

EL PULSO EN TORNO A LA COPIA PRIVADA

por Fernando CARBAJO CASCÓN
Profesor Titular de Derecho Mercantil
Universidad de Salamanca

SUMARIO: I.—DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA: POSICIONES ENCONTRADAS SOBRE UNA MATERIA CLAVE PARA EL FUTURO DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN. II.- REPRODUCCIÓN LUCRATIVA Y COPIA PRIVADA. III.- COPIA PRIVADA Y MEDIDAS TECNOLÓGICAS ANTICOPIA. ¿EXISTE UN DERECHO A LA COPIA PRIVADA? IV.- RECONSIDERACIÓN DEL CANON REMUNERATORIO POR COPIA PRIVADA EN LA ERA DIGITAL. V.- EL IMPACTO DE LAS REDES DE INTERCAMBIO DE ARCHIVOS EN EL SISTEMA DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL: ENTRE EL AVANCE TECNOLÓGICO Y EL DESVALOR GENERALIZADO DE LA PROPIEDAD SOBRE CREACIONES Y PRESTACIONES INTELECTUALES.

I. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA: POSICIONES ENCONTRADAS SOBRE UNA MATERIA CLAVE PARA EL FUTURO DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

Suenan tambores de guerra en el mundo de la cultura, del ocio y de la información. La fulgurante convergencia entre la informática, la digitalización, y las telecomunicaciones avanzadas (en definitiva, lo que conocemos, un tanto pretenciosamente aún, como sociedad de la información) ha hecho que se desentierre el hacha de guerra —en forma de copia privada— en la lucha, ya prolongada, entre los colectivos defensores de la propiedad intelectual y la industria responsable de los equipos y materiales de grabación digital. Pero, por si fuera poco, al pulso sostenido tradicionalmente entre ambos contendientes, se han sumado ahora (con inusitada agresividad y enconado enfrentamiento contra autores, intérpretes, industria de contenidos y cualesquiera otros que osen defender o simplemente comprender sus intereses) algunos grupos y asociaciones de consumidores y usuarios que defienden la existencia de un «derecho de los consumidores» a copiar para uso privado información protegida y denuncian sistemáticamente la «hiriente injusticia» del canon o remuneración compensatoria sobre soportes, como los CD-R Data, cuyo destino principal no es la copia de información protegida por derechos de propiedad intelectual, a pesar de mostrarse claramente idóneos para tal fin. Y a este, de por sí, ya abierto enfrentamiento se suman también —en íntima comunión con los anteriores— los grupos de presión que abogan (invocando «sonoros» principios y derechos constitucionales como el acceso a la cultura, la libertad de expresión y la libertad de información) por la libre circulación y utilización de contenidos en la sociedad de la información en general y en particular en Internet, en cuanto paradigma de la sociedad virtual libre (de la «Sociedad Red»); en definitiva, grupos «libertarios» que —amparados en la «utópica» visión de Internet

como un espacio libre del control estatal y de los intereses económicos— respaldan la práctica abolición del derecho de propiedad intelectual en el entorno digital.

Cuatro son, principalmente, los hechos objeto de polémica en los últimos tiempos:

- La generalización progresiva de máquinas de copia automática de CDs en lugares públicos, permitiendo incluso la adquisición en la misma máquina de CDs vírgenes para la grabación (*cfr.* máquinas «Copyplay»®).
- La progresiva generalización de medidas anticopia en CDs y DVDs para frenar la copia en iguales y diferentes formatos que el original (*cfr.* Mp3) y, *a fortiori*, la posterior transmisión en cadena de contenidos entre usuarios a través de la Red.
- El acuerdo entre la principal asociación de fabricantes (ASIMELEC) y cinco entidades de gestión para fijar un canon remuneratorio o equitativo por los CD-R y DVD-R Data que sirven, en principio, para grabar programas de ordenador (donde está expresamente prohibida la copia privada, salvo la copia de seguridad) y datos (archivos informáticos) en general excluidos de la propiedad intelectual, aunque sean idóneos también para reproducir todo tipo de información protegida (música, vídeo, etc.).
- El factor más polémico y más difícil de resolver: el uso masivo de programas y redes de intercambio libre de archivos entre usuarios particulares, conocidos como sistemas *peer to peer* (P2P).

Realmente, el pulso en torno a la copia privada es un aspecto más del amplio, abrupto, rudo y desorientado proceso de contestación social que se viene constatando desde hace años contra el sistema mismo de la propiedad intelectual. Ese pulso (que también podríamos calificar de «órdago social») está dirigido directamente contra la industria de contenidos, contra los autores e intérpretes más reconocidos y contra las entidades de gestión colectiva de sus derechos, denunciando (aquí sí, con importantes dosis de razón en muchas ocasiones, pensando fundamentalmente en el mercado del disco) los excesivos beneficios obtenidos por unos y otros a costa de los altos precios sufragados por el público en contraste con el bajo coste de la producción. Pero ese proceso, por extensión, afecta también gravemente y de forma principal a la llamada industria independiente y a los modestos intérpretes y creadores de contenidos, constituyendo un importante freno para la promoción de nuevos valores y la competitividad del sector, por no mencionar el negativo impacto en el terreno laboral del sector. Y, por ende, contradice el espíritu y finalidad última del derecho de la propiedad intelectual como instrumento de promoción de la creación y la transmisión de conocimientos e información, clave para el desarrollo y sostenimiento de la cultura en una sociedad civilizada¹.

¹ La concesión de derechos exclusivos sobre las creaciones intelectuales (derechos de autor) y sobre las prestaciones industriales (derechos afines o conexos) que ayudan a difundir entre el público las mismas, contribuye al fomento de la creatividad y la inversión en contenidos, y, con ello, a acrecentar la oferta de bienes y servicios culturales entre toda la sociedad, de manera que los ciudadanos tendrán más información y entretenimiento dónde elegir, promocionándose así el ac-

Además, la discordia generada en torno a la copia privada ignora que no estamos ante un problema nacional. Parece o quiere desconocerse la existencia desde hace años de un movimiento de reforma legislativa que se viene promoviendo desde las más altas instancias internacionales (*cfr.* la denominada «agenda digital» de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual) para la adaptación de la propiedad intelectual al entorno digital en línea y fuera de línea (*digital copyright*). Movimiento que es visto, por parte de expertos juristas y economistas de todo el mundo, como uno de los pilares imprescindibles para la construcción racional y eficiente del mercado virtual surgido al cobijo de la sociedad de la información y, en particular, del comercio electrónico directo o en línea entre empresarios y consumidores (B2C)². Más aún, como un pilar decisivo para la construcción de una sociedad de la información plena de contenidos y creatividad; en suma, para la promoción y difusión del conocimiento universal que acabe revirtiendo en última instancia en el progreso y acercamiento cultural de todos los ciudadanos, haciendo real la sociedad del conocimiento.

A la racionalidad social, económica y jurídica —construida con denodado esfuerzo— plasmada en el sistema de copia privada³, se oponen ahora argumentos débiles y —en ocasiones— demagógicos (apoyados muchas veces en simples percepciones sociales alarmadas por los altos precios de los productos y servicios intelectuales y por los abultados ingresos obtenidos por las entidades de gestión y por la industria) que carecen del rigor técnico suficiente para comprender el origen, el espíritu y la evolución de ese sistema. Los detractores del sistema abogan por la relajación o desaparición del derecho de propiedad intelectual como instrumento de control del intercambio de información en Internet (e incluso fuera de la Red cuando se empleen soportes digitales) y denuncian una sistemática alineación de las altas instancias internacionales (*cfr.* OMC, OMPI) y de los Gobiernos nacionales de los países industrializados con los intereses de los autores y la industria de contenidos, con la última intención de «someter» y «controlar» a los individuos consumidores y en especial a los internautas, consiguiendo con ello constreñir el anonimato y el ámbito de

ceso a la cultura y a la información. Los intereses generales y la función social de la propiedad están presentes —aunque no se quiera ver— en el sistema de la propiedad intelectual. El límite temporal a los derechos de autor y derechos afines garantiza que las creaciones reviertan en el conjunto de la sociedad transcurrido el tiempo fijado en la Ley en cada caso, al caducar los derechos exclusivos y caer la obra y prestaciones en el dominio público. La opción por la gestión colectiva (tan criticada en los tiempos que corren), además de velar por los intereses de los titulares de derechos, busca también de alguna manera promover la difusión o circulación de las creaciones originales y de los medios que sirven para su transmisión al público (fonogramas, emisiones de radio o televisión), al obligarse legalmente a las entidades de gestión a conceder licencias no exclusivas a los usuarios-explotadores de derechos interesados en explotar y comercializar alguna de las obras o prestaciones del catálogo de esas entidades.

² Véase el II Informe de la OMPI sobre Comercio electrónico y propiedad intelectual, intitulado: «Intellectual Property on the Internet: a Survey of Issues», Ginebra, Diciembre de 2002. Disponible en <http://ecommerce.wipo.int>.

³ Para una exhaustivo análisis económico del sistema de la propiedad intelectual y la copia privada, vid. el trabajo de GÓMEZ POMAR F., «La función de la propiedad intelectual y el régimen jurídico de la fotocopia», RCDI, n.º 614, 1993, págs. 165 y ss.

necesaria libertad propia de la Red. De sus denuncias, alegatos y clamores, invocando nerviosa y (las más de las veces) demagógicamente los principios fundamentales de libertad de expresión e información, el derecho («sagrado») de acceso a la cultura y el principio *pro consumatore*, se desprende claramente una conciencia colectiva excesiva de «clase perjudicada» y, en muchas ocasiones, una radicalización propia de grupos o colectivos de opinión que —aprovechando las posibilidades de filtrar o escoger contenidos permitidas por las nuevas tecnologías— sólo atienden y comparten sus propias ideas y posturas ideológicas, despreciando de antemano y escarneciendo sistemáticamente posturas contrarias o simplemente desconocedoras de sus intereses y reclamaciones⁴. Extremismo éste erigido, en el caso concreto, sobre un profundo desentendimiento (por no decir desconocimiento) del significado último de la propiedad intelectual y sus límites (y, en particular, del sistema de copia privada)⁵ e incluso de consideraciones básicas de justicia o equidad para con los creadores y difusores de contenidos que en la actualidad deberían considerarse ya fruto de experiencias comunes de la sociedad democrática, sin menospreciar críticas justas y fundadas sobre los altos precios de algunos productos y la política pública de promoción de los bienes y servicios culturales⁶.

⁴ Basta con echar un vistazo a los distintos foros de opinión formados contra las entidades de gestión y contra la industria de contenidos para apreciar el uso egocéntrico de las nuevas tecnologías y la personalización y la radicalización de las comunicaciones y la información, contrarias a las experiencias compartidas y la discusión abierta propia de la (fundada) libertad de expresión de una sociedad democrática, tal y como ha sido denunciado por C.R. SUNSTEIN en su obra «República.com (Internet, democracia y libertad)», Ed. Paidós, Estado y Sociedad, n.º 101, Barcelona, 2003.

⁵ Básicamente la propiedad intelectual concede derechos de exclusiva o monopolísticos sobre obras originales o sobre prestaciones afines (*v.gr.*, fonogramas) estableciendo límites temporales y excepciones basadas unas en derechos fundamentales como la libertad de expresión, otras en la promoción de la cultura y otras, simplemente —como ocurre con la copia privada— en la simple imposibilidad de impedir determinados actos por parte de los titulares. La copia privada es lícita a priori, pero claramente produce un desvalor en el patrimonio intelectual de autores e industria, ya que, de un lado, la copia reduce drásticamente la venta y, de otro lado, aún suponiendo que la copia no perjudica notablemente la venta (copia de fragmentos aislados de una obra) o que se copian obras que nunca se comprarían (*v.gr.*, exceso de música y libros en el mercado), los titulares quedarían fuera del mercado alternativo de la copia facilitado por los avances tecnológicos (reprografía, grabadoras y cintas de audio y vídeo, grabadoras de CDs de audio y vídeo y texto, transmisiones y descargas *on line*, etc.). Por eso al admitirse legalmente la excepción de copia privada se estableció un sistema de remuneración equitativa o compensatoria del desvalor creado por la copia masiva, el cual permite a los titulares de derechos (mediante un derecho de crédito *ex lege* sobre los fabricantes, distribuidores y vendedores de equipos y materiales de reproducción) recuperar parte de las pérdidas ocasionadas por la copia y participar siquiera proporcional y reducidamente del mercado alternativo de difusión de creaciones y prestaciones intelectuales por medio de copia privada. Así pues, no es que el uso privado quede totalmente fuera del ámbito de exclusiva de los titulares de la propiedad intelectual. Simplemente los derechos exclusivos no alcanzan con todo su vigor ese terreno, al no existir medios suficientes para controlar y cuantificar las utilidades privadas. Para compensar los daños derivados de esa imperfección o ineficiencia la Ley crea y consagra el sistema de remuneración equitativa a modo de «regla por defecto» en defensa de los intereses de autores e industria.

⁶ No se trata de defender «ciegamente» a los titulares de derechos y a las entidades de gestión, sino de dar a cada uno lo suyo, por lo que es preciso también denunciar los abusos cometidos por la industria y por algunas entidades de gestión (sobre todo en relación con los precios de las licencias y la negociación de las mismas), movidos unos por un afán desmedido de lucro (que ha provocado la, en cierto modo comprensible, «rebelión» de los usuarios particulares) y otros por un

En una sociedad donde la mayoría de los ciudadanos de cualquier parte del mundo valoran —por encima de casi todo— la propiedad y, últimamente, el acceso a bienes y servicios culturales y de entretenimiento, y donde la racionalidad económica ha calado profundamente en lo más hondo del subconsciente de la mente humana (*homo economicus*), algunos sectores, representantes de ingentes colectivos anónimos (movidos también en último término por factores de índole económica, como el de conseguir intercambiar todo tipo de información y bienes intelectuales de forma gratuita, a pesar de que ese propósito figure disfrazado con lujosas y vistosas vestimentas en forma de principios y derechos fundamentales de una sociedad libre), persiguen denodadamente desairar, desvirtuar y prácticamente derogar el significado (este sí, sagrado) de la «propiedad intelectual». La primera declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 ya proclamaba que: «*la plus sacré, la plus personnelle de toutes les propriétés est l'ouvrage, fruit de la pensée d'un écrivain*».

Sirva a estos efectos lo que ya dijera el gran Rudolf von IHERING en su emblemática obra, «La Lucha por el Derecho»: «*El origen histórico y la justificación moral de la propiedad, es el trabajo, no sólo el material de los brazos, sino el de la inteligencia y el talento*»⁷. Y finalmente, ténganse en cuenta las esclarecedoras palabras de Denis DIDEROT: «*Quién podría, sin dar al traste con todos los principios de la justicia, poner en cuestión esa nueva propiedad (...) El autor es dueño de su obra o nadie en la sociedad es dueño de sus bienes*»⁸.

Y es que la protección de los derechos de propiedad constituye un valor esencial de las Sociedades Democráticas, que actúa como límite del derecho fundamental a la libertad de expresión, el cual nunca puede percibirse como un valor absoluto⁹. Cuando en nombre de la libertad de expresión y del derecho a la cultura se pretenden infravalorar y desconocer derechos ajenos se están po-

excesivo impulso recaudador que no puede decirse que revierta «equitativamente» en los magros patrimonios de muchos titulares de derechos.

⁷ VON IHERING R., «La Lucha por el Derecho», versión española de A. POSADA Y BIESCA, 3.^a ed. facsimilar, Ed. Porrúa, México, 1998, págs. 46-47.

⁸ DIDEROT D., «Carta sobre el comercio de la librería», edición no venal de la Junta de Castilla y León y Caja Salamanca y Soria, Salamanca, 1997, págs. 58-59. Llama la atención, en este sentido, que mientras se magnifica hasta límites casi inmorales la propiedad inmobiliaria, se menosprecia y desvalora colectivamente la propiedad intelectual a pesar de que los bienes y servicios que tienen su origen último en la creación intelectual y en la industria que le sirve de soporte constituyen, sin duda, uno de los pilares fundamentales de la sociedad actual (de evidentes tintes epicureístas) donde buena parte de los rendimientos del trabajo se destinan al ocio y entretenimiento intelectual en sus muy diferentes vertientes o manifestaciones.

⁹ La actual Declaración Universal de los Derechos Humanos expresa en su artículo 27.1 que «*toda persona tiene el derecho a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten*», matizando en su apartado 2 que «*toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan, por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora*». El posterior artículo 29 de esta DUDH dispone que toda persona ejercerá sus derechos y libertades teniendo en cuenta sus deberes con la comunidad a la que pertenece, gracias a la cual puede desarrollar libremente su personalidad (personalismo humanista), apareciendo limitados los derechos y libertades personales, entre otras cosas, por el respeto a los derechos y libertades de los demás.

niendo en peligro las bases mismas de la Sociedad Democrática¹⁰. Corresponde a los Gobiernos y a las Organizaciones Internacionales intervenir o regular convenientemente los abusos disfrazados de principios y valores fundamentales, configurando un equilibrio adecuado entre éstos y los derechos de propiedad, atendiendo a otro valor fundamental de un Estado Democrático como es la función social de la propiedad (art. 33.2 CE)¹¹.

La capitalización de la propiedad intelectual es un valor fundamental en una Sociedad que «quiere ser» del conocimiento y de la información: la Sociedad del «capitalismo cultural»¹². Y eso comprende tanto al creador como al empresario que da cobertura formal y salida comercial a las creaciones intelectuales. De ahí la comunión dentro del mismo sistema de la propiedad intelectual de los derechos de autor y los derechos afines o conexos¹³.

En los últimos años el sistema de la propiedad intelectual se ve gravemente amenazado por los avances tecnológicos que facilitan de forma masiva la re-

Por otra parte, el Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución Europea, dado por la Convención Europea creada al efecto el 18 de julio de 2003, dispone en su Parte II (Carta de Derechos Fundamentales de la Unión), artículo II-17.2 un reconocimiento específico para la propiedad intelectual: «*Se protege la propiedad intelectual*». Protección que —lógicamente— se producirá en los términos expresados de forma general para la el derecho de propiedad; artículo II-17.1: «*Toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de sus bienes adquiridos legalmente, a usarlos y disponer de ellos y a legarlos. Nadie puede ser privado de su propiedad más que por causas de utilidad pública en los casos y condiciones previstos en la ley y a cambio, en un tiempo razonable, de una justa indemnización por su pérdida. El uso de los bienes podrá regularse por ley en la medida que resulte necesario para el interés general*». Observación, ésta última, que tiene particular incidencia en el sistema de la propiedad intelectual, a través del régimen de excepciones legales a los derechos patrimoniales sobre las creaciones intelectuales y prestaciones industriales. La misma Carta de Derechos Fundamentales de la Unión protege en su artículo II.11 la libertad de expresión e información, disponiendo que (1): «*Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber ingerencias de autoridades públicas y sin consideración de fronteras*». No creo necesario insistir, a estas alturas, en que una cosa son las informaciones y las ideas (en abstracto) y otra cosa muy diferente las creaciones intelectuales como formas o expresiones concretas de un conjunto de informaciones o ideas, que es el objeto de la propiedad intelectual (la forma, no la idea).

¹⁰ En este sentido, SUNSTEIN, «República.com...», cit., págs. 133 y ss.

¹¹ Los derechos de propiedad en una sociedad democrática no son absolutos, sino que el sistema de la propiedad privada ha de mantener un equilibrio entre el control del individuo (el propietario) y los fines públicos del Estado; equilibrio que, aun siendo característico de toda propiedad, se hace más evidente en la propiedad intelectual por la relación que ésta mantiene con las ideas y la información en términos muy amplios. Vid. las consideraciones de L. LESSIG en torno a la propiedad intelectual y la excepción genérica de *fair use* en los ordenamientos anglosajones, «El código y otras leyes del ciberespacio», Taurus, Madrid, 2001, págs. 244 y ss.

¹² J. RIFKIN caracteriza la nueva economía como una fase avanzada de «capitalismo cultural», donde el acceso a bienes intelectuales, al ocio y la información comienza a despuntar sobre la propiedad pasiva de bienes materiales, factor característico de la economía tradicional. «*El capital intelectual es la fuerza motriz de la nueva era y lo más codiciado (...) La producción cultural refleja la etapa final del modo de vida capitalista, cuya misión esencial ha sido siempre la de incorporar cada vez mayor parte de la actividad humana al terreno del comercio*». Vid. «La era del acceso (La revolución de la nueva economía)», Paidós, Estado y Sociedad, Barcelona, 2002, págs. 13 y ss.

¹³ Sobre la naturaleza y función de los Derechos afines o conexos y su complementariedad con los Derechos de autor, vid., BERTANI M., «Las funciones jurídicas de los derechos conexos de la industria cultural», ADI, 2000, T. XXI, págs. 53 y ss.

producción y la difusión no autorizadas de obras y prestaciones protegidas. La experiencia enseña que cuando la tecnología se pone al alcance de todos los miembros de la sociedad tiende a romperse el equilibrio entre los intereses privados y los intereses públicos. Y eso se percibe claramente con la extensión del fenómeno de la «piratería».

La piratería profesional daña gravemente los intereses de los titulares de la propiedad intelectual. Pero a esa piratería profesional se une ahora la reproducción y difusión masiva de creaciones y prestaciones protegidas entre particulares aprovechando las grandes posibilidades de copia y transmisión ofrecidas por la tecnología digital y las comunicaciones telemáticas; fenómeno éste que está generando una nueva manifestación socioeconómica (cuyo máximo exponente son los programas P2P) que provoca un progresivo y alarmante desvalor en el capital de la propiedad intelectual y que podría calificarse —desde una perspectiva sociológica— como «piratería doméstica»¹⁴. El efecto es la usurpación de derechos legítimos de propiedad sobre las obras y creaciones y la pérdida de respeto y valor —en su conjunto— del sistema de la propiedad intelectual dentro del sistema de economía de mercado. El lucro (si es que se puede hablar de lucro en sentido estricto) no consiste en este caso en la obtención de

¹⁴ Vid. en CARBAJO CASCÓN F., «Reproducción y copia privada en el entorno digital», Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías, n.º 2, 2003, pág. 51. Concepto éste que ha sido ácidamente rechazado por R. SÁNCHEZ ARISTI («La copia privada digital», Revista de Propiedad Intelectual, pe.i, n.º 14, mayo-agosto 2003, págs. 9-10), que —calificando ese concepto descriptivo como ingenuo o interesado— ve en el mismo una *contradictio in terminis* insalvable en cuanto una acción que no sobrepasa el ámbito de lo doméstico difícilmente puede ser catalogada de piratería, entendido como fenómeno de explotación comercial ilícita de derechos de propiedad intelectual. Sin duda, tan amarga contestación viene motivada por la incompreensión de lo que se quiere dar a entender con dicha expresión, atribuyendo pretensiones técnico-jurídicas a lo que no deja de ser un simple concepto descriptivo de una realidad social innegable. No se trata de identificar copia privada digital con piratería doméstica (como tajante y erróneamente denuncia el citado autor), pues obviamente ambas se mantienen —a priori— en planos separados. Con la noción de «piratería doméstica» se quiere «ilustrar» la ola de copias y transmisiones masivas de archivos con contenidos protegidos entre usuarios particulares de todo el mundo (cuya máxima expresión son los programas de intercambio de archivos o P2P) que permiten al individuo acceder, disfrutar y disponer de copias digitales perfectas de obras y prestaciones de forma totalmente gratuita con total desconsideración de los derechos y legítimos intereses económicos de sus titulares. El efecto de este proceso es la «usurpación masiva» de derechos de propiedad intelectual, al impedir la explotación normal de las obras y prestaciones. Proceso que puede reconducirse perfectamente a una noción amplia de «piratería» que, por el ámbito en el que se produce y a pesar de no mediar intereses comerciales, puede calificarse de «doméstica». La relación (que no asimilación) con la copia privada estriba en que, aunque las copias difundidas por la Red no tienen la consideración de copias privadas, el origen de este dañino proceso de usurpación masivo suele tener lugar, precisamente (y resulta sumamente ingenuo o interesado ignorarlo), a partir de «inocentes» copias privadas. De ahí la necesidad de permitir a los titulares el recurso a medidas tecnológicas y contratos de licencia que sirven para impedir o controlar la copia de las obras y prestaciones digitalizadas, aunque ello suponga una derogación *de facto* (caso por caso) de la excepción de copia privada. Como último argumento en defensa del concepto de piratería doméstica, sirva la utilización que constantemente se hace del término piratería en los informes de la OMPI y otros organismos internacionales como la UE o la OMC para referirse al fenómeno de las copias, transmisiones e intercambios masivos de obras y prestaciones protegidas entre particulares a través de Internet y/o de ejemplares electrónicos. Véase, *ad.ex.* el II Informe de la OMPI sobre Comercio electrónico y propiedad intelectual, de diciembre de 2002, cit. (vid. infra, nota n.º 69).

beneficios económicos directos a bajo coste (aprovechándose del esfuerzo ajeno), como sucede con el fenómeno «top-manta» o con servicios ilícitos de explotación en línea de obras y prestaciones protegidas, sino en la masiva y descontrolada utilización por los usuarios privados de creaciones y prestaciones intelectuales sin contraprestación económica alguna.

La solución a este sistemático y creciente desvalor de la propiedad intelectual no reside sólo en la Ley. Ésta configuró un sistema equilibrado para satisfacer intereses privados y públicos y se mostró como la vía más eficiente para los intereses de los titulares de la propiedad intelectual. Sin embargo ahora se ve superada claramente por las posibilidades que ofrece la tecnología: el ejercicio y disfrute masivo y descontrolado de las excepciones legales a los derechos exclusivos puede convertirse en una «trampa» para los creadores, para la industria y para la subsistencia misma del sistema de la propiedad intelectual. La solución está en la propia tecnología, que pone los medios para que los titulares puedan limitar y controlar el acceso y disfrute de sus obras y prestaciones. Pero el sistema no puede «reconstruirse» al margen de la Ley. Es imprescindible una modificación de ésta para ajustarse a la nueva realidad tecnológica. Como apunta LESSIG, en el nuevo entorno tecnológico la protección óptima es una mezcla entre ley pública y vallas privadas, es decir, dispositivos tecnológicos de control¹⁵. Ésta es la opción consagrada por los nuevos instrumentos normativos internacionales (Tratados OMPI 1996, U.S. Digital Millenium Copyright Act 1998, Directiva sobre derechos de autor y afines en la sociedad de la información 2001). Pero es una opción rechazada sistemáticamente por algunos colectivos.

Expresiones como que el canon de copia privada sobre CD-R Data es un abuso a los derechos de los consumidores (recomendándose incluso desglosar el precio del canon en el precio de compra de CD-R data vírgenes para después reclamar a las Juntas arbitrales de consumo), que los mecanismos o medidas tecnológicas anticopia insertados en CDs y archivos informáticos constituyen por sí mismos y en todo caso un producto defectuoso, o que la vulneración de estas medidas tecnológicas anticopia para usar y poner a disposición del público la obra o prestación de forma totalmente libre es perfectamente lícita y su incriminación penal supone convertir el derecho de copia privada en un delito, son sencillamente desatinadas y desproporcionadas para cualquiera que conozca (o se preocupe mínimamente por conocer) los fundamentos y objetivos del sistema de copia privada y contraste el verdadero origen de ese sistema de copia privada con las extraordinarias posibilidades de calidad y cantidad de copia que permiten ahora las nuevas tecnologías de la información (perjudicando clara y considerablemente la explotación normal de la obra y los legítimos intereses de los titulares de derechos); y más aún si se analizan las finalidades últimas del movimiento de adaptación legislativa a los nuevos acontecimientos tecnológicos.

Todo ello en nombre de un «supuesto» derecho de copia privada, que se quiere entender como manifestación concreta del derecho de acceso a la cultu-

¹⁵ Vid. «El código...», cit., pág. 230.

ra e incluso como un derecho de los consumidores, llegando al despropósito de convertir derechos colectivos de defensa en activos derechos individuales subjetivos.

Es posible que la confusión indicada y la creciente polémica social creada en torno a este tema derive directamente de la negligencia de nuestro Ejecutivo por no haber acelerado la reforma del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de 1996 (TRLPI), necesaria para la incorporación de la Directiva 2001/29/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información (DDASI). El segundo Borrador de Anteproyecto de Ley de Reforma del Texto de Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, de fecha 23 de enero de 2002 (BALR), puede decirse que resolvía de manera coherente y satisfactoria el problema de la copia privada, poniendo en íntima relación la excepción de copia privada al derecho de reproducción y el sistema de canon remuneratorio con la utilización o no de contratos de licencia y medidas tecnológicas anticopia por parte de los titulares de derechos.

La obligada relectura del derecho de la propiedad intelectual para adaptarlo a los retos planteados por las nuevas tecnologías, encuentra su punto más caliente en la necesidad de una nueva definición del equilibrio tradicional entre los derechos exclusivos de los titulares y los límites o excepciones al mismo. La propiedad intelectual constituye de por sí un límite a la libertad de expresión, y las facilidades de reproducción y transmisión posibilitadas por las nuevas tecnologías digitales no pueden servir para, invocando ese derecho fundamental así como el derecho de acceso a la cultura, desvirtuar y constreñir hasta su práctica desaparición los derechos de propiedad de los autores y de los responsables de prestaciones afines. Antes bien, la propiedad intelectual es un mecanismo de promoción de la cultura y debe adaptarse para posibilitar a los titulares de derechos la participación en las nuevas e inmensas posibilidades que ofrecen las nuevas tecnologías de la información.

El referente básico de esta obligada relectura es, sin duda, la llamada prueba de las tres fases o *three step test*¹⁶, según el cual sólo podrán admitirse límites o excepciones a los derechos exclusivos patrimoniales para casos muy puntuales expresamente reconocidos en la Ley, siempre que no impidan la explotación normal de las obras o prestaciones a las que se refieran, ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos de los titulares de derechos.

¹⁶ Formulado en un principio en el Convenio de Berna de Derechos de autor exclusivamente para los límites al derecho exclusivo de reproducción (art. 9.2), pero generalizado posteriormente en virtud del artículo 13 del Convenio TRIPs o ADPIC de la OMC a todos los límites a los distintos derechos patrimoniales de autores y titulares de prestaciones afines («*Los Miembros circunscribirán las limitaciones o excepciones impuestas a los derechos exclusivos a determinados casos especiales que no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos*»), fue incorporado con carácter general para todos los límites al TRLPI por la Ley 5/1998, de 6 de marzo (cfr. arts. 40 bis, 132 y 135.2 TRLPI).

Finalmente ha de tenerse en cuenta que el hecho de que se establezcan límites o excepciones a los derechos exclusivos no significa que estos otorguen derechos subjetivos absolutos a sus beneficiarios. Son, simplemente, excepciones a derechos patrimoniales que, como tales excepciones, deben interpretarse siempre restrictivamente. Además, la posibilidad o facultad de los beneficiarios de realizar los actos permitidos en tales límites sin contar con la autorización de los titulares de derechos, no significa siempre que esos actos tengan que ser gratuitos, pudiéndose establecer por el legislador una obligación de remuneración compensatoria. Es lo que ocurre, en concreto, con el límite de copia privada, compensado por el sistema de remuneración equitativa que se hace recaer sobre equipos y materiales de reproducción y que, en último término, será soportado por los usuarios que adquieren esos equipos y materiales para realizar copias privadas.

Debemos preguntarnos, finalmente, sobre la procedencia misma de estas excepciones cuando la tecnología permite a los titulares de la propiedad intelectual consolidar su derecho sobre sus obras y prestaciones controlando no sólo la explotación económico-industrial de las mismas, sino cualquier utilización con repercusiones lucrativas, como es actualmente el uso privado. Muchas de las excepciones legales estaban fundadas en la imposibilidad de controlar determinadas utilizaciones. Ahora que la tecnología permite el control de todo tipo de utilización debemos plantearnos si deben respetarse a toda costa las excepciones legales o si éstas (o algunas como la copia privada) eran meramente contingentes y el cambio de contexto justifica una ampliación de los derechos de propiedad hasta el punto de permitir a los titulares derogar contractual y materialmente (tecnológicamente) cualquier uso no autorizado¹⁷, haciendo de la propiedad intelectual una propiedad más absoluta, más próxima a la propiedad sobre bienes materiales. Creo no obstante que la respuesta a esta disyuntiva, de por sí compleja, no puede ser única y contundente, pues las diferentes excepciones se fundamentan en distintas causas de justificación social y económica, estando probablemente la solución en un punto intermedio en el que se conjuguen soluciones legales y tecnológico-contractuales partiendo del «peso social» que tenga cada excepción a los efectos de merecer su conservación incluso por encima de las posibilidades de control de los titulares de derechos.

II. REPRODUCCIÓN LUCRATIVA Y COPIA PRIVADA

La instalación en locales abiertos al público de máquinas automáticas de copia de CDs de audio y datos que funcionan mediante monedas (Copyplay®), expidiendo la misma máquina los CDs vírgenes para hacer la copia, llevó a la

¹⁷ Como señala L. LESSIG («El Código...», cit., págs. 254-255), se trata de determinar si el *fair use*, es decir (en la terminología continental), si las excepciones legales constituyen un bien público a garantizar independientemente de la tecnología o si se trata tan sólo de una ineficiente consecuencia de una tecnología ineficiente y, por tanto, destinada a desaparecer cuando se alcance la eficiencia tecnológica.

entidad de gestión AFYVE (Asociación Fonográfica y Videográfica de España) a querrellarse contra la empresa responsable de las mismas (Dagicom S.L.) por un presunto delito contra la propiedad intelectual, al entender que dichas máquinas fomentaban la copia o duplicación ilegal de obras originales, en un intento por frenar su proliferación y la copia masiva de CDs en prevención de los numerosos daños que la fácil copia digital podría hacer fundamentalmente a la explotación de CDs con fonogramas y obras musicales (ya que la copia de DVDs no resulta tan fácil en la actualidad). Sin embargo, el Auto de 6 de mayo de 2002 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 13 de Valencia, archivó la querrela al considerar que la entidad demandada no realiza por sí misma ni a través de terceros la copia o reproducción de discos, sino que alquila sus máquinas para que cualquier persona pueda realizar copia para uso privado de los discos que ella misma lleva e introduce en la máquina, partiendo de la licitud de obtención de copias para uso privado del copista siempre que las mismas no sean objeto de utilización colectiva ni lucrativa (art. 31.2.º TRLPI 1996). La decisión ha sido apelada, encontrándose aún *sub iudice* y, por el momento, de la información aportada por la entidad responsable, parece que ésta estaría pagando a la SGAE únicamente el canon o remuneración equitativa de los CDs que expide la propia máquina para la realización de la copia.

La mencionada resolución judicial contempla únicamente el aspecto de la copia privada realizada por los usuarios de la máquina copiadora automática, pero omite o ignora el aspecto lucrativo que la reproducción masiva de CDs en clave de copia privada reporta a los fabricantes o explotadores de dicha máquina. Realmente el supuesto responde a los mismos presupuestos que la tradicional actividad de fotocopia llevada a cabo a través de máquinas fotocopadoras automáticas instaladas en locales públicos (copisterías, bibliotecas y archivos, pasillos de universidades, etc.) para facilitar la copia privada de textos por parte de los usuarios.

Es preciso, de antemano, distinguir nítidamente entre la copia privada y la copia no privada¹⁸. La copia realizada por cada usuario de la máquina encajaría sin problemas dentro de la excepción al derecho de reproducción contemplada en el vigente artículo 31.2.º TRLPI, y por lo tanto sería una copia perfectamente lícita, aunque corregidos legalmente sus perjuicios mediante el sistema de remuneración equitativa que compensa el daño padecido por los titulares de derechos (art. 25 TRLPI y su desarrollo reglamentario por el RD 1434/1992, de 27 de noviembre)¹⁹. Ahora bien al realizarse la copia privada en máquinas puestas a disposición del público con ánimo de lucro —como es el caso que analizamos—, el titular de las mismas facilitaría la copia privada masiva, superando el alcance de la excepción, y por tanto podría entenderse que estaría llevando a cabo —en nuestro caso de forma automatizada— actos de repro-

¹⁸ Vid. in extenso, CASAS VALLÉS R., «La fotocopia y su régimen jurídico», Ar. Civ., 1993-I, págs. 1997 y ss.

¹⁹ R. CASAS, (ob. cit.) expone gráficamente que la copia privada causa un daño a los titulares de derechos de propiedad intelectual, pero: «No es un daño injustamente causado —ya que deriva de un

ducción, *ex* artículo 18 TRLPI, que necesitarían la oportuna autorización de los titulares de derechos de propiedad intelectual afectados mediante la concesión de la oportuna licencia²⁰.

De hecho la normativa vigente contempla este supuesto de forma expresa, contribuyendo, desde una perspectiva negativa, a definir el ámbito o alcance de la copia privada. El artículo 25.10 LPI de 1987 (art. 25.23 TRLPI 1996) atribuía al Gobierno la determinación reglamentaria de los tipos de reproducciones que no deben considerarse para uso privado. Así, el artículo 10.1 a) del vigente Real Decreto 1434/1992, de 27 de noviembre, de desarrollo de los artículos 24, 25 y 140 de la LPI, dispone claramente que no tienen la consideración de reproducciones para uso privado del copista: *«Las efectuadas en establecimientos dedicados a la realización de reproducciones para el público, o que tengan a disposición del público los equipos, aparatos y materiales para su realización»*; indicando a continuación el apartado 2 del mismo precepto que: *«Para poder efectuar las reproducciones a que se refiere el número anterior, deberá obtenerse la previa autorización de los titulares de los derechos»*²¹.

La pertinente autorización deberá recabarse de la entidad o entidades de gestión que administren los derechos de propiedad intelectual afectados por la máquina en cuestión²², ante la imposibilidad práctica de recabar autorizaciones singulares de cada uno de los titulares de derechos que potencialmente pueden

acto lícito— pero sí injustamente padecido»; y por lo tanto, la lógica del sistema de la propiedad intelectual exigía una compensación en forma de participación en el lucrativo mercado abierto por el progreso tecnológico que desarrolla nuevas formas de utilización de las obras y prestaciones. Si esto era rigurosamente cierto e indiscutible para la reprografía y los sistemas mecánicos de copia de audio y vídeo, su certeza se torna aún más contundente con los modernos medios de reproducción digital, cuyo impacto sobre el mercado de obras intelectuales es mucho más amplio, provocando daños muy superiores derivados de la calidad y facilidad de la copia y ampliando mucho más el número potencial de usuarios de las obras y prestaciones protegidas a través de la copia privada.

²⁰ Así, en relación con el caso «Copyplay», SÁNCHEZ ARISTI, «La copia privada digital», cit., pág. 13.

²¹ Esta solución está previsto trasladarla al texto legal en la próxima reforma del TRLPI de 1996 exigida por la incorporación a nuestro ordenamiento de la DDASI; en concreto, el artículo 6 BALR recoge un párrafo 2.º en el artículo 31.2 TRLPI (excepción de copia privada) que reza así: *«A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior de este apartado no tendrán la consideración de reproducciones para uso privado las efectuadas mediante equipos, aparatos y materiales puestos a disposición del público ni las obtenidas en establecimientos dedicados a las reproducciones para el público que sean objeto de distribución mediante precio»*.

²² Siempre es posible intentar recabar la autorización de los titulares individualmente considerados, pero se presenta como algo prácticamente imposible cuando la actividad que se quiere realizar consiste en la copia masiva y, por ende, automática de información protegida (principalmente pero no exclusivamente obras musicales) incorporada en discos compactos. En este sentido pueden surgir problemas con los titulares de derechos no integrados en los catálogos de las entidades de gestión concedentes de autorizaciones, ya sea porque no quieren otorgar mandatos de gestión de sus derechos a éstas, o ya porque se niegan a conceder autorizaciones para determinadas explotaciones de sus obras o prestaciones. Vid. en este sentido la STS (Sala 3.ª) de 1 de marzo de 2001 (RJA 2001, 3071), que declara el derecho exclusivo de los productores de fonogramas a autorizar la comunicación pública de sus fonogramas y sus copias, *ex* artículo 109.1 Ley 22/1987 de 11 de noviembre, de propiedad intelectual, declarando que el Gobierno se excedió en los límites de la delegación conferida para la elaboración del TRLPI, al derogar o considerar derogada esa facultad de los titulares de fonogramas (art. 116.1 TRLPI). Vid. también la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 7 de mayo de 2003 (Caso Weblisten c. AGEDI y Sony) (Ar. Civ.

ser objeto de copia²³. A estos efectos, previendo posibles negativas a la concesión de licencias no exclusivas de explotación por parte de las entidades de gestión encargadas de gestionar los derechos de autores y titulares de prestaciones afines, el legislador (*cfr.* art. 157.1 a. TRLPI) dispuso también la obligación de la entidad o entidades de gestión correspondientes de conceder licencias no exclusivas, a los usuarios-explotadores que quieran utilizar las obras y prestaciones incluidas en sus catálogos con fines comerciales²⁴. La autorización deberá concederse, salvo que concurran motivos justificados, en condiciones razonables y bajo remuneración, debiendo las entidades de gestión establecer tarifas generales que determinen la remuneración exigida por su repertorio (art. 157.1 a y b TRLPI)²⁵.

2003. n.º 13, R. 1088), donde se afirma que la decisión de definir el contenido y alcance de las facultades de explotación de los productores de fonogramas tienen carácter civil, no pudiéndose declarar que el impedir la transmisión de música a través de Internet vulnere la LPI, ni, en consecuencia, que constituya un ilícito contra la libre competencia por actos de deslealtad (art. 7 LDC) o por abuso de posición dominante (art. 6 LDC), sin perjuicio de que puedan demostrarse algunas de estas prácticas a posteriori. En este sentido, la Sentencia de 27 de junio de 2002 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Secc. 15.ª), Caso Weblisten (Ar. Civ. 2002/1551), establece que la facultad de autorizar la reproducción de fonogramas corresponde en exclusiva a su titular (art. 115 TRLPI), sin que basten las licencias obtenidas para otras obras y fonogramas por parte de las entidades de gestión de otros derechos distintos al lesionado.

²³ Como apunta R. CASAS, nadie puede conceder licencias de explotación sobre obras ajenas cuya gestión no le haya sido encomendada, pero en la práctica someterse a esa limitación equivaldría a renunciar al sistema de licencia, pues nadie estaría dispuesto a pagar por una autorización que sólo le da acceso a un repertorio limitado quedando a expensas de posibles acciones legales por parte de los titulares de derechos no integrados en el catálogo de la entidad concedente. El problema se podría solucionar por la vía legal, introduciendo una disposición reconociendo el ejercicio exclusivo de la concesión de autorizaciones a las entidades de gestión, como se ha hecho ya para la retransmisión por cable (*cfr.* art. 20.4 b y c TRLPI); ello vendría a suponer un reconocimiento más de la función social de la propiedad intelectual y favorecería la explotación y difusión de obras protegidas en beneficio de la cultura y la información. Pero a falta de previsión normativa las entidades de gestión resuelven la laguna concediendo las denominadas *licencias generales*, mediante las cuales la entidad exime de responsabilidad al licenciataria por posibles demandas provenientes de titulares no incluidos en el catálogo de la entidad y por tanto excluidos del ámbito de la autorización, asumiendo la entidad licenciante la posible indemnización a que pudiera ser condenado el licenciataria demandado por un titular ajeno a aquella. Vid. CASAS VALLÉS, ob. cit., págs. 1997 y ss.

²⁴ Esta obligación, que constituye una excepción legal al principio general de autonomía de la voluntad (art. 1255 CC), viene justificada por consideraciones de Derecho de la competencia o antitrust, pues se entiende que las entidades de gestión ostentan una posición de dominio en el mercado de la administración de los derechos de propiedad intelectual. Además, la obligación de contratar supone también una garantía de igualdad entre los usuarios que quieren o necesitan acceder al repertorio de las entidades de gestión. Vid. MARÍN LÓPEZ J.J., «Comentario al artículo 152 TRLPI», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO R. (Coord.), «Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual», 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 1997, págs. 2131-2133.

²⁵ El artículo 49 BALR da nueva redacción al artículo 160.1 a) TRLPI, indicando que la entidad de gestión que conceda autorizaciones no exclusivas de los derechos por ella gestionados a quien lo solicite, deberá hacer constar, en su caso, las otras categorías de titulares de derechos de propiedad intelectual no incluidas en el alcance del contrato, que pudieran resultar afectadas por la explotación prevista en el mismo. De forma que el interesado deberá dirigir una solicitud y recabar autorización de todas las entidades afectadas en el acto de explotación que lleve a cabo. En el caso concreto que tratamos, al afectar principalmente al mercado de la música, deberá recabar autorización de la SGAE (autores y editores musicales) y de la AFYVE (productores de fonogramas y videogramas). Si llega a afectar también al mercado audiovisual, debería solicitar licencia también a EGEDA. Sin duda, uno de los supuestos más problemáticos que el legislador debería abordar en

Caso de rechazarse la autorización, el solicitante²⁶ podrá acudir a los Tribunales de Justicia suplicando sentencia judicial por la que se condene a la entidad o entidades de gestión correspondientes a conceder la autorización solicitada en las condiciones de razonabilidad y onerosidad requeridas por la Ley²⁷. En tanto las partes no lleguen a un acuerdo (provocado generalmente por el carácter abusivo del precio y condiciones que pretenda imponer la entidad de gestión para frenar así o compensar las pérdidas que la instalación de las máquinas copiadoras provocará al mercado de la propiedad intelectual)²⁸, establece la Ley que la autorización correspondiente se entenderá concedida si el solicitante hace efectiva bajo reserva o consigna judicialmente la cantidad exigida por la entidad de gestión de acuerdo con las tarifas generales (art. 157.2 TRLPI)²⁹. No basta, pues, con hacer el ofrecimiento de pago, sino que debe abonarse bajo reserva o consignarse la tarifa general³⁰.

Para el caso de que no exista una tarifa general para el acto o actividad pretendido por el solicitante (lo cual puede ocurrir en supuestos novedosos tecnológicamente como en el caso Copyplay®), entiendo que deberá abonarse a

la futura reforma, es el solapamiento de diferentes licencias o autorizaciones y de los consiguientes pagos a las distintas entidades de gestión afectadas, pues además de generar inseguridad jurídica en los interesados, puede conducir a hacer excesivamente gravosos determinados actos de explotación.

²⁶ La pertinente autorización tendrá que ser solicitada por la persona o entidad responsable de las máquinas de copiado, esto es, por el fabricante o distribuidor, o bien por el dueño o responsable del local donde dichas máquinas se pongan a disposición del público (aunque no se dedique directamente a la actividad de copiado con fin de lucro); entiendo que en función de quién sea el beneficiario directo de los ingresos derivados de la utilización de la máquina por el público.

²⁷ Aunque también podrá acudir a la mediación y arbitraje de la Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual, ex artículo 158.1 a) TRLPI. El artículo 61 BALR desarrolla esta capacidad arbitral de la Comisión de Propiedad Intelectual, añadiendo un nuevo artículo 171.1 al TRLPI en el que se establece que: «A los efectos del pago bajo reserva contemplado en el artículo 2 del artículo 160 de esta Ley, la Comisión podrá establecer cantidades sustitutorias de las tarifas generales de las entidades, a petición de las asociaciones de usuarios, las entidades de radiodifusión y otros usuarios especialmente significativos a juicio de la Comisión (...) La cantidad sustitutoria de la tarifa fijada será de aplicación inmediata a los efectos indicados (...) y contra ella no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de las acciones judiciales que, en cuanto al fondo del conflicto, puedan promover las partes en defensa de sus intereses».

²⁸ El problema reside aquí en la determinación del precio de la licencia no exclusiva, pues su fijación se hace unilateralmente por las entidades de gestión con criterios que no resultan excesivamente rigurosos ni transparentes. Además, en los casos en que la explotación afecta a las actividades de una sola entidad de gestión puede llegar a ser abusivo y constitutivo, por tanto, de ilícitos contra la libre competencia (abuso de posición dominante). Vid. las extensas consideraciones de MARÍN LÓPEZ, ob. cit., págs. 2146 y ss.; vid. también el interesante trabajo de DE TORRES FUEYO J., «Entidades de gestión, negociación colectiva y protección de la competencia en los derechos de remuneración en la propiedad intelectual. Algunas ideas», Ar. Civ., 1/2002.

²⁹ El artículo 49 BALR modifica el artículo 160.2 TRLPI ampliando las posibilidades del solicitante, al entender que a falta de acuerdo la licencia se entenderá concedida si el solicitante hace efectiva bajo reserva o consigna, judicial o notarialmente, la cantidad exigida por la entidad de gestión de acuerdo con las tarifas generales, entendiéndose —asimismo— concedida la autorización cuando el solicitante haga efectiva bajo reserva la cantidad que en sustitución hubiera fijado, en su caso, la Comisión de Propiedad Intelectual, a la que se quiere atribuir un papel mucho más relevante en la futura reforma.

³⁰ Sobre la cuantía a abonar bajo reserva o consignar, vid. nuevamente MARÍN LÓPEZ, ob. cit., pág. 2149.

cuenta o consignarse la cantidad que la parte deudora considere más adecuada o más aproximada a supuestos similares (*cfr.* las máquinas fotocopadoras)³¹ en tanto en cuanto se fije y apruebe (por la entidad de gestión, o bien judicial o arbitralmente en caso de discrepancia) la cantidad definitiva. Finalmente, parece que el sometimiento al ámbito de la autorización no exclusiva por copia no privada supone la exención del canon remuneratorio por copia privada (art. 25 TRLPI y RD 1432/1992), a pesar de la evidente idoneidad de las máquinas de copiado automático como equipo de reproducción para realizar copia privadas³². Por supuesto, los CDs vírgenes distribuidos por la misma máquina para realizar las copias sí que deberán abonar el canon remuneratorio correspondiente.

En cuanto a los posibles motivos justificados para denegar la concesión de licencias no exclusivas por parte de las entidades de gestión implicadas, debe mencionarse en primer lugar que, sancionado por nuestro legislador un sistema de concesión obligatoria de autorizaciones (art. 157.1 TRLPI), tales motivos deben interpretarse restrictivamente y admitirse únicamente para situaciones de excepcional gravedad. Cabe preguntarse aquí si, en el caso Copyplay®, podría considerarse motivo justificado el excesivo perjuicio que la instalación de las máquinas en locales abiertos al público (por el hecho de fomentar la copia privada masiva) seguramente causará a la explotación normal de las obras y prestaciones afectadas y a los legítimos intereses de sus titulares, recurriendo a una interpretación amplia de la prueba de las tres fases recogida en los artículos 40 bis y 132 TRLPI. Aunque más que una interpretación amplia podría hablarse de exorbitante, desde el momento en que la prueba de las tres fases actúa como cláusula de control de las excepciones a los derechos exclusivos (es decir, como límite de los límites) y que en este caso concreto no tratamos con un límite o excepción a los derechos de propiedad intelectual, sino con la concesión de autorizaciones no exclusivas para realizar reproducciones no privadas con ánimo de lucro.

El test de las tres fases, de alegarse, debería hacerse contra la excepción de copia privada y, por tanto, contra las copias realizadas por cada uno de los miles de usuarios de las máquinas Copyplay®; algo sin duda impracticable desde el punto de vista procesal y probablemente ineficaz aun en el caso de hacerse con carácter ejemplarizante contra algunos usuarios concretos. Podría argüirse que ante la imposibilidad de aplicar la prueba de las tres fases contra los copistas

³¹ Aunque no puede desconocerse, y probablemente debería tenerse en cuenta, el mayor impacto que la reproducción digital tiene sobre los intereses legítimos de los titulares de la propiedad intelectual.

³² Así parece desprenderse de una interpretación literal y teleológica de los artículos 25.23 TRLPI y 10 RD 1434/1992. En esta línea, el Considerando n.º 35 DDASI establece expresamente, en relación con los derechos de remuneración equitativa de los titulares de la propiedad intelectual como compensación al daño soportado por el ejercicio de las excepciones legales a los derechos exclusivos, que: «*Cuando los titulares de los derechos ya hayan recibido una retribución de algún tipo, por ejemplo, como parte de un canon de licencia, puede ocurrir que no haya que efectuar un pago específico o por separado*». Para evitar problemas hermenéuticos, sería conveniente que este aspecto se resolviese por el legislador de forma explícita cuando aborde la obligada reforma del TRLPI para incorporar la DDASI a nuestro ordenamiento.

privados, cabría la posibilidad de invocar ese argumento contra los responsables de las máquinas de copiado automático Copyplay® (o similares), aduciendo su condición de incitadores y cooperadores necesarios (con fines comerciales) de las copias masivas a bajo coste y de alta calidad que pueden dañar gravemente al mercado de las copias originales, invocando así motivo justificado para denegar la concesión de autorización. Se trata de un fundamento (similar al esgrimido contra los responsables de los programas o sistemas P2P)³³ que podría considerarse, pero a mi juicio es difícilmente admisible, pues de hacerlo se estaría impidiendo la explotación comercial de tales máquinas y con ello se pondría un importante freno al desarrollo tecnológico; además, la repercusión social de la decisión judicial tendría efectos insospechados.

Considero preferible optar por una interpretación y aplicación instrumental y teleológica de la prueba de las tres fases en el sentido de que puede servir y actuar como fundamento o justificación para, a pesar del tenor literal del artículo 31.2.º TRLPI, justificar la implementación de medidas tecnológicas por parte de los titulares y derechohabientes para impedir o controlar la copia privada digital bajo el texto del TRLPI vigente, que aún no contempla las medidas tecnológicas de control de acceso y copiado previstas en la DDASI (art. 6) y que —como vamos a ver— van a modificar sustancialmente el balance o equilibrio tradicional entre derechos de explotación y excepciones legales.

Llegados a este punto, parece que la única salida posible para denegar la concesión de licencias no exclusivas por las entidades de gestión estaría en el alcance del mandato conferido por los titulares de derechos en el contrato de gestión. Como se ha expuesto anteriormente no existe un modelo de gestión colectiva obligatoria, por lo que los creadores y titulares de derechos afines son muy libres de ceder o no la gestión de sus obras y prestaciones a las entidades de gestión correspondientes, así como de precisar el alcance de los derechos o modalidades de explotación a gestionar por éstas³⁴.

III. COPIA PRIVADA Y MEDIDAS TECNOLÓGICAS ANTICOPIA: ¿EXISTE UN DERECHO A LA COPIA PRIVADA?

La progresiva —aunque todavía tímida— aparición en el mercado musical, multimedia y audiovisual de ejemplares de discos compactos y archivos de descarga

³³ Vid. *infra*, V.

³⁴ Este es el supuesto de hecho en el caso *Weblisten c. Afyve y Sony*, resuelto a favor de éstos últimos por el TDC en su resolución de 7 de mayo de 2003 (vid. *supra*, nota n.º 22). Aparece aquí un importante problema de gigantescas dimensiones prácticas, por cuanto la exclusión de los derechos (modalidades) de explotación digital (en línea o fuera de línea) de los contratos de mandato con las entidades de gestión, puede provocar la creación o fomento de plataformas selectivas y exclusivas por parte de los titulares de derechos (sobre todo en mercados de estructura cuasi-oligopolística como el de la música o el audiovisual) susceptibles de perjudicar el funcionamiento eficiente del mercado cultural en términos de libre competencia, además de suponer un obstáculo insalvable para el desarrollo del comercio electrónico (siendo la propiedad intelectual el principal activo de explotación del comercio electrónico). En el aire queda la opción futurible por modelos de gestión colectiva obligatoria, como sucede ya para el sector de la radiodifusión por cable (*cf.* art. 20.4 b) TRLPI).

en línea protegidos con medidas tecnológicas destinadas a impedir la copia digital en formatos tangibles (CD, CD-ROM, DVD) o intangibles (almacenamiento en disco duro), ha generado una oleada de críticas entre el público consumidor, impulsadas desde algunas asociaciones de consumidores y grupos libertarios de presión que alegan, entre otras cosas, que tales medidas violan el «derecho de los consumidores» a realizar copias para uso privado (recomendando incluso la interposición de reclamaciones ante Juntas arbitrales de consumo y ante los mismos Tribunales de Justicia) o que los discos compactos que incorporan medidas anticopia constituyen productos defectuosos con todo lo que eso implica.

Se ha abierto un debate en la Sociedad, alentado por los grupos mencionados y por algunos juristas, economistas, sociólogos y meros «comentaristas» o «sondeadores de opinión», sobre la pertinencia de esas medidas tecnológicas de control del copiado, que parte de un defecto de base, al no examinarse con el rigor técnico-jurídico necesario el origen mismo del problema, es decir, la justificación última de la excepción de copia privada y su relectura tras los nuevos avances tecnológicos.

¿Existe realmente un derecho a la copia privada? En mi opinión la respuesta es clara y contundente: **No**.

No existe como derecho subjetivo expresamente reconocido por el legislador a cada sujeto privado. Ni tampoco como una prerrogativa legal individual a favor de cada miembro real o potencial del público consumidor de bienes intelectuales. Lo único que existe —permitido por la Ley— es la *posibilidad* o la mera *facultad* de copiar una obra o prestación sin necesidad de pedir autorización al titular o titulares de derechos de propiedad intelectual. No es lo mismo.

He aquí el primer y principal error de apreciación y perspectiva entre los detractores de la propiedad intelectual y defensores de la copia libre para uso privado. En nuestro sistema actual es perfectamente lícita (legal) la copia realizada para uso privado del copista; esto es, según reza el ordinal 2.º del artículo 31 TRLPI, las obras ya divulgadas podrán reproducirse sin autorización del autor «*para uso privado del copista...*». Pero —a diferencia de lo que generalmente parece pensarse— eso no significa que exista un derecho subjetivo a la copia privada reconocido expresamente por la Ley³⁵.

No es lo mismo un derecho subjetivo que una excepción al derecho exclusivo de reproducción del titular de la propiedad intelectual. Excepciones que —como es sabido— siempre deben interpretarse restrictivamente³⁶; y más aún si se tie-

³⁵ Vid. VON DIEMAR U., «Kein Recht auf Privatkopien - Zur Rechtsnatur der gesetzlichen Lizenz zu Gunsten der Privatvervielfältigung», GRUR 2002, 7, págs. 587 y ss. Entre nosotros, GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ I., «Comercio electrónico y derechos fundamentales: el acceso a obras y prestaciones protegidas en la sociedad de la información», pe.i (Revista de Propiedad Intelectual), n.º 11, 2002, págs. 60-62.

³⁶ En relación con estas premisas debe analizarse el alcance subjetivo de la excepción de copia privada al no venir precisado legalmente con la suficiente nitidez. ¿Se limita a las copias para uso

ne en cuenta la nada desdeñable incidencia que la prueba de las tres fases (arts. 40 bis y 132 TRLPI) puede llegar a alcanzar en la práctica como «límite de los límites», sobre todo en un momento —como el presente— en el que la tecnología puede ampliar desmesuradamente el alcance o impacto real de las excepciones sobre la explotación normal de obras y prestaciones protegidas. Aunque realmente, la prueba de las tres fases será difícilmente aplicable de forma directa sobre la excepción de copia privada por ser ésta una facultad de cada usuario potencial del mercado.

El factor clave origen de la controversia y de las falsas apreciaciones sobre un hipotético derecho de copia privada está, precisamente, en la razón de ser de dicho límite y del sistema compensatorio creado en torno al mismo por el legislador. El uso privado de la propiedad intelectual quedó excluido desde un principio de los derechos exclusivos debido, en primer lugar, a la sustancial inocuidad de la copia privada para la explotación normal de la obra en el mercado, y además, por la manifiesta imposibilidad de controlar las copias realizadas en el ámbito privado o doméstico por parte de los titulares y derechohabientes de la propiedad intelectual. Pero esa primera consideración cambió radicalmente a raíz de la aparición y generalización de los primeros avances tecnológicos en técnicas de reproducción reprográfica y mecánica (fotocopias y cintas vírgenes de audio y de vídeo), las cuales favorecieron la realización masiva de copias privadas por los particulares, obligando a una primera adaptación del Derecho de propiedad intelectual al fenómeno de la copia privada. La copia privada reprográfica o mecánica, a pesar de su inferior calidad respecto al original, sí que afectaba seriamente a la explotación normal de la obra o prestación y a los legítimos intereses de sus respectivos titulares, pero la manifiesta imposibilidad de controlar esa copia en el ámbito privado (salvo prohibición absoluta de los nuevos aparatos y soportes de reproducción, reprobable desde el punto de vista del progreso tecnológico y económicamente inviable en un sistema de economía de mercado) forzó al legislador a admitir expresamente la copia para uso privado del copista como una excepción o límite al derecho exclusivo de reproducción (art. 31. 2.º TRLPI).

A pesar de que frecuentemente se recurre a explicaciones basadas en la necesidad de establecer un contrapeso entre intereses privados de autores e industria de contenidos por un lado, e intereses públicos en el acceso a la cultura, la ciencia y la información por otro, la verdadera justificación político-jurídi-

privado realizadas a partir de una copia autorizada (tangible o intangible) por su legítimo adquirente y para uso exclusivamente personal, o entra también dentro de la excepción la copia para uso privado realizada por un tercero a partir de esa copia autorizada o incluso a partir de una copia privada anterior? Si nos ajustamos a la exigencia de interpretación restrictiva podría decirse que sólo sería lícita la copia privada realizada a partir de un ejemplar o archivo en línea autorizado (adquirido legítimamente previo pago o autorización). Ahora bien, la imposibilidad (al menos por el momento) de controlar eficazmente la copia para uso privado realizada sobre otra copia privada anterior aconseja no considerar prohibido ni ilegal lo que no se puede impedir. Además la expresión uso privado se interpreta generalmente —según coincide la mayoría de la doctrina— en sentido amplio, no sólo como uso estrictamente personal, sino también como uso familiar y de amistad.

ca de la excepción de copia privada reside en la imposibilidad de control de la misma por parte de los titulares de derechos, en lo que se conoce en términos económicos como una «*imperfección de mercado*». Así pues, el verdadero origen o fundamento de la excepción de copia privada no reside en consideraciones constitucionales de promoción del acceso a la cultura, la ciencia y la información, como se piensa habitualmente³⁷.

El límite de copia privada tiene su único fundamento (a salvo de futuras iniciativas legales en sentido contrario) en simples razones prácticas derivadas del estado de la tecnología en un determinado momento histórico y, como tales, superables por el propio avance técnico. No se puede prohibir lo que resulta imposible impedir. Solamente se puede intentar compensar el daño patrimonial sufrido. Y de ahí precisamente la necesidad de arbitrar un sistema, el del canon equitativo o remuneratorio, para compensar el perjuicio derivado de la progresiva ampliación del alcance real del límite. Sistema que existe en todos los países de nuestro entorno y de nuestra tradición jurídica continental; no así en los países anglosajones donde la copia privada se subsume en la excepción genérica del uso leal (razonable) o *fair use*.

Este esquema normativo, que tanto ha cuajado entre la conciencia popular, hasta el punto —insisto— de crear la errónea impresión de la existencia de un derecho a la copia privada, ha comenzado a cuestionarse, por un lado, a raíz de la eclosión de las nuevas tecnologías de la información, que facilitan extraordinariamente la reproducción digital, a bajísimo coste y altísima calidad, y permiten además la transmisión y copia en cadena de la información digitalizada entre usuarios de cualquier parte del mundo, poniendo en serio peligro el mercado de bienes intelectuales, la explotación normal de las obras y prestaciones y los legítimos intereses y expectativas de autores e industria. Y también ha comenzado a refutarse, por otro lado, a la vista de las posibilidades que la misma tecnología digital ofrece a los titulares de derechos para controlar técnica-

³⁷ Algunos autores entienden que en la excepción de copia privada subyacen algunos intereses sociales que inciden en el acceso a la cultura a través de la investigación y la docencia. Vid. LLEDÓ YAGÜE F., «Comentario al artículo 31», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO R., (Coord.), «Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual», 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 1997, pág. 493; también en esta línea, PÉREZ DE ONTIVEROS, ob. cit., pág. 600. Tesis que no podemos compartir, pues partiendo de una interpretación histórica no puede decirse que fuera esa la intención del legislador. Cuestión distinta es que —como veremos inmediatamente— la generalización y popularización del límite genere la impresión entre juristas y el público en general de que la copia privada permite el estudio con fines de investigación y docencia y permite también el acceso a la cultura a las clases menos favorecidas económicamente. Esta impresión, sin embargo, oculta y menosprecia por completo los intereses de los titulares de la propiedad intelectual, claramente perjudicados a raíz de los avances tecnológicos que hacen de la excepción de copia privada prácticamente la norma general entre el público consumidor, quedándoles únicamente el consuelo del canon remuneratorio, el cual, si se comparan las pérdidas con los exigüos ingresos percibidos por los autores y algunos titulares de prestaciones afines por razón del mecanismo de redistribución interno aprobado en los estatutos de las entidades de gestión, no puede decirse que compense de forma real el daño soportado, aunque, eso sí, les permite participar al menos en el mercado alternativo de la copia privada del cual resultan principales beneficiarios los fabricantes, distribuidores y vendedores de equipos, aparatos y materiales de reproducción. Mejor algo, por poco que sea, que nada. Vid. CASAS VALLÉS R., ob. cit., pág. 1999.

mente el acceso y disfrute de sus obras y prestaciones y para controlar el copiado de las mismas. La evolución tecnológica permite ahora impedir lo que no se podía proscribir con la tecnología mecánica y magnética: la copia privada. De manera que la respuesta a los problemas planteados por la tecnología digital se encuentra en la misma tecnología. El Derecho debe amoldarse a esta nueva situación: una vez más la propiedad intelectual debe ajustarse a los avances de la técnica.

¿Pueden, por tanto, los titulares de derechos de propiedad intelectual impedir la copia privada si la tecnología se lo permite?

A mi entender esta posibilidad es perfectamente posible con el Derecho actualmente vigente y lo es más aún a la vista del «Derecho previsible», una vez se incorpore a nuestro ordenamiento jurídico la DDASI, en la que —como veremos a continuación— las medidas tecnológicas juegan un papel fundamental como nuevo factor de equilibrio entre derechos exclusivos y excepciones legales en la sociedad de la información. Según mi modesto parecer, el hecho de que el artículo 31.2.º TRLPI reconozca expresamente la posibilidad de que las obras ya divulgadas (y las prestaciones afines por la remisión que realiza el artículo 132 TRLPI) puedan reproducirse para uso privado del copista sin autorización del titular de los derechos, no significa —pues ni se menciona expresamente ni se deduce tampoco del texto legal, máxime conociendo los orígenes reales de esta excepción— que éste no pueda impedir o controlar la copia implementando medidas tecnológicas anticopia³⁸.

La tecnología digital permite a los titulares y derechohabientes controlar —si así lo desean— la utilización privada de las copias digitales de sus obras o prestaciones, puestas a disposición del público en formatos electrónicos tangibles o intangibles. Ese control tiene lugar mediante la implementación de medidas tecnológicas de control de acceso, de duración de la copia autorizada y de control de la copia privada³⁹. Incorporación de medidas anticopia que, a mi juicio,

³⁸ De hecho puede afirmarse que este estado de cosas ha sido consagrado ya en nuestro ordenamiento tras la reforma del Código Penal por la *Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre*, la cual otorga una nueva redacción al artículo 270.3 CP penalizando la violación de medidas tecnológicas de protección de programas de ordenador y de cualesquiera obras literarias, artísticas o científicas, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio. La intención del legislador es evidente (proteger las medidas tecnológicas reconociendo así su licitud), aunque el método seguido sea reprochable por el sólo hecho de reconocer (indirectamente) a través de la Ley penal la licitud de instrumentos que tienen su origen en disposiciones de orden jurídico-privado que, sin embargo, aún no han sido plenamente incorporadas a nuestro ordenamiento. Es una prueba más del espíritu impaciente, presuroso y —sobre todo— asistemático del legislador español en los últimos tiempos.

³⁹ Gracias a esa posibilidad de control del uso privado y dado que la comercialización de bienes intelectuales puede tener lugar directamente entre el titular o derechohabiente y cada miembro del público —evitando intermediarios— gracias al comercio electrónico, la práctica ha generado formas de negocio o de explotación amparadas en nuevas fórmulas jurídico-negociales como son las denominadas licencias de uso, tanto para el entorno digital fuera de línea (licencias *shrink wrap* o paquetizadas, muy habituales en la comercialización de programas de ordenador y bases de datos electrónicas) como para el entorno digital en línea (licencias *click wrap*, cada vez más frecuentes

es perfectamente lícita y que, por tanto, no vulnera ningún derecho de los consumidores. Ejemplares y archivos electrónicos que incorporen este tipo de medidas no pueden considerarse como tales productos defectuosos⁴⁰. Cuestión distinta es que esas medidas interfieran de alguna manera, no en la posibilidad de realizar copia privada, sino en la correcta reproducción o lectura de los mismos por sus legítimos adquirentes en diferentes soportes⁴¹.

para la comercialización de todo tipo de obras y prestaciones puestas a disposición del público mediante transmisiones en línea), las cuales, se articulan desde el punto de vista de las facultades patrimoniales de los Derechos de propiedad intelectual como una cesión del derecho de reproducción para uso privado, en la medida que para utilizar y disfrutar de una concreta copia digital es necesario reproducirla en un equipo adecuado. Vid. ampliamente, CARBAJO CASCÓN F., «Publicaciones Electrónicas y Propiedad Intelectual», Colex, Madrid, 2002, págs. 88 y ss. y 237 y ss. Se opone a esta construcción R. SÁNCHEZ ARISTI («La copia privada digital», *pe.i*, n.º 14, mayo-agosto 2003, págs. 21-22), afirmando que el hecho de que los titulares operen con licencias de usuario y medidas tecnológicas no aboca a la existencia de una facultad o derecho exclusivo a autorizar o prohibir el uso privado, y muchos menos que éste sea el derecho de reproducción, intentando con ello desligar el derecho a controlar el acceso y utilización de obras y prestaciones en Internet del límite de copia privada (que, según él, debe conservarse en toda su extensión también en el entorno digital), que actúa como excepción al derecho de reproducción. Sin embargo, el derecho de propiedad intelectual nunca puede volver la cara a las condiciones tecnológicas, y resulta evidente a estos fines, que en el entorno digital para acceder y para usar hay que reproducir una o varias veces la información que el titular pone a disposición del público; condición técnica que sirve a los titulares para ampliar el alcance de sus prerrogativas de explotación de las obras y prestaciones a donde no podían llegar anteriormente (por imposibilidades fácticas), a pesar de que el mero uso en el ámbito privado era susceptible de provocar ingentes perjuicios a sus intereses si se producía masivamente, como ocurre en la práctica actualmente (y que se demostró ya en el entorno analógico con el reconocimiento del sistema de remuneración equitativa). Ahora, el control del uso privado a través del derecho de reproducción viene justificado por la existencia de medidas tecnológicas de control de acceso y utilización de las copias y también por el «riesgo» que el acceso masivo e indiscriminado a la obra o prestación puede causar a la explotación normal de la obra y a los legítimos intereses de los titulares. De manera que licencias de uso y medidas tecnológicas se sitúan en relación íntima y directa con derecho de reproducción, con la excepción de copia privada y con la prueba de las tres fases como cláusula de control de aplicación de los límites. Si el control del uso privado nada tuviera que ver con el derecho de reproducción ni con la copia privada, entonces, ¿cuál es el sentido del artículo 5.1 DDASI cuando se refiere a las reproducciones provisionales transitorias con fines de «utilización lícita»?; y cuál es el sentido del Considerando n.º 39 y de los artículos 5.2 b) y 6.4 párr. 4.º DDASI cuando relacionan y supeditan la eficacia de la excepción de copia privada (límite al derecho de reproducción) con el uso de medidas tecnológicas eficaces y con lo que las partes acuerden por contrato? La Directiva no emplea términos contundentes, pero su espíritu está más que claro.

⁴⁰ Se muestra proclive a este planteamiento, sin embargo, SÁNCHEZ ARISTI («La copia privada digital», *cit.*, págs. 27-28).

⁴¹ Los detractores de las medidas tecnológicas de control del copiado invocan constantemente una reciente línea jurisprudencial seguida por algunos Tribunales franceses, según la cual los discos compactos comercializados con medidas anticopia que no son susceptibles de ser leídos en diferentes lectores o reproductores (como los PCs o los autodiscos de vehículos a motor), constituyen un atentado contra los derechos de los consumidores (por engaño o confusión) por el simple hecho de que los consumidores no fueron informados en las cajas de los discos de todas las restricciones de uso asociadas a esos productos (y no sólo de las medidas de control del copiado, información que sí se daba). Así, las sentencias del Tribunal de Grande Instance de Nanterre, de 24 de junio de 2003 y de 2 de septiembre de 2003 (en contra, por falta suficiente de prueba, la sentencia del TGI de París de 2 de octubre de 2003)(*vid.* todas en el sitio <http://www.juriscom.net>). Obsérvese que las citadas sentencias no discuten en ningún momento la validez de las medidas tecnológicas anticopia (es decir, a diferencia de lo que interesadamente se afirma por algunos, no reconocen que tales medidas vulneren el «derecho» (¿?) de copia privada), sino que aprecian una infracción a los derechos de los consumidores por defecto de información y no precisamente por lo que se

Ante esta nueva situación en la que se derrumba el principal fundamento empleado para consagrar la excepción de copia para uso privado: ¿debe seguir reconociéndose el límite de copia privada (analógica o digital) con carácter general?; ¿debe, por contra, eliminarse radicalmente el límite de copia privada, como se hizo para favorecer el mercado de los programas de ordenador (arts. 31, 2.º, 99 a. y 100 TRLPI) y de las bases de datos electrónicas (arts. 34 y 135 TRLPI)?; ¿o debe conservarse el límite, supeditado al hecho de si se utilizan o no las medidas tecnológicas anticopia en una obra o prestación concreta?

La cuestión nuclear reside en que habiendo cambiado el punto de partida fáctico puede mutar también la orientación político-legislativa que llevó en su día a admitir como límite al derecho exclusivo de reproducción la copia para uso privado del copista.

De seguir admitiéndose plenamente (con carácter ilimitado) la copia privada digital, el fundamento último de la excepción de copia privada por medios digitales no podría residir ya exclusivamente en razones de imperfección de mercado (como sigue sucediendo sin embargo para las copias privadas analógicas tradicionales), ante la sola posibilidad tecnológica —abierta a todos los derechohabientes— de controlar la utilización privada de las copias digitales de sus obras y prestaciones, sino que debería partir de nuevos razonamientos relacionados con la promoción de la cultura, la ciencia, la educación y la información, por ejemplo para evitar que se pueda producir la situación contraria de que el control de los titulares y derechohabientes sobre el uso privado llegue a ser tan absoluto que impida el acceso a los bienes y prestaciones intelectuales a personas que carecen de medios económicos suficientes para ello⁴².

refiere a la existencia de dispositivos técnicos limitando las posibilidades de copia (información que consta claramente en la caja de los discos), sino por las limitaciones de lectura en diferentes soportes. En concreto, la sentencia de 24 de junio de 2003 condena a la sociedad demandada (EMI Music France) a que deberá indicar sobre todos los álbumes que distribuya en el mercado que éstos no pueden ser leídos por todo tipo de lectores, con lo cual podría entenderse que estaría admitiendo incluso restricciones a la reproducción de discos compactos en todo tipo de lectores (excluyendo básicamente PCs y lectores de CD de automóviles) (vid. el artículo de BERGERON F., «CD audio: condamnation «au fur et à mesure» des systèmes anticopie?», en <http://www.juris-com.net>, con fecha de 26 de junio de 2003). Así pues, una cosa son las medidas anticopia (cuya validez no se discute) y otra cosa son las limitaciones de lectura del CD en diferentes soportes, que incluso parecen admitirse como posibles al condenar al demandado únicamente por defectos de información al consumidor. Por mi parte, considero que si las medidas tecnológicas interfieren en la óptima lectura o reproducción del soporte por diferentes lectores de música (siempre que no impliquen una copia privada para cambio de formato, como puede ser la reproducción en formato Mp3) sí que podríamos estar ante un producto defectuoso o un producto que no se ajusta a la finalidad del contrato (incluso aunque se aporte suficiente información al consumidor sobre esa circunstancia), pudiendo recurrirse —en nuestro ordenamiento— a la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo.

⁴² Se inclina por esta interpretación, SÁNCHEZ ARISTI («La copia privada digital», cit., págs. 14-15), quien, además de argumentos relacionados con la promoción del acceso de los ciudadanos a la cultura, aduce el derecho de propiedad privada, la libertad personal de los destinatarios de actos de explotación de obras y prestaciones e incluso la necesidad de prohibir pretensiones abusivas de control por parte de los titulares de derechos. Tesis ésta que persigue preservar a toda costa el ámbito privado de utilización de obras y prestaciones del poder que los derechos exclusivos confieren a sus titulares para controlar toda utilización de sus obras o prestaciones susceptible de generar lucro, ale-

Sin embargo, considero que no existen justificaciones objetivas de interés general (ni mucho menos justificaciones de índole particular como la propiedad privada o la privacidad o libertad personal de los usuarios) que puedan fundamentar la defensa absoluta de la copia privada; o, al menos, no con carácter imperativo, como sucede con otras excepciones a los derechos patrimoniales. Antes bien, si la copia privada analógica ha lesionado claramente el mercado de los bienes intelectuales (relativamente compensado por el sistema de canon remuneratorio), el expreso reconocimiento de la copia privada digital perjudicaría gravemente (quizás de forma cuasi-definitiva) la explotación normal de la obra o prestación y los legítimos intereses de sus titulares y derechohabientes, entrando en contradicción con el límite de los límites que constituye la llamada prueba de las tres fases (que, a mi juicio, se erige hoy día en principio informador del moderno derecho de la propiedad intelectual, *ex* artículos 40 bis TRLPI y 5.5. Directiva 2001/29/CE, y no sólo en cláusula de control de la aplicación puntual de las excepciones legales reconocidas)⁴³, además de suponer un grave obstáculo para el desarrollo de una sociedad de la información con contenidos de calidad.

Así pues, constatada la extensión de los derechos exclusivos al ámbito privado y siendo posible controlar la copia privada digital, sería perfectamente viable la prohibición radical de la misma suprimiendo la excepción legal y declarando —si se estimase conveniente— la extensión del derecho de reproducción al ámbito privado (*cfr.* artículos 31. 2.º *in fine* y 99 a. TRLPI para los programas de ordenador y artículos 34.2 a. y 135.1 a. TRLPI para bases de datos electrónicas)⁴⁴.

Pero, a pesar de constituir una opción lógica desde el plano jurídico-formal, no creo que sea ésta la solución más deseable actualmente. La prohibición ab-

gando que el monopolio del titular se encamina únicamente a prohibir o autorizar actos de explotación y no actos de mero uso (*vid.* págs. 17-18). Si así fuera, ¿por qué, entonces, se habría instaurado el mecanismo de remuneración equitativa o compensatoria para minorar los efectos lesivos del uso entre el público de obras y prestaciones protegidas? Entiéndase que éste mecanismo reconoce un derecho de crédito *ex lege* a los titulares para compensar los daños derivados de la imposibilidad fáctica de ejercitar sus prerrogativas monopolísticas en el ámbito privado o doméstico.

⁴³ SÁNCHEZ ARISTI («La copia privada digital», *cit.*, pág. 12) considera, sin embargo, que la copia privada respeta las premisas sentadas en la cláusula del artículo 40 bis TRLPI y que los posibles perjuicios asociados a la misma se ven compensados por el canon remuneratorio. La diferencia entre su planteamiento y el que aquí se defiende estriba en que él fija su atención en el uso «inocente», «ideal» y «aislado» que se hace de cada copia privada en sentido estricto, mientras que aquí se contempla el fenómeno desde una perspectiva más amplia y realista, teniendo en cuenta que las facilidades y la calidad de la copia, además de las posibilidades de transmisión telemática entre particulares, convierten la copia privada digital en el punto de partida de un proceso imparable de difusión y copia en cadena de ejemplares y archivos que, a todas luces, pone en serio peligro la explotación normal de la obra o prestación y los intereses legítimos de sus titulares, resultando insuficiente el sistema de canon equitativo para compensar los perjuicios reales sufridos por autores, intérpretes e industria.

⁴⁴ En tal caso, la copia no autorizada de cualquier tipo de obra o prestación tendría la consideración de copia «pirata», en el sentido de haber sido grabada sin autorización del legítimo propietario, sea a partir de la copia original de cualquier copia no autorizada (y por tanto pirata) de esa, irrogando un perjuicio económico al titular de los derechos de autor. En estos términos, en relación a programas de ordenador, *vid.* la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 14 de mayo de 1998 (RJA, 1998, 2635).

soluta de la copia privada carece de eficacia práctica en sí misma sin el adecuado soporte tecnológico que permita restringir eficazmente el acceso y la copia al material protegido, como demuestra el importante grado de reproducción ilícita constatado hasta el momento en el sector de los programas de ordenador y de las bases de datos. Por otra parte, aunque la prohibición sea posible, puede que por el momento no sea eficiente y que genere problemas colaterales, como puede ser la justificación político-jurídica para el cobro de derechos de remuneración, que por el momento siguen siendo necesarios en tanto no se mejoren las medidas tecnológicas de control —que por el momento no están al alcance de todos— y se generalice el modelo de las licencias de uso en la explotación de las obras y prestaciones en formatos electrónicos. Y ha de tenerse en cuenta además que no todos los titulares y derechohabientes quieren impedir la copia privada, prefiriendo comercializarla sin protección. Más aún, en muchas ocasiones ponen a disposición del público sus contenidos gratuitamente con la intención de dar a conocer la obra o prestación e incluso de generalizarla al máximo entre el público para estandarizarla y que sirva así como promoción de otros productos de la misma empresa y como patrón tecnológico o referencia básica para las aplicaciones o creaciones de los competidores⁴⁵.

Parece, por tanto, que —al menos por el momento— la solución más razonable es la de mantener el límite de copia privada. Pero no en términos absolutos e inamovibles. Sin duda, desde una perspectiva práctica, es más coherente con el estadio de desarrollo —aún incipiente— de la sociedad de la información dejar en manos de los titulares de derechos exclusivos la posibilidad de decidir superar el límite en cuestión mediante la incorporación de «vallas electrónicas»; esto es, de medidas tecnológicas de control del copiado.

Es decir, lo más lógico y razonable en el periodo actual de transición tecnológica es mantener el límite obviando un carácter imperativo que además —a mi juicio— carece de justificación si no se produce una fundamentación del mismo en términos expresos, inequívocos y contundentes de salvaguardia de los intereses generales en la defensa y promoción de la cultura, la información, la ciencia y la educación. Algo que —como se ha dicho ya, pero conviene insistir— no se corresponde con la naturaleza íntima de la excepción de copia privada, como bien a las claras muestran sus orígenes y la nefasta incidencia que actualmente tiene para los intereses de los titulares y derechohabientes. Contra el carácter imperativo de la copia privada jugaría un papel relevante la prueba de las tres fases como límite de los límites y como principio informador del moderno derecho de la propiedad intelectual.

⁴⁵ Obsérvese que el hecho de poner a disposición del público los contenidos totalmente libres y gratuitos (contenidos abiertos) no supone una renuncia a los derechos de propiedad intelectual sobre los mismos, como se piensa muchas veces por el público. Simplemente se concede la posibilidad (licencia implícita) de acceder, usar y disfrutar del contenido de forma gratuita (incluyendo la copia para uso privado en sentido amplio y para la difusión doméstica de ese contenido), pero no de disponer de ese contenido para utilizarlo en otras creaciones o prestaciones (independientemente de su formato e incluso del carácter gratuito de esa utilización para los terceros), para lo cual se necesitará el consentimiento expreso del titular o derechohabiente.

De esta manera, el límite de copia privada se mantendría en el entorno digital para aquellos casos en que los titulares y derechohabientes pusieran a disposición del público sus contenidos por medio de ejemplares o de transmisiones en línea sin introducir medidas tecnológicas de control del copiado, debiendo producirse las debidas adaptaciones en el sistema compensatorio (art. 25 TRLPI y su desarrollo reglamentario) a los nuevos aparatos y materiales de reproducción tangibles e intangibles (CD-R audio y data, DVD-R vídeo y data, y también discos duros de ordenadores y otros equipos informáticos)⁴⁶, para compensar a quienes sufrieran pérdidas patrimoniales por razón de la copia privada⁴⁷. De hecho esta parece ser la solución arbitrada —con algunos matices— por la Directiva de derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información, de 22 de mayo de 2001, y también por el 2.º Borrador de Anteproyecto de Ley de Reforma del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, de 23 de enero de 2003.

En materia de copia privada digital el legislador comunitario hace un esfuerzo por coordinar en lo posible la utilización de medidas tecnológicas con el debido equilibrio entre derechos exclusivos y las excepciones tradicionales contempladas en los Estados miembros⁴⁸. La Directiva 2001/29/CE opta por dejar la decisión final sobre la admisión o no de la copia privada en manos de los Estados miembros (art. 5.2 b)⁴⁹, estableciendo a continuación una serie de parámetros (art. 6.4 párr. 2.º y 4.º), que podrán ser seguidos por los legisladores nacionales, en los que se pone en íntima relación el problema de la copia privada y de los sistemas de remuneración compensatoria con la facultad de los

⁴⁶ En términos similares, GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, «El derecho de autor en Internet...», cit., págs. 468-469; también SÁNCHEZ ARISTI, «La copia privada digital», cit., pág. 23. No ignoro que la inclusión de los discos duros de equipos informáticos y electrónicos dentro del canon de copia privada puede resultar polémico; más aún ante la amenaza velada de la industria de hardware de aumentar los precios significativamente y perjudicar así las políticas crecientes de «informática e Internet para todos». Pero no se puede dar la espalda a la realidad, y resulta evidente que la memoria interna de estos equipos informáticos y electrónicos constituye ya un instrumento habitual para el almacenamiento y disfrute de información protegida y sin duda lo será más aún en el futuro.

⁴⁷ Por supuesto, los titulares de contenidos abiertos, es decir, puestos a disposición del público de forma totalmente libre (sin medidas tecnológicas de acceso y copia) y gratuita, no tendrían derecho a participar del sistema remuneratorio, ya que habría autorizado implícitamente a los usuarios para reproducir sus contenidos para uso privado y no habrían sufrido pérdida patrimonial alguna.

⁴⁸ Considera el legislador comunitario que la copia digital privada puede propagarse mucho más y tener mayor impacto económico y que, por consiguiente, deben tenerse debidamente en cuenta las diferencias entre la copia privada digital y la analógica y establecerse entre ellas una distinción en determinados aspectos (Cdo. n.º 38). Considera también que al aplicar la excepción relativa a la copia privada los Estados miembros deben tener en cuenta el desarrollo económico y tecnológico, en particular, en lo relativo a la copia digital privada y a los sistemas de retribución, siempre que existan medidas de protección eficaces (Cdo. n.º 39). Y se acaba admitiendo que *las excepciones o limitaciones al derecho exclusivo de reproducción por copia privada no deben impedir ni el uso de medidas tecnológicas ni su aplicación en caso de elusión* (Cdo. n.º 39 inciso final).

⁴⁹ Los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones al derecho de reproducción: «en relación con reproducciones en cualquier soporte efectuadas por una persona física para uso privado y sin fines directa o indirectamente comerciales, siempre que los titulares de los derechos recibían una compensación equitativa, teniendo en cuenta si se aplican o no a la obra o prestación de que se trate las medidas tecnológicas contempladas en el artículo 6»

titulares y derechohabientes de utilizar medidas tecnológicas de control de acceso y del copiado en la explotación económica de las obras y prestaciones en formato electrónico. Puede decirse que el legislador comunitario deja libertad a los Estados miembros para admitir o no la excepción de copia privada en sus ordenamientos internos (que, por tanto, podrían admitir la copia privada digital, aunque, eso sí, como se dijo antes, especificando la justificación pertinente, pues ya no podría fundarse exclusivamente en la imposibilidad de controlarla), pero en ningún caso podrán poner impedimentos a la utilización de medidas tecnológicas de control por parte de los titulares y derechohabientes, debiendo encontrar la fórmula que mejor satisfaga de forma equilibrada los intereses de todos los grupos afectados.

Las pautas introducidas por el legislador comunitario son un ejemplo de confusión e indecisión, disponiendo soluciones distintas para la copia en el entorno digital fuera de línea (copias digitales de obras y prestaciones en ejemplares electrónicos del tipo CD, CD-ROM o DVD) y para la copia en el entorno digital en línea (copias digitales de obras y prestaciones transmitidas en línea por vía telemática) mediando contrato⁵⁰. Mientras en las obras y prestaciones transmitidas en línea se somete el tema de la copia privada a lo que expresamente se disponga en el contrato (de licencia), esto es, a la voluntad del prestador de servicios de permitir o no la realización de una o varias copias para uso privado, se entiende —claro está— que dependiendo de la incorporación o no de medidas de control del copiado (art. 6.4, párr. 4.º DDASI) pues de lo contrario la prohibición de copia resultaría ineficaz, en la distribución de ejemplares electrónicos con copias de obras o prestaciones se establece que a menos que los titulares de derechos hayan hecho posible la reproducción para uso privado en la medida necesaria para el disfrute de la excepción (*v.gr.*, además de la copia original distribuida, permitir al menos una copia privada de una obra o prestación protegida tecnológicamente para evitar la copia libre de la misma), un Estado podrá adoptar medidas que garanticen el ejercicio de la excepción de copia privada, teniendo presente la prueba de las tres fases y sin llegar a impedir a los titulares la adopción de medidas adecuadas respecto del número de reproducciones (art. 6.4, párr. 2.º DDASI).

Esta confusa disposición es susceptible de provocar resultados esquizofrénicos, primero por establecer dos ambientes o soluciones diferentes en el entorno en línea y fuera de línea (claramente interrelacionados entre sí a la vista de las crecientes copias de encargo y de amistad que se hacen aprovechando las posibilidades de copia, distribución y transmisión en formatos distintos que permite la tecnología digital), segundo porque no responde al objetivo de armonización propio de una Directiva comunitaria (con el nefasto resultado de que se puedan encontrar respuestas normativas diferentes cuando el mercado de bienes culturales es cada vez más compacto y único gracias al impacto de las autopistas de la información) y finalmente porque esa garantía de las excepciones adolece de graves carencias e imperfecciones, pues no se aclara si las

⁵⁰ Vid. CARBAJO CASCÓN, «Publicaciones electrónicas...», cit., págs. 128 y ss.

partes implicadas tienen una obligación jurídica de llegar a acuerdos, ni tampoco en qué pueden consistir esas medidas que los Estados deben tomar para garantizar las excepciones, ya que puede tratarse de medidas estrictamente jurídicas o de medida técnicas (contramedidas tecnológicas)⁵¹.

Por tanto, a la vista del evidente daño que la copia privada digital puede producir a la explotación normal de la obra y los legítimos intereses de los titulares (prueba de las tres fases, *ex* artículos 40. bis TRLPI y 5.5 DDASI), perjudicando también el desarrollo mismo de una sociedad de la información de calidad en sus contenidos, considero que lo más lógico es que los Estados miembros dispongan una misma solución para el entorno fuera de línea y el entorno en línea, admitiendo con carácter general la copia privada pero dejando a la voluntad de los titulares la posibilidad de impedirla o restringirla mediante la incorporación de medidas tecnológicas anticopia en los ejemplares y archivos electrónicos que contienen copias digitales de sus obras y prestaciones⁵².

Ésta parece ser la solución proyectada por el Ejecutivo español en el 2.º Borrador de Anteproyecto de Ley de Reforma del TRLPI (enero 2003), donde, por un lado, el artículo 6.º otorga nueva redacción al artículo 31.2 TRLPI admitiendo con carácter general la copia privada en cualquier soporte y por cualquier procedimiento técnico de obras ya divulgadas (salvo bases de datos electrónicas y programas de ordenador para las que se sigue prohibiendo expresamente la copia), cuando se lleve a cabo por una persona física para uso privado del copista, sin fines directa o indirectamente comerciales y la copia obtenida no sea objeto de utilización colectiva, sin perjuicio de la remuneración equitativa prevista en el artículo 25 TRLPI; y por otro lado, el artículo 64.º añade un nuevo artículo 173 al TRLPI donde se contempla la relación entre los límites a la propiedad intelectual y el uso de medidas tecnológicas, estableciendo en su apartado 1 que los titulares de derechos sobre obras o prestaciones protegidas con medidas tecnológicas eficaces, deberán facilitar a los beneficiarios de una serie de límites, *entre los que no cuenta el límite de copia privada* (apartándose así de la Directiva), medios adecuados para disfrutar de ellos conforme a su finalidad, y en su apartado 4 que lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del mismo artículo no será de aplicación a obras o prestaciones puestas a disposición del público a la carta con arreglo a lo convenido por contrato (respetando fielmente el tenor de la Directiva).

De seguir así en la redacción final de la futura Ley de Reforma del TRLPI, nuestro legislador —con buen tino— permitiría con carácter general la copia privada como límite al derecho exclusivo de reproducción, facultando sin embargo a los titulares y derechohabientes la posibilidad de ignorar o no respetar esa excepción utilizando medidas tecnológicas de control del copiado en las obras y prestaciones puestas a disposición del público tanto fuera de línea (a través

⁵¹ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, «Comercio electrónico y derechos fundamentales...», cit., pág. 57.

⁵² Vid. CARBAJO CASCÓN F., «Reproducción y copia privada en el entorno digital», Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías (RDNT), n.º 2, 2003, págs. 57 y ss.

de ejemplares electrónicos) como en línea (por medio de transmisiones telemáticas) mediando generalmente (pero no necesariamente) contratos de licencia de uso sobre cada copia concreta comercializada. Y en los casos de comercialización de obras y prestaciones en formatos analógicos y en formatos digitales fuera de línea o en línea sin medidas tecnológicas de control del copiado, la copia privada subsistiría en su formato actual, compensándose el perjuicio causado para la normal explotación de la obra o prestación a raíz de la previsible copia privada masiva por un derecho de remuneración equitativa que —como se ha dicho ya— debe adaptarse oportunamente a los nuevos aparatos y materiales de reproducción digital y al impacto real y la eficacia de las medidas tecnológicas de control del copiado en las obras y prestaciones digitalizadas puestas a disposición del público en ejemplares o mediante transmisiones en línea.

El nuevo sistema se cierra con la específica protección que los Estados miembros deben otorgar a las medidas tecnológicas efectivas frente a actos de elusión, sea para el simple uso (no autorizado) de la obra o prestación protegida, o sea para la puesta a disposición del público —onerosa o gratuitamente— de las obras o prestaciones carentes ya de protección, y también frente a la fabricación, importación, distribución, puesta a disposición o posesión con fines comerciales de cualquier dispositivo que sirva exclusiva o principalmente para eludir la protección de medidas tecnológicas efectivas (*cfr.* art. 6 DDASI y art. 63.º BALR que incluiría un nuevo art. 172 TRLPI).

De esta forma se estaría creando en cierto modo un nuevo ilícito contra la propiedad intelectual que consistiría en la elusión de medidas tecnológicas de control y que, según los casos, podría ser considerado como un ilícito civil, perseguible por las acciones y procedimientos previstos en el TRLPI (arts. 138-141), o bien como un ilícito penal (arts. 143 TRLPI y arts. 270-272 CP). En este sentido, la *Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal* otorga una nueva redacción al artículo 270.3 CP disponiendo que será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y de multa de doce a veinticuatro meses quien fabrique, importe, ponga en circulación o tenga cualquier medio específicamente destinado a facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador o cualquiera de las otras obras, interpretaciones o ejecuciones en los términos previstos en el apartado 1 de este artículo (una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio).

Es mi parecer que el ilícito penal deberá limitarse a los casos más graves o que más perjuicios pueden causar a los derechohabientes, como son la fabricación, distribución, difusión o tenencia (entiendo que debería limitarse a la tenencia con fines comerciales, ajustándose al tenor de la Directiva) de mecanismos de elusión de medidas de protección de obras y prestaciones protegidas. El ilícito civil quedaría circunscrito, entonces, a la tenencia de dispositivos y/o a los

actos de elusión consciente de las medidas tecnológicas de protección con la simple intención de acceder y utilizar la obra o prestación por el infractor y ponerla a disposición de su círculo de amistad o doméstico⁵³.

En definitiva, como se apuntó antes, la nueva construcción del sistema de copia privada adolece de un grave problema que reside en la justificación político-jurídica de un límite no imperativo; esto es, en la justificación político-jurídica de la posibilidad de superar el límite de copia privada mediante la implementación de medidas tecnológicas anticopia: de un lado, si cabe la posibilidad tecnológica de impedir la copia no puede aludirse ya en rigor al criterio de la imperfección de mercado, máxime cuando los titulares y derechohabientes pueden perseguir a quienes eludan o favorezcan la elusión de la protección; de otro lado, si se permite impedir la copia privada no pueden invocarse los intereses generales en el acceso a la cultura, la ciencia y la información; o al menos, no con carácter imperativo. Nos encontramos, pues, ante una auténtica encrucijada, plagada de ambigüedades y difícil de responder desde un plano meramente teórico. Deben primar las soluciones prácticas: el equilibrio de los intereses y valores en juego.

Téngase en cuenta no obstante que, a pesar de la posibilidad técnica de controlar el uso privado y la copia privada, el parco desarrollo actual de las medidas tecnológicas, su todavía escasa implantación en el tráfico y el alto grado de vulneración de los mecanismos anticopia, podrían servir para seguir recurriendo al argumento de la imperfección de mercado. Pero con un importante matiz: no para justificar con carácter general la copia privada (ya que podría significar una invitación para vulnerar las medidas tecnológicas), sino —como veremos a continuación— para permitir a los derechohabientes que hubieran incorporado en sus obras y prestaciones medidas tecnológicas anticopia seguir participando (aunque de forma limitada y condicionada a la evolución futura de la eficacia y generalización de tales medidas) en el sistema de reparto de la remuneración equitativa por copia privada⁵⁴.

Otra salida podría ser justificar la posibilidad general de copiar para uso privado en base a intereses generales de acceso a la cultura y la información, si bien atemperada sustancialmente por la realidad del daño que la copia digital

⁵³ En estas circunstancias, copiar no es delito, a diferencia de lo que erróneamente se afirma desde algunas combativas plataformas favorables a la absoluta libertad en la Red (vid. la opinión de SÁNCHEZ ALMEIDA C., «Copia privada: un derecho convertido en delito», en el sitio <http://www.kriptopolis.com>). Ni siquiera debe serlo el infringir o tener un dispositivo para romper una protección con la finalidad de usar y disfrutar el contenido protegido (el carácter de *última ratio* e intervención mínima del Derecho penal desaconseja soluciones tan drásticas). A mi juicio será delito únicamente la fabricación y difusión de tales dispositivos, agravado en caso de que se haga con fines lucrativos comerciales.

⁵⁴ Hoy día, las obras y prestaciones comercializadas con medidas tecnológicas anticopia se están convirtiendo como norma general en las más copiadas del mercado, al menos en determinados sectores, como el musical. Si la copia continúa a pesar de las medidas (por su notable inoperancia) y resulta casi imposible o claramente ineficiente desde el punto de vista procesal perseguir a quienes utilizan privadamente copias obtenidas vulnerando la protección tecnológica, parece lo más lógico permitir a los perjudicados participar del «consuelo» que supone la remuneración equitativa o compensatoria por copia privada. Vid. in extenso, infra, IV.

puede producir a la explotación normal de obras y prestaciones y a los legítimos intereses de autores y titulares de derechos afines (prueba de las tres fases), a fin de permitir a los titulares y derechohabientes impedir o controlar la copia privada y también participar en el sistema de reparto del canon equitativo mientras no se demuestre fehacientemente (con datos estadísticos) la eficacia de las medidas tecnológicas empleadas⁵⁵.

Lo único cierto es que desde el punto de vista práctico se hace necesario por el momento mantener y actualizar el sistema de remuneración equitativa a pesar de la posibilidad de controlar las copias privadas y de perseguir —incluso penalmente— a quienes vulneren las medidas de protección, ya que las nuevas y extraordinarias posibilidades de copia privada y transmisión digital y las imperfecciones en el sector de las medidas tecnológicas hacen que no se pueda impedir materialmente el proceso imparable de copia privada masiva por diferentes vías o medios, causando graves perjuicios al mercado de bienes intelectuales. Estas imperfecciones tecnológicas derivan en una imperfección de mercado para los bienes y prestaciones intelectuales. Pero cambia el significado respecto a la copia privada analógica o tradicional. No se trata de permitir la copia privada porque no se pueda impedir. Se trata de que, a pesar de poderse impedir, el alcance real de las barreras técnicas existentes es ínfimo respecto a las extraordinarias posibilidades de acceso y copia digital de los consumidores actuales, haciendo necesario garantizar la participación de titulares y derechohabientes (cuestión distinta es el grado o proporción de esa participación) en el sistema compensatorio⁵⁶.

IV. RECONSIDERACIÓN DEL CANON REMUNERATORIO POR COPIA PRIVADA EN LA ERA DIGITAL

Como se ha expuesto más arriba, la imposibilidad práctica y jurídica de control de la copia privada culminó con la expresa admisión legal de la copia para uso privado del copista como límite o excepción al derecho de reproducción, arbitrándose como mal menor un sistema de retribución equitativa (art. 25 TRLPI, RD 1434/1992, de 27 de noviembre y RD 325/1994, de 25 de febrero) que sirve como compensación económica a los titulares de derechos por los ingresos perdidos como consecuencia de la copia masiva de sus obras y prestaciones. Sistema de retribución de naturaleza estrictamente privada (y no tributaria como piensan algunos colectivos, que identifican el canon por copia privada como una tasa o impuesto) que genera un derecho de crédito *ex lege* (de diferente naturaleza a los derechos patrimoniales) a favor de los legítimos

⁵⁵ La invocación de intereses generales relacionados con la cultura y la libertad de acceso a la información no puede justificar la copia privada realizada vulnerando medidas tecnológicas ni tampoco las copias privadas realizadas a partir de una copia ilícita, pues de ser así se estaría poniendo fin al sistema de la propiedad intelectual.

⁵⁶ En contra de esta construcción, necesariamente provisional o condicionada temporalmente a la eficacia y generalización futura de las medidas tecnológicas anticopia, SÁNCHEZ ARISTI, «La copia privada digital», cit., pág. 25.

titulares de derechos exclusivos, que adquieren así la condición de acreedores frente a los sujetos (fabricantes, importadores, distribuidores mayoristas y minoristas y sucesivos adquirentes de aparatos y materiales de reproducción idóneos para copiar contenidos protegidos) señalados como deudores en la propia Ley (art. 25.4 a. TRLPI) y con la peculiaridad añadida de que debe ejercitarse ese derecho de remuneración obligatoriamente a través de entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual⁵⁷.

Como se ha dicho, las extraordinarias posibilidades que ofrece la tecnología digital tanto para la realización masiva y con altísima calidad de copias privadas por parte de los usuarios de bienes intelectuales, como para impedir o controlar el uso y la copia por los titulares y derechohabientes mediante la utilización de medidas tecnológicas, exigen una rápida adaptación del sistema de la copia privada y, en particular, del alcance del canon remuneratorio o equitativo establecido en su día como compensación al perjuicio sufrido por la copia privada masificada.

Actualmente nos encontramos en un momento de transición tecnológica y comercial en el sector de los bienes intelectuales que está provocando una escalada significativa de tensión en torno a la copia privada. El pulso en torno a la copia privada se sitúa actualmente más en la extensión del canon remuneratorio a nuevos equipos y soportes digitales de grabación que en las —todavía altamente ineficaces— medidas tecnológicas de control del copiado. Son las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual las que persiguen con ahínco incluir dentro de la obligación legal de sufragar la remuneración equitativa a los fabricantes, importadores y distribuidores de nuevos soportes que se ven generosamente beneficiados de las facilidades de copia y transmisión aportadas por las nuevas tecnologías. A la oposición de la industria se suma la de grupos y asociaciones de internautas y usuarios que combaten la extensión del canon equitativo a nuevos equipos y soportes de reproducción al ser el usuario final quien finalmente soporta la imposición de dicho canon.

Para evitar una constante litigiosidad en el futuro, se hace absolutamente indispensable un desarrollo legal y reglamentario mucho más preciso que el actual donde se especifiquen cuáles son los aparatos y materiales de reproducción que han de quedar sometidos a la obligación de remuneración compensatoria por copia privada, previendo además cuantas modificaciones y adaptaciones sean precisas en el texto legal o reglamentario para ir incluyendo los soportes y aparatos más desarrollados tecnológicamente que puedan ir apareciendo.

Pero hasta que llegue ese momento (se supone que con la futura y ya tardía reforma del TRLPI y normativa reglamentaria de desarrollo), para salvar la cre-

⁵⁷ Vid. BERCOVITZ R. «Manual de Propiedad Intelectual», Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 26. Vid., fuera de nuestras fronteras el interesante trabajo de VON DIEMAR U., «Kein Recht auf Privatkopien...», cit., págs. 587 y ss.

ciente litigiosidad, se ha producido recientemente un importante acuerdo entre ASIMELEC (Asociación Multisectorial de Empresas Españolas de Electrónica y Comunicaciones que agrupa al 80 por ciento de los fabricantes) y cinco entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual (AIE, AISGE, EGEDA, SGAE y DAMA) por el que los fabricantes de CDs y DVDs vírgenes se comprometen a aceptar la imposición de un canon por copia privada en los soportes compactos de grabación digital incluyendo no sólo audio y vídeo sino también los soportes de grabación de datos (CD-Data), mientras que las entidades de gestión aceptan renunciar y paralizar cualquier reclamación judicial sobre los soportes comercializados en fechas anteriores al acuerdo, en vigor desde el 1 de septiembre de 2003⁵⁸.

El acuerdo incluye las siguientes tarifas por productos⁵⁹:

€/ hora	2003	2004	2005
CD-R/W Data	0,13	0,13	0,16
CD-RW Audio	0,30	0,30	0,35
Minidisk	0,30	0,30	0,35
DVD+-R/RW Data	0,30	0,30	0,30
DVD+-R/RW Video	0,70	0,70	0,70
€/ Disco	2003	2004	2005
CD-R/W Data 700MB	0,17	0,17	0,22
CD-RW Audio 80 Min	0,40	0,40	0,47
Minidisk 80 Min	0,40	0,40	0,47
DVD+-R/RW Data 4,7GB	0,60	0,60	0,60
DVD+-R/RW video 120Min	1,40	1,40	1,40

Según reza la explicación de ASIMELEC, el canon por copia privada se viene pagando desde el año 1992 por las cintas de audio y de vídeo, y desde 1997 se paga el canon por el CD-Audio. Ahora, sin embargo, a través del citado acuerdo el canon se hace extensivo a nuevos soportes idóneos para grabar audio y vídeo, como el CD-Data y el DVD-Data, sin perjuicio de que su función principal sea la de grabar datos o información excluida del canon, bien por no estar protegida (archivos informáticos simples, fotografías personales, etc.), o bien

⁵⁸ Podría discutirse la legitimidad de acuerdos de este tipo cuando las tarifas aplicables al canon por copia privada aparecen específicamente fijadas legalmente (*cf.* art. 25.5 TRLPI), máxime cuando la Disposición Adicional 3.ª TRLPI faculta a la Administración para adecuar esas cantidades a la evolución tecnológica y al IPC cada dos años (así, también SÁNCHEZ ARISTI, cit., pág. 24). Sin embargo, parece que dicho acuerdo es visto con buenos ojos por la Administración, seguramente conociendo su propia incapacidad para adaptarse rápidamente a la evolución tecnológica y a las necesidades del mercado, y también teniendo presente las preferencias mostradas en diferentes sectores por la «autorregulación». No obstante, lo más lógico es que se de refrendo normativo, legal o reglamentario a tales acuerdos, sin perjuicio de que se fomente el diálogo y el consenso a poder ser en el seno o con la intervención de la Comisión mediadora y arbitral de la propiedad intelectual.

⁵⁹ Fuente: <http://www.asimelec.org>.

por estar permitidas por la Ley (copia de seguridad de programas de ordenador) o por los propios titulares (*software* libre). El acuerdo viene forzado por las circunstancias, según afirma la propia ASIMELEC: la existencia de cinco sentencias judiciales haciendo extensivo el canon a los nuevos soportes mencionados⁶⁰ y el «Derecho previsible» contenido en la DDASI y el BALR. Se insiste además en que el resultado de la negociación ha supuesto una rebaja respecto a lo que el usuario tendría que pagar si se aplicara la Ley (art. 25.5 TRLPI), ratificada por las sentencias promulgadas hasta el momento (0,24 euros por hora de grabación, según la Ley actual, y 0,13 euros por hora de grabación según el acuerdo); rebaja que responde al reconocimiento entre las partes de las posibles aplicaciones de tales soportes para reproducir información no protegida o excluida del canon remuneratorio.

Cerrado este importante acuerdo, el conflicto se ha trasladado ahora a las asociaciones de usuarios y grupos de internautas, llegándose a recomendar desde alguna asociación a los compradores de CD-R Data (quienes soportan en última instancia el pago del canon) solicitar el desglose del precio del canon en la factura de adquisición de CDs-Data para interponer reclamaciones posteriores ante juntas arbitrales de consumo y, llegado el caso, ante los mismos tribunales de justicia. Entre otros argumentos contra el pago del canon se esgrimen los siguientes: la función del CD-Data no es la de reproducir información protegida (obras musicales y audiovisuales, fonogramas, grabaciones audiovisuales e interpretaciones o ejecuciones musicales y artísticas), sino la de grabar información no protegida (datos), fotografías o composiciones personales o *software* (libre o copia de seguridad); el precio del canon producirá ingresos desmesurados en las entidades de gestión repercutiendo mínimamente entre los titulares de derechos por actos que no han supuesto la utilización de sus repertorios, perjudicando gravemente no sólo a los consumidores finales sino también a las empresas del tratamiento de la información que utilizan grandes cantidades de materiales de reproducción de datos; por qué pagar un canon por la reproducción de información protegida cuando empiezan a propagarse los CDs y DVDs con obras y prestaciones protegidas por medidas tecnológicas anticopia cuya vulneración puede ser calificada incluso como delito.

Frente a estos argumentos se pueden oponer otros de mucho mayor calado desde una mera apreciación de racionalidad socioeconómica: aunque los CD-Data sirvan principalmente para la reproducción de datos no protegidos, no puede ignorarse —sin ayudarse de altas dosis de hipocresía— que la mayor parte de

⁶⁰ El primer caso judicial en salir a la palestra fue el de la sentencia de 2 de enero de 2002 del Juzgado de Primera Instancia n.º 22 de Barcelona, en el conocido «Caso Traxdata» (AC 2002/23), en el que se declara que los CD-R Informáticos (CD-Data) permiten llevar a cabo reproducciones para uso privado no sólo de datos, sino también de fonogramas y que, por tanto, están obligados a satisfacer la remuneración compensatoria por copia privada, quedando obligada en consecuencia la entidad responsable de su fabricación, importación o distribución (Traxdata Ibérica S.L.) a liquidar y abonar a la entidad de gestión demandante (SGAE) esa remuneración en los términos previstos en el artículo 25 TRLPI. En la misma línea se sitúa la sentencia de 13 de marzo de 2002 del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Esplugues de Llobregat, en el «Caso Verbatin». Ambas han sido seguidas por otras posteriores.

esos materiales son empleados en la práctica para reproducir información protegida por derechos de propiedad intelectual, como demuestra claramente la evolución en las cifras de ventas de los mismos debido a su bajo precio frente a otros similares (CD-Audio); el precio acordado es inferior al precio fijado por la Ley para otros soportes de grabación, pues se ha tenido en cuenta precisamente el porcentaje de CD-Data que no son empleados para la reproducción de contenidos protegidos; aunque empiece a generalizarse la comercialización de CDs, DVDs y archivos transmitidos en línea dotados de medidas anticopia, no puede ocultarse que esas medidas tecnológicas aún no son eficaces, surgiendo inmediatamente contramedidas que las vulneran y de fácil alcance por parte de los usuarios medios e incluso produciéndose el fenómeno contrario de que las obras y prestaciones protegidas se convierten rápidamente en las más copiadas por parte del público; la represión penal se centrará (o debería centrarse) en la persecución de actos de fabricación, distribución y difusión de dispositivos o contramedidas, pero no en la simple elusión de medidas de protección para conseguir el acceso y disfrute de la obra o prestación.

No obstante, es preciso reconocer que el sistema de canon por copia privada es claramente imperfecto⁶¹. Como ocurría ya anteriormente con las casetes vírgenes de audio y vídeo y con las máquinas fotocopadoras, siempre habrá sujetos indebidamente perjudicados por el canon remuneratorio, ya que tendrán que abonar el precio adicional correspondiente al canon por copia privada a pesar de utilizar realmente esos aparatos y soportes de grabación para reproducir información no protegida. Aunque seguro que en muchas ocasiones también utilizarán esos equipos y soportes para copiar información protegida, causando un daño proporcionalmente mayor a los titulares de derechos que el perjuicio real que para ellos pueda significar el abonar pequeñas cantidades adicionales sobre el precio del soporte que no utilicen para copiar contenidos protegidos. De esta manera el canon repercutido en el precio final abonado por los usuarios constituye realmente una pequeña cantidad que grava la *simple posibilidad de copiar*, en prevención de los ingentes daños que esa posibilidad masiva puede causar (y de hecho causa realmente con mayor impacto en los materiales digitales) a la explotación normal de las obras y prestaciones y a los intereses económicos de sus titulares⁶². Entiéndase, en fin, que en el estado ac-

⁶¹ Imperfección que no se limita al abono del canon remuneratorio, sino que se extiende también al reparto de los ingresos obtenidos por esa vía dentro de las entidades de gestión, pues los criterios de equidad y proporcionalidad no cubren realmente las pérdidas sufridas por los titulares de derechos, muchos de los cuales apenas tendrán participación en el reparto económico correspondiente. Ahora bien, frente a la dificultad que conlleva la perfección de la aplicación del canon a los materiales de reproducción que sirven también para copiar contenidos no protegidos, en mi opinión el sistema de reparto entre titulares es claramente perfectible, introduciendo en los estatutos de las entidades de gestión sistemas de corrección que hagan el reparto más equitativo y solidario, entre los que más venden y los que menos (lo cual no significa que sean los menos copiados necesariamente).

⁶² Como se apuntara ya en su día respecto a los materiales analógicos de reproducción, nos situamos en un caso equivalente a la responsabilidad por riesgo de cuantía limitada y liquidación anticipada: no se paga por dañar sino por la capacidad de hacerlo. Vid. DELGADO PORRAS A., «La copia privada en España», *Revue Internationale du Droit d'Auteur (RIDA)*, núm. 145, 1990, págs. 3 y ss., especialmente, págs. 17 y ss. En la misma línea, CASAS VALLÉS, «La fotocopia...», cit.

tual de la tecnología no existe por el momento ningún mecanismo que sirva para respetar y compensar las pérdidas sufridas por los titulares de derechos de propiedad intelectual que no sea imponer el canon en cuestión, de manera indiscriminada, a todo tipo de equipos y materiales que sirvan para reproducir información protegida⁶³.

En suma, a pesar de que los acuerdos entre los grupos de intereses afectados puedan resultar convenientes y deseables por el simple hecho de frenar la litigiosidad y contribuir a la seguridad jurídica, en mi modesta opinión el impacto de las tecnologías de la información sobre el conjunto de la propiedad intelectual y en particular sobre la copia privada hace preferible la intervención legislativa y reglamentaria para dar cobertura normativa a todos los equipos y materiales susceptibles de reproducir material protegido afectando gravemente los intereses de los titulares de derechos, previendo además otras situaciones que influyen directamente en el sistema como la utilización real de medidas tecnológicas entre los derechohabientes⁶⁴.

Considero, en primer término, que en la futura y necesaria redefinición legal y reglamentaria del sistema de remuneración equitativa para adaptarlo a la nueva realidad tecnológica debería tenerse en cuenta no sólo la idoneidad objetiva de los aparatos y materiales para realizar copias privadas, sino también las facilidades de copia permitidas por cada aparato y material y —en directa relación con ello— la incidencia real que cada equipo o material puede tener en el mercado a efectos de dañar la explotación normal de la obra o prestación y los legítimos intereses de creadores e industria⁶⁵. En segundo término, a la vista de la creciente comercialización de obras y prestaciones protegidas con me-

⁶³ En idénticos términos se ha pronunciado el Defensor del Pueblo dando respuesta a una consulta o queja formulada por la Asociación de Internautas. Puede consultarse en Boletín Informativo de EGEDA, n.º 33, diciembre 2003, pág. 5. Puede pensarse que la superación de esta «relativa injusticia» de pagar por lo que no se hace está en manos de la propia industria, buscando fórmulas y estándares comerciales de CD-R Data que impidan o menoscaben la calidad de la reproducción de archivos musicales y audiovisuales. En este sentido, la entidad CD World ha anunciado recientemente su intención de solicitar una patente sobre un nuevo tipo de CD, llamado CD-DO, el cual sólo permitiría grabar datos de forma fiable mediante un dispositivo que no permitiría a los equipos reproductores leer los archivos con formato de audio. Si este tipo de CD llegara a generalizarse en el mercado con las debidas garantías (no ser apto para grabar ningún formato audiovisual y a prueba de contradispositivos) podría cumplir las condiciones necesarias para ser excluido del canon sobre copia privada.

⁶⁴ Como se apuntó en un momento anterior, habrá de tenerse en cuenta el fenómeno de los contenidos abiertos en Internet. Obviamente parece que el sistema de remuneración compensatoria sólo debería aplicarse a favor de los titulares y derechohabientes que pusieran las obras o prestaciones a disposición del público fuera de línea o en línea de forma onerosa, ya que los que difunden sus contenidos de forma gratuita no sufrirán pérdidas en sus derechos de propiedad intelectual con motivo de la copia privada al no perseguir un fin lucrativo con la difusión pública de los mismos y por tanto no podrán tener la condición de acreedores *ex* artículo 25.1 TRLPI. Aunque también podría pensarse que la copia indiscriminada de contenidos abiertos puede perjudicar gravemente a los titulares de contenidos abiertos que perciben ingresos indirectamente a través de *banners* publicitarios, ya que tales ingresos se hacen depender en muchas ocasiones del número de visitas que reciben los sitios *web* o del número de veces que los usuarios acceden a los sitios de los anunciantes a través del *banner* en cuestión.

⁶⁵ De tal forma, será necesaria una adaptación reglamentaria puntual para incluir aparatos y soportes verdaderamente dañinos para la propiedad intelectual (CD-R audio, vídeo y data, grabadoras de

didadas tecnológicas de control de acceso y del copiado, debe empezar a pensarse en establecer relaciones claras y estables entre la cuantía del canon por copia privada y el derecho a participar en el reparto del canon, por un lado, con el grado real de implantación de medidas tecnológicas verdaderamente eficaces que impidan o controlen el número de copias, por otro lado⁶⁶.

En esta línea, el artículo 5.º BARL otorga una nueva redacción al artículo 25 TRLPI en la que, aun con evidentes carencias e imprecisiones, se otorgan las pautas precisas para un desarrollo reglamentario posterior con vistas a la mencionada adaptación del sistema de remuneración compensatoria al nuevo entorno tecnológico. En concreto, el artículo 25.4 proyectado establece que el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, oídas las partes, y previo informe de la Comisión de Propiedad Intelectual establecerá y actualizará, con periodicidad al menos bianual: *a)* la relación de equipos o aparatos y materiales sujetos al pago de la remuneración atendiendo para ello a su idoneidad objetiva y a su efectiva incidencia en la realización de las reproducciones a que se refiere el apartado 1; *b)* las cantidades aplicables a cada equipo o aparato y material atendiendo, entre otros criterios, a la modalidad o modalidades de que se trate, a la capacidad y calidad de copia o almacenamiento de los mismos, a su incidencia en la realización de copias privadas y a los efectos de éstas en el mercado de obras y prestaciones afectadas. Asimismo —finaliza— se tendrá en cuenta si se aplican o no a las obras y prestaciones afectadas de que se trate las medidas tecnológicas contempladas en el nuevo artículo 172 TRLPI.

Parece evidente en este sentido que el nivel real en la utilización de medidas tecnológicas por los titulares de derechos debería incidir directamente, primero en las cantidades a pagar por los deudores en el sistema de remuneración equitativa, y segundo (aunque éste parece un problema a resolver en los estatutos y reglamentos internos de las entidades de gestión) en la cuota de reparto de cada titular en concreto dentro de ese mismo sistema administrado por las entidades de gestión colectiva⁶⁷. Y ha de ser así pensando que la utilización

CDs y DVDs, reproductores de Mp3, discos duros de equipos informáticos, escáner, impresoras digitales, etc.) ajustando la remuneración a la incidencia real de cada cual en el mercado. Pero también para dejar fuera del sistema de remuneración a otros aparatos cuya incidencia en el mercado, a pesar de su idoneidad para copiar obras y prestaciones, será prácticamente irrelevante por otorgar pocas facilidades y poca calidad a la copia privada (por ejemplo el fax), a fin de no gravar innecesariamente el progreso tecnológico y la utilización de la tecnología por los usuarios finales. Y no debería olvidarse tampoco (como se plasma en el acuerdo comentado anteriormente) la utilización de esos aparatos y materiales de reproducción con fines no de copia privada sino de copia de información y uso en ocasiones meramente profesional, rebajando la cantidad correspondiente al canon. En este sentido, el Considerando n.º 35 DDASI dispone que *«determinadas situaciones en las que el perjuicio causado al titular del derecho haya sido mínimo no pueden dar origen a una obligación de pago»*.

⁶⁶ En el Considerando n.º 35 DDASI se apunta que *«el nivel de compensación equitativa deberá determinarse teniendo debidamente en cuenta el grado de utilización de las medidas tecnológicas de protección...»*.

⁶⁷ Será preciso realizar una observación general del uso de medidas tecnológicas en el mercado, lo cual influiría notablemente en la utilización de materiales de reproducción que lógicamente debería disminuir y con ello la cuantía de las remuneraciones a sufragar por los productores y distribuidores. Por otro lado, debe abrirse un debate dentro de las entidades de gestión para decidir si

de medidas tecnológicas, a pesar de correr el grave riesgo de ser eludidas y generar un efecto en cadena de copia privada y fenómenos más graves de piratería con los consabidos perjuicios para la normal explotación de la obra o prestación y para los legítimos intereses de su titular, sí que será eficaz de cara al usuario medio, el cual o no tiene interés en la ruptura de la protección o carece de los conocimientos y medios necesarios⁶⁸.

Puede llegar algún día en que la eficacia de las medidas tecnológicas de control de acceso y del copiado, unidas a nuevas fórmulas de comercialización de contenidos más atractivas para el público (*v.gr.*, modelos de suscripción para el acceso y disfrute de contenidos de calidad en línea y a bajo precio con o sin posibilidad de descarga de archivos, como las llamadas «*gramolas virtuales*») provoquen la gradual desaparición del sistema de copia privada, haciendo de esta excepción y del sistema remuneratorio un residuo histórico (un dinosaurio jurídico) superado por la evolución tecnológica. Pero el futuro está aún por llegar y en el presente se ciernen nuevas y graves amenazas para los derechos de propiedad intelectual provocadas por los adelantos espectaculares en las comunicaciones digitales avanzadas. Me refiero a las plataformas de intercambio de archivos entre personas de cualquier parte del mundo: los programas o sistemas «*peer to peer*» (P2P).

V. EL IMPACTO DE LAS REDES DE INTERCAMBIO DE ARCHIVOS EN EL SISTEMA DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL: ENTRE EL AVANCE TECNOLÓGICO Y EL DESVALOR GENERALIZADO DE LA PROPIEDAD SOBRE CREACIONES Y PRESTACIONES INTELECTUALES

Sin duda, uno de los factores más problemáticos para el moderno derecho de la propiedad intelectual y, en concreto, para la lucha creada en torno a la copia privada, lo constituye la proliferación de sistemas y programas de intercambio ma-

los titulares de derechos que incorporen medidas eficaces o relativamente eficaces tienen derecho a seguir participando en el reparto del canon y, en su caso, en qué proporción.

⁶⁸ Sería irreal y contraproducente para el propio sistema y para el desarrollo del mercado de medidas tecnológicas incluir a los titulares que utilizaran esas medidas en el sistema de remuneración equitativa en la misma medida y proporción que los que no las hubieran empleado en el tráfico para proteger sus obras y prestaciones. Aunque, como demuestra la práctica reciente, una obra o prestación cuya protección tecnológica ha sido eludida es castigada duramente por los usuarios convirtiéndose en uno de los principales objetos de copia privada y de piratería, debe tenerse siempre presente que el factor de éxito de las medidas tecnológicas debe medirse en relación con el usuario medio y, en consecuencia, es natural pensar que el perjuicio económico en cifras de ingresos perdidos sería inferior al de las obras y prestaciones carentes por completo de protección. Menores derechos en sistemas de remuneración fomentarán la inversión en medidas de protección tecnológica más eficaces. Ha de tenerse en cuenta además las posibles indemnizaciones que los titulares de derechos pueden conseguir por la vulneración de medidas tecnológicas. Ahora bien, no pueden ignorarse tampoco las extremas dificultades procesales ligadas al ejercicio de una acción de responsabilidad civil por infracción de derechos exclusivos contra cada usuario concreto que pudiera haber violado las medidas tecnológicas de protección para hacer copias de uso exclusivamente privado, lo cual obligaría nuevamente a volver la vista al sistema de remuneración compensatoria debidamente corregido o adaptado a fin de solucionar o equilibrar los perjuicios que la vulneración de esas medidas pueda conllevar para quienes las hubieran implementado en la explotación de sus obras y prestaciones.

sivo, automático y gratuito de archivos de todo tipo (música, vídeo, texto, foto, etc) a través de las autopistas de la información entre millares e incluso millones de personas que ni siquiera se conocen entre sí, pero que están interconectados por medio de un mismo programa de ordenador interactivo que les permite compartir de igual a igual o de «amigo a amigo» («peer to peer») toda o parte de la información (según su voluntad) almacenada en sus respectivos discos duros.

La facilidad de copia y de transmisión en cadena, a bajísimo coste (apenas el precio de la conexión) y con la posibilidad añadida de volver a compartir o difundir esos contenidos dentro (a través del mismo programa de intercambio o por medio del correo electrónico, del WWW, chats, FTP o cualquier otra aplicación de Internet) y fuera de la Red (haciendo copias en CDs o DVDs por encargo, para regalo o para su distribución gratuita a un número más o menos numeroso de público), está generando un nuevo fenómeno social que atenta gravemente contra la explotación normal de las obras y prestaciones protegidas —es decir, contra el mercado legítimo de bienes intelectuales— y perjudica claramente los legítimos intereses de autores, intérpretes e industria (sobre todo la musical) sobre sus creaciones y prestaciones.

Ese fenómeno totalmente desconsiderado con los derechos ajenos puede calificarse, por sus dimensiones y por los ingentes perjuicios que provoca, como el paradigma de los que anteriormente llamamos «piratería doméstica»⁶⁹. Y sin embargo, el mismo es visto desde los grupos libertarios de la Red y por buena parte de los usuarios de Internet como un ejemplo del espíritu de libertad de comunicación y expresión y de acercamiento cultural entre ciudadanos de todo el mundo.

En definitiva, los programas P2P constituyen el paradigma de la aparente incompatibilidad entre la lógica interna de un (utópico) ciberespacio libre y anónimo y el derecho de la propiedad intelectual que protege la creatividad de los autores y la inversión de la industria cultural en un sistema de economía de mercado, contribuyendo en último término al fomento y la difusión de la cultura⁷⁰. Al mismo tiempo ponen de manifiesto la estrecha conexión existente entre la defensa de derechos de propiedad intelectual en el espacio tradicional y en el ciberespacio, ya que la desprotección contra los actos de uso y explotación de derechos en el ciberespacio afecta sustancialmente (por las enormes posibilidades actuales de digitalización, copia y transmisión a través de la Red) a la explotación normal de los mismos derechos en el mundo analógico tradicional y también en el entorno digital fuera de línea⁷¹. Es imprescindible, por

⁶⁹ Vid. supra, nota 14. La propia OMPI utiliza frecuentemente el término «piratería» para referirse a la difusión y a las copias realizadas por los usuarios de la Red, refiriéndose fundamentalmente a los programas P2P. Vid. el II Informe de la OMPI sobre Comercio electrónico y propiedad intelectual, intitulado: «Intellectual Property on the Internet: a Survey of Issues», cit., págs. 25-26 y 55-58.

⁷⁰ No puede afirmarse que el acceso a la cultura tenga que ser gratuito, máxime cuando se alcanza un estado avanzado de capitalismo cultural como el que supone la sociedad de la información o del conocimiento, donde las creaciones intelectuales se convierten en uno de los principales objetos de tráfico económico.

⁷¹ Vid. RODRÍGUEZ RUIZ B., «After Napster: Cyberspace and the future of Copyright», Computer Law Review International (CRI), 2003-1, pág. 1.

tanto, superar las lagunas mediante una formulación normativa adecuada del «*copyright digital*» y con ello descollar esa aparente incompatibilidad para co-honestar en lo posible el avance tecnológico y las oportunidades que estos programas constituyen para la comunicación virtual con la defensa de los legítimos derechos de propiedad de los creadores y de la industria.

El pionero de este tipo de sistemas P2P fue el programa Napster, al cual se accedía a través de un sitio *web* concreto, centralizándose el intercambio masivo de archivos musicales en formatos Mp3 en la gigantesca base de datos de la red o sistema del sitio en cuestión, actuando así éste como una especie de intermediador cuya única función consistía en el mantenimiento y constante actualización de esa base de datos. Realmente, Napster ni reproducía ni difundía archivos, pero hacía posibles millones de reproducciones y transmisiones diarias entre sus usuarios a través de su base de datos causando importantes daños y pérdidas a los titulares y derechohabientes de la propiedad intelectual. El sitio fue finalmente clausurado tras una intensa campaña de combate judicial y extrajudicial de la industria, que consiguió finalmente una sentencia judicial favorable declarando que el sitio y la actividad de Napster constituían un acto continuado de colaboración o cooperación necesaria («*contributory and vicarious copyright infringement*»)⁷² para la infracción masiva de derechos de propiedad intelectual por parte de millones de personas, ya que las descargas (*downloading*) de canciones en formato Mp3 no podían considerarse un caso de *fair use* dentro de la U.S. Copyright Act (paragraf. 107)⁷³.

Tras el cierre de Napster, la batalla se planteó contra otros sistemas de intercambio de archivos más versátiles, pues además de archivos musicales permiten también el intercambio de archivos de texto, imagen y audiovisuales (Kazaa, Grokster, Gnutella, Morpheus, etc.). Programas, además, que tienen una estructura diferente a la de Napster, ya que el sistema está deslocalizado, pues las búsquedas y los intercambios no se producen a través de un sitio *web* concreto que actúa como intermediario, sino que cada ordenador usuario actúa como sistema de búsqueda y descarga. Estos programas se caracterizan porque sus responsables se limitan única y exclusivamente a poner a disposición del público el *software* pertinente a través de su sitio *web* pero no intervienen para nada en el intercambio: los programas P2P simplemente se descargan y se ejecutan en el disco duro de los usuarios y cada vez que el usuario se conecte a Internet y demande una información, el programa «escanea» la Red buscando automáticamente otros ordenadores que tengan instalado el mismo programa y que posean el contenido buscado, interconectándose así millones

⁷² Vid. BERSCHADSKY A., «RIAA v. NAPSTER: A window onto the future of copyright law in the Internet age», *Intellectual Property Law Review* (IPLR), 2001, págs. 429 y ss.; también, FESSENDEN G., «Peer-to-Peer Technology: Analysis of Contributory Infringement and Fair Use», *IDEA-The Journal of Law and Technology*, Vo. 42(3), 2002, págs. 391 y ss.

⁷³ Sentencia de 12 de febrero de 2002 de la US Courts Appeals for the Ninth Circuit of California (Caso AM Records Inc. v. Napster Inc.). Doc. N.º 00-16401/16403; 239 F.3d 1004; 2001 U.S. App. LEXIS 5446; 57 U.S.P.Q.2D (BNA) 1729. Vid. Sobre la aplicación y vigencia de la doctrina del *fair use* en el ciberespacio, OKEDIJI R., «Givers, takers, and others kinds of users: a fair use doctrine for cyberspace», *IPLR*, 2002, págs. 565 y ss.

de ordenadores que actúan al mismo tiempo como clientes y servidores. A esto se une que normalmente se trata de *software libre* y por tanto con su código fuente abierto a posibles mejoras, adaptaciones y modificaciones, pudiendo encontrar y descargar el programa en sitios distintos al del responsable originario del mismo que le da nombre.

Las demandas judiciales interpuestas por parte de la industria y de las entidades de gestión contra algunos de estos programas no han encontrado por el momento una respuesta positiva, pues se ha considerado, por una parte, que los responsables de tales programas (que generalmente obtienen sus ingresos por publicidad en la página desde la que se pone a disposición el programa para su descarga) no realizan por sí mismos violaciones a los derechos de propiedad intelectual, y por otra, que constituyen avances tecnológicos que permiten el intercambio de información en sentido amplio (archivos con información personal o profesional no protegida, creaciones intelectuales o prestaciones afines cuya protección haya caducado, creaciones intelectuales de cualquier tipo introducidas en el sistema P2P voluntariamente por su autor, etc.), por lo que no pueden ser cerrados. Según esta línea jurisprudencial, quienes realmente reproducen y transmiten en línea contenidos protegidos son los usuarios de los programas P2P al copiar archivos en sus discos duros y ponerlos a disposición inmediata de un número ilimitado de usuarios, sin que el creador o responsable originario del programa intervenga para nada en ese intercambio; el creador del programa —se dice— no es responsable por los abusos que individualmente se hacen de su programa de intercambio de archivos⁷⁴.

Parece evidente que, efectivamente, este tipo de programas constituyen un fenómeno de progreso para la comunicación humana, aunque —como se ha dicho— este logro viene generalmente oscurecido por un ánimo de lucro (en forma de ahorro en la adquisición y disfrute de copias digitales de obras y prestaciones protegidas) a costa de los intereses económicos de los titulares de derechos de propiedad intelectual, lo que obliga al jurista y —cuando llegue el momento— al legislador a buscar un equilibrio entre ambas posturas⁷⁵.

Son varios los problemas jurídicos planteados por los programas P2P: en el proceso de compartir archivos mediante descargas automáticas se producen actos de reproducción y también actos de puesta a disposición en línea (art. 3 DDASI), los cuales, a mi juicio, constituyen una nueva modalidad de comuni-

⁷⁴ Sentencia de 28 de marzo de 2002 de la Corte de Apelación (Gerechtshof) de Amsterdam (Caso Kazaa v. Buma/Stemra). Doc. N.º 1370/01SKG, que ha sido confirmada a finales de 2003 por el Tribunal Supremo holandés, siendo la primera sentencia de un Alto Tribunal favorable a las plataformas P2P. Vid. un sucinto comentario en GUIBAULT L., «Netherlands: Peer to Peer File Sharing and the Kazaa Case», *Computer und Recht International (CRI)*, 2002-3, págs. 89-90. También la sentencia de 8 de enero de 2003 del US District Court for the Central District of California (Caso Metro Goldwyn Mayer Studios Inc. v. Grokster Ltd.). Doc. N.º 01-08541/01-09923. 243 F. Supp. 2d 1073; 2003 U.S. Dist. LEXIS 800; 65 U.S.P.Q.2D (BNA) 1545.

⁷⁵ GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA J., «Napster: «Copias robadas», responsabilidad de los intermediarios y otros interrogantes para el derecho de autor en Internet», *pe.i*, (Revista de Propiedad Intelectual), n.º 6, 2000, pág. 69.

cación al público⁷⁶. En particular, en este trabajo debemos centrarnos en analizar si el compartir archivos de manera automática entra dentro de la excepción de copia privada o si se trata de un acto de reproducción que requiere autorización.

Las copias o reproducciones múltiples realizadas por los usuarios de sistemas P2P parecen atender a priori a la lógica de la copia privada: copian para uso privado del copista, independientemente del origen lícito o ilícito del archivo copiado⁷⁷. Sin embargo el hecho de que exista la simple posibilidad de compartir (posibilidad que se hace real en la mayoría de los casos) todos o parte de los archivos con contenidos protegidos almacenados en su disco duro poniéndolos a disposición de cualquier otro usuario del mismo sistema, introduce un elemento de distorsión en la apreciación del hecho relevante: cada usuario copia para sí pero también pone (o puede poner) a disposición del público los mismos archivos copiados y otros propios mediante transmisiones en línea o punto a punto. Y todo ello, real o potencialmente, de forma masiva al no existir más límite de descargas ni de puesta a disposición que la propia voluntad de cada usuario.

El carácter masivo y absolutamente gratuito de las reproducciones ha servido como pretexto a los derechohabientes (en concreto a la RIAA, «*Recording Industry Association of America*») para perseguir civil e incluso penalmente a usuarios individuales que han realizado descargas masivas de archivos con contenidos protegidos, sea desde ordenadores personales, o sea desde ordenadores conectados a las redes de Universidades y Empresas en los que previamente habían instalado programas P2P, facilitando además el mismo comportamiento a otros usuarios de esos ordenadores⁷⁸; obviamente, las demandas y quere-

⁷⁶ Vid. CARBAJO CASCÓN, «Publicaciones....», cit., págs. 153 y ss. Esta parece ser también la visión del Ejecutivo español al prever la inclusión de la puesta a disposición en línea no como una modalidad de distribución ni como un derecho autónomo, sino como una nueva modalidad de comunicación al público (art. 3.º BALR que da nueva redacción al art. 20.2 i. TRLPI). Para un análisis completo de los diferentes aspectos implicados en el problema de los P2P, vid. el trabajo de GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA J., «Napster...», cit., págs. 65 y ss.

⁷⁷ Como se apuntó anteriormente, si nos ajustáramos a la exigencia de interpretación restrictiva de las excepciones podría decirse que sólo sería lícita la copia privada realizada a partir de un ejemplar o archivo en línea autorizado (adquirido legítimamente previo pago o autorización), sin embargo la imposibilidad de controlar la copia para uso privado realizada sobre otra copia privada anterior aconseja no vedar legalmente lo que no se puede impedir o controlar en la práctica. En esta línea se pronuncia expresamente para los casos P2P, GONZÁLEZ DE ALAIZA, «Napster...», cit., pág. 71, argumentando que no existe base legal para pronunciarse en otro sentido. Efectivamente, si el ejercicio de la excepción de copia privada se reservase al «usuario legítimo», como se hace para los programas de ordenador (art. 100 TRLPI) y para las bases de datos (arts. 34 y 135 TRLPI), podría aducirse tal argumento, pero no siendo así habrá que entender necesariamente que no se pueden poner restricciones a la copia privada por razón del origen de la copia de base.

⁷⁸ Sentencia de 8 de abril de 2003 del US. District Court for the Western District of Michigan (Caso Atlantic Recording Corporation and Others v. J. Nievelt)(Doc. N.º CV-0064-03), en la que se condena a un usuario particular a abonar la nada despreciable cantidad de 150.000 dólares por infracción directa y cooperación necesaria en la infracción de derechos de propiedad intelectual («*direct and contributory copyright infringement*») a raíz de haber instalado un programa P2P en la red de ordenadores de una Universidad para realizar descargas y puestas a disposiciones masivas de

llas se interponen de forma selectiva contra los usuarios más activos o promiscuos en la descarga de contenidos⁷⁹, exigiendo —incluso judicialmente— a los prestadores de servicios de acceso la identificación de los sujetos titulares o responsables de un determinado equipo informático conectado a Internet a través de su red o sistema de acceso⁸⁰.

Desde la industria de contenidos empieza a extenderse la idea de que existe lucro en los usuarios P2P, no en sentido dinerario, sino en sentido amplio, como utilidad, aprovechamiento o beneficio derivado del simple goce de contenidos protegidos sin tener que pagar precio o contraprestación alguna. Según esto, las reproducciones en sistemas P2P no encajarían en el concepto de copia privada, por cuanto según nuestro artículo 31.2.º TRLPI la copia será privada siempre que no sea objeto de utilización lucrativa (factor de delimitación negativa)⁸¹.

Por mi parte no considero adecuado el enjuiciamiento penal del comportamiento basado en el lucro en sentido amplio. Si así fuera toda copia para uso privado realizada por quien no fuera titular de una copia original o lícita sería lucrativa y quedaría fuera en consecuencia de la excepción de copia privada. Además una concepción tan amplia de lucro resulta desmesurada si se atiende a los caracteres de última ratio y de mínima intervención del derecho penal. Creo que deben apreciarse el ánimo de lucro en su justa medida: el artículo 31.2.º TRLPI está refiriéndose a un uso con fines comerciales⁸². Por lo tanto, no teniendo la copia en sistemas P2P carácter lucrativo-comercial no cumpliría con el requisito negativo (utilización lucrativa) que sirve para definir la excepción de copia privada y, en consecuencia, no podría haber reproche civil ni mucho menos penal contra las mismas.

archivos con contenidos protegidos y facilitar e inducir al mismo tiempo la comisión de esos actos a terceras personas usuarias de los ordenadores universitarios, vulnerando el 17 U.S. Code, Sections 106 y 501. El mismo caso, con idéntico planteamiento y resultado, se reproduce en la sentencia de 13 de abril de 2003 del U.S. District Court for the District of New Jersey (Caso Atlantic Recording Corporation and Others v. D. Peng)(Doc. N.º CV-1441-03).

⁷⁹ Independientemente de la corrección o no de este planteamiento jurídico-criminal, lo cierto es que la interposición de querellas múltiples responde más bien a un claro ánimo coercitivo que empieza a obtener resultados al haberse detectado entre los usuarios un uso menos intensivo de los sistemas de intercambio e incluso el borrado sistemático y masivo de los archivos protegidos descargados a través de esos sistemas.

⁸⁰ El proceso seguido entre la RIAA y el proveedor de acceso estadounidense Versión se ha resuelto finalmente por un Tribunal del circuito de apelación a favor de éste último (no se disponen aún datos exactos de la sentencia judicial). Con ello los titulares de derechos encuentran un importante obstáculo añadido para combatir las prácticas de intercambio masivo de archivos en plataformas P2P. Un nuevo revés a sumar al reconocimiento de la licitud de los programas y sistemas P2P.

⁸¹ Vid. en esta línea, RIBAS X., «Compartir copias no autorizadas a través de P2P es delito», en el sitio <http://www.kriptopolis.com>. Vid. también, en contraste con la opinión anterior y defendiendo la absoluta libertad y licitud del intercambio de archivos en sistemas P2P, SÁNCHEZ ALMEIDA C., «Compartir no es delito».

⁸² De hecho, por influencia del artículo 5.2 b) DDASI, el artículo 6.º BALR que otorga una redacción al artículo 31.2 TRLPI habla ya de que no será privada la copia que se emplee con fines directa o indirectamente comerciales. Ambos datos deberían servir en este momento de transición para interpretar la Ley interna conforme al espíritu y finalidad de la Directiva cuyo plazo de incorporación ya ha expirado.

No puede decirse lo mismo, sin embargo, respecto al uso colectivo de las mismas, que actúa también como factor de delimitación negativa del concepto de copia privada. Dice el artículo 31.2.º TRLPI (y también el artículo 5.2 b. DDA-SI y artículo 6.º BALR) que será lícita la copia para uso privado del copista *siempre que no sea objeto de utilización colectiva*. Pues bien, parece más que evidente, en este sentido, que el hecho de poner a disposición de los millares o millones de usuarios del mismo sistema las copias obtenidas a través de dicho sistema o red, almacenadas en el disco duro del equipo de cada usuario, es susceptible de constituir una utilización colectiva de la copia y, por tanto, podría servir para negar el carácter de copia privada a estas reproducciones y puestas a disposición masivas. Puede que algunos o muchos de los usuarios de estos sistemas se limiten a copiar pero bloqueen el uso compartido de sus archivos. Sin embargo, el riesgo potencial de copia colectiva existe, tanto dentro como fuera de la Red (*v.gr.*, copias de encargo o regalo en CDs); y ese riesgo, multiplicado por millones de usuarios bastaría para calificar todas esas reproducciones —por su potencial utilización colectiva— como copias no privadas. En definitiva, según esta interpretación, los actos de reproducción y de puesta a disposición en línea realizados por los usuarios de los programas P2P entrarían de lleno en el ámbito de los derechos exclusivos de reproducción y de comunicación pública y, como tales, necesitarían la autorización pertinente de los titulares y derechohabientes.

Ahora bien, llegados a esto punto nos encontramos con situaciones de difícil solución. Resultaría claramente desproporcionado e ineficiente desde el punto de vista procesal exigir licencias no exclusivas a cada uno de los usuarios de estos sistemas y/o interponer demandas por infracción de derechos exclusivos. Por lo tanto los actos de reproducción y transmisión en línea realizados en los entornos P2P se tornan difíciles —por no decir imposibles— de controlar eficazmente, más allá de la generalización de medidas tecnológicas de control de acceso y control del copiado, cuya vulneración para introducir la copia protegida en redes P2P podría perseguirse civil e incluso penalmente⁸³; el problema radica en este caso en localizar al infractor, pues el resto de usuarios que copien y transmitan esa copia liberada no participan de la elusión de la medida tecnológica al desconocer su origen.

A mi juicio, debemos partir de que el argumento de que las copias en sistemas P2P no son copias privadas por hacerse real o potencialmente una utilización colectiva de las mismas es más que discutible. Este argumento constituye, en realidad, una interpretación forzada del espíritu y finalidad de la Ley (art. 31.2.º TRLPI), que está pensando en la utilización de copias dentro de una empresa, universidad, etc.; es decir, en un uso colectivo limitado que queda lejos de ese «peculiar» uso colectivo «global» que tendría lugar a través de plataformas P2P. El usuario de un sistema P2P busca verdaderamente copiar fácilmente y a bajo coste para uso privado (sea en grandes cantidades o de forma selectiva). El hecho de que por introducirse en el sistema comparta sus archivos con millares

⁸³ Vid. *supra*, III.

o millones de usuarios anónimos es una circunstancia inherente a la tecnología del sistema, el cual, además, da la posibilidad de impedir o restringir ese uso compartido colectivo.

Nos encontramos, en definitiva, ante una situación parecida a la que en su día se planteó con la copia privada analógica: no se puede impedir eficazmente, entonces no tiene sentido prohibirla legalmente, pero sí que es posible arbitrar mecanismos o sistemas que permitan algún tipo de remuneración compensatoria o equitativa.

Habría que pensar, por tanto, en la imposición legal del canon por copia privada a los equipos y materiales que sirvan para la reproducción de contenidos protegidos a través de los sistemas P2P: extendido el canon a los soportes tangibles (CD-R y DVD-R audio y data), habrá que empezar a pensar en imponer el canon a los soportes intangibles, esto es al hardware de almacenamiento: los discos duros de los ordenadores y otros equipos informáticos y también discos duros portátiles o instrumentos similares.

Tampoco debería menospreciarse otra posible salida alternativa o, en su caso, complementaria con la anterior. Hemos visto que la más reciente jurisprudencia comparada sobre programas P2P considera que los responsables de estos programas se limitan a poner a disposición del público los mismos pero sin intervenir en los actos de reproducción y transmisión masiva. Es cierto que debe apreciarse en todo su valor el valor tecnológico y social de estos mecanismos de telecomunicación por su contribución a la libertad de expresión y comunicación en el ciberespacio. Considero, no obstante, que constituye una irresponsabilidad no tomar en cuenta su relevante papel como cooperadores necesarios para esas violaciones masivas de los derechos de propiedad intelectual, sobre todo cuando los responsables originarios y difusores principales de estos programas persiguen por norma general fines comerciales indirectos, al obtener ingresos por publicidad en las páginas de descarga y seguimiento de los programas de intercambio (doctrina de la «*contributory and vicarious copyright infringement*»)⁸⁴.

Este importante factor de actividad económica podría servir para obligar a estas entidades a solicitar autorizaciones o licencias no exclusivas a las entidades

⁸⁴ Debería tenerse en cuenta para esta apreciación la observación incluida en la Declaración Concertada al artículo 8 del Tratado OMPI de Derecho de Autor, fruto de la conferencia diplomática de la OMPI celebrada en Ginebra el 20 de diciembre de 1996, según la cual: «*Queda entendido que el simple suministro de instalaciones físicas para facilitar o realizar una comunicación, en sí mismo, no representa una comunicación en el sentido del presente Tratado o del Convenio de Berna*»; declaración recogida también en el Considerando n.º 27 de la Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo, sobre derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información. Esta disposición podría llegar a emplearse quizás para justificar los programas P2P como suministro o disposición de instalaciones físicas para facilitar comunicaciones en línea. Y lo mismo podría decirse del papel de centros públicos, como bibliotecas, universidades o cibercafés. Entiendo, sin embargo, que eso no oculta el papel de unos y otros como cooperadores necesarios para la realización de esos actos conociendo los perjuicios causados siquiera potencialmente a los titulares de derechos, máxime existiendo medios tecnológicos para bloquear el acceso a determinados servicios y actividades.

de gestión de derechos de propiedad intelectual para la explotación de sus repertorios por parte de sus usuarios o exigir responsabilidad por daños y perjuicios en caso contrario, pero sin llegar a clausurar su actividad⁸⁵. Sin embargo no existe suficiente base legal para ello en el TRLPI, ni tampoco aparece prevista con suficientes garantías en la DDASI ni en ninguna otra norma nacional o internacional por el momento. Ahora bien, los responsables de los programas P2P no copian ni tampoco transmiten, aunque se convierten en soporte necesario para hacerlo: ¿cabría preguntarse, entonces, por una interpretación extensiva del tratamiento atribuido a las máquinas copiadoras automáticas como fotocopadoras y ahora máquinas de copia automático del tipo Copyplay®?

La única solución eficaz pasaría por introducir en las legislaciones una disposición considerando infracción contra la propiedad intelectual los medios o mecanismos necesarios para facilitar a los usuarios la reproducción y, en su caso, puesta a disposición de contenidos protegidos, obligando a los responsables de esos medios o mecanismos a solicitar las oportunas licencias no exclusivas a las entidades de gestión; y por supuesto, forzando a éstas a conceder esas licencias⁸⁶. Ulteriores problemas relacionados con el precio de tales licencias, la efectiva gestión de las mismas y el reparto de los ingresos por ese concepto (máxime tratándose de un problema internacional) deberían resolverse con intervención reglamentaria y también en los propios estatutos de las entidades de gestión y acuerdos marco entre entidades de gestión de diferentes países o la concreción práctica de las últimas orientaciones en pos de la constitución de ventanillas únicas para la gestión colectiva de Derechos de autor.

Sin embargo, un último inconveniente añadido a esta propuesta es el carácter de *software libre* de los programas P2P, que como tales podrán ser modificados y puestos a disposición por cualquiera que lo desee y no solamente por los responsables originarios y principales beneficiarios (por ingresos por publicidad u otras vías) de los mismos. La única salida posible sería establecer la obligación de solicitar licencia (y la responsabilidad pertinente en caso de no solicitarla) a los sujetos o entidades que pongan a disposición sucesivas versiones de estos programas con fines comerciales directos (*v.gr.*, modelos de suscripción) o indirectos. Luchar contra las versiones libres y gratuitas se tornará en misión casi imposible.

⁸⁵ De hecho en el caso *Kazza v. Bumal/Stemra*, el primero inició negociaciones con la entidad de gestión antes de que la segunda interpusiera la demanda que dio origen al pleito para solicitar una licencia colectiva no exclusiva para la utilización de su repertorio por los usuarios del sistema, pero hubo acuerdo porque la entidad sólo quería autorizar el uso y disfrute (audición de archivos musicales) de su repertorio, mientras que el *software* de Kazaa estaba configurado para permitir también la descarga de archivos. Vid. en GUIBAULT, cit., pág. 89.

⁸⁶ El problema reside aquí en que los titulares de derechos podrían excluir del contrato de gestión la explotación de derechos en Internet, como ocurre ya en algunos casos, tal como se expuso en su momento al hablar del caso *weblisten* (vid. *supra*, nota n.º 22). La única salida posible para compatibilizar la licitud de los sistemas P2P con la defensa de derechos de propiedad intelectual pasaría por la generalización de la concesión de licencias generales por las entidades de gestión (que no deja de ser problemático, pues podría llegar a enfrentar a las entidades con los titulares de derechos con posiciones fuertes u oligopolísticas en determinados mercados), o bien por modelos de gestión colectiva obligatoria (vid. *supra*, notas núms. 23 y 34).

Para el caso de que ningún programa busque fines comerciales (v.gr., generalización del *software libre* de programas P2P entre los usuarios de la Red con la intervención decisiva de los alquimistas informáticos conocidos como *hackers*), la única salida posible sería imponer legalmente un canon o compensación por copia (¿privada?) a los fabricantes de equipos informáticos (discos duros).

Sólo así podría encontrarse una respuesta racional y adecuada al gravísimo problema planteado por la enorme difusión alcanzada por estos programas o sistemas P2P que amenazan con quebrar el conjunto del sistema de la propiedad intelectual y dar al traste con la industria de contenidos, con los legítimos intereses económicos de los creadores e intérpretes y con el desarrollo sostenido de una sociedad de la información con contenidos de calidad.

Pero, realmente, junto a estas respuestas jurídicas, en último término sólo resta confiar en la conciencia y voluntad de la mayoría de los usuarios que prefieran disfrutar de contenidos legales y fiables, frente a versiones ilícitas paralelas, contribuyendo así al respeto de los intereses de los titulares de derechos y, en último término, a la mejor armonía del conjunto del sistema que repercutirá, en última instancia, en servicios de mayor calidad y servicio (con valores añadidos de muy diferente tipo) en un ámbito de libre competencia.

A la vista de las enormes posibilidades que las nuevas tecnologías confieren a los usuarios y las dificultades para luchar contra comportamientos que ignoren los derechos de creadores y de industria de contenidos, dependerá en último término de los ciudadanos —por simples dictados de educación cívica y solidaria— apreciar en toda su dimensión el valor del esfuerzo creativo y de la inversión industrial en cultura, información y entretenimiento (sin renunciar, eso sí, a la sana crítica contra las altas tarifas y los excesivos beneficios obtenidos) en una Sociedad —la del capitalismo cultural— donde estos bienes se están convirtiendo progresivamente entre los más demandados por el público en el tráfico económico.

Se trata, en suma, de asimilar plenamente lo que dijera en su día el escritor suizo Max FRISCH:

«¡Qué fácil y bello es tener ideas! ¡Y qué difícil atraparlas, soltarlas, darles forma sin violarlas!».