el ámbito de Internet**, en donde las cifras de piratería no hacen más que multiplicarse *ad infinitum*.

El mayor reproche que puede hacerse es que se sigue echando en falta una mayor concienciación y conocimiento de la materia entre los miembros de la Administración de Justicia. En este sentido merece la pena reseñar el sorprendente contraste entre la limitada asistencia de jueces y fiscales a los seminarios/cursos sobre propiedad intelectual organizados por el Ministerio de Industria y la significativa presencia en ellos de las fuerzas policiales. Asimismo, cabe destacar el positivo impacto que el **uso del Manual de Buenas Prácticas para la persecución de delitos contra la propiedad intelectual**¹⁸ **ha tenido entre las Fuerzas de Seguridad del Estado**, habiendo generado entre sus miembros una buena disposición a la hora de perseguir los delitos contra la propiedad intelectual, mientras que éste no ha servido para corregir el desinterés mostrado por jueces y fiscales en dicha persecución. Criticable es también la falta de atención evidenciada por el Gobierno frente al requerimiento de la industria musical de una mayor difusión de este Manual.

A pesar de todas estas deficiencias mencionadas, como valoración global, la BSA está satisfecha con la cooperación llevada a cabo con el Ministerio de Industria y tiene sus expectativas puestas en el buen fin del **acuerdo de colaboración al que ha llegado con la Agencia Tributaria**, en relación con la investigación de supuestos de explotación de **programas de ordenador** protegidos con infracción de derechos de propiedad intelectual. La misma valoración reciben los programas piloto emprendidos en esa misma línea por las Comunidades Autónomas de Cantabria y Murcia.

En los **procedimientos judiciales** iniciados hasta el momento contra conductas infractoras de derechos de propiedad intelectual se han detectado varios tipos de **problemas** o deficiencias. Por un lado, si bien en la mayoría de los casos las **fianzas** impuestas durante los procedimientos fueron razonables —de

¹⁸ Aprobado por el Gobierno español en julio de 2008.

entre 2000 y 4000 euros—, en otros supuestos las cuantías fueron tan elevadas —de hasta 150000 euros en primera instancia— que resultaron imposibles de afrontar por parte de los actores —titulares de los derechos de propiedad intelectual supuestamente infringidos—, lo que viene a desincentivar el inicio de acciones contra este tipo de conductas. Otro importante escollo es el hecho de que, a pesar de que el tenor literal del artículo 140 LPI, a la hora de calcular la **indemnización por daños y perjuicios** debida al titular del derecho infringido, se refiere al valor de la pérdida sufrida y a la ganancia dejada de obtener a causa de la violación de su derecho, en alguna resolución judicial se ha considerado —sin llegar a razonar muy bien el porqué— que el beneficio obtenido por las compañías titulares de derechos de propiedad intelectual fuera de España no se correspondía con el total del precio de venta al público de los ejemplares de las obras o prestaciones protegidas. Todos estos problemas tienen su **origen** en la mencionada **falta de conocimiento de jueces y fiscales en materia de propiedad intelectual**, lo que ha de ser solventado procurándoles una mayor formación al respecto.

3.1. Actuaciones de lucha contra la piratería en el ámbito de Internet

Como punto de partida cabe citar que las asociaciones representativas de los titulares de derechos de propiedad intelectual califican de **ejemplar la dedicación mostrada por la Policía Nacional y la Guardia Civil** —cuerpos en los cuales han sido creadas unidades especializadas en la persecución de delitos cibernéticos— en la lucha contra la piratería en Internet. Tal apreciación sólo se ve ensombrecida por el **freno** que ha supuesto la **Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado** y las aplicaciones que diversos jueces y Audiencias han hecho de ésta.

Es criticable la inactividad del Ministerio de Industria en algunos casos particulares, siendo especialmente llamativa la falta de respuesta de la SETSI frente a la lista confeccionada por la Coalición de Creadores e Industrias de Contenidos —asociación que representa los distintos sectores afectados por la piratería cibernética— y enviada a esta Secretaría de Estado, en la que se contenía una enumeración de hasta 200 páginas web que albergaban enlaces desde los que se permitía a sus usuarios descargar ilegalmente contenidos protegidos por la propiedad intelectual.

En el **ámbito penal**, las resoluciones judiciales de condena por este tipo de delitos son muy escasas, si bien desde que se iniciara el **2010** se han dictado por los Juzgados y Audiencias Provinciales —de Vigo, Valencia, Murcia, Barcelona, Álava y Madrid— españolas un total de **seis sentencias condenatorias**, en las que se imponen penas de prisión y condenas a multas pecuniarias, así como las correspondientes indemnizaciones de daños y perjuicios. Estas resoluciones se refieren a supuestos bastante similares: se trata de páginas web que ofre-

cían **servicios de streaming de películas de estreno y programas de televisión previo pago de un precio fijado**, viniendo a considerar los órganos juzgadores que en tales actuaciones existía el **ánimo de lucro** —interpretado en el sentido de «fin comercial»— exigido por la Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado para poder hablar de delito contra la propiedad intelectual. **Sin embargo**, aún teniendo en cuenta estas sentencias, **no** puede afirmarse la existencia de una **jurisprudencia unánime** al respecto, sino todo lo contrario, ya que existen también otros muchos pronunciamientos en los que se ha desestimado la causa criminal iniciada contra este tipo de páginas web. A ello debe unirse otro hecho reprochable, ya apuntado: el cambio de actitud de la policía, que se ha vuelto bastante reacia a iniciar nuevas redadas contra este tipo de páginas web.

3.2. Actuaciones de lucha contra la piratería «física» o «top-manta»

Es reseñable el dato de que más del **95% de las actuaciones policiales en el ámbito de la piratería «física» fueron llevadas a cabo de oficio**, lo que contrasta, sin embargo, con el escaso número de actuaciones policiales de persecución de la piratería cibernética que han tenido lugar en el mismo período.

Tres son los **obstáculos** con los que la persecución de la piratería debe lidiar en este ámbito: por un lado, la exagerada **lentitud de los procedimientos judiciales**, tardando una media de 2 a 3 años en dictar sentencia; y, por otro lado, la patente **falta de interés del cuerpo de fiscales en dicha persecución, a raíz de la Circular 1/2006** de la Fiscalía General del Estado; resultando de la suma de ello la actual **carencia de sentencias condenatorias**, lo que, a su vez, no hace sino minar el trabajo llevado a cabo por las Fuerzas de Seguridad del Estado en la persecución de este tipo de actividades infractoras.

Todos estos elementos han dado lugar a que quepa hablar de una **reducción** cercana al 30% de las **redadas** efectuadas durante el año 2009, siendo un total de 3000 las actuaciones policiales llevadas a cabo contra vendedores callejeros de copias ilegales de contenidos protegidos por la propiedad intelectual. Los supuestos más representativos son los de los **videojuegos**, en donde 43 de los 61 procedimientos judiciales iniciados concluyeron con una sentencia condenatoria, y la piratería de **CD s y DVD s**, sector en el cual se puede concluir que actualmente existe una **verdadera producción a nivel industrial**, si se tiene en cuenta el ingente volumen de discos vírgenes y equipos de grabación que se incautan en cada uno de los arrestos —dado que la mayoría de estos aparatos tienen capacidad para producir una media de 150000 unidades diarias y pueden estar operativos las 24 horas del día—. De hecho, se calcula que con el material incautado a alguna de las más importantes redes de piratería se podría generar un volumen de ventas equivalente al total de las cifras alcanzadas en España en 2008 por la industria musical, teniendo en cuenta el total de ventas legales tan-

to en formato físico como digital. Estas cifras tan elevadas han llevado a numerosas ciudades y municipios españoles a emprender campañas de concienciación social sobre la ilegalidad de este tipo de actividades.

3.3. Dificultades concretas de la industria musical

La imposibilidad de emitir informes periciales en el plazo de 72 horas exigido en los **juicios rápidos** lleva a muchos jueces que conocen de este tipo de asuntos a tramitar los casos mediante **procedimiento abreviado**, siendo éste mucho más dilatado en el tiempo y, consecuentemente, mucho menos efectivo.

A ello hay que sumar el hecho de algunos jueces, a la hora de estimar la demanda, exigen que se dé una **identificación detallada e individual de cada uno de los contenidos protegidos por la propiedad intelectual cuya vulneración se alega** (nombre del álbum, del artista, del productor, del autor de las canciones...), lo cual conlleva un alto coste en recursos y tiempo.

Asimismo, cabe destacar el hecho de que las **dependencias policiales se encuentren atestadas del material incautado**, ya que en muchas ocasiones los jueces no ordenan su destrucción, lo que genera costes de almacenamiento elevados.

Pocos elogios merece el **incumplimiento** por parte del Gobierno de su **compromiso** para con la industria musical de cara a iniciar negociaciones con las asociaciones españolas de restauración con el fin de poner en marcha **medidas para erradicar la venta en bares y restaurantes de copias ilegales de CD s.**

Por último, en cuanto a las necesidades de **colaboración transfronteriza para la lucha contra el fraude fiscal y aduanero que afecta a la industria musical**, cabe subrayar los resultados positivos que se vienen produciendo desde la firma del correspondiente **acuerdo entre Promusicae y el Ministerio de Economía y Hacienda**, estando actualmente en curso varias investigaciones, promovidas gracias a la mejora de las relaciones de colaboración entre las autoridades aduaneras que tal compromiso ha supuesto.

4. LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y OTRAS LEYES RELACIONADAS EN ESPAÑA

El **Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible**, presentado por el Gobierno español a finales de 2009 con el fin de estimular la recuperación económica, prevé —entre otras medidas— la reforma tanto de la LSSI como de la Ley de Propiedad Intelectual. Tal y como se apuntó en otra parte del Informe, una de las propuestas del mencionado Anteproyecto es la **creación de un órgano administrativo** al que se legitima para **tramitar las reclamaciones que los ti-**

titulares de los derechos de propiedad intelectual, o los sujetos que tengan encomendado el ejercicio de los mismos, pudieran interponer por la infracción de los mismos a través de Internet, así como para dirigir la oportuna notificación a los titulares de las páginas web implicadas. En caso de que los presuntos infractores no alegaran nada convincente o persistieran en su actuación, la Comisión podría remitir al órgano judicial competente la cuestión, a fin de que éste revisara el caso y ordenara —si procediese— la suspensión del servicio o el bloqueo del sitio web.¹⁹ **Los titulares de derechos de propiedad intelectual** —tanto estadounidenses como españoles— **están llevando a cabo cierta presión para que el citado Anteproyecto sea objeto de una rápida aprobación sin enmiendas.**²⁰

Otro de los aspectos fundamentales en materia de legislación sobre propiedad intelectual es la **ratificación por España** de los tratados **OMPI 1996 (el Tratado sobre Derecho de Autor y el Tratado sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, ó WTA y WPPT respectivamente, por sus siglas en inglés).**²¹ En lo que se refiere a algunas de las decisiones tomadas por los tribunales españoles a las que se aludió en otro apartado del Informe [concretamente, respecto de los aparatos que sirven para eludir/remover las medidas tecnológicas de protección], la ratificación de tales Tratados obliga a revisar las conclusiones alcanzadas por algunos jueces acerca de la legalidad de tales aparatos cuando fueran susceptibles de un uso legítimo [siempre menos relevante que el ilegítimo principal]. En general, la IIPA recuerda en su Informe cómo, a raíz de la ratificación de tales Tratados, España se ha comprometido *a asegurar la existencia de procedimientos que garanticen el cumplimiento de las leyes... así como a llevar a cabo acciones efectivas contra cualquier acto de infracción de los derechos...*, lo que deberá incluir tanto medidas eficaces para prevenir

¹⁹ Como hemos explicado *supra*, el procedimiento que se diseña en la Disposición Final 2.^a del Proyecto de Ley de Economía Sostenible no responde del todo a esa descripción. No se trata de que la Sección 2.^a de la CPI simplemente sirva para canalizar reclamaciones de titulares afectados y tramitar notificaciones a los presuntos infractores, dejando al órgano judicial en su caso la adopción de la medida, sino que es la CPI (Sección 2.^a) la competente para ordenar la retirada del contenido o el bloqueo del acceso al mismo, debiendo recabar únicamente autorización judicial para la ejecución de la medida, a fin de garantizar que ésta no afectará a los derechos y libertades del artículo 20 CE. Sin embargo, ese órgano judicial no tiene atribuciones para entrar a valorar el fondo del asunto, ni por consiguiente resolverá sobre la oportunidad o no de la adopción de la medida desde el punto de vista de la vulneración de los derechos de propiedad intelectual.

²⁰ Dicha presión, a la vista de los hechos, no ha dado resultado. Actualmente el Proyecto de Ley de Economía Sostenible se encuentra en fase de tramitación en el Congreso de los Diputados, y en concreto ante su Comisión de Economía y Hacienda, habiéndose ampliado sucesivamente el plazo de presentación de enmiendas. La última de esas ampliaciones —hasta el momento— se ha publicado en el BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, Núm. 60-11, de 30 de junio de 2010, y prorroga el plazo hasta el 7 de septiembre de 2010.

²¹ En efecto, los Instrumentos de Ratificación tanto del Tratado OMPI sobre Derecho de Autor como del Tratado OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, hechos en Ginebra el 20 de diciembre de 1996, han sido publicados en el BOE de 18 junio de 2010. La entrada en vigor de ambos Tratados se produjo en España, como en el resto de países de la Unión Europea, el 14 de marzo de 2010.

las infracciones como otras que sirvan para frenar las que pudieran cometerse en el futuro (artículo 23 del WPPT y artículo 14 del WCT). Para conseguir todo esto, **España deberá abordar** —concluye la IIPA— **de manera adecuada varias de las deficiencias detectadas en este Informe, lo que no podrá hacerse sin la revocación de la Circular de la Fiscalía General del Estado de 2006**, así como garantizando una actuación más responsable de los proveedores de servicios de Internet (ISPs) a la hora de impedir el almacenaje y transmisión de contenidos ilegales a través de sus redes.

Como consecuencia de esta necesidad de cumplir con las obligaciones asumidas en los Tratados OMPI 1996, **la IIPA sugiere la necesidad de reformar/adaptar la vigente Ley de Propiedad Intelectual a las exigencias de ambos Tratados**. Como ejemplo de reforma que vendría exigida por este motivo se apunta la adopción de medidas que eviten el debilitamiento del derecho exclusivo de los productores fonográficos respecto de sus derechos de «comunicación al público» («*communication to the public*») y el «derecho de puesta a disposición del público» («*making available*»). También se alude al derecho de remuneración que los artistas, intérpretes o ejecutantes tienen reconocido en caso de puesta a disposición al público de la obra, introducido en la legislación de propiedad intelectual española en 2006, cuya eliminación se postula aquí por considerarse que erosiona el valor de los derechos de exclusiva de los titulares de los derechos de propiedad intelectual —garantizados en la Ley española de acuerdo con los postulados de los Tratados OMPI 1996—.

En plena coherencia con las deficiencias apuntadas *supra*, la cuestión de la piratería —tanto digital como física— es objeto de atención en este apartado, en el que se comentan ciertas iniciativas legislativas adoptadas al respecto. En cuanto a la piratería a través de Internet, se apunta que España tiene pendiente llevar a cabo una adecuada transposición de la **Directiva 2004/48/CE, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual (EU Enforcement Directive)**, que resulta fundamental para reforzar la protección de los mismos, sobre todo en el entorno digital. **El fallo que se imputa a España en el Informe es el haber llevado a cabo una débil e improcedente transposición de esta Directiva**, sobre todo en lo que se refiere al derecho de información contemplado en el art. 8 de la Norma comunitaria. En este precepto se establece, en efecto, que los titulares de derechos podrán solicitar, en el contexto de los procedimientos relativos a una infracción de un derecho de propiedad intelectual, que las autoridades judiciales les faciliten datos sobre el infractor y su actividad infractora. Especialmente en el ámbito de la piratería digital, el anterior derecho se convierte en una herramienta fundamental, ya que permitiría a los titulares de los derechos de propiedad intelectual solicitar que se desvelase la identidad de un usuario concreto que estuviera cometiendo infracciones en la red. El problema es que la transposición de esta norma al Derecho español se ha hecho de tal forma que el requisito que figura en el art. 8 de la Directiva —en concreto, que la actividad infractora se realice a es-

cala comercial— ha sido interpretado como de aplicación tanto a los servicios que proveen los ISPs como a las infracciones que cometen los usuarios. Para la IIPA, el sistema español está obviando con ello un principio fundamental de la Directiva: a saber, que el requisito de la escala comercial sólo debe ser aplicado a los primeros, por lo cual se está dejando a los proveedores de servicios [obligados, en principio, a facilitar tal información sobre los usuarios] fuera del alcance de cualquier acción de responsabilidad.²²

También ha sido objeto de comentario en las anteriores páginas, el obstáculo que a la persecución de la piratería digital opone la **Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicación**, que transpone la correspondiente Directiva Comunitaria. La segunda sólo prevé que se desvelen datos personales en caso de delitos graves. Y, según el Código Penal español, tal calificación sólo la merecen aquellos que tengan asociada una pena de prisión superior a cinco años. Tratándose de los delitos de propiedad intelectual la pena más grave es sólo de cuatro años, lo

²² El problema señalado en el Informe ha sido igualmente detectado por la doctrina española, parte de la cual propone una interpretación del artículo 256.1.7.º LEC que sea conforme con el artículo 8.º.1.c) de la Directiva 2004/48/CE, el cual se refiere de manera genérica a la necesidad de que los Estados miembros garanticen que las autoridades judiciales competentes puedan ordenar a determinados sujetos «que faciliten datos sobre el origen y las redes de distribución de las mercancías o servicios que infrinjan un derecho de propiedad intelectual», por lo tanto sin limitar la diligencia preliminar de averiguación de información a las infracciones de derechos de propiedad intelectual cometidas mediante actos desarrollados a escala comercial. Es cuando se refiere a las personas a las que, junto al infractor, se les debe poder ordenar que faciliten esos datos, cuando aparece la puntualización que el legislador español ha aplicado [incorrectamente] a la infracción, pues tales personas son: (a) quien haya sido hallado en posesión de las mercancías litigiosas *a escala comercial*; (b) quien haya sido hallado utilizando servicios litigiosos *a escala comercial*; (c) quien haya sido hallado prestando *a escala comercial* servicios utilizados en las actividades infractoras; (d) quien haya sido implicado por alguno de los anteriores en la comercialización o prestación de mercancías o servicios litigiosos. Es fácil ver hasta qué punto se aleja de este precepto la dicción de nuestro artículo 256.1.7.º LEC. Por ello, puede sostenerse que para poner en marcha la diligencia en cuestión no es necesario que el infractor haya desarrollado actos a escala comercial, sino que basta con que lo prestado a tal escala sea el servicio que dicho sujeto ha empleado para efectuar la actividad infractora. De este modo, los datos de los usuarios supuestamente infractores (v. gr. internautas que intercambian archivos en redes P2P) podrían obtenerse dentro de un procedimiento civil, en el cauce de una diligencia preliminar solicitada por el demandante. Puede verse R. SÁNCHEZ ARISTI, «La protección de datos de carácter personal, ¿un obstáculo para la protección efectiva de los derechos de propiedad intelectual en el entorno digital?», *Boletín del Instituto Interamericano de Derecho de Autor*, octubre 2008, pp. 12-13 [<http://www.iidautor.org/doc-trina.html>], y anteriormente A. GONZÁLEZ GOZALO, en *Las reformas de la Ley de Propiedad Intelectual*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 207-211, así como en «El conflicto entre la propiedad intelectual y el derecho a la protección de datos de carácter personal en las redes *peer to peer*», *pe. i. revista de propiedad intelectual*, n.º 28 (enero-abril 2008), pp. 47-48. En relación con este tema, ya hemos visto que el Proyecto de Ley de Economía Sostenible prevé introducir un nuevo apartado 2 en el artículo 8 LSSI, conforme al cual los órganos competentes para acordar la interrupción de un servicio de la sociedad de la información o la retirada de datos ilícitos, al objeto de identificar al responsable del servicio de la sociedad de la información que desarrolle la conducta vulneradora, podrán requerir a los prestadores de servicios de la sociedad de la información que comuniquen los datos necesarios para la identificación de aquél, a fin de que pueda comparecer en el procedimiento.

que significa que nunca podrán recibir la consideración de delitos graves. En consecuencia, en este ámbito, la revelación de datos personales no será posible. Puesto que la Ley 25/2007 impide también la revelación de datos personales en el curso de procedimientos civiles, ello significa imposibilitar en la práctica la articulación de acciones, de carácter tanto civil como penal, frente a usuarios de redes P2P.

En lo que se refiere a la piratería de ejemplares físicos a través de la venta callejera, **el Gobierno español aprobó el 13 de noviembre de 2009 un Proyecto de reforma del Código Penal**, en el que se prevé una desaparición de las penas de prisión que la normativa vigente prevé para los vendedores callejeros de material infractor de la propiedad intelectual, siempre y cuando se trate de actuaciones de menor importancia (en concreto, siguiendo el criterio del beneficio económico mínimo obtenido por el infractor). Para estos casos, la idea es prever exclusivamente multas o trabajos a la comunidad (entre 31 y 60 días) como penas ante la infracción.²³

Como aspectos positivos del panorama legislativo español, la IIPA menciona dos. En primer lugar, las **reformas introducidas por el Gobierno español en la LSSI** —como parte del Plan Gubernamental «2006-2010 de Desarrollo de la Sociedad de la Información»—, una de las cuales es la previsión de que se pueda prohibir el acceso desde los servidores españoles a un servicio o contenido específico procedente de un Estado no perteneciente a la Unión Europea, cuando las «autoridades competentes» hubieran realizado un requerimiento de retirada/interrupción de tal contenido/servicio (art. 11.2). Por otro lado, se menciona también el acierto que constituye la aprobación de la **Ley de Cine de 2007**, que expresamente prohíbe la captura no autorizada de películas por medio de cámaras de video domésticas en salas de cine (*camcording*) (art. 15.3).

²³ Aunque el Informe señala que este Proyecto aún no está en una fase muy avanzada de tramitación, lo cierto es que dicha tramitación finalizó el 11 de junio de 2010, con la aprobación definitiva del texto en el Senado, seguida pocos días después por su publicación como Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 152, de 23 de junio). En virtud del apartado sexagésimo noveno de su artículo único se agrega, efectivamente, un segundo párrafo al artículo 270.1 CP, conforme al cual, «en los casos de distribución al por menor, atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico, (...), el Juez podrá imponer la pena de multa de tres a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a sesenta días. En los mismos supuestos, cuando el beneficio no exceda de 400 euros, se castigará el hecho como falta del artículo 623.5». En el Preámbulo de la Ley en proyecto se explica cómo el agravamiento penológico en los delitos relativos a la propiedad intelectual «ha evidenciado una cierta quiebra de la necesaria proporcionalidad de la pena en el caso de conductas consistentes en la venta a pequeña escala de copias fraudulentas de obras amparadas por tales derechos, máxime cuando frecuentemente los autores de este tipo de conductas son personas en situaciones de pobreza, a veces utilizados por organizaciones criminales, que con tales actos aspiran a alcanzar ingresos mínimos de subsistencia». Una medida de este tipo, basada en criterios atendibles de política penológica, no debe ser interpretada como un síntoma de tibieza por parte del legislador español en la persecución de la piratería física, aunque para ello debería ir acompañada de un despliegue paralelo dirigido a estrangular los verdaderos centros neurálgicos de dicha piratería, esto es, los promotores y organizadores de las redes mafiosas que la sustentan.

Aunque, según el Informe, estas actuaciones constituyen una vulneración general de la Ley de Propiedad Intelectual, la IIPA admite que la nueva Ley tiene el acierto de establecer expresamente tal prohibición. Esta legislación, más específica a la par que expansiva, contribuye de paso a clarificar la «problemática defensa de la copia privada».²⁴

5. SEMINARIOS Y CONCIENCIACIÓN GENERAL

En apartados anteriores de este Informe se ha apuntado la importancia que tiene, en la debida aplicación de la legislación sobre propiedad intelectual y en la persecución de sus infractores, la formación y concienciación de los sectores profesionales involucrados (en particular, Jueces, Fiscales y Fuerzas de Seguridad del Estado).

Esta labor ha recaído de modo oficioso en las industrias de contenido —en concreto, en las asociaciones representativas de los titulares de derechos: FAP, Promusicae y BSA—, echándose en falta, en cambio, un mayor compromiso por parte del Gobierno, particularmente en lo que respecta a la participación de Jueces y Fiscales en los seminarios que se han organizado al efecto —como ha sido comentado *Supra*—. Si bien se cita —como fruto de la cooperación que hasta el momento ha existido en este sentido con el Gobierno— la organización de un Congreso de Propiedad Intelectual dirigido a Jueces y Fiscales, durante este año, dentro del marco del proyecto de cooperación entre la BSA y la Escuela Judicial española.

Por último, tampoco puede dejar de mencionarse la importante función que la FAP, Promusicae y la BSA llevan a cabo en el seno de los procedimientos judiciales, proporcionando peritos para la emisión de dictámenes, prestándose al almacenaje de las pruebas y cooperando asimismo con las fuerzas policiales durante la investigación.

6. BARRERAS DE ACCESO AL MERCADO

Como último apartado del Informe, la IIPA se refiere a las medidas que están siendo adoptadas tanto a nivel nacional como en algunas Comunidades

²⁴ Ya nos hemos referido *supra* a este tema, señalando que el *camcording*, aisladamente considerado (es decir, desligado de la comunicación pública posterior del film grabado), no es tanto un comportamiento perseguible desde la óptica de los derechos de autor, como una conducta susceptible de ser prohibida con base en las reglas de policía de espectáculos, y así es como lo trata la vigente Ley del Cine, lo que debe considerarse un acierto de nuestro legislador. El Informe IIPA insiste, pese a todo, en calificarlo como un supuesto de infracción de derechos de propiedad intelectual, pero no ignora la posible defensa basada en el límite de copia privada, de ahí que en el fondo considere más apropiado que la materia haya quedado regulada en una Ley sectorial que, entre otras cosas, disciplina la actividad de exhibición cinematográfica.

Autónomas (en concreto, Cataluña) que, no teniendo una incidencia directa en la protección de la propiedad intelectual en España, constituyen sin embargo restricciones de acceso al mercado que, contempladas desde la perspectiva de un organismo estadounidense como es la IIPA, no parecen adecuadas ni justas.

El campo en el que tales actuaciones han sido adoptadas es el de la industria audiovisual, y responden a la promoción de una determinada lengua (es el caso de la política sobre doblaje al catalán en Cataluña) o a la protección de una concreta industria de contenidos (la audiovisual española o europea, respecto de la obligación de inversión y la cuota de pantalla a la que se aludirá seguidamente).

La Comunidad Autónoma catalana está adoptando nuevas restricciones a las películas que se estrenan en su territorio. En concreto, para cada película que se estrene con más de 15 copias (lo que sucede con la mayoría de ellas), la mitad debe ser doblada al catalán. La IIPA no pone en duda las razones —promoción del acceso lingüístico— que justifican la adopción de esta medida, pero sí considera que los medios no son los adecuados ni tampoco justos. El principal inconveniente que se observa es que los creadores independientes y sus distribuidores locales resultarán perjudicados, en cuanto que frecuentemente no podrán llegar a recuperar los costes adicionales del doblaje, quedando estas películas sin estrenar.

En una dirección similar, España mantiene lo que la IIPA considera «disposiciones de inversión discriminatoria» que obligan a los proveedores de servicios audiovisuales, incluidas las emisoras, a invertir el cinco por ciento de sus ingresos en la producción de películas y programas audiovisuales europeos y españoles. Además, el 60% de esta asignación deberá dirigirse a producciones realizadas en cualquiera de las lenguas oficiales del Estado español. Tales obligaciones también se aplicarán a los futuros canales digitales terrestres.

Cada tres días que una película procedente de un país no perteneciente a la Unión Europea es exhibida, en su idioma original o doblada a alguna de las lenguas españolas, otra procedente de un país de la Unión Europea deberá ser exhibida. Esta proporción se reduce a una *ratio* de cuatro a una si el cine exhibe una película en una lengua oficial del Estado español y esa exhibición se mantiene en estos términos durante todas las sesiones del día (la no observancia de estas obligaciones se castiga con pena de multa). En el Informe se concluye que estas medidas discriminatorias no tienen en cuenta la demanda que existe de películas estadounidenses —en general, de películas procedentes de países que no forman parte de la Unión Europea— y además reprimen el desarrollo del mercado cinematográfico español.

