

Propiedad intelectual, cultura y privacidad

Por JOSÉ JUSTO MEGÍAS QUIRÓS
Universidad de Cádiz

RESUMEN

Los cambios introducidos por la Sociedad de la Información exigen la acomodación de las normas a la nueva realidad social. Uno de los campos más afectados es el de la propiedad intelectual, debido fundamentalmente a la disposición generalizada de medios técnicos que permiten reproducir a los usuarios las creaciones protegidas por derechos de autor. A ello se une el desarrollo del software y de las plataformas peer to peer, que permite el fácil intercambio de ficheros entre particulares. El legislador, para frenar estas prácticas, baraja el establecimiento de un control del intercambio de ficheros en la red por parte de las operadoras de servicios y sin previa autorización judicial. Constituye un atentado contra los derechos fundamentales que protegen la privacidad del usuario.

Palabras clave: propiedad intelectual, derechos de autor, cultura, privacidad, secreto de las comunicaciones.

ABSTRACT

Changes introduced in Information Society demand that regulations adapt to new reality. Intellectual property is one of the most affected fields, due to technical media availability that allow users to reproduce creations protected by copyright. We can add to this situation, software development and peer to peer platforms. These make it easier to interchange files between individuals. To stop these practices, Legislator thinks of setting a control for file swapping in the Internet by service suppliers without judicial authoriza-

tion. This constitutes an attack against fundamental rights that protect user's privacy.

Key words: intellectual property, copyright, culture, privacy, secret communications.

SUMARIO: 1. PROPIEDAD INTELECTUAL Y CULTURA.—2. EL PRONUNCIAMIENTO DE LOS TRIBUNALES.—3. TENDENCIAS ACTUALES EN LA REGULACIÓN

No siempre resulta sencillo a los tribunales responder de forma acertada a los retos jurídicos que plantea la realidad social. Es obvio que la ley va a remolque de la realidad, unas veces porque aquella queda obsoleta y otras porque en ésta cobra vida una nueva relación social —inexistente hasta el momento— que precisa la atención del legislador para evitar que la fuerza bruta avale una injusticia. Tanto en el primer supuesto, de reforma de la legislación, como en el segundo, de creación *ex novo*, nos encontramos con situaciones de gran dificultad, y una de ellas es la derivada de la protección de la propiedad intelectual en la era de las Nuevas Tecnologías¹. La Sentencia 40/2008 de la Audiencia Provincial de Cantabria, de 18 de febrero, ha venido a poner de manifiesto esta dificultad.

Desde que en la década de los 80 se universalizara el uso de Internet y de los medios de grabación digital, hemos asistido a enfrentamientos continuos entre los titulares de derechos derivados de la propiedad intelectual y millones de usuarios que exigen un cambio radical². Los primeros han reclamado —y reclaman— una modificación legal que asegure el disfrute de sus derechos en idénticas condiciones a las establecidas durante los siglos anteriores. Los segundos entienden que las circunstancias han variado de tal modo que es preciso introducir cambios sustanciales, cambios que eliminen la *posición dominante* que ha favorecido a los primeros en este campo de la propiedad.

Esta posición dominante se traduciría —a juicio de los usuarios— en la unilateralidad a la hora de establecer los precios, a la hora de obligar a la adquisición de determinados productos si se desea tener acce-

¹ Vid. sobre esta cuestión y otras relacionadas con los avances tecnológicos MEGÍAS QUIRÓS, J.J. (coord.), *Sociedad de la Información. Derecho, libertad, comunidad*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2007. En esta monografía se recogen estudios realizados por L. Cabrera, E.V. de Mora, M.J. Rodríguez Puerto, M.ª C. Díaz de Terán y C. Velarde sobre problemas relevantes —desde su perspectiva jurídica— en la Sociedad de la Información.

² Con el término usuario me refiero exclusivamente al ciudadano normal y corriente, que hace uso de los adelantos tecnológicos de modo personal. No entrarían en este concepto, por tanto, ni quienes realizan copias para su explotación comercial ni quienes las adquieren.

so a otros³, de imponer condiciones de venta o adquisición abusivas, etc. Esta posición de dominio ha venido a ser anulada en cierta medida por las innovaciones tecnológicas, lo que ha derivado en una demanda por parte de la sociedad de una nueva regulación más justa. No se reclama la desaparición de la propiedad intelectual⁴, ni se pone en tela de juicio el derecho de los creadores a obtener beneficios por sus creaciones; lo que se pone en tela de juicio es la obtención de unos beneficios considerados abusivos, o el mantener una regulación propia de siglos pasados e insostenible tras los avances tecnológicos.

El argumento de los creadores, intérpretes, sociedades de gestión de derechos, etc., para tratar de asegurar el mantenimiento del estatus legal es el de «proteger la cultura». Con el eslogan «contra la piratería, defiende tu cultura» se ha intentado mostrar, por un lado, que cualquier actuación dirigida a variar sustancialmente el sentido de la regulación de la propiedad intelectual supone un riesgo para la cultura. Por otro, intentan equiparar en su publicidad el «top manta» con las descargas de Internet, incluso en ocasiones con la copia privada, y todo ello para criminalizar cualquier actuación que pueda normalizar un cambio sustancial en la concepción de la propiedad⁵.

1. PROPIEDAD INTELECTUAL Y CULTURA

La reciente reforma de la regulación española de la propiedad intelectual⁶, exigida por la Directiva comunitaria del año 2001⁷, inci-

³ Por ejemplo, la necesidad de adquirir determinadas canciones no deseadas en el mismo soporte en el que son vendidas aquellas que sí se desean adquirir. Cfr. MEGÍAS QUIRÓS, J.J., «Hacia una propiedad intelectual comunitarista», en MEGÍAS QUIRÓS, J.J. (coord.), *Sociedad de la Información...*, cit., pp. 121-209, y bibliografía allí citada.

⁴ Resultan dignas de elogios las actuaciones policiales como la descrita por la prensa nacional el pasado 12 de marzo de 2008, que finalizó con la desarticulación de una red de copias ilegales de vídeo y audio en los alrededores de Madrid. La red tenía capacidad para producir 80.000 copias diarias y obtener ingresos estimados en 240.000 € diarios. Estas conductas sí que dañan claramente la propiedad intelectual.

⁵ Son numerosos los autores que se han pronunciado ya en relación a la necesidad de adecuar la mentalidad jurídica a la nueva realidad digital. Vid., por ejemplo, APLYN, T., *Copyright Law in the Digital Society. The challenges of multimedia*, Oxford, Hart Publishing, 2005.

⁶ Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., GONZÁLEZ GONZALO, A. y SÁNCHEZ ARISTI, R., *Las reformas de la Ley de Propiedad Intelectual*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, y RODRÍGUEZ TAPIA, J.M., *La Ley de Propiedad Intelectual tras las reformas efectuadas por la Ley 19/2006, de 5 de junio y 23/2006, de 7 de julio*, Cizur Menor, Aranzadi, 2006.

⁷ Se trata de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y de los derechos afines en la Sociedad de la Información. En este marco encontramos también la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual, la

de fundamentalmente sobre dos derechos afectados de forma directa por los cambios sociales, el de propiedad y el derecho a la cultura, e indirectamente sobre un buen número de facetas de la libertad del ser humano y de los valores que impregnan –o deben impregnar– la convivencia social⁸.

Hasta la aprobación de la citada reforma intervinieron en el debate público todos los sectores sociales interesados. Unos con la intención de evitar que la tecnología digital modificara las condiciones de disfrute de los derechos de autor. Otros con la intención de modificar y limitar la concepción privatista y excluyente de la propiedad intelectual, propia del liberalismo radical del siglo XIX y dominante durante el XX. Y un tercer sector, más ecuánime, trató de proponer a lo largo de esos años unos cambios más prudentes en la regulación de la propiedad intelectual que la acomodaran a la nueva realidad tecnológica y sociológica, cambios que apostaban por una sociedad en la que, sin suprimir la protección de la propiedad intelectual, tuviera mayor cabida el valor de la solidaridad⁹.

Fue el primer sector el que impuso su hegemonía sobre la decisión del legislador, consolidándose el deslizamiento histórico de la protección de la propiedad intelectual hacia los intereses de los creadores. ¿Por qué «deslizamiento histórico»? Porque las leyes de propiedad intelectual nacieron para proteger a los *creadores*, pero se trataba de una protección frente a los impresores y editores, únicos que en aquella época disponían de los medios para copiar de forma generalizada

Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2005, relativa a las medidas penales destinadas a garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual, la Propuesta de Decisión marco del Consejo, de 12 de julio de 2005, destinada a reforzar el marco penal para la represión de las infracciones contra la propiedad intelectual, la Declaración 2005/295/CE de la Comisión sobre el artículo 2 de la citada Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual y la Directiva 2006/116/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines. Vid. GÓMEZ ROSENDO DEL TORO, A., *El derecho de autor en la Unión Europea*. Madrid, Iberautor Promociones Culturales, 2006.

⁸ Es la razón de se haya tratado, a lo largo de la historia, de armonizar todas las cuestiones implicadas. Cfr., por ejemplo, MESA MARRERO, C., «Excepciones y limitaciones a los derechos de explotación de la propiedad intelectual en la Directiva 2001/29/CE y su incidencia en el Derecho español», *Revista de derecho y Nuevas Tecnologías*, 7, 2005, pp. 119-137.

⁹ Vid., por ejemplo, GARCÍA SANZ, R.M., *El derecho de autor en Internet*. Madrid, Colex, 2005. Entiende que debe primar la libertad de acceso a la información y aprovechar las nuevas posibilidades que ofrecen los adelantos tecnológicos y la propia red, que favorecen la libertad de todos, usuarios, autores y editores. Estos cambios justifican, a su juicio, que las creaciones pasen con mayor celeridad al dominio público, y que se compense de alguna manera ese acortamiento. Pero no habría que mantener artificialmente –con el uso de la fuerza– todos los beneficios que los titulares de los derechos de autor han venido disfrutando durante los últimos años porque, dadas las circunstancias, la sociedad no tenía más remedio que aceptarlo.

sus obras¹⁰; también protegieron a los propios editores que, una vez adquirida la obra, podían sufrir las consecuencias de una edición «pirata». Estas leyes, sin embargo, no afectaron en absoluto a los lectores, destinatarios de las creaciones, ajenos a las exigencias de esas normas porque les resultaba del todo imposible poner en peligro el objeto protegido; aquellos ciudadanos continuaron disfrutando en idénticas condiciones de los únicos derechos que podrían resultar afectados, la libertad de acceso a la cultura y a la información, o el de ser propietario del ejemplar adquirido legalmente.

La razón fundamental y primera por la que se decidió proteger los derechos de autor con este tipo de normas no fue la de proteger propiamente la propiedad, sino el fomento de la cultura; se protegió la propiedad intelectual porque se consideró que era la vía más apropiada y eficaz para conseguir el objetivo principal, pero nada más lejos de la intención del legislador que convertir los derechos de autor en un bien superior al derecho a la cultura¹¹. Se trataba, por tanto, de estimular al creador garantizándole la obtención de algún beneficio material a partir de sus obras, y asegurar así el enriquecimiento de toda la sociedad con sus creaciones. Pero el individualismo propio del siglo XIX dio al traste con estas pretensiones de carácter más social y terminó por cambiar el objetivo de la regulación. De ahí la diferencia, por ejemplo, entre la ley francesa de 1791, que reconocía y garantizaba los derechos de autor de por vida al creador de la obra y cinco años –tras su muerte– a sus herederos¹², y la regulación española a partir de 1834, que terminó aumentando el periodo de protección en los herederos hasta ochenta años tras la muerte del creador¹³. Aparece nítido el desplazamiento a un segundo plano de la cultura, que cedía el papel principal al puro beneficio econó-

¹⁰ También protegían del daño que pudiera originar el plagio de las obras o de las ideas por parte de los pseudocreadores, pero este daño quedaba muy lejos del que producía la edición barata de un libro de éxito sin permiso del autor. Cfr. STERLING, J.A.L., *World copyright law, protection of authors' works, performances, phonograms, films, video, broadcasts and published editions in national, international and regional law*. Londres, Sweet & Maxwell, 1998, pp. 443-445.

¹¹ Tal como establecía la Constitución norteamericana, artículo I, Sección Octava, cláusula 8, el Congreso podía «promover el progreso de la ciencia y las artes útiles, garantizando por un tiempo limitado a los autores y a los inventores un derecho exclusivo sobre sus respectivos escritos y descubrimientos». La Corte Suprema lo ha reafirmado en varias de sus sentencias, v.gr., en el caso *Fox Films vs. Doyal*: «el exclusivo interés de los Estados Unidos y el objeto principal por el que se otorga el monopolio [del copyright] consiste en los beneficios generales obtenidos por el público gracias al trabajo de los autores». Cfr. STALLMAN, R.M., *Software libre para una sociedad libre*. Introducción de Lawrence Lessig, Madrid, Traficantes de Sueños, 2004, pp. 78-79 (disponible en Internet).

¹² Cfr. MUÑOZ MACHADO, S., *La regulación de la red. Poder y Derecho en Internet*, Madrid, Taurus, 2000, p. 206.

¹³ La regulación española se llevó a cabo en el Reglamento de Imprentas de 4 de enero de 1834 y en la Ley de Propiedad Intelectual de 10 de junio de 1847. Vid. ROGEL VIDE, C. y RAGEL SÁNCHEZ, L.F., *La duración de la propiedad intelectual y las obras en el dominio público*, Madrid, Reus, 2005.

mico. Si no, ¿cómo es posible que se justifique la titularidad indiscutible de tres generaciones tras la muerte del autor?¹⁴ ¿No supone este hecho un abuso? Hoy en día, una gran parte de los derechos de autor no están en manos de los creadores, ya fallecidos, sino en manos de sus herederos, que no sólo no tuvieron nada que ver con la creación, sino que tampoco la utilizan para promover la cultura y el arte, sino más bien para explotar y controlar la cultura y el arte que han puesto bajo su dominio, así como obtener el mayor beneficio posible¹⁵.

Este deslizamiento del objeto de protección, sin embargo, no alteró en absoluto la relación entre los destinatarios y las normas. Los ciudadanos eran destinatarios de las normas protectoras de la propiedad intelectual, pero, como hemos advertido anteriormente, a quienes de verdad estaban dirigidas era a aquellos que podían contar con los medios adecuados para copiar, que no eran todos los ciudadanos. El control por parte de unos pocos sobre los medios de edición o producción fue lo que permitió que durante dos siglos hubiera que pagar por las obras el precio que se estableciera unilateralmente por creadores y editores; no había otra alternativa aunque consideraran abusivo el precio.

Los avances tecnológicos de finales del siglo xx trajeron consigo un cambio del entorno que no sólo modificó notablemente la posibilidad de control sobre lo creado, sino también la mentalidad del destinatario de las creaciones, en particular sobre el precio que debían pagar por ellas. La técnica puso al alcance de cualquiera la posibilidad de adquirir a precios razonables los instrumentos para realizar copias de las creaciones –fotocopiadoras, grabadoras, etc.–, lo que convirtió a todo ciudadano en destinatario directo de las normas protectoras de la propiedad intelectual. Para mayor desconsuelo de los titulares de derechos de autor, con el nacimiento de Internet el ciudadano no sólo tenía a su alcance los medios tecnológicos para copiar sus creaciones, sino también para divulgarlas de un modo muy eficaz¹⁶.

Estas son las razones de que durante los últimos años se haya mantenido la lucha dialéctica en este campo. ¿Deben blindarse o no los derechos de autor hasta el extremo de que la sociedad nada tenga que decir

¹⁴ ¿Cómo se explica, si no, que en los países de tradición europea se reconozca a los herederos de los creadores la propiedad intelectual durante 70 años tras su muerte, y en los países de tradición anglosajona durante 50 años?

¹⁵ Piénsese, por ejemplo, en lo ocurrido con la paloma de la paz de Picasso y el escudo de la Universidad de Málaga. La Universidad había incluido esa paloma porque así estrechaba la relación entre el arte malagueño, a través de uno de sus artistas más representativos, y la Universidad de esa ciudad. Los herederos de Picasso hicieron ver a las autoridades universitarias que o pagaban por ello o se eliminaba del escudo a la paloma. Y desapareció la paloma del escudo, naturalmente.

¹⁶ Vid. un estado de la cuestión en GONZÁLEZ DE ALAIZA, J.J., *La copia privada. Sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital*, Granada, Comares, 2008. Sobre la protección de las creaciones y su evolución histórica, vid. SÁNCHEZ ARISTI, R., *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, Granada, Comares, 2005, y DE PAULA CAMINAL BADIA, F. y otros, *Protección de la obra audiovisual*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2008.

al respecto? El argumento más fuerte de los creadores –y de sus defensores– es que si no volvemos a la situación anterior, lo más probable será que se abandone la creación, pues desaparece el aliciente económico¹⁷. Sin embargo, lo cierto es que en los diez últimos años no se ha dejado de crear en ninguno de los campos de la cultura, a pesar de la masificación de copias; lo que se ha dejado es de obtener los beneficios astronómicos por parte de determinados intermediarios y sociedades¹⁸.

La paralización de la creación es una amenaza que no se cumplirá nunca, y basta dar un repaso a la historia de nuestra cultura occidental para apreciarlo. ¿Cuántos creadores, pensadores, artistas, etc., sin ánimo de lucro, nos ha dado la historia? Siempre habría otros Sócrates, Platones, Aristóteles, Crisipos, Zenones, etc., por ejemplo, dispuestos a compartir sus conocimientos con sus conciudadanos; no creo que los pintores rupestres cobraran por sus obras, como tampoco lo harían otros muchos pintores posteriores cuyas obras se admiran ahora en museos; y así en todos los campos. Sin embargo, lo que no ponemos en duda es que todos estos creadores coincidieran en rechazar que otros ciudadanos se enriquecieran con las obras creadas por ellos para la humanidad. Y esta es la mentalidad que continúa hoy día entre muchos creadores: ceden gratuitamente a los demás su música, sus programas, sus vídeos, etc., para que lo disfrute la generalidad y se le reconozca el mérito, su talento y su arte, no para que aparezca alguien y se enriquezca cobrando por lo que él ha ofrecido de forma gratuita¹⁹.

En otros casos, la historia nos muestra también que grandes creadores de la pintura, o de la música, o de la literatura, continuaron creando a pesar de la limitada remuneración que obtenían por sus obras. Tenemos los ejemplos de Van Gogh, Miguel Ángel, Zurbarán, Cervantes, Shakespeare, Mozart, Bach, etc. Es más, estos ejemplos históricos nos podrían servir para dar la vuelta al argumento esgrimido: ¿Hubiera seguido pintando Van Gogh de haber obtenido millones por sus primeras obras? Probablemente no, probablemente hubiera tenido dinero suficiente para comprar bodegas enteras, sin necesidad de volver a pintar, por lo que podríamos afirmar que hoy disfrutamos de un mayor número de pinturas de Van Gogh gracias a que su remuneración fue justa, pero no desorbitada. Hoy se podría decir lo mismo: si se les pagara menos a los creadores se podrían ver en la necesidad de aumentar su creación para poder vivir más decentemente; pero,

¹⁷ Vid. una buena crítica a esta posición en BRAVO BUENO, D., *Copia este libro*. S.l., Dmem, 2005 (disponible en la red), pp. 15-72.

¹⁸ Los ingresos por comercialización de productos no han descendido considerablemente. Además, a ellos hay que añadir los obtenidos por el canon compensatorio por copia privada. La Asociación de Internautas estimaba en 225,8 millones de euros los ingresos que las sociedades de gestión de derechos obtendrían por este canon compensatorio durante el año 2008.

¹⁹ Vid. en este sentido SMIERS, J., *Un mundo sin copyright*, Barcelona, Gedisa, 2006.

como obtienen grandes beneficios, se pueden permitir el lujo de abandonar la creación –artística o cultural– cuando lo estiman oportuno²⁰.

Aunque se haya defendido la superprotección durante más de un siglo, ¿es necesario que todo siga igual? ¿Es necesario ignorar los cambios que para la concepción de la propiedad ha supuesto la aparición del entorno digital? El legislador, a instancia de las grandes multinacionales de la música y del cine y de las gestoras de derechos de autor ha dicho que sí, que habría que volver a la situación anterior por seguridad jurídica, por justicia, etc. Pero la sociedad lo ve de un modo diferente: los adelantos tecnológicos han supuesto tales posibilidades para el desarrollo de la cultura, para el libre acceso a la cultura, que la nueva realidad demanda que se acorte la vida de esos derechos; no que se supriman, pero sí que se reduzca su extensión temporal. Pretender un disfrute tan dilatado por los herederos –de los derechos de autor– apelando a que desde el siglo XIX ha tenido tal regulación es como si se hubiera defendido en el siglo XVI que la esclavitud no podía ser suprimida porque siempre había existido, es decir, una absoluta simpleza. Hubiera sido absurdo prohibir la revolución industrial apelando a que lo tradicional era trabajar sin máquinas, o que dejaría muerta gran parte de la mano de obra –como sucedió–, ¿por qué prohibir ahora la revolución digital? ¿Quizás porque haya que salvar la propiedad privada a toda costa, por encima de cualquier otro derecho?

Esta cuestión nos permite entrar brevemente en el análisis del sentido y fin de la propiedad, que ha evolucionado a lo largo de la historia a la par que la realidad social y la mentalidad de las personas²¹. Cuando se estudia la realidad histórica y las obras escritas en el curso de los siglos sobre la propiedad, se aprecia de forma clara y nítida que hasta la Modernidad, hasta los pensadores y juristas del siglo XVI, no se defiende la propiedad *privada* como un derecho inalienable y absolu-

²⁰ Las razones que ofrece a lo largo de su texto la citada Directiva 2004/48/CE, de 29 de abril de 2004, *relativa a las medidas y procedimientos destinados a garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual*, son varias, pero resulta evidente que entre ellas priman las referidas al interés económico. Es cierto que alude a la necesidad de promocionar y estimular la innovación y la creación mediante incentivos para sus autores, pero inmediatamente se recurre a otros argumentos que dejan al anterior en un segundo plano: el desarrollo del empleo y la mejora de la competitividad. Todo el razonamiento principal se reduce a que habrá más inversiones por parte de quien tiene medios materiales si se protege la propiedad de los resultados obtenidos. Y a esto nadie puede poner objeción, pero ¿por qué hay que protegerlos durante setenta años más tras la muerte de su creador? O, ¿por qué hay que continuar protegiéndolos una vez recuperada toda la inversión y haber obtenido unos beneficios desorbitados? Sencillamente, porque prima el interés económico sobre el interés cultural. Pensemos, por ejemplo, en los millones de beneficios obtenidos por los herederos de Elvis Presley, John Lennon, etc., con algunos de sus temas musicales.

²¹ Vid. MEGÍAS QUIRÓS, J.J., *Derecho natural y propiedad en la historia: una relación inestable*, Cádiz, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 1994. Vid. también RODRÍGUEZ PUERTO, M.J., «Derecho natural, propiedad y utilidad en el humanismo jurídico», *Ius Fugit*, 5-6, 1996/97, pp. 495-532.

to del ser humano, idea que surge en el ámbito anglosajón y después toma cuerpo en Europa.

La obra de Aristóteles fue de las primeras en mostrarnos *razonablemente* la institución de la propiedad privada. Entendía que lo natural desde un principio de la existencia del hombre había sido que todo fuera de todos, de modo que cada uno pudiera tomar sin problema lo que le fuera necesario para vivir bien sin perjudicar a ninguna otra persona. Las razones para que el hombre decidiera instituir la propiedad privada, a juicio de Aristóteles, podían resumirse en tres: cada uno cuida mejor de lo suyo (no deja que se pierdan o se deterioren los bienes), se evitan discordias sociales (sobre quién puede disponer de cada cosa o a quién le corresponde trabajar lo que es común) y, por último, se obtienen mayores rendimientos (porque los beneficios redundan principalmente en quien trabaja y pone mayor empeño en obtenerlos)²². Las tres razones están en función de otra principal, el mantenimiento de la paz social y la consecución del bien común, más fácil de lograr con esa concepción de la propiedad privada dadas las circunstancias sociales del siglo IV a.C. Como la razón principal es el logro del bien común, si cambiaran las circunstancias, podría venir exigida por ellas la supresión de la propiedad. Por ejemplo, en una etapa de hambre, la autoridad podría obligar a los legítimos propietarios a compartir alimentos con quienes no tuvieran medios de subsistencia, o si se necesitara construir una vía de comunicación, se le podría requisar una porción de terreno a un propietario a cambio de una justa compensación, etc. Pero nunca hubiera sido lícito desposeer arbitrariamente al agricultor ateniense de sus frutos o de una parte de sus tierras para que el arconte de turno se construyera una villa de recreo.

Existía, por tanto, una diferenciación clara entre afirmar «todo es de todos», que implica que las cosas pueden estar repartidas pero si existe una razón podrían convertirse en comunes, y afirmar «nada es de nadie», que implicaría la ausencia de propiedades y la legitimidad de hacer con las cosas lo que se quisiera, pues nadie podría alegar que se le está perjudicando. La primera expresión, más aristotélica, conlleva que todas las personas están implicadas en el cuidado de lo común, de modo que si se le causa un daño a éste, inexorablemente repercute de forma negativa en los demás. En cambio, la segunda expresión implica despreocupación, de modo que podríamos apropiarnos de cuanto quisiéramos sin importarnos los demás, ignorar su cuidado e, incluso, destruir los bienes, puesto que nadie es titular de ellos.

La mentalidad aristotélica, que reclamaba el cuidado de las cosas porque afectaba al bien común, permaneció vigente durante toda la Antigüedad y la Edad Media en los pensadores y juristas de relevan-

²² Este será el pensamiento más extendido, posteriormente, entre los juristas y humanistas más destacados de la Antigüedad y de la Edad Media. Cfr. ΜΕΓΙΑΣ QUIRÓS, J.J., *Derecho natural y propiedad en la historia...*, cit., pp. 15-148.

cia²³. Si las cosas eran privadas, se debía a que así se lograba una mayor paz social y tranquilidad para todos, pero no podía concebirse la propiedad como un derecho absoluto que permitiera la exclusión radical de los demás. Estos juristas hablaban del *ius necessitatis* que asistía a las personas para tomar lo ajeno en caso de necesidad, derecho que podría complementarse –según nuestra mentalidad– con la posibilidad de restringir la propiedad privada en caso de que ello fuera conveniente para el bien común²⁴.

Fue, como advertíamos más arriba, la mentalidad moderna –especialmente la contenida en las obras de Hobbes y Locke– la que propuso una nueva concepción de la propiedad. La concibieron como un derecho natural del individuo, impregnada del individualismo propio de la época. Se trataba de un derecho excluyente, por lo que ni siquiera la autoridad legítima en la comunidad política podía lícitamente disponer de las propiedades de los ciudadanos sin contar con el consentimiento de éstos. Es cierto que algunos pensadores continuaron haciendo referencias al *ius necessitatis*, pero como recurso completamente retórico²⁵.

Una de las diferencias más destacadas al comparar las regulaciones norteamericana –de tradición anglosajona– y europea de la propiedad intelectual es precisamente que, mientras que en los países europeos arraigó esta mentalidad egoísta o individualista de la propiedad, en la ley norteamericana se conservó –curiosamente– esa tensión entre la propiedad privada y el bien común. Así, mientras que las leyes europeas reconocen, en su mayoría, unas garantías absolutas de los derechos de autor y un catálogo tasado de límites (copia privada, cita, ilustración, etc.), la norteamericana, a pesar de la influencia jurídica propia del individualismo de los modernos, no siguió esta tradición al pie de la letra²⁶, sino que se decantó por el *fair use* o «uso legítimo» (Sección 107 de la *Copyright Act*). Esta concepción implica un equili-

²³ Cfr. CARPINTERO, F., *El desarrollo de la idea de libertad personal en el pensamiento medieval*, México, Ed. Porrúa, 2006, *per totum*.

²⁴ ¿Es justo que los laboratorios farmacéuticos –sobre todo una vez recuperada la inversión en la investigación– cobren a los países del Tercer Mundo lo mismo que a los países desarrollados por sus productos? ¿Es justo que mueran millones de enfermos porque sus países no puedan pagar los retrovirales que están haciendo de oro a sus fabricantes?

²⁵ Fue el caso de Samuel Pufendorf, por ejemplo, como puso de manifiesto F. CARPINTERO, «Samuel Pufendorf y la teoría de la cualidad moral en la Modernidad», *Iustitia*, I, 1997, pp. 361-383. *Vid.* también RODRÍGUEZ PUERTO, M.J., «El utilitarismo tímido de Samuel Pufendorf», *Persona y Derecho*, 39, 1998, pp. 287-338.

²⁶ Afirma J. Villate que «El *copyright* estadounidense es, más bien, una *negociación* entre los autores y la sociedad, por la cual esta última concede a los primeros un monopolio temporal y limitado para controlar y explotar sus obras, con la esperanza de que así florezca la cultura y el arte». VILLATE, J., *La propiedad intelectual en la nueva era digital*, p. 2 (artículo disponible en Internet). *Vid.*, sobre la concepción anglosajona, la extensa obra de BENTLEY, L. y SHERMAN, B., *Intellectual Property*, Oxford, Oxford University Press, 2004; *vid.* también HART, T., FAZZANI, L. y CLARK, S., *Intellectual Property Law*, Hampshire, Palgrave MacMillan, 2006, LUCCHI, N., *Digital Media & Intellectual Property*, Berlin-New York-Tokio, Springer Verlag

brio constante entre los derechos del autor y los de la sociedad, que en caso de conflicto debe ser medido –ponderado– por los jueces en atención a la realidad de cada momento²⁷.

Por ello, no es de extrañar que surjan en este ámbito propuestas como las de Richard M. Stallman, para quien resulta imprescindible exigir una nueva actitud ética en el entorno digital que supere esa tendencia individualista: el robo es inmoral, por supuesto, pero también lo es a su juicio la propiedad intelectual en los términos en los que se pretende hacer valer por las empresas dedicadas a la explotación del software, del cine y de la música²⁸. Para Stallman, en la «negociación» histórica de los derechos de autor, propia de los siglos XVII y XVIII, los ciudadanos cedieron la libertad de copiar a cambio de que los autores pusieran sus creaciones al alcance del público. Entiende Stallman que en aquellos momentos fue un acuerdo muy satisfactorio para la sociedad en general, pues los ciudadanos cedían o renunciaban a una libertad que no podían ejercer por carecer de los medios tecnológicos adecuados: los lectores de libros no podían hacer copias de ellos fácilmente. Pero ahora, en el siglo XXI, la situación ha cambiado de tal manera que a la sociedad no le queda más remedio que renegociar aquel acuerdo, pues de lo contrario estaría consintiendo una situación injusta. Han cambiado las circunstancias hasta el extremo de que los ciudadanos cuentan, cada día que pasa, con más medios tecnológicos para lograr una mayor extensión de la cultura y, sin embargo, los propietarios de derechos insisten en fijar unilateralmente las condiciones de disfrute y los precios de las creaciones.

No obstante, esta consideración no implica que toda producción artística, cultural, científica, etc., deba tener el mismo tratamiento jurídico, sino que dependerá del tipo de creación. A juicio de Stallman cabe distinguir un primer tipo de creación constituido por los *trabajos funcionales*²⁹, para los que propone una libertad muy amplia por parte de los usuarios, incluida la libertad de publicar versiones modificadas del original siempre que se lleven a cabo por personas cualificadas y aporten, por tanto, a los destinatarios una mejora objetiva. En todo caso, siempre deben figurar con claridad los autores y editores originales, así como la especificación de cada parte modificada. Así se distribuyen, por ejemplo, los manuales y

2006, y, más directamente referido a Australia, VAN CAENEGEM, W., *Intellectual Property Law and Innovation*. Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

²⁷ «Son permitidos aquellos usos de las obras que (a) no perjudiquen el mercado potencial del autor o (b) sean necesarias para el progreso de la cultura y del arte. La Constitución y las leyes norteamericanas no ofrecen un catálogo de *usos legítimos*, sino un criterio para su establecimiento. De este último se ocupan los jueces, la jurisprudencia» (VILLATE, J., *op. cit.*, p. 5). Permite el estudio caso por caso, de modo que todos los cambios sociales pueden suponer una revisión de las decisiones anteriores.

²⁸ Cfr. *Software libre para una sociedad libre*, *cit.*, pp. 73-116.

²⁹ Como las recetas culinarias, software informático, libros de texto, diccionarios y otras obras de consulta, es decir, todo aquello cuya utilización nos permite realizar bien una tarea.

la documentación del software GNU. Un segundo tipo estaría constituido por los *trabajos que expresan una posición personal* (experiencias u opiniones personales)³⁰, protegidos frente a posibles versiones modificadas, puesto que se trata de algo personal: no podemos modificar las opiniones de los demás sin contar con ellos. Sin embargo, cabría en este caso —a juicio de Stallman— la libertad de distribuir copias sin ánimo comercial. El tercer y último tipo vendría constituido por los *trabajos estéticos*, trabajos que tienen como valor de uso principal el proporcionar un goce estético de los destinatarios (novelas, obras de teatro, poesía, pinturas, música, cine, etc.). No son funcionales y, por tanto, no tienen necesidad de ser modificados y mejorados³¹. Aunque Stallman admite que toda publicación comercial de estos trabajos debe reportar un beneficio a sus autores, no se atreve a proporcionar detalles concretos al respecto. Es decir, no entra en la espinosa cuestión de si las discográficas y las cinematográficas gozan de absoluta libertad para establecer unos precios que pueden ser desorbitados o si, en estos casos, los destinatarios pueden intervenir para lograr su difusión y disfrute a unos precios más razonables.

Estas ideas tendrían mayor aceptación si lográramos despojarnos de una concepción única de la propiedad. Es algo que ponen de relieve tanto la citada Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria 40/2008, de 18 de febrero, como la Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado³², que rechazan la posibilidad de otorgar un trato idéntico a la propiedad intelectual —propiedad especial— y a la propiedad tradicional³³ sobre bienes materiales. Nos podríamos extender en numerosas características que diferencian a una y otra propiedad, pero quisiera detenerme solamente en una de ellas por ser de gran relevancia para lo que venimos tratando: la producción intelectual, sobre la que deseamos que recaiga la propiedad, nunca depende en exclusiva de su autor, sino que en ella está implicada forzosamente la Humanidad³⁴. En la producción intelectual se aprecia, de forma indudable, una aportación personal e intransferible del

³⁰ Se encuadrarían aquí los ensayos (literarios, filosóficos, científicos, etc.), memorias, ofertas comerciales, comentarios de libros o películas, etc.

³¹ Para una crítica más detallada de las propuestas de Stallman, cfr. VILLATE, J., *op. cit.*, pp. 11-14. *Vid.*, desde otra perspectiva, LÓPEZ SÁNCHEZ, C., *La transformación de la obra intelectual*, Madrid, Dykinson, 2008, obra en la que resalta la escasa atención que el legislador español ha prestado a esta cuestión.

³² Circular 1/2006, de 5 de mayo, del Fiscal General del Estado sobre delitos contra la propiedad intelectual e industrial tras la reforma de la Ley Orgánica 15/2003.

³³ «Pues bien, es esta misma realidad social, las posibilidades técnicas que brindan actualmente las nuevas tecnologías y los usos de consumidores y usuarios, los que obligan a plantearse si ese concepto tradicional de “ánimo de lucro” elaborado alrededor de los delitos contra la propiedad común sirve para acotar hoy en día convenientemente el ámbito de protección que el derecho penal debe dispensar a esta propiedad especial que es la intelectual, de perfiles propios». SAP Cantabria 40/2008, de 18 de febrero, Fundamento de Derecho 8.º Rechaza la posibilidad de conferir idéntico trato jurídico a ambas propiedades.

³⁴ Junto a ella debe destacarse que la propiedad intelectual no recae sobre bienes que se extingan con su uso; cuando utilizamos la comida, la ropa, la vivienda, etc., de otros impedimos con tal uso su disfrute temporal o definitivamente. Sin embargo, al

autor, que la caracteriza y diferencia de las creaciones de otras personas³⁵; pero se aprecia también otra parte muy importante, imprescindible, que corresponde a la Humanidad porque de ella hemos aprendido las bases desde las que partimos para construir o crear, porque de ella proceden las sinergias con otras personas que colaboran, que inspiran para la creación, que proporcionan elementos o información imprescindible, etcétera. La recreación de la historia de Troya se puede realizar porque Homero nos dejó una buena base para hacerlo. Por ello se podría afirmar que la propiedad intelectual recae sobre algo que comienza siendo colectivo –porque se parte de una base común– y acaba, gracias a la genialidad o habilidad de un sujeto individual, constituyendo una obra personal que, sin duda, enriquece el patrimonio de la Humanidad³⁶.

Esto fue lo que movió a L. Lessig a crear en el año 2001 la Organización Creative Commons y proponer una alternativa a la propiedad excluyente mediante la formulación de licencias respetuosas con el copyright. Sin renunciar a la propiedad sobre lo que se crea, permite la eliminación de aquellas restricciones innecesarias o excesivas para la cultura por atender exclusivamente a la consecución de unos beneficios lo más elevados posibles³⁷.

Esta idea ha hecho tanto daño a los argumentos de las sociedades gestoras de derechos de autor que, por si acaso, la reforma de la Ley de Propiedad Intelectual ha tenido que recoger en varios de sus artículos –art. 25, por ejemplo– que los derechos de autor constituyen unos derechos «irrenunciables». Una vez que el autor se une a una de estas sociedades, pierde el control de gestión de sus creaciones o interpretaciones, de modo que toda utilización pública generará beneficios, recaudados por las sociedades de gestión aun en contra de su voluntad. Constituye uno de los casos más claros del paternalismo –interesado– del Estado, que considera a los autores tan incapaces de decidir lo que es mejor para ellos que llega al extremo de prohibirles la renuncia a un derecho³⁸.

copiar una canción, una película, un libro su titular puede continuar disfrutando de ellos, tan sólo impedimos la consecución de un beneficio añadido.

³⁵ Mozart y Bach fueron grandes creadores, pero en sus composiciones se aprecian diferencias de estilo, de gustos, de calidad, etc. La diferencia entre ellos y el común de los mortales a la hora de componer suele ser abismal, lo que pone de manifiesto la importancia del ingrediente personal en la creación.

³⁶ Los escritores no sólo se sirven de las letras y palabras ya inventadas, sino también de sus vivencias con los demás y, posiblemente, de historias verdaderas que ellos adornan y ponen a disposición de un público que admira su arte de escribir y de narrar. De igual modo, qué sería de un músico que tuviera que crear sin notas, sin pentagramas, sin instrumentos, etc. Se crea a partir de algo, y ese algo lo ha puesto la Humanidad a su disposición o, al menos, no se lo ha negado.

³⁷ Vid. su introducción a *Software libre para una sociedad libre*, cit., de Stallman, pp. 11-14. Vid. también, sobre esta cuestión, MARANDOLA, M., *¿Un nuevo derecho de autor? Introducción al copyleft, acceso abierto y creative commons*, Madrid, Derecho de Autor, 2005.

³⁸ ¿Qué intereses están detrás de esta concepción y en qué lugar queda la libertad? Algo que es irrenunciable e inalienable no se puede vender ni ceder, pero los derechos de autor se venden y se ceden. No es extraño que, por ello, J. Villate afirme

2. EL PRONUNCIAMIENTO DE LOS TRIBUNALES

El lobby que representa los intereses de los titulares de derechos de autor nos presenta a los autores, artistas, creadores, etc., como los ciudadanos que más pueden aportar a la cultura, y que gracias a ellos podemos disfrutar del arte, de la literatura y de todo tipo de creaciones que nos hacen la vida más agradable. Sin embargo, la realidad parece indicarnos que esa apreciación no es la única que puede realizarse, que las creaciones en verdad las realizan para ellos mismos, puesto que sólo están dispuestos a compartirlas a un elevado precio impuesto unilateralmente, no a un precio justo o resultante del juego de la oferta y la demanda sin posición de dominio. Esta «doble personalidad» es consecuencia de la regulación vigente, que permite a las sociedades gestoras de derechos erigirse en la única voz decisiva al respecto, incluso contra el parecer de los propios autores; en ocasiones, autores o intérpretes que han pretendido, por ejemplo, renunciar al canon por copia privada se han visto obligados a desistir de tal idea por las presiones de estas sociedades, y ello con el argumento de que es por su bien.

Este doble rasero se advierte también en nuestro Tribunal Constitucional en los recientes pronunciamientos sobre la incidencia de los cambios tecnológicos en la propiedad. Me refiero en concreto a dos Sentencias —no se han pronunciado más hasta ahora—, contradictorias desde nuestro punto de vista en el modo de valorar la repercusión de estos cambios en la propiedad. La primera de ellas fue la STC 281/2005, de 7 de noviembre, que resolvió la disputa entre sindicatos y BBVA por el uso sindical de la intranet propiedad del banco para comunicaciones sindicales. La segunda fue la STC 104/2006, de 3 de abril, en la que se recogen pronunciamientos sobre la propiedad intelectual al resolver sobre el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

En la primera de estas sentencias se dilucidaba si los sindicatos, al amparo de la libertad sindical, podían hacer uso de la intranet del banco para comunicar a los trabajadores todo aquello relacionado con la actividad sindical, ofrecido hasta el momento a través de los tablones destinados a tal fin. El problema surgió cuando el banco estableció filtros que rechazaban los mensajes del sindicato³⁹, hecho que supuso el consiguiente conflicto jurídico resuelto en primer lugar por Sentencia de la Audiencia Nacional, posteriormente casada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo y, en última instancia, resuelto por el Tribunal Cons-

que «los derechos de autor, en lugar de incentivar a los verdaderos autores, que apenas se benefician de los mismos, están siendo utilizados para restringir las libertades de los individuos y permitir el mantenimiento del control de las grandes compañías sobre la creación y la distribución de libros, revistas, literatura, música, cine, software y demás» (*op. cit.*, p. 6).

³⁹ La instalación de los filtros tuvo su origen en la disfunción creada por un envío masivo que colapsó la red, envío que impidió el normal funcionamiento de la misma para las actividades ordinarias de la empresa y sus clientes.

titucional⁴⁰. En este supuesto, el Alto Tribunal formuló la concepción de la propiedad que debía primar en el ámbito de las nuevas tecnologías: «La Constitución, en suma, no ha recogido una concepción abstracta del derecho de propiedad como mero ámbito subjetivo de libre disposición o señorío sobre el bien objeto del dominio reservado a su titular, sometido únicamente en su ejercicio a las limitaciones generales que las leyes impongan para salvaguardar los legítimos derechos o intereses de terceros o del interés general. *Y ello hasta el extremo de que, no sólo la utilidad individual, sino también la función social, definen inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes*»⁴¹. Sencillamente, la propiedad de la intranet del BBVA no concedía a la entidad un señorío tal como para hacer con ella lo que deseara; le condicionaban no sólo los límites legales que salvaguardan los derechos e intereses legítimos de terceros, sino también una genérica función social de la propiedad. Por ello, «(...) puede concluirse que no resulta compatible con la efectividad del derecho fundamental [en este caso la libertad sindical] una negativa a la puesta a disposición de los instrumentos de transmisión de información existentes en la empresa que resulten aptos y cuyo empleo sindical pueda armonizarse con la finalidad para la que hayan sido creados, lo que sucederá cuando la negativa constituya una mera resistencia que no encuentre justificación en razones productivas o en la legítima oposición a asumir obligaciones específicas y gravosas no impuestas al empresario, pues en esa hipótesis de acción meramente negativa el acto de resistencia únicamente daría como resultado la obstaculización del ejercicio fluido, eficiente y actualizado de las funciones representativas, sin ocasionar, en cambio, provecho alguno»⁴². En definitiva, que la intranet es propiedad del banco, pero éste no gana nada impidiendo un uso moderado de la misma a los sindicatos y, sin embargo, éstos y los trabajadores ven mermada su libertad sindical –aunque las leyes nada establezcan al respecto– por el mero hecho de la denegación de uso.

Es una lástima que el Tribunal Constitucional no mantuviera este mismo criterio en relación a la propiedad intelectual, es decir, reconocer la propiedad de los autores o de cualquier otro titular legítimo, compatible, en razón del derecho a la cultura y a la información, con un uso inocuo por parte de terceros que hiciera realidad de este modo la función social de la propiedad. En la STC 104/2006, de 3 de abril, se resuelve una petición de amparo por vulneración del derecho al secreto

⁴⁰ Para todos los detalles, *vid.* Sentencia de la Audiencia Nacional 17/2001, de 6 de febrero. La Sentencia del Tribunal Supremo es de 26 de noviembre del mismo año.

⁴¹ STC 281/2005, Fundamento Jurídico 7.º La intensidad es nuestra.

⁴² *Ibidem.* Algo similar se podría afirmar de los titulares de los derechos de autor cuando pretenden a toda costa restringir el disfrute de las creaciones a los supuestos de existencia de unos beneficios personales determinados unilateralmente por ellos desde la posición de dominio que ostentan legalmente en la actualidad. ¿Por qué impedir el disfrute de sus creaciones a personas que nunca las adquirirían por carecer de medios y se conforman con copias de inferior calidad?

de las comunicaciones. Los recurrentes habían sido –creo que con acierto– condenados⁴³ por reproducir para su venta CDs musicales, así como la reproducción de tarjetas descodificadoras de los canales digitales de televisión; la primera conducta fue calificada como delito continuado contra la propiedad intelectual (art. 270.3 CP), mientras que en el segundo supuesto se calificó como delito de descubrimiento y revelación de secretos de empresa (art. 280 en relación con el art. 278.2 CP). Para la venta de sus productos, los recurrentes se habían servido de la publicidad en una web creada a tal efecto. No hay nada que objetar a tal consideración delictiva, puesto que se juzga a personas que se enriquecieron a costa de otras, a las que produjeron un daño económico.

Sin embargo, considero débil y peligroso el argumento del Tribunal Constitucional para validar las escuchas telefónicas en este supuesto: «(...) la trascendencia social y la relevancia jurídico-penal de los hechos, a efectos de legitimar el recurso a la limitación del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, deriva en el caso de la potencialidad lesiva del uso de instrumentos informáticos para la comisión del delito, pues no cabe duda de que *la tecnología informática facilita la comisión de los delitos contra la propiedad intelectual*, no sólo en cuanto a la grabación o reproducción no autorizada de los CDs, sino sobre todo en lo relativo a la distribución y venta de los productos sin autorización de los legítimos titulares de los derechos de propiedad intelectual, de modo tal que el elevadísimo número de personas a quienes accede la publicidad contenida en la página web y *su rápida difusión hace previsible, en el momento en que se adopta la medida, un hipotético perjuicio económico muy elevado, con independencia del perjuicio real producido* en el caso (...)

(...) *No puede sostenerse que la investigación de un delito contra la propiedad intelectual cometido mediante la utilización de las tecnologías de la información carezca de la entidad necesaria para considerar desproporcionada la intervención de la línea del teléfono móvil de contacto que aparecía en la página web en la que se ofertaban los productos informáticos. En definitiva, en el juicio de proporcionalidad de la interceptación de las comunicaciones telefónicas, además de la gravedad de la pena, del bien jurídico protegido y de la comisión del delito por organizaciones criminales, también puede ponderarse la incidencia del uso de las tecnologías de la información, pues su abuso facilita la perpetración del delito y dificulta su persecución*»⁴⁴.

Este segundo párrafo nos parecería acertado si trata de justificar la intervención de las comunicaciones cuando constituya la única vía posible para impedir la comisión de delitos (venta de copias ilegales a través de Internet), pero ¿no se podría haber intentado otra vía menos

⁴³ Vid. Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 8 de Barcelona de 19 de junio de 2002 y Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 4 de noviembre de 2002.

⁴⁴ STC 104/2006, Fundamento Jurídico 4.º La intensidad es nuestra.

agresiva en este supuesto, como, por ejemplo, contactar con el vendedor y comprar algún artículo, como hace la SGAE?

Pero es el párrafo anterior el que constituye, en mi opinión, un mayor desacierto y una arbitrariedad del Tribunal Constitucional, por cuanto viene a argumentar que, en la medida en que las Nuevas Tecnologías conllevan una «capacidad lesiva» de la propiedad intelectual muy alta, no queda más remedio que utilizar medios desproporcionados para anular esa capacidad, medios como la suspensión de un derecho fundamental⁴⁵. El mero riesgo para la «propiedad intelectual» justifica —a juicio del Alto Tribunal— la suspensión de un derecho fundamental en este caso. Tenemos la impresión de que en estos supuestos el Tribunal Constitucional se ha dejado influir por las exageraciones del daño que las sociedades gestoras dicen sufrir. Es cierto que la piratería debe ser perseguida y erradicada, pero por cauces adecuados, no a costa de sacrificar otros derechos de carácter fundamental. La propiedad intelectual no merece ser la reina de los derechos, título que parece haber recibido de manos del Tribunal Constitucional⁴⁶.

Estas consideraciones conllevan un riesgo añadido para los derechos fundamentales, como podría ser la legitimación del control del tráfico de intercambio de ficheros en Internet —sin previa autorización judicial— por parte de las sociedades de gestión de derechos de autor o de las operadoras que ofrecen el servicio de Internet a los usuarios. En este despropósito hay que destacar que lo que se pretende con tales medidas no es más que controlar e impedir el intercambio de ficheros (música y cine) a través de las plataformas *peer to peer*, práctica que los tribunales han calificado reiteradamente como un simple ilícito de carácter civil por estar ausente el «ánimo de lucro» que exige el Código Penal para su consideración como delito. Constituiría, desde todo punto de vista, un exceso legal la posible suspensión de los derechos fundamentales relacionados con la privacidad (art. 18 CE) con el único fin de perseguir los ilícitos civiles en materia de propiedad intelectual.

No faltan quienes defienden el mantenimiento de la concepción decimonónica de la propiedad intelectual, llegando a justificar incluso este control del tráfico de ficheros a través de la red a pesar de admitir que se trata tan sólo de infracciones civiles⁴⁷. Pero, si se admitiera,

⁴⁵ Sería como justificar la intervención de las comunicaciones de todos aquellos que compren alcohol y tengan carné de conducir porque existe un alto riesgo de que en algún momento conduzcan bebidos y, con la cantidad de coches que circulan a todas horas, el riesgo de accidente es muy alto para la sociedad.

⁴⁶ Habría que matizar que los estudios sobre piratería realizados al margen de las sociedades de autores revelan que el lucro cesante por esta causa es muy inferior al calculado por aquéllas. Cfr., por ejemplo, el estudio de la Chicago University titulado *El efecto de compartir archivos sobre las ventas: un análisis empírico* (disponible en la red), en el que se calculó en un 0,7% esa disminución de beneficios en un periodo concreto de 2002.

⁴⁷ Vid. SÁNCHEZ ARISTI, R., *El intercambio de obras protegidas a través de las plataformas peer to peer*, Madrid, Instituto de Derecho de Autor (Colección Idea), 2007. Con el mismo título ha publicado un artículo en el *Boletín Informativo* (del Instituto de Derecho de Autor), 4, 2007, pp. 16-28, en el que refiere, por ejemplo, que la práctica

conllevaría un coste demasiado alto para los derechos fundamentales relacionados con la privacidad, y ello únicamente con el fin de proteger la propiedad intelectual⁴⁸.

La piratería –el top manta y el resto de modalidades de venta de creaciones sin permiso de sus propietarios– nunca tendrá justificación y debe continuar perseguido; pero identificar piratería con la obtención de una copia privada a través de una plataforma P2P y solicitar para ello una sanción penal constituye un exceso jurídico que sólo encuentra justificación en el ánimo *superlucrativo* de la industria musical y cinematográfica.

Considero acertado, por tanto, y acomodado a la realidad social contemporánea el planteamiento realizado por la Audiencia Provincial de Cantabria. La Sentencia 40/2008, de 18 de febrero, resuelve la apelación presentada por las gestoras de derechos contra la dictada por el Juzgado de lo Penal número 3 de Santander y absuelve de un posible delito contra la propiedad intelectual al demandado. Los hechos enjuiciados consistían en haber ofrecido en intercambio música, películas y juegos de ordenador a través de Internet; no se ofrecía a cambio de precio, sino de material similar. En el Fundamento de Derecho Sexto confirma que en el mero intercambio de unas películas por otras, o de unas canciones por otras, no puede apreciarse en modo alguno la existencia de una «mediación de precio» ni de «ánimo de lucro»⁴⁹, exigidos por el artículo 270 del Código Penal para la existencia de una conducta delictiva. Sin embargo no descarta que con el ofrecimiento público de las copias se pueda producir una comunicación pública o «uso colectivo» de las mismas, hecho que convertiría en ilegal la práctica denunciada⁵⁰; la Audiencia viene a poner de manifiesto que, tanto

de intercambio responde a «una sed de revancha contra los titulares a gran escala», que se debe a «una escasa sensibilidad hacia la propiedad intelectual» y a un «mal entendimiento de la función que ésta cumple en nuestra sociedad», que su justificación como instrumento de acceso a la cultura es simplemente una «coartada» y que los usuarios «se comportan como auténticos saqueadores» (artículo citado, p. 18).

⁴⁸ Este posible control, que ya es técnicamente posible, ha sido descartado por el momento por las operadoras, aunque está pendiente del pronunciamiento por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Por el extenso Informe elaborado por el Abogado General en el que concluye la no procedencia de este tipo de control, es de presumir que el Tribunal se inclinará en su decisión por esta línea.

⁴⁹ «El tenor literal del relato es, a la vista de la fundamentación, exacto y preciso, pues si por precio debe entenderse la contraprestación en dinero de la compraventa (art. 1445 CC), eso es precisamente lo que la juzgadora quiso dejar claro que no mediaba en este caso; como también la omisión de que tal conducta se realizaba “con ánimo de lucro” es deliberada, pues habida cuenta del concepto de ánimo de lucro que la propia sentencia sostiene es patente que no concurrió». Aclara a continuación la Sentencia que nunca existió ni venta, ni precio, ni tal ánimo de lucro. Cfr. Fundamento de Derecho 6.º

⁵⁰ «Resulta claro que la expresión “utilización colectiva”, aun interpretada restrictivamente, abarca todos aquellos casos en que la obra se comparte con usuarios ajenos al círculo familiar o íntimo del copista, con personas indeterminadas mediante una oferta general de acceso o intercambio, como ocurre en el sistema “Peer to Peer”

antes como tras la reforma de 2006, el límite de copia privada sólo ampara el uso y disfrute privado, de modo que si se ofreciera a terceros –sin ánimo de lucro– nos encontraríamos ante una práctica que no es «civilmente lícita»⁵¹. Y es, llegados a este punto, cuando plantea la sentencia la cuestión principal: «es esta misma realidad social, las posibilidades técnicas que brindan actualmente las nuevas tecnologías y los usos de consumidores y usuarios, los que obligan a plantearse si ese concepto tradicional⁵² de “ánimo de lucro” elaborado alrededor de los delitos contra la propiedad común sirve para acotar hoy en día convenientemente el ámbito de protección que el derecho penal debe dispensar a esta propiedad especial que es la intelectual, de perfiles propios y cuya configuración siempre ha tenido por ello normas específicas que atienden no sólo a los derechos de los creadores y demás titulares sino también al interés social que late en esos derechos y los trasciende»⁵³. ¿Debe utilizarse o no el mismo concepto de «ánimo de lucro»? ¿Supone un lucro el simple hecho de «bajar» una película o canción de la red, o el hacer una copia de otra copia privada? Claramente no, y no por la insignificancia del posible perjuicio para los titulares de derechos, sino por «la inconveniencia de aplicar categorías tradicionales a una nueva realidad», que pone de relieve «la necesidad de buscar otras que permitan un tratamiento jurídico del problema acorde con la realidad social»⁵⁴: el ahorro que suponen estas prácticas para el copista no es suficiente para considerar que existe ánimo de lucro, siendo necesaria la existencia en tales prácticas de un «fin comercial».

Es en ese mismo Fundamento de Derecho 8.º donde esta sentencia contrasta en mayor medida con la línea abierta por el Tribunal Constitucional; al limitar la actuación penal a los supuestos de «escala comercial», excluyendo «los meros intercambios entre usuarios por grande que pueda ser el daño producido» (en su globalidad), otorga a los derechos derivados de la propiedad intelectual su justa medida: el simple peligro de un daño elevado no justifica cualquier actuación de

(“P2P”) o en el caso presente, en que el acusado ofertaba libremente en la red el listado de sus discos, películas y juegos facilitando luego copia de sus archivos a quien se lo solicitaba a cambio de otras obras de su interés». Fundamento de Derecho 7.º de la citada sentencia.

⁵¹ Cfr. *ibidem*. En el Fundamento de Derecho 9.º vuelve a reiterar que las copias obtenidas a través de estas prácticas «son copias ilícitas de obras protegidas por los derechos de propiedad intelectual». En el mismo sentido se pronunció el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Madrid en el Auto de 19 de marzo de 2008, mediante el que ordenaba el sobreseimiento de la demanda interpuesta contra ÍndiceDonkey.

⁵² Se refiere al concepto de ánimo de lucro elaborado por el Tribunal Supremo al pronunciarse sobre la propiedad común, entendido como la «obtención de cualquier ventaja, aprovechamiento o utilidad». Cfr. Fundamento de Derecho 8.º

⁵³ Fundamento de Derecho 8.º

⁵⁴ *Ibidem*. Vid. sobre esta cuestión SANCHÍS MARTÍNEZ, M.ª T., *Derechos de autor, digitalización e Internet*, Madrid, Editorial Universitas, 2004, obra en la que argumenta la necesidad de la adaptación y expone cómo han incidido los cambios tecnológicos en las facultades derivadas de los derechos de autor.

la Administración o de las Fuerzas de Seguridad del Estado y, mucho menos, la suspensión de derechos fundamentales⁵⁵. Es decir, esa mera potencialidad de daño no justifica por sí misma la posible suspensión de los derechos fundamentales a la intimidad y al secreto de las comunicaciones de los usuarios de Internet.

3. TENDENCIAS ACTUALES EN LA REGULACIÓN

Desgraciadamente, las presiones ejercidas sobre el legislador por las sociedades gestoras de los derechos de autor se encaminan en la dirección opuesta. En febrero de 2005, la *Asociación de Internautas* y la *Asociación de Música en Internet* elevaron una queja al Ministro de Industria tras hacerse pública las negociaciones entre el Ministerio de Cultura y las sociedades de autores encaminadas a modificar la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico. Estas negociaciones parecían tener como objetivo la introducción de un nuevo artículo (el 17 bis) en la citada norma que permitiera el establecimiento de medidas de control de las redes P2P con implicación de los ISPs. Se trataba de una negociación, con exclusión del resto de los sectores implicados de la Sociedad de la Información, que terminó fracasando por la oposición encontrada en los usuarios de Internet y otras instancias.

Pero el legislador francés ha sido el primero en proponer una legislación sobre esta cuestión que se encuentra en fase de tramitación en estos momentos. A esta iniciativa se ha sumado el legislador británico y es posible que se sume algún Estado más a causa de las presiones de las sociedades de gestión. Hasta ahora se han topado con la negativa de las operadoras debido a las elevadas inversiones que deberían realizar para hacer posible tal control, pero todo apunta a que terminará viendo la luz este tipo de normas. Confiemos en que los altos tribunales de cada Estado anulen la posibilidad de tales medidas por el bien de la protección efectiva de los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones⁵⁶.

Recepción: 31/3/2008. Aceptación: 10/12/2008.

⁵⁵ Vid. al respecto la interesante monografía de ARIAS, V. e IZQUIERDO TOLSA-DA, M., *Daños y perjuicios en la propiedad intelectual*, Madrid, Trama Editorial, 2007.

⁵⁶ Es destacable en este sentido la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional alemán. En el año 2006 el Estado de Renania del Norte-Westfalia aprobó una ley que autorizaba a la policía a introducirse, a través de Internet, en los ordenadores personales de sospechosos de terrorismo para analizar el contenido de su disco duro. El 27 de febrero de 2008 se pronunciaba el Tribunal Constitucional sobre su inconstitucionalidad, dejando entrever que sólo sería constitucional tal registro si la ley lo autorizase en casos de «peligro para la vida de las personas o riesgo para el Estado» y siempre previa autorización judicial. Creo, en esta línea, que la propiedad intelectual carece de entidad suficiente como para que la Administración controle Internet a través de entes privados interpuestos.