

La propiedad intelectual en el entorno digital

**(Las industrias de los contenidos, en especial la industria musical,
frente a la copia digital y la distribución no autorizada de obras en Internet)**

Celeste Gay Fuentes

Documento de trabajo 82/2006



Celeste Gay Fuentes

Profesora titular de Derecho administrativo de la Universidad Complutense de Madrid. Doctora en Derecho, licenciada en Comunicación Audiovisual y diplomada por la Real Escuela de Arte Dramático y Danza de Madrid. Profesora de la Facultad de Ciencias de la Información, así como en el Programa de Doctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.

Es autora de los libros La televisión ante el Derecho internacional y comunitario e Intimidad y tratamiento de datos en las administraciones públicas, y de diversos artículos. Ha participado como profesora en numerosos cursos universitarios de posgrado en el ámbito del Derecho de las telecomunicaciones, del audiovisual y de la gestión cultural.

Ninguna parte ni la totalidad de este documento puede ser reproducida, grabada o transmitida en forma alguna ni por cualquier procedimiento, ya sea electrónico, mecánico, reprográfico, magnético o cualquier otro, sin autorización previa y por escrito de la Fundación Alternativas

© Fundación Alternativas

© Celeste Gay Fuentes

ISBN: 84-96204-89-8

Depósito Legal: M-10769-2006

Contenido

Resumen ejecutivo	5
Introducción	7
1 La tutela jurídica de las medidas tecnológicas de protección de obras y prestaciones	9
1.1 Medidas tecnológicas de protección de obras y excepciones al derecho de la propiedad intelectual	10
1.2 La copia digital en el entorno fuera de línea: la represión de la piratería y la compensación equitativa por copia privada	13
1.3 La adaptación del sistema de compensación por copia privada a la copia digital	17
1.4 La necesaria coordinación entre la tutela penal y civil de las medidas tecnológicas	21
2 La distribución de obras a través de Internet	23
2.1 El derecho de puesta a disposición de obras y la configuración penal o civil de los actos no autorizados de distribución de obras a través de sistemas de intercambio gratuito de archivos	23
2.2 La represión de la distribución no autorizada de obras a través de sistemas de intercambio	25
2.3 El desarrollo de un mercado legal de distribución de obras en línea	30
2.4 Gestión colectiva o gestión individual de los derechos necesarios para la explotación en línea de obras protegidas por la propiedad intelectual en las redes digitales	32
2.5 La legalización del intercambio no comercial de obras a través de Internet	38
3 Otras cuestiones para el futuro debate sobre la propiedad intelectual	44
3.1 La adaptación de la gestión colectiva al entorno en línea	44
3.2 La creación de una administración especializada en materia de propiedad intelectual	47
3.3 Una revisión de la política y del marco jurídico internacional y comunitario	50
4 Conclusiones	53
Bibliografía	58

Siglas y abreviaturas

DRMS	Sistema de Gestión de Derechos Digitales
DSI	Directiva 2001/29/CE, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información
EE UU	Estados Unidos
IVA	Impuesto sobre el valor añadido
LPI	Ley de Propiedad Intelectual
LSSI	Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico
OMC	Organización Mundial del Comercio
OMPI	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual
UE	Unión Europea

La propiedad intelectual en el entorno digital

(Las industrias de los contenidos, en especial la industria musical, frente a la copia digital y la distribución no autorizada de obras en Internet)

Celeste Gay Fuentes

Profesora titular de Derecho administrativo

El derecho de la propiedad intelectual ha devenido un complejo sistema, esencial a la política cultural en la sociedad de la información. El reto central es trasladar al entorno digital el pacto social implícito desde el nacimiento de la propiedad intelectual, que equilibra la protección de los creadores y los intereses colectivos de acceso a la cultura.

Los intereses de las industrias culturales deben ser tutelados en la acomodación del derecho de la propiedad intelectual al entorno digital, pero también deben trazarse límites a la intervención pública en la protección de un modelo cultural, cercado tecnológicamente, productor de obras y servicios de acceso condicionado al pago.

Dentro de esta perspectiva general, los sistemas de compensación por usos libres de las obras parecen los más adecuados para fomentar una cultura abierta al acceso igualitario de los ciudadanos. Esta idea debe tener una plasmación inmediata en el reforzamiento del sistema de compensación por la copia privada que se produce fuera del entorno en línea, pero también podría proyectarse, en el futuro, para regular otros usos libres de las obras a través de Internet, especialmente si no se consolida el emergente mercado de distribución de contenidos a través de redes digitales.

La intervención represiva frente al intercambio no autorizado de obras entre particulares sin finalidad comercial debe ser limitada, de manera que no se perciba como una amenaza a los derechos y libertades de los ciudadanos ni desincentive el desarrollo tecnológico y social de la red. En contraste, la atención debe dirigirse a fomentar el nivel de competencia en los modelos legales de distribución de obras por Internet y otras redes digitales, dando preferencia a la gestión colectiva de derechos de remuneración, frente a la vía alternativa de la gestión individualizada de derechos exclusivos de autorización por parte de las industrias culturales.

El lugar central que las entidades de gestión colectiva van a ocupar en un sistema de propiedad intelectual extendido al entorno digital determina la necesidad de revisar algunos aspectos de su régimen jurídico, no sólo para adaptar su actividad al nuevo mercado digital, sino, también, para incrementar su eficacia y transparencia, propiciando un control público sobre la gestión colectiva que es imprescindible como parte del pacto social en torno a la propiedad intelectual.

La rapidez de los cambios en el entorno tecnológico y económico de la propiedad intelectual y la complejidad de los intereses públicos y privados implicados aconseja la creación de una autoridad administrativa independiente dotada de amplios poderes de ordenación jurídica y económica. Aunque podría contemplarse la representación de los distintos sectores afectados dentro de su organización administrativa, es necesario garantizar la independencia de esta autoridad, especialmente en su función de control de las obligaciones legalmente impuestas a las entidades de gestión.

Dado que el marco internacional de la propiedad intelectual condiciona la capacidad y el alcance de las políticas nacionales, la acción exterior debe encaminarse a fomentar el debate en los foros internacionales para apoyar el cambio de la orientación seguida, en los últimos años, por la propiedad intelectual, caracterizada por el carácter expansivo de los derechos de propiedad, frente al interés público en el acceso universal a la cultura.

Introducción

El derecho de autor ha experimentado una vertiginosa evolución desde su aparición moderna en el siglo XVIII, adaptándose a las nuevas condiciones de producción y de distribución industrial de la cultura, hasta convertirse en el complejo sistema de la propiedad intelectual que conocemos en la actualidad. Esta transformación se ha caracterizado por un aumento paulatino y constante de los derechos de propiedad intelectual, acogiendo nuevas modalidades de obras, reconociendo derechos a colectivos distintos de los autores, ampliando los derechos patrimoniales para acomodarlos a las nuevas ventanas de explotación comercial de las obras, extendiendo los plazos de protección de los derechos y limitando, por el contrario, el alcance de las excepciones de interés general. La tendencia a configurar el derecho de propiedad intelectual como un derecho de propiedad a secas no ha provocado un interés generalizado hasta fechas recientes, cuando se ha planteado el problema de la necesaria adaptación del derecho de propiedad intelectual al entorno digital.

La tecnología digital, que conlleva la aparición de nuevos soportes, servicios y redes de difusión de contenidos, abre nuevas posibilidades de acceso por parte de los ciudadanos a las obras intelectuales, desvinculadas de la adquisición del soporte material al que se incorpora la obra, lo que plantea una amenaza potencial a los intereses económicos de la propiedad intelectual. En particular, los titulares de derechos vienen reclamando una protección especial frente a la copia digital y a la distribución de obras a través de Internet. Las primeras respuestas a estas cuestiones se han producido en el marco internacional mediante la adopción en la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) de los denominados Tratados Internet en 1996, y a nivel europeo, con la aprobación de la Directiva 2001/29/CE, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información (en adelante, DSI).

En la actualidad, el tema de la propiedad intelectual ha dejado de ser una cuestión de especialistas y se ha iniciado un amplio debate en el que la opinión pública demanda que el carácter expansivo de la propiedad intelectual no se convierta en un obstáculo para las nuevas oportunidades de acceso y distribución de la cultura que la evolución tecnológica proporciona.

La búsqueda de un equilibrio entre los intereses de los creadores y de los ciudadanos en la sociedad de la información es el problema de fondo que se plantea en el momento actual, cuando tiene que realizarse, de forma urgente, la transposición de la DSI al ordenamiento jurídico español.

El Proyecto de Ley de modificación del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (en adelante LPI), que actualmente se encuentra en fase de enmiendas en la Comisión de Cultura del Congreso de los Diputados, ha optado por plantear una reforma mínima de la ley, limitada a lo necesario para cumplir con el deber de incorporar las disposiciones de la DSI. Esta perspectiva es inevitable, dada la urgencia en incorporar la DSI tras la condena del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas a España por no haber realizado la transposición en plazo y la complejidad de los problemas planteados, que requieren un debate más sosegado que deberá acometerse en la segunda etapa de modificación en profundidad de la Ley de Propiedad Intelectual anunciada por el Gobierno.

En el debate parlamentario, hasta el momento, destacan dos temas fundamentales para la adaptación de la propiedad intelectual al entorno digital fuera de línea y que se encuentran muy vinculados entre sí: la regulación de las medidas tecnológicas de protección de obras y la adaptación del sistema de compensación por copia privada a la copia digital. Al examen de esas cuestiones dedicaremos el primer capítulo de este documento.

En un futuro inmediato deberán abordarse los problemas actuales de la propiedad intelectual en el entorno en línea. Los titulares de derechos de propiedad intelectual intentan recuperar el control de la distribución de obras en Internet mediante el desarrollo de modelos legales de negocio para la transmisión de obras en línea y mediante la represión judicial del amplio fenómeno del intercambio no autorizado de obras en los sistemas de tipo *peer to peer*¹. Ambas vías de acción suscitan importantes cuestiones que serán analizadas en el capítulo segundo.

También, en esta segunda etapa, será necesario acometer otras reformas sobre problemas que viene arrastrando el sistema de la propiedad intelectual y que se agudizan en la era digital. En este sentido, se apuntan como temas esenciales, tratados en el tercer capítulo, la modificación de algunos aspectos legales en materia de gestión colectiva, la oportunidad de crear una administración independiente en materia de propiedad intelectual, con amplias competencias de ordenación económica y jurídica, y el fomento, en los foros supranacionales, de un debate para cambiar la orientación general seguida por el Derecho internacional de la propiedad intelectual, limitando su carácter expansivo.

¹ En general, una red informática entre iguales (en inglés *peer to peer*, conocida también como P2P) se refiere a una red que no tiene clientes ni servidores fijos, sino una serie de nodos que se comportan a la vez como clientes y como servidores de los demás nodos de la red. Este modelo de red contrasta con el modelo cliente-servidor.

1. La tutela jurídica de las medidas tecnológicas de protección de obras y prestaciones

La primera solución atisbada por el Derecho internacional para reforzar los derechos de propiedad intelectual en el entorno digital, poniendo coto a los problemas planteados por el mismo, fue respaldar las medidas tecnológicas que pueden adoptar los titulares de derechos para definir las condiciones de acceso y de uso de las obras y prestaciones. Se intenta, por lo tanto, responder a los problemas planteados por la evolución tecnológica con sus propios medios, idea que se ilustra con la ya célebre frase de Charles Clark: “*The answer to the machine is in the machine*”.

La definición jurídica de las medidas tecnológicas es muy amplia, entendiéndose que son todas aquellas medidas que sirvan para impedir actos no autorizados por los titulares de derechos de propiedad intelectual y abarcando, así, desde los dispositivos que en el entorno fuera de línea sirven para proteger frente a la copia de obras hasta los sistemas de gestión de derechos digitales (*Digital Rights Management Systems* o DRMS), que se definen por la OMPI como “sistemas tecnológicos en línea que posibilitan la gestión, explotación y observancia del derecho de autor”. Ni el Derecho internacional ni el Derecho comunitario ofrecen una protección explícita a los DRMS, sino que ésta surge por la confluencia entre la protección de las medidas tecnológicas y la protección de la denominada “información para la gestión de derechos”, cuya finalidad es la protección de obras y servicios, pero, también, la garantía del derecho de los usuarios de acceder a la información sobre la titularidad de derechos de forma que se les facilite la tramitación de las autorizaciones necesarias para el uso de obras y servicios. Como su función general consiste en administrar las utilizaciones y las licencias de las obras en línea, los DRMS se consideran habitualmente en la categoría de herramientas de gestión. Sin embargo, cuando delimitan técnicamente los usos autorizados por los titulares de derechos, deben también considerarse medidas técnicas de protección.

En el ámbito internacional se llegó a la conclusión de que, efectivamente, los Estados debían ofrecer una protección jurídica a las medidas tecnológicas que adoptaran los titulares de la propiedad intelectual, estableciendo sanciones jurídicas –penales o civiles– para los actos de elusión de medidas tecnológicas y las actividades preparatorias que lleven a tal elusión. Esta decisión, que implica confiar la preservación de los derechos a la tecnología, reduce el derecho de la propiedad intelectual a un simple guardián frente a los actos de elusión de medidas tecnológicas y sitúa en primer plano la autonomía de la voluntad de los titulares de derechos, extendiendo el derecho de mero acceso que se crea

con la regulación de las bases de datos y los programas de ordenador a la totalidad de las obras y prestaciones digitales.

1.1 Medidas tecnológicas de protección de obras y excepciones al derecho de la propiedad intelectual

La decisión de ofrecer una tutela jurídica a las medidas tecnológicas de protección de obras y servicios digitales protegidos por la propiedad intelectual fue inmediatamente matizada a nivel europeo. La DSI reduce el alcance de la facultad de los titulares de proteger tecnológicamente las obras, introduciendo la perspectiva del interés general. Así, contempla que los Estados miembros de la Unión Europea deberán adoptar medidas para que los beneficiarios de algunas excepciones establecidas en la Directiva, si es que han sido contempladas por la legislación nacional, puedan ejercerlas, incluso si las obras se encuentran protegidas tecnológicamente.

Los legisladores nacionales, a la hora de transponer la Directiva, se han enredado en el juego sutil de intentar hacer compatibles las medidas tecnológicas con las excepciones que la DSI permite salvar de la barrera tecnológica. Sin embargo, esta búsqueda de equilibrio entre las medidas tecnológicas en interés de los titulares de la propiedad intelectual y el interés público, representado por las excepciones, presenta el aire brumoso de lo inaprensible.

Como se ha señalado, la difícil cuestión de la reglamentación de las excepciones frente a las medidas tecnológicas es una solución imperfecta: “De hecho, la tecnología es ciega y sólo reacciona a las demandas de actos técnicos como una copia, una impresión, un envío, una lectura, un acceso. No puede reconocer el marco en el que se realiza ese acto. Las condiciones planteadas para la aplicación de una excepción son a menudo subjetivas y esas medidas técnicas no son capaces de analizarlas y reconocerlas. Un ejemplo es el carácter imperativo concedido por la Directiva europea relativa a las bases de datos a la excepción que permite que el usuario legítimo efectúe los actos necesarios correspondientes a una utilización normal. ¿Cómo puede la medida técnica que protege la base de datos determinar en qué consiste una utilización «normal»?” (Dussolier *et al.*, 2000).

El Proyecto de Ley de modificación de la LPI, presentado por el Gobierno español el 26 de agosto de 2005, apura los escasos huecos que la DSI conserva para introducir el interés público, representado por las excepciones. Incorpora la práctica totalidad de las excepciones que se recogen en el listado de la Directiva, lo que determina la ampliación de excepciones que previamente ya venían contempladas en la LPI –como ocurre con la excepción relativa a la reproducción, distribución y comunicación pública de obras en beneficio de personas con discapacidad–, y se reconocen dos nuevas excepciones: la referente a la ilustración con fines educativos y la que permite la consulta mediante terminales especializados en bibliotecas y otros establecimientos. En relación con ambas excepciones, se han formulado algunas ob-

servaciones por parte de las asociaciones que representan a bibliotecas y otras instituciones culturales², que tienen la finalidad de permitir el más amplio ejercicio de usos no autorizados de las obras en beneficio de los intereses vinculados a la educación y al acceso de los ciudadanos a la cultura y al conocimiento. Estas observaciones han sido recogidas, a su vez, en el informe emitido por el Consejo de Estado sobre el Proyecto de Ley³, y serán, probablemente, incorporadas al texto final de la Ley que aprueben las Cortes Generales.

En definitiva, la legislación española, una vez que se complete el proceso de modificación legal, establecerá un nivel alto de protección de las excepciones reconocidas a favor de la actividad cultural y educativa desarrollada por bibliotecas y otras instituciones, dentro del contexto de gratuidad con que se contemplan, actualmente, dichas excepciones. Probablemente el reconocimiento de nuevas excepciones en el entorno digital conllevaría repensar la posibilidad de establecer una compensación remuneratoria por los usos libres autorizados legalmente. Habría que valorar esta opción de otorgar, a cambio de una remuneración, mayores grados de libertad en la utilización de obras por parte de las bibliotecas, que realizan servicios que demanda la sociedad y que pueden implementarse hoy técnicamente –como el préstamo a distancia o el préstamo interbibliotecario–, especialmente si, como consecuencia del procedimiento abierto por la Comisión Europea contra España por la transposición de la Directiva comunitaria sobre el derecho de préstamo público, se impone la necesidad de modificar la regulación española en esta materia⁴.

Con la finalidad de mantener la eficacia práctica de las excepciones reconocidas a nivel interno frente a las medidas de protección técnica de obras que adopten los titulares de la propiedad intelectual, en la mayor parte de los Estados que han incorporado la DSI se ha encomendado la resolución de los conflictos que, eventualmente, puedan plantearse entre los derechos de la propiedad intelectual y los intereses de los usuarios a órganos específicos competentes en propiedad intelectual, previamente existentes, en algunos países, o de nueva creación. La complejidad de los conflictos que pueden plantearse en un

² Alegaciones al Proyecto de Ley, de 26 de agosto de 2005, de modificación del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual. Federación Española de Sociedades de Archivística, Biblioteconomía, Documentación y Museística (FESABID), <http://www.fesabid.org/federacion/gtrabajo/bpi/document.htm>.

³ Dictamen del Consejo de Estado con el número de expediente 187/2005, aprobado el 10 de marzo de 2005.

⁴ La Comisión Europea denunció ante el Tribunal de Justicia, en diciembre de 2004, a varios Estados, entre ellos España, por aplicación incorrecta del derecho de préstamo público contemplado en la Directiva 92/100/CE. La sentencia del Tribunal de Justicia, de 16 de octubre de 2003, en la que se condena a Bélgica por no haber establecido un sistema de remuneración por el préstamo público a cargo de determinados establecimientos (Asunto C-433/02), constituye un precedente preocupante que puede ser aplicado a los casos pendientes ante el Tribunal. La modificación de la legislación española en materia de préstamo público podría ser necesaria para acomodarse a la interpretación que se viene haciendo desde las instituciones comunitarias de que el préstamo público no puede implicar una exención generalizada de pago a favor del conjunto de las instituciones públicas. Bélgica, Francia, Italia y Luxemburgo ya han aprobado, o están en vías de aprobar, las correspondientes normas para adaptar sus legislaciones nacionales en materia de préstamo público.

entorno tecnológico tan variable como el actual aconseja adoptar una solución similar en nuestro país, tal y como se ha puesto de relieve, por parte de amplios sectores de opinión, en el proceso de tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley de modificación de la LPI que preveía, inicialmente, encomendar esta función a la jurisdicción civil ordinaria.

Una solución inmediata, recogida en las enmiendas presentadas por algunos grupos parlamentarios, es atribuir esta función a la Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual contemplada actualmente en el artículo 158 de la LPI. Sin embargo, puesto que se estima que es conveniente crear, tras el previo debate en profundidad de la cuestión, una autoridad con amplias competencias en materia de propiedad intelectual y con perfiles distintos a la Comisión existente, la remisión de la cuestión de los conflictos a la jurisdicción civil podría mantenerse como una atribución provisional acompañada del compromiso legal de atribuir la competencia a la autoridad que se cree en el futuro.

La búsqueda del equilibrio entre excepciones y medidas tecnológicas de protección, por mandato de la DSI, se detiene en el umbral de las redes electrónicas. Según la DSI, los Estados no deben adoptar medidas para obligar a los titulares de derechos de propiedad intelectual a permitir el ejercicio de las excepciones admitidas por la Directiva, en lo que se refiere a los derechos exclusivos, cuando se trate de “obras y prestaciones que se hayan puesto a disposición del público con arreglo a lo convenido por contrato, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que ella misma elija”. Esta disposición, de incorporación obligatoria a nuestra legislación, responde a los intereses de las industrias culturales de desarrollar, en las redes digitales, los diversos modelos de negocio basados sobre autorizaciones de usos específicos de las obras en función de modalidades de pago.

Desde el punto de vista del interés público significa, simplemente, que los usos libres de las obras no son posibles en la red si vienen condicionados por medidas tecnológicas, es decir, que las excepciones al derecho de propiedad intelectual no regirán en el entorno en línea, donde, en el momento de elaborar la Directiva y en un ambiente de optimismo tecnológico, se esperaba obtener, para la descarga de obras, una generalización de las licencias electrónicas, instrumentadas a través de los DRMS. En las redes electrónicas el uso de las obras protegidas por el derecho de propiedad intelectual, e incluso el acceso a ellas, queda plenamente condicionado a la voluntad de los titulares de derechos, frente a la cual se doblegan las exigencias de interés público, tradicionalmente protegidas por las excepciones. Es pronto para valorar el alcance de esta decisión impuesta por el Derecho comunitario, dado el escaso desarrollo que han alcanzado los servicios de distribución en línea de obras implementados mediante DRMS. La aplicación de la legislación general sobre contratos de adhesión y en materia de defensa de consumidores y usuarios puede suplir, por el momento, la ausencia de garantías específicas desde el derecho de propiedad intelectual para los intereses del conjunto de los ciudadanos.

El distinto tratamiento de la cuestión acerca de las medidas tecnológicas y las excepciones en el entorno en línea y fuera de línea, que se ha descrito en las líneas anteriores, tiene

una especial repercusión en el ámbito de la copia privada, que es la excepción a los derechos de la propiedad intelectual más importante y conflictiva en la actualidad.

1.2 La copia digital en el entorno fuera de línea: la represión de la piratería y la compensación equitativa por copia privada

La tecnología digital ha facilitado extraordinariamente las posibilidades de copiar, con una excelente calidad, las obras incorporadas a soportes digitales, lo que ha sido aprovechado por la piratería organizada para abrir un mercado secundario ilegal de venta no autorizada de obras, y también por los ciudadanos, que realizan copias de las obras para su uso personal sin finalidad comercial.

La piratería se viene combatiendo, desde hace años, mediante la acción policial y judicial de acuerdo con el establecimiento de los delitos correspondientes en el Código Penal. El Plan integral del Gobierno para la disminución y la eliminación de las actividades vulneradoras de la propiedad intelectual, aprobado el 8 de abril de 2005, refuerza las medidas para luchar contra la piratería de obras. Hay que señalar, no obstante, que el Plan adolece de cierta indefinición en cuanto a su campo de acción, puesto que parece incluir como objetivo combatir también el acceso no autorizado a obras intelectuales a través de Internet, englobando fenómenos que son muy distintos bajo la misma etiqueta de “actos de piratería”.

Por el contrario, el tratamiento que haya de darse a la copia privada digital es un problema más complejo.

El mantenimiento de la copia privada en las legislaciones nacionales es facultativo para los Estados, según la DSI. Esta Directiva opta por una vía intermedia entre, por un lado, la petición de algunos derechohabientes de eliminar la excepción de copia privada por considerarla simplemente una deficiencia en el funcionamiento del mercado (*market failure*) que puede repararse actualmente mediante sistemas anticopia, y que no supera la denominada prueba de las tres fases establecida en el Derecho internacional⁵, y, por otro lado, la consideración de la copia privada como una construcción jurídica vinculada a derechos de los ciudadanos.

⁵ Tanto el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, adoptado en 1994 en el marco de la OMC, como los Tratados de la OMPI de 1996, extienden la prueba de las tres etapas, prevista en el artículo 9.2 del Convenio de Berna con relación a la copia privada, a todas las excepciones posibles a los derechos de propiedad intelectual. Según esto, los Estados podrán establecer limitaciones o excepciones a los derechos de propiedad intelectual cuando se cumplan las tres condiciones siguientes: a) que las excepciones se determinen para casos especiales; b) que no atenten contra la explotación normal de la obra; c) y siempre que no causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos.

Tradicionalmente, la copia privada se ha puesto en conexión con la protección del derecho a la intimidad y, en este sentido, se presenta como una consecuencia de la imposibilidad real de controlar usos privados sin lesionar simultáneamente el derecho a la intimidad. En la mayoría de los Estados miembros de la UE los legisladores reconocieron muy pronto que, habida cuenta del desarrollo tecnológico, el concepto jurídico de derecho a prohibir en virtud de la legislación sobre derecho de autor no podía aplicarse, ya que sería imposible hacer respetar una prohibición de la copia privada, dado el gran número y el anonimato de los usuarios. Como se ha señalado, “una prohibición semejante ignoraría la realidad social y socavaría la autoridad y la credibilidad del ordenamiento jurídico” (Kreile y Becker, 2003).

En los últimos años, sin embargo, se viene abriendo paso la idea de que la copia privada es un derecho de los ciudadanos, vinculado al derecho de acceso a la cultura. Es evidente que la posibilidad de realizar copias a partir de soportes conseguidos, por ejemplo, en préstamo privado o público amplía las posibilidades de los ciudadanos de acceder a un mayor número de obras para su disfrute espiritual, siendo una práctica tan arraigada que se percibe hoy por la colectividad como un auténtico derecho. Esta nueva construcción jurídica de la copia privada está presente no sólo en los abundantes foros de debate acerca de la propiedad intelectual, sino también en la doctrina especializada y en algunas decisiones judiciales de tribunales europeos.

Tanto si se conecta con el derecho de acceso a la cultura o con el derecho a la intimidad, como si se construye doctrinal y jurídicamente como un derecho de los ciudadanos o como una excepción a los derechos de la propiedad intelectual, lo cierto es que, en la balanza que debe efectuarse entre los derechos de propiedad intelectual y los derechos de los ciudadanos, el reconocimiento de la libertad de realizar copias privadas opta claramente por estos últimos.

La opción que se plantea a los legisladores nacionales es, por lo tanto, difícil, pues la decisión puede tener influencia en el desarrollo futuro de la cultura industrial, aceptando una cultura de pago, que conlleva restricciones, o manteniendo las vías de acceso de los ciudadanos y la libertad de los usos privados de las obras.

La mayoría de los países que han realizado ya la transposición de la DSI ha optado por mantener genéricamente la excepción de copia privada y, con ello, los sistemas de compensación por copia privada existentes. Sin embargo, en la enumeración de las excepciones que obligan a los titulares de la propiedad intelectual a levantar las medidas tecnológicas de protección de obras y servicios, estos países no incluyen la excepción de copia privada digital, lo que significa dar preferencia a las medidas anticopia.

Esta decisión ha sido siempre polémica, sobre todo por la contradicción que encierra el reconocer la posibilidad de bloquear totalmente las obras frente a su copia y el mantenimiento, en paralelo, de los sistemas de compensación por copia privada que gravan los soportes y/o equipos idóneos para efectuar copias privadas. Los Estados que han adoptado esta solución suelen incluir una referencia demasiado general a que los sistemas

de compensación equitativa por copia privada tomarán en consideración, tal y como indica la DSI, “si se aplican o no a la obra o prestación de que se trate medidas tecnológicas” (artículo 5.2.b). No se concretan, por lo general, las consecuencias que puedan derivarse de ello, pero es evidente que debe establecerse una relación inversa entre el número de obras protegidas tecnológicamente y el alcance del sistema de compensación equitativa por copia privada digital, llegándose, eventualmente, a eliminar el sistema de compensación por copia privada en el entorno digital de conseguirse un bloqueo al ciento por ciento de las obras digitales⁶.

La DSI permite a los Estados otra posibilidad, consistente en hacer prevalecer la copia privada frente a las medidas que impidan totalmente su realización, manteniendo, sin embargo, el derecho de los titulares de la propiedad intelectual a adoptar medidas tecnológicas que limiten el número de reproducciones (Considerando núm. 52 y artículo 6.4, 2º párrafo, de la DSI). Esta solución es la que parece haberse adoptado en la ley italiana, al establecerse que las medidas tecnológicas deben permitir realizar una copia privada de la obra a la que se haya accedido de forma legal. En el mismo sentido es probable que se decante la ley francesa, actualmente en proceso de elaboración. Estas normas parecen trasladar el concepto de copia de seguridad, que tradicionalmente se viene aplicando a los programas de ordenador y bases de datos digitales, al conjunto de las obras intelectuales, lo cual no da respuesta plena al interés de los usuarios de realizar las copias que necesitan para poder reproducir las obras en los múltiples dispositivos de reproducción que la industria electrónica pone constantemente en el mercado.

El grupo parlamentario socialista ha introducido una enmienda al Proyecto de Ley de modificación de la LPI presentado por el Gobierno, en el que se contemplaba, inicialmente, la obligación de los titulares de la propiedad intelectual de permitir la realización de, al menos, tres copias de las obras. En una interpretación más ajustada a lo establecido en la DSI, la enmienda continúa manteniendo la excepción de copia privada, pero no se establece ahora el número mínimo de copias privadas que tendrán que poder realizarse, sino que, simplemente, se reconoce la posibilidad de que los titulares de derechos “adopten las soluciones que estimen adecuadas, incluyendo, entre otras, medidas tecnológicas respecto del número de reproducciones en concepto de copia privada”.

La complejidad de hacer compatibles realidades tan opuestas como medidas tecnológicas y copia privada, en un entorno tecnológico y de mercado tan cambiante como el actual, determina que sea conveniente encomendar la resolución de los eventuales conflictos que se puedan producir a un órgano especializado, que realice un seguimiento continuado de la materia. Por el contrario, como ya se ha indicado antes, el Proyecto de modificación

⁶ En esta línea, con diferentes matices, se han desarrollado las legislaciones correspondientes a las distintas leyes de transposición de la DSI en Europa. Véase Thoumyre, L., *Hyperdossier sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information*, <http://www.juriscom.net>.

de la LPI remite la cuestión de dirimir los conflictos entre el conjunto de las excepciones y las medidas tecnológicas a la jurisdicción ordinaria. Pero, consciente de la especial importancia y dificultad del conflicto entre medidas tecnológicas y la excepción de copia privada, el Proyecto incluye una disposición adicional única en la que se deslegaliza esta materia, permitiendo al Gobierno, mediante real decreto, modificar todo lo establecido en la Ley acerca de las medidas tecnológicas en su relación con la copia privada.

La deslegalización de esta materia no se corresponde con la importancia que tiene para la garantía del derecho de acceso de los ciudadanos a la información y la cultura. El seguimiento evolutivo de esta cuestión y la resolución de los conflictos que, eventualmente, se susciten debería encomendarse, por ley, a una autoridad administrativa especializada, que se encargaría, entre otras funciones, de informar acerca de las modificaciones legales que se consideren oportunas sobre un tema cuyos principios básicos deben venir regulados por una norma con rango de ley.

Pero, con independencia de estos temas puntuales, hay que reconsiderar la decisión de fondo que se adopta en el Proyecto de modificación de la Ley. Resulta, hasta cierto punto, indiferente que se permita hacer una o varias copias. De reconocerse el derecho a la copia privada, la eficacia de las medidas anticopia tiende a cero. La cuestión de fondo es que el legislador debe optar, claramente, entre establecer un derecho de copia privada, impidiendo toda posibilidad de proteger las obras con medidas anticopia, o aceptar que la excepción de copia privada no podrá ejercerse en relación con obras tecnológicamente protegidas. Seguramente no caben opciones intermedias.

La decisión de hacer prevalecer la copia privada y limitar el derecho de los titulares a la aplicación de medidas de limitación del número de copias parece acertada, en términos generales, dado que reduce los efectos que el bloqueo tecnológico puede tener en la configuración de una cultura de pago, creadora de nuevas desigualdades en el acceso cultural. Sin embargo, también hay que tomar en consideración el interés de la industria, especialmente el de la industria cinematográfica. En este sector el impacto de la copia privada es muy importante, puesto que puede afectar, incluso, al sistema de financiación de las obras al alterar la cadena de valor que se sigue en la explotación comercial de las obras audiovisuales, mientras que, hasta el momento, las medidas tecnológicas de protección de los DVD frente a su copia se han revelado bastante eficaces.

Quizás fuera preferible que el legislador mantuviera una postura neutral y dejara que la evolución del mercado determinase la evolución en este campo. Este es el camino seguido por la mayor parte de los Estados que han incorporado la Directiva. No obstante, esta opción debería rodearse de algunas cautelas.

En primer lugar, hay que plantearse hasta qué punto las medidas anticopia deben estar tuteladas por el Estado. Las medidas tecnológicas deben ser eficaces por sí mismas; no se puede hacer descansar su eficacia sobre el poder represivo del Estado y su sistema

judicial. Por ello, los comportamientos de elusión de las medidas tecnológicas sin fines comerciales sólo deben tener una sanción en la vía civil.

Por otro lado, se deben establecer garantías para el consumidor de obras tecnológicamente protegidas. Como mínimo, la Ley debe establecer una obligación de información al consumidor sobre los efectos que las medidas tecnológicas tienen en el uso de la obra. La función de velar por la compatibilidad de las obras tecnológicamente protegidas con los diversos sistemas y aparatos de reproducción debería encomendarse a una administración especializada en materia de propiedad intelectual.

Deben contemplarse, también, garantías para que la decisión de proteger tecnológicamente las obras se adopte de forma equilibrada, con la participación de todos los titulares de derechos sobre la obra. Seguramente, las entidades que gestionan los derechos de los creadores podrían ver la forma de actuar en este campo en defensa de sus asociados. Pero también podría introducirse alguna previsión sobre el tema en la modificación de la LPI, concretamente en el título que regula la transmisión de derechos de explotación, estableciendo alguna norma de tutela del interés de los creadores en sus relaciones contractuales con los cesionarios de derechos.

Por último, es evidente que debe quedar claramente establecido que las obras que lleven sistema anticopia no recibirán compensación por copia privada, y que el volumen de las obras protegidas tecnológicamente se tendrá en cuenta a la hora de concretar la magnitud del daño causado por la copia privada y, consecuentemente, el importe global de la recaudación a obtener mediante el sistema de compensación por copia privada.

1.3 La adaptación del sistema de compensación por copia privada a la copia digital

Desde que en 1965 se adoptó en Alemania el sistema de remuneración compensatoria por copia privada se ha extendido a la mayoría de Estados miembros de la UE, con excepción de Reino Unido, Irlanda y Luxemburgo, si bien con importantes diferencias, puesto que en seis países (Alemania, Bélgica, España, Grecia, Italia y Portugal) funciona un sistema dual de remuneración (que grava tanto los equipos como los soportes vírgenes), mientras que en los demás Estados sólo se gravan los soportes vídeo y audio.

En todos estos países se ha planteado el problema de la adaptación del sistema de remuneración compensatoria al entorno digital, pues, como señala la DSI, “la copia privada digital puede propagarse mucho más y tener mayor impacto económico”, por lo que “deben tenerse en cuenta las diferencias entre la copia privada digital y la analógica, y debe establecerse entre ellas una distinción en determinados aspectos” (Considerando núm. 38).

En España, el debate se ha centrado en exceso sobre el coloquialmente denominado “canon” que grava los soportes CD, establecido por vía jurisprudencial primero y después mediante el acuerdo firmado entre ASIMELEC (Asociación Multisectorial de Empresas Españolas de Electrónica y Comunicaciones) y las entidades de gestión de derechos de autor, que entró en vigor el 1 de septiembre de 2003.

Muchas críticas se han vertido en relación con el canon sobre los CD, críticas que se han extrapolado al conjunto del sistema de remuneración por copia privada digital. Así, el grupo parlamentario popular presentó en el Senado una proposición de ley que propugnaba la modificación de la LPI para introducir en su artículo 25, donde se contempla el régimen de compensación por copia privada, un apartado para matizar que “lo dispuesto en los apartados anteriores no será de aplicación a los programas de ordenador, los equipos informáticos, las conexiones a Internet, los soportes en CD y DVD, así como cualquier otro dispositivo informático y sistema de almacenamiento y/o reproducción digital”. En la exposición de motivos de esta proposición de ley se contemplaban dos críticas, las más frecuentes y de mayor calado, frente a lo que se denomina el canon digital: en primer lugar, que constituye un obstáculo al avance de la sociedad de la información; y, en segundo, que resulta una tasa indiscriminada, puesto que grava por igual a todos los soportes, con independencia de que sean utilizados para reproducir obras protegidas por la propiedad intelectual o de otro tipo.

Es sorprendente que en el debate parlamentario que siguió a esa iniciativa ningún grupo parlamentario hiciese una defensa clara del sistema de compensación por copia privada. El primero de los argumentos esgrimidos en la proposición de la ley es fácilmente rebatible. El desarrollo de la sociedad de la información está condicionado, desde luego, por el precio de los materiales y equipos informáticos, pero, sobre todo, implica el mantenimiento y la apertura de nuevas vías de acceso de los ciudadanos a la cultura y a la información. La sociedad de la información no es sólo una sociedad de las tecnologías, sino de la tecnología al servicio del conocimiento y la cultura. Hay que destacar, también, la constante confusión en el debate parlamentario entre copia privada y copia pirata. Es importante que esta distinción se tenga clara por parte de nuestros representantes parlamentarios, y que se abstengan en el futuro de hacer afirmaciones tales como que el canon digital fomenta la piratería, cuando es notorio que es la contrapartida de una posibilidad legalmente establecida.

En el debate social que se desarrolla a través de diversos sitios de Internet se han formulado otras críticas, algunas de las cuales se intentan remediar o amortiguar mediante el Proyecto de Ley presentado por el Gobierno.

Este Proyecto efectúa una distinción entre el sistema de compensación equitativa por copia privada analógica y digital. Mientras que la regulación de la compensación equitativa en el entorno analógico se conserva, prácticamente, en los mismos términos, la Ley establece un procedimiento que deberá conducir a la aprobación de una orden ministerial conjunta de los Ministerios de Cultura y de Industria, Turismo y Comercio, en la que se

determinen, con carácter bienal, la relación de equipos, aparatos y soportes, así como las cantidades aplicables y la distribución entre las distintas modalidades de reproducción. En el procedimiento se da intervención a las partes afectadas, incluyendo también a los propios usuarios a través del Consejo de Consumidores y Usuarios. La Ley opta, así, por un sistema para fijar la remuneración digital que supera las dificultades que se plantearon en el pasado para establecer un sistema compensatorio negociado entre las partes, otorgando un papel decisivo a la Administración, pero procurando la participación de los diversos afectados en el procedimiento de elaboración de la norma.

Es positivo que se contemplen legalmente los criterios que deberá tomar en consideración la Administración a la hora de establecer el importe de la compensación. Una exigencia básica del sistema es que ese importe guarde una relación real con las pérdidas efectivamente padecidas por la copia privada, sin extender la compensación por pérdidas debidas a la piratería y tomando en consideración, entre otros extremos, la incidencia de las medidas tecnológicas de anticopia o de limitación del número de copias privadas.

En el intento de amortiguar, en cierta medida, el carácter discriminatorio de la compensación por copia privada, el Proyecto de Ley contempla la posibilidad de incluir nuevas exenciones al pago de la compensación equitativa (establecidas, hasta el momento, sólo a favor de los productores de fonogramas o videogramas y de las entidades de radiodifusión), remitiendo al Gobierno, mediante real decreto, la posibilidad de fijarlas “cuando quede suficientemente acreditado que el destino o uso final de los equipos, aparatos o soportes materiales no sea la reproducción por copia privada”. El establecimiento de exenciones de pago final para grupos de consumidores que no realizan actividades relacionadas con la copia privada de obras cubiertas por la propiedad intelectual debe administrarse con generosidad, si no se quiere desvirtuar la lógica de la compensación de la copia privada y mostrar una voracidad recaudatoria que en nada favorece el ya escaso apoyo social con que cuenta.

Varias críticas pueden efectuarse sobre esta regulación del sistema compensatorio por copia privada. En primer lugar, las complejas tareas a realizar en esta materia, de prospección previa, de conciliación de intereses y de seguimiento de la evolución tecnológica y social, que en el Proyecto de Ley se encomiendan a los Ministerios competentes y al Gobierno, podrían ser desarrolladas por un órgano especializado con funciones permanentes en la materia. En cualquier caso, la revisión bianual del sistema que se contempla en el Proyecto de Ley no parece corresponderse con el acelerado ritmo del desarrollo tecnológico.

En segundo lugar, parece excesivo fijar desde la Ley la exclusión expresa de los discos duros de ordenador del pago de la compensación por copia privada. La indefinición del concepto utilizado es notable, y, en última instancia, puede llegarse a la absurda situación de que se excluyan del pago los sistemas que mayoritariamente serán utilizados en el futuro inmediato por los ciudadanos para efectuar copias privadas.

Por último, el Proyecto de Ley no responde a la problemática cuestión de la gestión por parte de las sociedades de gestión de la recaudación obtenida, es decir, su reparto entre los titulares de la propiedad intelectual, dada la imposibilidad actual de establecer una correlación exacta entre lo que reciben los distintos titulares y el nivel real de copia privada de las obras de las que son titulares. El reparto aproximativo en función de índices de mercado entre los asociados a las entidades de gestión puede dejar sin compensación a creadores situados al margen de las entidades de gestión o con escaso éxito en los circuitos comerciales de distribución de obras. En especial, no hay garantías de que estos creadores se beneficien de los fondos con función social que deben reservar las sociedades de gestión⁷. Por ello, deberían introducirse los necesarios controles públicos sobre los criterios de reparto de la compensación de copia privada por parte de las entidades de gestión y, en especial, sobre el destino de los fondos que deben reservarse para actividades de promoción cultural, cuya administración debería coordinarse con las funciones que en materia de promoción de la diversidad cultural debe desarrollar el Ministerio de Cultura.

El reforzamiento del sistema de compensación por copia privada tiene un interés público de la mayor importancia. El efecto final del discurso en defensa de la utilización de medidas tecnológicas de protección de obras frente a su copia privada es la eliminación de libertades básicas de los ciudadanos en la utilización de obras intelectuales, instaurando una cultura de acceso de pago a los contenidos digitales. El interés de la industria del *software* y la electrónica en el desarrollo de las medidas tecnológicas es claro, puesto que, a la par que pueden quedar liberadas del pago de la compensación, se crean nuevos productos, las propias medidas tecnológicas, que serán objeto de protección por la propiedad intelectual o industrial. La alamburada digital, pues, puede contribuir a profundizar aún más la brecha digital, es decir, la desigualdad de los ciudadanos en el acceso a la cultura y al conocimiento y, por otro lado, puede conducir a la creación de nuevos monopolios sobre lenguajes informáticos que se solapan con el lenguaje libre sobre el cual se ha desarrollado Internet. El objetivo, por lo tanto, sería atraer al sistema de compensación remuneratoria el mayor número de obras no cercadas tecnológicamente.

Con este propósito, sería conveniente propugnar, a nivel de la UE, la armonización jurídica de los sistemas compensatorios. En el debate parlamentario sobre el canon digital se expuso el riesgo de deslocalización de actividades vinculadas a la utilización de soportes y aparatos digitales de ser gravados en España. En efecto, la distorsión de la competencia sólo se subsanará mediante un sistema de remuneración por la copia privada que abarque a todos los Estados miembros de la UE. Por consiguiente, a largo plazo, las diferencias en el contenido

⁷ El 20% de la remuneración obtenida según el artículo 39 del Real Decreto 1434/1992, de 27 de noviembre, en desarrollo del artículo 155 LPI, que debe destinarse, por partes iguales, a promover actividades o servicios de carácter asistencial en beneficio de sus socios y a atender actividades de formación y promoción de autores y artistas intérpretes o ejecutantes, bajo control trimestral según los informes remitidos por las entidades de gestión al Ministerio de Cultura.

de la legislación sobre derecho de autor y el grado de protección concedido a los autores no serán aceptables debido al consiguiente desequilibrio social que provocarán en Europa (Kreile y Becker, 2003).

1.4 La necesaria coordinación entre la tutela penal y civil de las medidas tecnológicas

La Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modificó el Código Penal, otorgó una primera y muy general protección a las medidas tecnológicas de protección de obras mediante la modificación del artículo 270, al tiempo que incorporó, también, una tutela muy detallada frente al acceso no autorizado a los servicios de acceso condicional en un nuevo artículo 286.

En el artículo 270, que es el que contempla los delitos contra la propiedad intelectual, se incluye un nuevo tipo penal consistente en la fabricación, la importación, la puesta en circulación o la mera tenencia de “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”. Dichas obras protegidas son las mencionadas en el artículo 270.1: 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. El nuevo texto legal amplía, así, la protección que ya tenían los programas de ordenador a todo tipo de obra literaria, artística o científica.

Se desprende de este artículo que no se sancionan penalmente los actos de elusión de medidas tecnológicas, sino tan sólo los actos preparatorios de dicha elusión. Si bien se contempla la mera tenencia o posesión de medios destinados a eludir medidas tecnológicas, hay que matizar que dicha posesión sólo será punible si lo es con ánimo de lucro, puesto que debe entenderse que los requisitos establecidos en el apartado primero del artículo para la existencia de un delito contra la propiedad intelectual se proyectan sobre la totalidad de las conductas reguladas en el artículo 270.

Hay, pues, una primera diferenciación entre actos preparatorios de la elusión de medidas tecnológicas, realizados con ánimo de lucro, que tendrán protección en la vía penal, y los de elusión de medidas en sí mismos considerados, cuya sanción se remite a la vía civil exclusivamente. Esta diferenciación parece adecuada, en líneas generales, si la causa de la distinción es considerar que los actos de elusión de medidas tecnológicas constituyen comportamientos de carácter personal difícilmente controlables y de menor gravedad, individualmente considerados. Sin embargo, posiblemente, la frontera de delimitación entre la vía penal o civil debería ser el criterio de la realización de actividades contrarias

a la propiedad intelectual con fines comerciales o no. La interpretación acerca de qué hay que entender por “ánimo de lucro”, al cual alude el Código Penal, es fuente de controversia y de inseguridad jurídica. El Derecho comunitario maneja el concepto, más preciso, de actos realizados a escala comercial⁸.

Por otro lado, hay que destacar que el Proyecto de modificación de la LPI acota, con mayor precisión, los comportamientos que constituyen actos preparatorios para la elusión de medidas tecnológicas, por la simple vía de transponer literalmente los requisitos que señala la Directiva. No parece de recibo que el Código Penal ofrezca un menor nivel de precisión que la ley civil.

En el artículo 286 se consideran delito no sólo los actos preparatorios para facilitar el acceso no autorizado a un servicio de acceso condicional, incluyendo la conducta de aquél que, sin ánimo de lucro, facilite a terceros el acceso no autorizado o suministre información por medio de una comunicación pública a una pluralidad de personas sobre el modo de conseguir dicho acceso, incitando a lograrlo, sino también el acceso en sí mismo considerado (el acto de elusión de medidas tecnológicas que permite acceder a un servicio de acceso condicional).

Podría reconsiderarse la amplitud de la tutela penal sobre los servicios de acceso condicional, pero, en cualquier caso, parece que sería conveniente, al menos, una revisión de la norma penal para adaptarla a la nueva regulación sobre medidas tecnológicas que se proyecta establecer mediante la modificación de la ley civil.

⁸ En este sentido, la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las medidas penales para asegurar el respeto a los derechos de propiedad intelectual [COM(2005)276 final] contempla la obligación de los Estados de calificar como infracción penal toda vulneración intencional de un derecho de propiedad intelectual cometida a escala comercial.

2. La distribución de obras a través de Internet

Si la problemática suscitada por la copia digital en el entorno fuera de línea se encuentra bastante acotada, como consecuencia de la incorporación a los ordenamientos nacionales de la DSI, no sucede lo mismo con las cuestiones derivadas de la utilización de Internet como nuevo medio de distribución de obras.

En paralelo a la inexistencia, hasta fechas recientes, de modelos legales de distribución de obras, la utilización de sistemas para intercambiar obras entre usuarios de Internet sin autorización de los titulares de la propiedad intelectual se ha convertido en una práctica social muy extendida.

El fenómeno afecta, sobre todo, a la industria musical, pero a medida que se incrementa la velocidad de transmisión de las líneas ADSL comienza también a ser un problema para el sector audiovisual.

La industria aspira a poner coto a estos intercambios no autorizados de obras mediante dos líneas de acción que se están implementando de forma simultánea: la represión de los intercambios no autorizados y el desarrollo de un mercado legal de distribución en línea de obras protegidas por la propiedad intelectual.

2.1 El derecho de puesta a disposición de obras y la configuración penal o civil de los actos no autorizados de distribución de obras a través de sistemas de intercambio gratuito de archivos

Ambas vías de acción tienen como presupuesto básico el reconocimiento, por parte del Derecho internacional y comunitario, de un nuevo “derecho de puesta a disposición del público”, que consiste en el derecho de autorizar o prohibir la comunicación interactiva, bajo demanda, de obras y prestaciones protegidas por la propiedad intelectual⁹. En la DSI, este derecho se encuadra dentro del más amplio derecho exclusivo de autorizar o

⁹ Sobre el origen y la formulación de este derecho en los denominados Tratados de Internet, adoptados en el marco de la OMPI en 1996, y en la DSI. Véase Garrote (2001).

prohibir las distintas modalidades de comunicación pública de obras y prestaciones, y se reconoce a todos los titulares de derechos de propiedad intelectual: creadores (autores y artistas intérpretes o ejecutantes), productores y organismos de radiodifusión. Por otro lado, existe un acuerdo general sobre la aplicación del derecho de reproducción a los actos de carga y de descarga de obras que preceden o siguen a una transmisión en línea. La distribución no autorizada de obras a través de Internet se considera, por lo tanto, una lesión de estos dos derechos exclusivos de propiedad intelectual.

La descarga de una obra cuya transmisión digital no haya sido autorizada, incluso si se realiza para uso personal y sin finalidad comercial, no queda, por lo tanto, amparada, dentro de este esquema conceptual, por la excepción de copia privada. Puesto que la distribución no autorizada de obras vulnera el derecho exclusivo de puesta a disposición, su descarga no está amparada por la excepción de copia privada que, conforme a la DSI, sólo puede ser alegada cuando el beneficiario de una excepción tiene legalmente acceso a la obra o prestación protegida (artículo 6.4, párrafo 1º). Además, en la configuración actual de los sistemas de intercambio *peer to peer*, los usuarios comparten los archivos que incorporan obras protegidas por la propiedad intelectual, de modo que, simultáneamente a la descarga de obras, también se ponen a disposición de otros usuarios los archivos almacenados, por lo que la copia sería objeto de una utilización colectiva, no cumpliéndose tampoco, por lo tanto, otro de los requisitos que se establecen legalmente para poder realizar copias.

La ilicitud del intercambio privado de archivos a través de Internet puede argumentarse sólidamente a partir del reconocimiento del derecho de puesta a disposición interactiva. Los legisladores nacionales deben optar, entonces, por integrar este ilícito en el ámbito del Derecho civil o del Derecho penal. En España, la cuestión dista de estar clara, dependiendo de la interpretación que la jurisprudencia penal efectúe acerca del requisito del “ánimo de lucro” establecido en el Código Penal para calificar una infracción de los derechos de propiedad intelectual como un hecho delictivo (Miró Linares, 2005). Ya hemos indicado antes que ese concepto debería remitir al de la utilización a escala comercial, que aparece en las propuestas normativas de la Unión Europea.

Parece que hay una tendencia general a considerar que la participación en redes no autorizadas de intercambio de obras constituye un ilícito perseguible únicamente en la vía civil, habiéndose pronunciado en este sentido representantes del Ministerio Fiscal y algunas asociaciones de jueces y magistrados. Pero es necesario que esta cuestión no se deje abierta a la apreciación judicial, creando una situación de inseguridad jurídica, lo que remite de nuevo a la idea de que el legislador debe precisar la regulación hoy existente en materia de protección penal de la propiedad intelectual.

2.2 La represión de la distribución no autorizada de obras a través de sistemas de intercambio

Los sistemas de intercambio de tipo descentralizado que se utilizan en la actualidad plantean especiales problemas para la persecución de las infracciones a la propiedad intelectual, dado que, a diferencia de los sistemas tipo Napster, no existe un servidor central contra el cual dirigir las acciones judiciales.

Lo más sencillo sería hacer recaer sobre los prestadores de servicios de la sociedad de la información la responsabilidad por la transmisión no autorizada de obras protegidas por la propiedad intelectual. En el caso concreto de las redes *peer to peer*, los prestadores de servicios que se ven involucrados son los operadores de redes de telecomunicación y los proveedores de acceso a Internet. Sin embargo, esta posibilidad queda descartada en el marco de la Directiva sobre comercio electrónico, incorporada a nuestro ordenamiento mediante la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSI). En estas normas se establece una exención de responsabilidad de los meros intermediarios técnicos por los actos cometidos por terceros (artículo 13 de la LSSI). En el mismo sentido se puede interpretar la regulación contemplada en la DSI acerca de la excepción obligatoria de copias técnicas provisionales¹⁰.

Descartada la posibilidad de responsabilizar a los prestadores de servicios de intermediación técnica por las infracciones primarias cometidas por los usuarios, los titulares de derechos sobre obras musicales no han tenido otro recurso que dirigir las acciones judiciales contra los usuarios de los sistemas de intercambio. Sin embargo, la represión judicial de los actos de intercambio entraña importantes dificultades, dado el elevado número de infractores y su anonimato en la red, por lo que se viene considerando que es fundamental obtener la colaboración de operadores de telecomunicaciones y proveedores de acceso a Internet en la detección de infracciones y en la identificación de los infractores, como paso previo para la presentación de las correspondientes demandas judiciales.

En este sentido, el Plan integral del Gobierno contra la piratería contempla, dentro del apartado de medidas urgentes, “establecer y desarrollar mecanismos de autorregulación y colaboración para detectar y retirar los contenidos no autorizados que circulen en las redes digitales, así como para determinar la identidad de los infractores de derechos de

¹⁰ Esta excepción se encuentra recogida en el artículo 5.1 de la DSI: “Los actos de reproducción provisional que sean transitorios o accesorios y formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico y cuya única finalidad consista en facilitar: a) una transmisión en una red entre terceras partes por un intermediario; o b) una utilización lícita de una obra o prestación protegidas, y que no tengan, por sí mismos, una significación económica independiente, estarán exentos del derecho de reproducción contemplado en el artículo 2”.

propiedad intelectual. En su caso, y para garantizar la seguridad jurídica de los agentes implicados en este proceso y la eficacia de estas acciones, se podrá analizar y estudiar el desarrollo de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y el comercio electrónico”.

La colaboración de los prestadores de servicios de intermediación prevista en el Plan debe respetar los principios básicos de ordenación de las comunicaciones electrónicas, la libertad de comunicación y el derecho a la protección de datos personales de los ciudadanos. El establecimiento de un mecanismo de vigilancia general para detectar contenidos ilícitos a cargo de los prestadores de servicios técnicos contradice abiertamente estos principios.

La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información, siguiendo lo establecido en la Directiva comunitaria sobre comercio electrónico¹¹, descarta que los prestadores de servicios tengan un deber de vigilancia general sobre los contenidos que transitan por la red. Al contrario, la Directiva 2002/58/CE sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas¹², trasladada a nuestro ordenamiento jurídico por la legislación sobre telecomunicaciones, establece obligaciones concretas de protección de los datos personales de los usuarios a cargo de los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas.

En consecuencia, la detección de las infracciones corresponde efectuarla a los titulares de los derechos afectados. Pero hay que recordar que la Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas señala, en su artículo 5, que los Estados deben garantizar la confidencialidad de las comunicaciones y de los datos de tráfico asociados a ellas, y “en particular, prohibirán la escucha, la grabación, el almacenamiento u otros tipos de intervención o vigilancia de las comunicaciones y los datos de tráfico asociados a ellas por personas distintas de los usuarios, sin el consentimiento de los usuarios interesados”, salvo en los casos previstos en el artículo 15, que contempla la posibilidad de limitar legalmente la protección de datos personales sólo cuando sea necesario para proteger la seguridad nacional, la defensa, la seguridad pública o la prevención, investigación, descubrimiento y persecución de delitos.

Si se acuerda que la represión de los intercambios no autorizados de obras por Internet debe efectuarse fuera del ámbito penal, se incrementan los reparos jurídicos para habilitar

¹¹ Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico) (DOCE L 178 de 17.07.2000).

¹² Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio, relativa al tratamiento de datos de carácter personal y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas) (DOCE L 201 de 31.07.2002).

con carácter general a las entidades de gestión, solas o en colaboración con los operadores de servicios, para realizar una labor de supervisión general de las comunicaciones electrónicas con la finalidad de detectar actos ilícitos. No obstante, también puede interpretarse que el intercambio de ficheros a través de las redes *peer to peer* no constituye una comunicación privada sino pública, y que, por ello, no se encuentra afectado el secreto de las comunicaciones¹³, ni es de aplicación el artículo 5 de la mencionada Directiva. Incluso de admitirse esto, permanece el deber más general de protección de los datos personales, dentro de los cuales se encuentran las direcciones IP¹⁴, por lo que habría que adoptar las medidas oportunas para garantizar que la realización de tratamientos de datos por las entidades de gestión con el objetivo de localizar infractores en las redes *peer to peer* se acomoda a la legislación vigente en esta materia¹⁵.

La identificación de los usuarios por parte de los proveedores de acceso a Internet sólo puede realizarse cuando se haya adoptado la correspondiente resolución judicial. El proveedor de acceso a Internet tiene vedada la entrega voluntaria de datos de carácter personal del usuario, como la IP, sin consentimiento del interesado, salvo que el destinatario sea un juez o un tribunal (artículo 11.2 de la Ley 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal), y únicamente puede retener estos datos para los fines que indica la LSSI en su artículo 12, entre otros, para su utilización en el marco de una investigación criminal (González de Alaiza, 2004).

Por último, también la colaboración de los intermediarios técnicos para retirar contenidos ilícitos o para que interrumpan la prestación de servicios a los infractores de la propiedad intelectual requiere la existencia de una previa resolución judicial, tal y como se contempla con claridad en la LSSI (artículos 8 y 11), en correspondencia evidente con la libertad de comunicación garantizada en el artículo 20 de la Constitución.

Por lo tanto, salvo que se modifique la legislación actual, teniendo siempre en cuenta las limitaciones que impone la normativa comunitaria en materia de comercio electrónico y

¹³ El Consejo Superior de la Propiedad Literaria y Artística de Francia, en su “Avis n° 2004-1 relatif à la propriété littéraire et artistique et aux libertés individuelles”, adoptado el 2 de marzo de 2004, se plantea los problemas vinculados a la persecución de infracciones a la propiedad intelectual en Internet. Destaca que la puesta a disposición en Internet de obras bajo forma digital no puede beneficiarse de la protección dada a las comunicaciones privadas. En opinión del Consejo, sólo un mensaje enviado, por razón de su identidad, a una o a varias personas determinadas es susceptible de recibir la calificación de comunicación privada. Las ofertas de telecarga accesibles al público en Internet caen dentro de la “comunicación pública en línea” por oposición a la comunicación privada. Tampoco se ve afectada la garantía de la inviolabilidad del domicilio virtual.

¹⁴ *Vid.* el Informe de la Agencia Española de Protección de Datos núm. 327/2003 sobre el carácter de dato personal de la dirección IP.

¹⁵ En este sentido, se ha modificado en Francia la Ley de Protección de Datos para incluir la posibilidad de que las sociedades colectivas de gestión de derechos de propiedad intelectual realicen tratamientos automatizados de las direcciones IP, bajo la supervisión de la Agencia Francesa de Protección de Datos.

de protección de datos personales en las comunicaciones electrónicas, la colaboración voluntaria de los prestadores de los servicios de la información deberá limitarse a los mecanismos que permitan agilizar la puesta en marcha de las medidas que se hayan adoptado por parte de la autoridad judicial en orden a la identificación de infractores, a la retirada de contenidos ilícitos o a la interrupción de servicios de intermediación técnica.

Dentro de la línea de acción que consiste en buscar la colaboración de los prestadores de servicios técnicos en la represión del intercambio no autorizado de ficheros, se viene desarrollando, en la práctica, el denominado procedimiento de *avis et avis*, que consiste en la obligación de los proveedores de servicios de acceso a Internet de trasladar a los usuarios identificados por los titulares de la propiedad intelectual, y a instancias de éstos, una advertencia de que están cometiendo infracciones de la propiedad intelectual. Este procedimiento se está desarrollando generalmente mediante acuerdos voluntarios entre proveedores de servicios de acceso a Internet y sociedades de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual, pero en algunos países se analiza la conveniencia de que la Ley fije su marco jurídico para introducir las correspondientes garantías de los derechos de los ciudadanos¹⁶.

Por el momento, en nuestro país, el objetivo de incrementar la eficacia en la represión de las infracciones a la propiedad intelectual en la red digital sólo se ha traducido en la introducción de una nueva medida cautelar en el Proyecto de modificación de la LPI, consistente en la posibilidad de que el órgano judicial ordene “la suspensión de los servicios prestados por intermediarios a terceros que se valgan de ellos para infringir los derechos de propiedad intelectual”. Como se matiza en el propio texto legal, esta medida no afecta al régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información tal y como viene definido en la LSSI, sino que, por el contrario, se acomoda a la posibilidad prevista en esa Ley de que se ordene judicialmente la interrupción de un servicio y la retirada de los datos ilícitos, requiriendo, en caso necesario, la colaboración de los prestadores de servicios de intermediación técnica (artículos 8 y 11 LSSI).

En similar sentido, para incrementar las posibilidades de persecución judicial de las infracciones contra los derechos de propiedad intelectual, la Directiva 2004/48/CE propone una serie de medidas que tienen por finalidad ampliar las facultades de investigación y

¹⁶ En Canadá, el Proyecto de Ley presentado en junio de 2005 regula el procedimiento de *avis et avis*, según el cual los titulares de la propiedad intelectual notifican a los proveedores de servicio de Internet, y a otros intermediarios técnicos, acerca de la utilización de sus servicios para cometer infracciones contra los derechos de autor. A partir de esa notificación, se genera la obligación de los prestadores de servicios de Internet de transmitir por vía electrónica la advertencia al infractor y de conservar, durante seis meses desde la recepción de la notificación de la presunta infracción de derechos, todos los datos que permitan determinar la identidad y dirección electrónica del infractor. Véase el párrafo núm. 40 y siguientes del Proyecto de Ley C-60 en la dirección de la Cámara de los Comunes <http://www.parl.gc.ca>.

de aseguramiento de pruebas. Las medidas previstas en esta norma comunitaria, aunque acantonadas fundamentalmente al ámbito de las infracciones cometidas a escala comercial, marcan ya una tendencia hacia la disminución de las garantías procesales de los involucrados en los procesos civiles de propiedad intelectual. Esta Directiva se encuentra pendiente de transposición a nuestro ordenamiento jurídico y se traducirá en una modificación de la legislación procesal civil, que hay que esperar minimice, en lo posible, la rebaja de garantías de los procesados¹⁷.

Una vía alternativa a la persecución de los usuarios de las redes de intercambio que parece haber dado resultado en los últimos tiempos y que abre grandes perspectivas para acabar con los sistemas de distribución *peer to peer* es la obtención de condenas en los tribunales frente a los editores y/o distribuidores de los programas de intercambio. Si bien la inexistencia de un marco legal que establezca con claridad la responsabilidad por las actividades de desarrollo y distribución de este tipo de programas ha determinado que se haya producido una jurisprudencia contradictoria en los diversos países, en las más recientes decisiones judiciales se declara la responsabilidad de los editores y distribuidores de programas que se usan mayoritariamente para la infracción de derechos de propiedad intelectual¹⁸.

Por otro lado, también se estudia, en algunos países, la introducción a nivel legal de la responsabilidad de aquellos que editen u ofrezcan por cualquier medio programas que estén manifiestamente destinados a permitir la puesta no autorizada a disposición del público de obras y prestaciones protegidas por la propiedad intelectual e, incluso, la responsabilidad por negligencia de aquellos que no adopten las medidas necesarias para evitar que un programa, editado y distribuido originalmente para usos lícitos, sea utilizado masivamente para fines de infracción de los derechos de propiedad intelectual¹⁹.

¹⁷ *Vid.* el Proyecto de Ley por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, 28 de octubre de 2005, núm. 57-1, y el Dictamen del Consejo de Estado con el número de expediente 1322/2005, de 22 de septiembre.

¹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de EE UU, de 27 de junio de 2005, en el caso *Morpheus/Grokster*. No obstante, hay que matizar que en los casos examinados en esta sentencia existía lo que Garrote (2005) denomina “sistemas P2P”, es decir, sistemas en los que a pesar de no haber un servidor central sí que “existe una relación de dependencia entre el programa y sus páginas web asociadas, que forman una unidad de explotación comercial con ánimo de lucro”. En este tipo de entramados es posible dirigir la acción judicial contra la empresa responsable del sistema, que tendrá entonces la consideración de “cooperador necesario para violaciones masivas de los derechos de propiedad intelectual” (Carbajón Cascón, 2004). Pero en el ámbito del *software* libre y de los programas abiertos se dan otros modelos de intercambio *peer to peer* que no responden a esos esquemas de centralización técnica y económica.

¹⁹ En este sentido van las propuestas de modificación de la Ley francesa de Propiedad Intelectual que realiza la Comisión especializada sobre la distribución de obras en línea, creada en el marco del Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique, sobre el informe elaborado por Brugidou y Kahn (2005). *Vid.* Avis n. 2005-2, en www.culture.gouv.fr/culture/actualites/index.htm.

El peligro potencial que encierra esta línea de acción es prohibir, con carácter general, el *software* de intercambio, una tecnología esencial para las nuevas posibilidades de comunicación que abre Internet. No obstante, incluso si se produjera una condena total sobre el *software* de intercambio y fuera entonces posible, por ejemplo, perseguir judicialmente los sitios que ofrecieran la descarga de dicho *software*, bastaría que alguien pusiera en la red un programa de intercambio, en una u otra versión, para que volvieran a aparecer los problemas que acompañan la represión judicial de múltiples actos ilícitos opacos en la red.

Por otro lado, es previsible que la evolución tecnológica continúe arrojando nuevas modalidades de *software* potencialmente peligrosas para los intereses de la propiedad intelectual, como los programas de tipo StationRipper, que permiten captar un flujo digital de audio y aislar los diferentes elementos incluidos en los programas para grabarlos en un disco duro. La condena sucesiva del *software* que pueda ser utilizado para cometer infracciones de la propiedad intelectual es una línea de acción peligrosa para el avance tecnológico en el campo de la programación, sobre todo si se llega a aceptar, de forma generalizada, la responsabilidad por negligencia de los editores de *software* que no adopten las medidas necesarias para evitar que los programas sean utilizados para cometer infracciones contra la propiedad intelectual.

En definitiva, existe una percepción, muy extendida, de que las acciones emprendidas por los titulares de la propiedad intelectual para combatir el intercambio no autorizado de obras por Internet sólo pueden ser eficaces eliminando características esenciales de la red, rebajando la garantía de derechos y libertades de los ciudadanos, y poniendo trabas a la evolución tecnológica. Insistir en la vía represiva conlleva el riesgo de incrementar la concepción negativa que amplios sectores de la sociedad tienen sobre la propiedad intelectual, y aleja las posibilidades de encontrar un pacto social en cuanto al respeto de los derechos de los creadores.

2.3 El desarrollo de un mercado legal de distribución de obras en línea

Mientras que en el sector editorial se vienen implementando desde hace tiempo modelos de negocio basados en la distribución interactiva de publicaciones y bases de datos, otras industrias culturales sólo se han comenzado a plantear la necesidad de desarrollar sitios de descarga legal de obras bajo demanda a partir del año 2004.

La oferta en línea de obras presenta indudables ventajas en comparación con la distribución mediante venta de soportes físicos, pues elimina las barreras geográficas tradicionalmente ligadas a la distribución en soportes analógicos y reduce los costes globales. Estas ventajas podrían ser aprovechadas por las industrias culturales, que, sin embargo, las han percibido como una amenaza al modelo de negocio sobre el cual se asientan todavía. Desde la perspectiva de los creadores, Internet abre enormes posibilidades de promoción y distribución directa de sus obras.

La inexistencia de sitios web de descarga legal de música ha contribuido a la generalización del intercambio no autorizado de obras en la red. El desarrollo de modelos de negocio se presenta, por lo tanto, como una vía para reducir el fenómeno del intercambio *peer to peer*, atrayendo a los usuarios de estas redes hacia la oferta comercial. Es evidente que el éxito de esta iniciativa dependerá, básicamente, de la capacidad que se tenga para desarrollar servicios que aporten un auténtico valor añadido para el usuario, lo que estará en función de múltiples factores como el precio del servicio, la amplitud del catálogo de obras puesto a disposición, los sistemas de búsqueda y recuperación de obras, y las características del sistema de gestión de derechos digitales (DRMS) que se adopte, en especial el grado de compatibilidad que ofrezca y la amplitud de los usos que autorice.

Alcanzar un cierto nivel de competencia en el sector de la distribución en línea de obras parece fundamental para que se desarrolle una amplia gama de servicios competitivos desde el punto de vista comercial y de su calidad editorial y técnica, tanto en beneficio de los usuarios finales (mejores condiciones técnicas, editoriales y comerciales, precios competitivos) como de los creadores. Esto es particularmente evidente en el sector de la música, donde conviene promover la entrada al sector de operadores independientes de las grandes compañías discográficas y vigilar que no se produzcan prácticas que tengan por finalidad eliminar o restringir la competencia en el nuevo mercado de la distribución de obras en línea.

El desarrollo de modelos de negocio de descarga de obras presenta dificultades específicas en el sector audiovisual, dadas las repercusiones que la introducción de una nueva ventana de explotación de las obras audiovisuales puede tener sobre el sistema cronológico de explotación de las obras, en el que ocupan actualmente un papel esencial los derechos de emisión adquiridos por los operadores de televisión como contrapartida por la financiación anticipada de la producción de obras. El riesgo, sin embargo, es que se reproduzca en el ámbito audiovisual el mismo problema de desarrollo de intercambio no autorizado de obras que hoy afecta de forma masiva al sector de la industria musical si se retrasa la creación de modelos de negocio basados en la descarga legal de obras audiovisuales a precios competitivos.

El fomento de los negocios de descarga de música en línea es una medida que se ha acordado como básica en Francia mediante el “Acuerdo para el desarrollo de la oferta legal de música en línea, el respeto al derecho de la propiedad intelectual y la lucha contra la piratería digital”, suscrito en julio de 2004 entre el Gobierno francés y representantes de los diversos sectores afectados. Entre las medidas, los productores y los editores de páginas de distribución en línea se comprometen a aumentar el catálogo de obras disponibles, establecer una tarificación clara y competitiva, realizar acciones publicitarias para informar y orientar a los internautas hacia esta oferta legal, acelerar el número de obras ofrecidas y, por último, el establecer de catálogos en condiciones no discriminatorias y transparentes en beneficio de todas las plataformas en línea. Los poderes públicos se comprometen a impulsar la acción llevada a cabo en Bruselas para la reducción del IVA de los servicios de distribución en línea. Un compromiso de este tipo sería necesario, también, en nuestro país, como vía para superar

las reticencias detectadas en España, por parte de las compañías discográficas, para ceder los derechos de propiedad intelectual necesarios para la creación de sitios de descarga legal de música²⁰.

También la Comisión Europea ha adoptado una iniciativa que tiene por objetivo facilitar la apertura de la competencia en el sector de la distribución de música en línea. Se trata de la Recomendación, de 18 de mayo de 2005, relativa a la gestión colectiva transfronteriza del derecho de autor y de derechos vecinos en el ámbito de los servicios legales de música en línea, que “invita a los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias para facilitar el desarrollo de servicios en línea legales en la Comunidad mediante la promoción del entorno reglamentario que resulte más adecuado para la gestión, a escala comunitaria, de los derechos de autor y derechos afines para la prestación de servicios legales de música en línea”.

Esta recomendación contiene algunas propuestas que afectan, de forma importante, a la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual, como luego se verá, pero no hay, sin embargo, una opción clara por parte de la Comisión a favor de reforzar el sistema de gestión colectiva frente al ejercicio individual de los derechos de propiedad intelectual, un tema que, sin embargo, parece esencial como paso previo para adoptar las decisiones que se estimen pertinentes para adaptar la gestión colectiva de derechos al entorno de explotación comercial en línea de obras.

2.4 Gestión colectiva o gestión individual de los derechos necesarios para la explotación en línea de obras protegidas por la propiedad intelectual en las redes digitales

La forma en que se gestionen los derechos necesarios para la explotación en línea de obras intelectuales es importante para la configuración del nuevo mercado en Internet. Sin embargo, la Comisión Europea viene considerando que “la decisión sobre qué sistema de gestión de derechos es preferible debería dejarse en manos de los interesados y del desarrollo del mercado; en último término, se basará en la política pertinente de derechos de autor. En esta perspectiva, es fundamental una estrecha supervisión del mercado para garantizar la salvaguardia de los intereses públicos”²¹.

²⁰ La Asociación de Música en Internet viene denunciando las dificultades que han encontrado las empresas para obtener, por parte de algunos productores, la licencia para realizar descargas de música en Internet y la arbitrariedad con la que los sellos discográficos conceden las licencias para comercializar en Internet sus discos y canciones, pues otorgan licencias sólo a aquellas webs en las que tienen intereses económicos, mientras que las niegan sistemáticamente a las independientes, aunque éstas hayan obtenido las licencias de las entidades que gestionan los derechos de autores y artistas.

²¹ COM (2004) 261. Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social europeo sobre la gestión de los derechos de autor y derechos afines en el mercado interior.

En principio, parece que la gestión colectiva de los derechos es la vía más adecuada para el desarrollo de un amplio mercado de distribución de obras en línea, tanto por las ventajas que ofrece a los creadores como a los gestores de los sitios de distribución y a los usuarios finales. Como se ha indicado, “la organización de la gestión colectiva permite que el derecho de autor sea operativo en la era numérica”²².

Por el contrario, la DSI parte de configurar el derecho de puesta a disposición del público como un derecho exclusivo de autorizar o prohibir la explotación interactiva de las obras, lo que remite a la idea de su gestión individualizada, mediante el recurso a los sistemas de gestión de derechos digitales (DRMS). En el momento de redactarse la Directiva latía, en efecto, la idea de que estos sistemas técnicos permitirían a los titulares de derechos ejercer un control total sobre las condiciones de explotación de las obras a través de servicios de acceso condicional. Con el objetivo de establecer un alto nivel de protección de la propiedad intelectual se optó, entonces, por la configuración del derecho de puesta a disposición como un derecho exclusivo. Si bien la DSI reconoce el derecho exclusivo de autorizar la puesta a disposición del público a favor de todos los titulares de la propiedad intelectual, la eficacia práctica de los derechos exclusivos de los creadores es muy limitada y las posibilidades de un ejercicio individual de los mismos muy estrechas.

El ejercicio individual de derechos exclusivos es prácticamente imposible cuando el grupo de usuarios es muy amplio, como sucede en la mayor parte de los actos de comunicación pública, por lo que el creador tiene que confiar la gestión de sus derechos a una entidad colectiva que los administra en su nombre. La gestión de los derechos, incluso si se configuran como derechos exclusivos, es en la práctica una gestión colectiva. Por otro lado, en la producción industrial de la cultura estos derechos son transferidos, con carácter previo al inicio de la explotación de la obra, desde los creadores a los titulares de las organizaciones productivas. Son éstos, pues, los que retienen, en general, el derecho de decidir, de controlar, las modalidades de explotación de la obra, y queda para los creadores, por lo común, el derecho a obtener una participación en los beneficios que la obra vaya generando en sus distintas modalidades de explotación.

Frente a los derechos exclusivos, en ocasiones el derecho opta por establecer derechos de mera remuneración, dada la necesidad de preservar los intereses de determinados grupos de usuarios de obras intelectuales. El caso más claro es el de la comunicación pública a través de la retransmisión por cable de fonogramas y grabaciones audiovisuales, en relación con la cual el derecho establece una licencia legal que permite el acto de comunicación sin necesidad de previa autorización por parte del conjunto de los creadores, reconociendo a favor de éstos un derecho de mera remuneración. La misma consideración late en el derecho de mera remuneración que se asigna a los artistas en relación con la comunicación pública

²² Collective Management of Copyright and Neighbouring Rights in Canada: An International Perspective (2001), <http://www.pch.gc.ca>.

de fonogramas publicados con fines comerciales. Estos derechos de mera remuneración son de gestión colectiva obligatoria.

Una situación intermedia, en cuanto a la forma de reconocimiento de derechos de propiedad intelectual, es la conversión del derecho exclusivo de los creadores en un derecho de remuneración por mandato legal cuando los creadores hayan cedido su derecho exclusivo a favor del productor de la obra. En esta construcción, el derecho de remuneración aparece como una garantía de los intereses de los creadores, asegurando su participación en los beneficios generados por la modalidad concreta de explotación de la obra. Éste es el esquema que se sigue en la LPI con relación al derecho de distribución (artículos 90.2 y 109.3), y el que se ha adoptado, también, en el Proyecto de modificación de la LPI a la hora de reconocer a los artistas intérpretes y ejecutantes el nuevo derecho de puesta a disposición del público. Se reconoce, así, el derecho exclusivo de los artistas, en correspondencia con lo establecido en la DSI, pero se añade a continuación que, en el caso de que haya sido transferido a un productor, lo que se presume en todos los casos en que se haya celebrado un contrato de producción, nacerá, en favor de los artistas, un derecho de remuneración de gestión colectiva obligatoria.

La solución adoptada por el Proyecto de Ley es, sin duda, la más favorable para la defensa de los intereses de los artistas, pues combina el reconocimiento del derecho exclusivo con la garantía legal de un derecho de remuneración, en caso de que se haya transferido el derecho al productor. Por ello, en el debate parlamentario que ha seguido el Proyecto de Ley se ha planteado la posibilidad de extender la misma fórmula de reconocimiento de este derecho a favor de los autores, respecto de los cuales el Proyecto de Ley se limita a garantizarles el derecho exclusivo de autorizar o prohibir los actos de puesta a disposición del público.

En cualquier caso, también este derecho de los autores, aun con los perfiles de un derecho exclusivo, tendrá que ser gestionado de forma colectiva para ser eficaz. La opción que se presenta a los autores es clara: o bien gestionan dichos derechos de forma colectiva o bien pasan a depender de las cantidades que les aporte el productor, en caso de optarse por una gestión individualizada de derechos. En principio, parece que una gestión colectiva de los derechos de explotación de obras en Internet favorece los intereses de los creadores en mayor medida que la gestión individualizada conexas y parasitarias a la del productor.

También el interés de los usuarios de obras protegidas por la propiedad intelectual puede ser atendido de mejor forma a través de la gestión colectiva de los derechos. Las entidades de gestión tienen la obligación legal de contratar con los usuarios, en condiciones no discriminatorias, unas tarifas razonables (otorgar licencias no exclusivas de los derechos gestionados en condiciones razonables), evitando una injusta utilización preferencial de sus obras por parte de algunos usuarios (artículos 153 y 157 LPI). Estas obligaciones garantizan, en cierta medida, que la negociación de los derechos de propiedad intelectual

no sea utilizada para distorsionar la competencia en los distintos sectores en que se realiza la explotación comercial de las obras intelectuales.

El interés de los productores de obras intelectuales se mueve en una dirección opuesta. Como ha señalado la Comisión Europea, los titulares de derechos que tienen “un poder de negociación suficiente, como los principales productores de fonogramas, procuran cada vez más no depender de las sociedades de gestión colectiva para gestionar sus derechos”, puesto que “desde su perspectiva, al facilitar el marcado con filigrana la identificación y el seguimiento de la utilización de las obras, la digitalización ha permitido, en principio, que los titulares puedan controlar individualmente los procesos de autorización y pago de derechos, lo que cuestiona la función de las sociedades de gestión colectiva”. En efecto, la gestión individual de los derechos exclusivos de autorizar la explotación en línea de obras puede aportar algunas ventajas a los productores, que son en definitiva los únicos que pueden ejercerlos, una vez efectuada la cesión de los mismos en su favor por parte de los creadores.

En primer lugar, les permite imponer condiciones de utilización de las obras con mayor autonomía que si tienen que estar sometidos a las obligaciones derivadas de la gestión colectiva, en particular a la obligación de no discriminación, pudiendo así administrar la concesión de las licencias necesarias para el desarrollo de los servicios de distribución en línea en función de intereses propios, como medio para reducir las dimensiones del mercado de distribución en línea, asegurándose la posibilidad de participar económicamente en los sitios de distribución, etc.

Además, en sus relaciones con los usuarios finales, la gestión individualizada permite imponer condiciones de uso mediante DRMS de modo que se rentabilice la explotación comercial de las obras. La creación de plataformas colectivas de administración de licencias de tipo empresarial por parte de los productores, como el proyecto conocido con el nombre de Snocap²³, combina las ventajas de facilitar la concesión de licencias en nombre de los productores con el mantenimiento de la autonomía de la voluntad en la imposición de tarifas y condiciones, al tiempo que esta gestión colectiva privada se sitúa al margen de las obligaciones de las entidades de gestión, sometidas al derecho de la propiedad intelectual. La negociación

²³ Snocap es un sistema promovido por Sean Fanning, fundador de Napster, que utiliza la tecnología de intercambio de archivos en cooperación con los titulares de los derechos. Los titulares ceden los derechos de sus canciones para que sean distribuidas en múltiples tiendas en línea, pero establecen las condiciones de su utilización, comprendido el precio por cada una, mediante un sistema digital de gestión de los derechos. Según la publicidad de Snocap, las redes de intercambio de archivos y de tiendas de venta en línea conectadas al sistema no necesitan negociar las licencias individualmente con los titulares de los derechos, pudiendo acceder al catálogo una vez que éstos hayan registrado su música en la base de datos, pero tienen la obligación de efectuarles el pago correspondiente por ventas al por mayor. Las principales compañías discográficas ya han firmado contratos para incluir sus catálogos de obras en el servicio.

con los gestores de sitios de distribución y con los usuarios finales de las condiciones de uso de las obras en línea se sitúa así, por vía del ejercicio individual de los derechos exclusivos, aun cuando se efectúe en el marco de una gestión colectiva de tipo “agencia”²⁴, al margen del derecho de la propiedad intelectual y sometida únicamente al derecho de la competencia, que en principio impone unas limitaciones menores a la actuación de productores en el mercado.

Por último, la gestión individual de los derechos exclusivos en el entorno en línea permitiría establecer una relación contractual con los creadores, estableciendo los márgenes de participación económica de éstos en la explotación digital de obras. A pesar de que, jurídicamente, la distribución de obras en Internet se ha integrado dentro del derecho exclusivo de autorizar la comunicación pública de obras, tomando en consideración el hecho de que no hay distribución de soportes físicos, en realidad, la descarga de obras guarda un parecido evidente con la actividad de distribución mediante venta. En la distribución mediante venta se ha mantenido un modelo de retribución al artista, negociado con el productor, que podría extenderse al entorno en línea y alcanzar a los autores, que no tienen, a diferencia de los artistas, garantizado un derecho de remuneración por los actos de transmisión interactiva cuando hayan cedido el derecho de puesta a disposición a favor de los productores.

Esta tendencia podría ser alentada por la anunciada intención de la Comisión Europea de revisar el listado de derechos que los titulares de derechos pueden excluir de su gestión colectiva, lo cual, si bien es positivo en términos de ampliar los márgenes de libertad de los creadores, puede determinar una fisura importante en el régimen de gestión colectiva, sobre todo en los sistemas que establecen sistemas próximos al de la gestión colectiva ampliada.

En definitiva, el reconocimiento del derecho exclusivo de puesta a disposición a favor de los productores de obras intelectuales puede condicionar, en gran medida, el desarrollo del nuevo mercado de explotación de obras a través de Internet. Dado que tal reconoci-

²⁴ Ficsor (2003) lo describe así: “En determinadas situaciones, también resulta inevitable o, al menos, conveniente que las empresas titulares de derechos (productores, editores, etc.) creen una organización o entren a formar parte de una de las existentes a fin de hacer valer sus derechos. Si bien algunas de ellas (por ejemplo, los productores musicales de algunos países) son miembros de organizaciones de gestión colectiva tradicionales y aceptan sus reglas, otras prefieren utilizar modalidades diferentes, que tengan el menor número posible de elementos “colectivos”, para el ejercicio de sus derechos. Ello conduce a establecer un sistema de tipo “agencia” cuya única tarea consiste, exclusiva o casi exclusivamente, en recaudar y transferir las regalías de la manera más rápida y precisa posible, al menor costo posible y en proporción al valor y al uso real de las producciones de que se trate. El más perfeccionado de ese tipo de sistemas (denominado, a menudo, sistema de liquidación de derechos) es aquél en que las tarifas y condiciones de la licencia se determinan de forma individualizada. Por tanto, en este caso, el principal elemento de la gestión conjunta es el hecho de que se ofrezca una sola fuente de concesión de licencias, lo que reduce significativamente los costos de tramitación para los titulares de derechos y los usuarios”.

miento es ineludible, como consecuencia de lo establecido en la DSI, sólo es posible impulsar los acuerdos voluntarios de gestión colectiva y adoptar, con los instrumentos que ofrece el Derecho de la competencia, las medidas pertinentes frente al eventual ejercicio abusivo de los derechos exclusivos. Una acción comunitaria con el objetivo de establecer la obligatoriedad de la gestión colectiva de esos derechos exclusivos podría ser necesaria, si estas medidas se revelaran como insuficientes para garantizar la libre competencia en el nuevo sector de la distribución en línea de obras protegidas por derechos de propiedad intelectual, al mismo tiempo que se impone, también, la necesidad de hacer un seguimiento sobre la utilización de los sistemas de gestión de derechos digitales (DRMS)²⁵.

El interés de promover la gestión colectiva en el desarrollo de nuevos servicios digitales ya aparece en la DSI en relación con un grupo particular de usuarios. Así, en el considerando número 26, con el fin de facilitar la realización de servicios a la carta por parte de los organismos de radiodifusión, sin que el ejercicio individual de los derechos exclusivos suponga un obstáculo, la DSI señala que deberán fomentarse acuerdos de licencia colectiva para la obtención de los derechos de explotación sobre los fonogramas incluidos en las emisiones²⁶. El interés de los restantes usuarios (sitios legales de descarga, usuarios de redes de intercambio) también debería impulsar a la gestión colectiva de los derechos exclusivos a autorizar la puesta a disposición.

En el debate sobre la modificación de la LPI, la problemática general que hemos descrito no ha pasado inadvertida, pero la atención se ha centrado, sobre todo, en la formulación legal de los derechos de los productores de fonogramas en relación con los actos de comunicación pública. Ello es consecuencia de la situación que se registra en nuestro ordenamiento jurídico a raíz de la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2001, que declaró la subsistencia del derecho de los productores de fonogramas a autorizar la comunicación pública de éstos y de sus copias, garantizado por la Ley de 1987, al considerar que el Gobierno se excedió en la delegación que le había otorgado el legislador para aprobar el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual. A partir de entonces, se produce una situación anómala y contradictoria de duplicación de derechos sobre un

²⁵ Especialmente, para evitar el riesgo potencial que pueden plantear sobre el derecho a la privacidad de los usuarios de los sitios de descarga legal de obras, tal y como apunta la propia DSI en sus considerandos, para impedir que incorporen condiciones abusivas en la utilización de obras y para garantizar la necesaria intervención de los creadores en la definición por parte de los sistemas DRMS de los usos permitidos de las obras.

²⁶ En el considerando número 26 de la DSI se señala: “Por lo que respecta a la puesta a disposición en servicios a la carta por organismos de radiodifusión de sus producciones de radio o televisivas que incluyan música de fonogramas comerciales como parte integrante de las mismas, deben fomentarse acuerdos de licencia colectiva para facilitar el pago de los derechos de que se trate”. Es decir, las emisoras de radio y televisión que incluyan fonogramas en sus emisiones deberán ser autorizadas en un régimen de gestión colectiva para que puedan desarrollar servicios de radio o televisión a la carta (mediante Internet o mediante otros cauces de difusión).

mismo acto de comunicación pública. Las enmiendas de diversos grupos parlamentarios proponen poner fin a la misma, acotando el derecho exclusivo de los productores de fonogramas a la autorización de la puesta a disposición del público, mientras que para los restantes actos de comunicación pública se les atribuye, únicamente, un derecho de remuneración de gestión colectiva obligatoria.

La necesidad de introducir en la LPI el nuevo derecho de puesta a disposición ha puesto de manifiesto otras carencias que existen, actualmente, en las disposiciones que regulan el derecho de comunicación pública y su forma de ejercicio. La complejidad de los intereses afectados por la ordenación jurídica de esta materia aconseja limitar la reforma legal en curso al mínimo imprescindible para incorporar la DSI y dejar para una etapa posterior su revisión en profundidad, tras un debate más pausado.

2.5 La legalización del intercambio no comercial de obras a través de Internet

En los últimos tiempos se vienen realizando diferentes propuestas alternativas con el objetivo común de legalizar los intercambios de archivos de tipo *peer to peer*. Estas propuestas coinciden en su percepción básica del fenómeno del intercambio de ficheros a través de Internet. Se trata, desde esta óptica, de un fenómeno social de gran amplitud y probablemente irreversible, al encontrarse esta práctica muy consolidada en los usos sociales de algunas generaciones; es imposible eliminarlo mediante medidas tecnológicas de protección o mediante acciones legales; el intento de controlarlo puede lesionar la propia evolución tecnológica y los derechos de los ciudadanos en el entorno en línea.

Además, se entiende que, en última instancia, el intercambio de archivos es positivo desde el punto de vista de la libertad de acceso de los ciudadanos a la cultura; mientras que no está claramente establecida la correlación entre las pérdidas del sector musical y el desarrollo de esta práctica social²⁷. Al contrario, se cree que los intercambios *peer to peer* pueden ser beneficiosos para la industria, aunque ésta siempre se ha resistido inicialmente a los cambios²⁸, y que, sobre todo, pueden beneficiarse los creadores, viendo refor-

²⁷ El informe de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) “Peer to Peer Networks in OECD Countries”, www.oecd.org/dataoecd/55/57/32927686.pdf, concluye que es difícil establecer una relación entre la caída del 20% en el volumen de negocios de la industria musical entre 1999 y 2003 con los intercambios de música no autorizados a través de Internet. En el mismo sentido se pronuncia el más reciente “Digital Broadband Content: Music”, presentado el 8 de junio de 2005, <http://www.oecd.org/dataoecd/13/2/34995041.pdf>.

²⁸ Hay que recordar, una vez más, la resistencia de la industria de Hollywood a la comercialización por Sony de los vídeos caseros que permitían, por vez primera, la grabación privada de obras audiovisuales, pero que a la postre han abierto un importante mercado de venta y alquiler de obras audiovisuales.

zada su posición frente a la industria, puesto que los sistemas de intercambio, no controlados editorialmente ni mediatizados por los distribuidores, propician una suerte de democracia semiótica donde los usuarios determinan el éxito de las obras a través de su libre intercambio, respetando la naturaleza descentralizada de Internet.

Desde el punto de vista jurídico, el punto de partida común de estas propuestas se basa en la similitud existente entre los intercambios *peer to peer* y la copia privada²⁹. En ambos casos se da un uso de carácter personal o privado, no comercial, que supone un *market failure*, es decir, existe una imposibilidad práctica de controlar y reprimir el uso que afecta negativamente a los intereses de los titulares de la propiedad intelectual. Y, en efecto, parece bastante claro que, aunque se solucione el problema de la copia digital en el entorno fuera de línea mediante medidas tecnológicas, la puerta de la copia privada vuelve a abrirse con toda intensidad a través de Internet, donde basta con que se logre poner una obra en red para que el acceso inmediato a su copia privada se generalice.

Se trataría, pues, de prolongar la solución que en la mayor parte de Europa se ha dado a la copia privada, estableciendo una remuneración para los titulares de la propiedad intelectual como compensación por la licencia que autorizaría el libre intercambio no comercial de obras a través de sistemas *peer to peer*. La remuneración se distribuiría entre los titulares de derechos de forma proporcional al uso de las obras, a las que habría que identificar por medios digitales en un sistema de registro, de forma que un sistema de DRMS pudiera determinar el número de veces que han sido descargadas, su mayor o menor intensidad de uso³⁰.

La propuesta, globalmente considerada, es coherente con la evolución seguida por el derecho de propiedad intelectual. A medida que se va incrementando el número de usuarios, los derechos exclusivos tienden a desaparecer, transformándose en derechos de remuneración por el uso. Así, en el caso de la copia privada, modalidad de uso de las obras donde se concentra la mayor cantidad de usuarios, se establece un derecho de mera remuneración apoyado en una licencia legal (autorización legal de uso), que se presenta como una

²⁹ Esta conexión se establece con claridad en decisiones judiciales como la adoptada por el Tribunal Federal de Canadá el 31 de abril de 2004, en la demanda dirigida por algunas compañías discográficas frente a 29 usuarios de Internet, en la que se entendió que el hecho de cargar archivos musicales en el disco duro está cubierto por la excepción de copia privada y que no era suficiente para probar la intencionalidad de distribuirlos el hecho de que se almacenaran en archivos disponibles para terceros.

³⁰ Un sistema de este tipo podría realizar una proporcionalidad exacta, no conocida hasta el momento en el entorno de los soportes físicos analógicos o digitales. Sin embargo, presenta algunos importantes problemas: por un lado, el posible fraude mediante la intervención interesada de los propios receptores de la recaudación, que podrían intentar falsear los resultados en cuanto a la frecuencia de intercambios de obras; por otro lado, el diseño del sistema debería acompañarse de las garantías adecuadas para asegurar la intimidad de los usuarios, es decir, se plantearían aquí los mismos problemas que con los sistemas DRMS o con la vigilancia del tráfico de información para detectar intercambios ilegales en el momento presente.

excepción o límite a un derecho exclusivo de autorizar la reproducción de obras. La misma construcción podría trasladarse al campo de la distribución de obras por Internet.

La licencia debería autorizar únicamente para el intercambio no comercial de obras, de modo que los modelos de negocio comerciales serían autorizados, mediante licencias específicas, por los titulares de la propiedad intelectual. Aunque la autorización de los sistemas de *peer to peer* no es incompatible, en principio, con el desarrollo de una oferta legal de distribución en línea, sin embargo, en la práctica, es más que posible que dificulte o desincentive su aparición, al eliminar la exclusividad en que ésta se sustenta. Es previsible que el valor añadido que aporten los sistemas de distribución comerciales no sea suficiente para atraer a los usuarios a la oferta legal y que, al mismo tiempo, los sistemas de distribución gratuita se vayan perfeccionando con mayor libertad si se encuentran autorizados. Ésta es la reserva más clara que puede hacerse a la propuesta de legalización del *peer to peer*.

No obstante, si con el tiempo se demostrara que el intercambio privado de obras es un fenómeno irreversible, con independencia del éxito que obtengan los modelos comerciales, habría que seguir considerando la legalización como alternativa real para obtener alguna remuneración por el uso de las obras³¹. Por ello, no es ocioso examinar las diferentes opciones que se plantean en las propuestas que se están formulando actualmente y que cuentan, por lo tanto, con un grado muy escaso de maduración (Lewinski, 2005).

Entre las discrepancias o cuestiones sin resolver se encuentra, en primer lugar, la cuestión de determinar los sectores a incluir dentro del sistema de compensación por intercambio de obras a través de Internet sin fines comerciales. Algunas propuestas consideran que la libertad de intercambio debería reconocerse en relación con todos los sectores de la producción cultural³².

Sin embargo, la inclusión en el sistema de las obras audiovisuales y, más concretamente, de las cinematográficas, suscita mayores reservas, no sólo por la elevación sustancial de la remuneración a establecer, sino, también, porque es difícil aceptar la alteración sustancial que el intercambio de obras puede provocar en el modelo de explotación comercial

³¹ Entre los autores españoles, González de Alaiza (2004) y Garrote (2005) consideran brevemente esta posibilidad. El primero, al señalar que, si la persecución judicial del *peer to peer* no obtiene resultados, podría pensarse en la introducción de un régimen análogo al de la copia privada para estos intercambios; el segundo autor, en referencia al *peer to peer*, indica que “*de lege ferenda* puede plantearse la adopción de un modelo de derecho de remuneración estableciendo un canon o tarifa plana” que grave la actividad de aquéllos que se benefician del intercambio no autorizado de obras.

³² La denominada licencia global que propone en Francia L’Alliance Public-Artistes, formada por diversas entidades de gestión de los derechos de los artistas y organizaciones representativas de los consumidores y usuarios, tiene tal carácter porque, además de permitir todos los actos de telecarga y de puesta a disposición en Internet, también cubriría la mayoría de las obras que circulan por Internet: música, películas, reportajes, series de televisión, imágenes y fotografías. *Vid.* <http://www.lalliance.org>.

de las obras cinematográficas que se desarrolla en la actualidad, basado sobre ventanas de explotación bien definidas. Para el sector cinematográfico, la distribución ilegal de obras por Internet supone trasladar el problema de la copia digital desde el entorno fuera de línea, donde está relativamente controlado mediante medidas tecnológicas de protección de los DVD, al entorno en línea, en el que el número de descargas no autorizadas es previsible que se incremente a medida que aumente la velocidad de las líneas ADSL. La renuncia al sistema de compensación por copia privada, que implica optar por las medidas tecnológicas de protección de obras, quizás tenga hoy sentido en el entorno fuera de línea, pero no sabemos si también será la opción más eficaz en el entorno en línea para proteger los intereses de los titulares de la propiedad intelectual.

Otra cuestión que se debate es si los titulares de la propiedad intelectual podrían optar por gestionar de forma exclusiva el derecho de puesta a disposición, eventualmente mediante la adopción de DRMS, renunciando, por lo tanto, a la remuneración compensatoria por intercambio libre de obras. En este sentido, parece que la propuesta más realista y conciliadora, que respeta mejor la libertad de los titulares de derechos, es configurar el sistema de remuneración como una opción voluntaria o, dicho de otra forma, mantener un sistema bipolar, similar al que existirá en el entorno fuera de línea en los ordenamientos que han optado por permitir la utilización de sistemas anticopia. La adscripción al sistema, que determinaría el derecho a cobrar la remuneración compensatoria, se efectuaría mediante un registro, creado al efecto o previamente existente, dependiente de una entidad pública o privada que podría encargarse de gestionar, también, el conjunto del sistema de recaudación y reparto entre entidades de gestión o directamente entre titulares de derechos³³.

La misma disyuntiva en cuanto al grado de obligatoriedad del sistema se plantea en relación con los obligados al pago de la compensación. En alguna propuesta serían los usuarios los obligados al pago de la compensación, que oscilaría entre los cinco y los nueve euros, según permitiera o no la licencia el intercambio de obras audiovisuales. El pago se haría efectivo a través de la facturación por los proveedores de servicios de ADSL, es decir, cargando esta cantidad al precio de los servicios de ADSL. Los usuarios, según esta propuesta, tendrían libertad de pagar o no esa cantidad, según fueran a utilizar sistemas de intercambio o no. El impago por parte de los usuarios situaría a éstos en una situación de ilegalidad si participaran en sistemas de intercambio³⁴. La propuesta apunta

³³ En la propuesta de Fisher (2004) esta función de registro se atribuye a la Oficina de Derecho de Autor (de los Estados Unidos), que se ocuparía también de la labor de recaudación y reparto de ingresos entre los creadores. Por eso se ha dicho que el fin último de esta propuesta es sustituir los derechos exclusivos por un “sistema de retribución administrado por el Estado”.

³⁴ Como en las propuestas de L'Alliance Public-Artistes y la *Proposition de loi visant à légaliser les échanges de fichiers protégés sur des services de communication en ligne par des particulières à des fins non commerciales et à la rémunération des ayants-droits*, presentada a la Asamblea Nacional francesa el 13 de julio de 2005.

la posibilidad de que los proveedores de servicios asumieran, parece que de forma voluntaria, total o parcialmente el pago del canon. Introducir la voluntariedad en el pago de la cantidad base de la remuneración puede llevar al fracaso del sistema. La persecución de los infractores plantearía mayores problemas que los que ya existen en la actualidad, dada la imposibilidad práctica de discernir entre los usuarios que hayan cumplido la obligación de pago y los que no lo hayan hecho.

De establecerse la obligatoriedad del pago por los usuarios, podría reprocharse al sistema el adolecer del mismo carácter, hoy indiscriminado, que tiene el sistema de remuneración por copia privada, en la medida en que gravaría por igual a todos los usuarios con independencia de su participación o no en sistemas de intercambio. Otra propuesta, para limitar estos efectos discriminatorios, propone gravar el tráfico montante que se produce en los sistemas de intercambio, es decir, la comunicación pública de obras (Gensollen, 2005). Pero, en realidad, suscita el mismo problema, puesto que el tráfico montante puede ser utilizado para distribuir ficheros no protegidos por la propiedad intelectual, además de otros inconvenientes (por ejemplo, estar demasiado vinculada a un modelo de sistemas de intercambios basados en el tráfico montante, que pueden evolucionar en sus características de funcionamiento).

Se podría considerar otra posibilidad, que consistiría en establecer un fondo único de canon digital por usos no comerciales que incluyera tanto la copia digital como el intercambio de obras a través de redes digitales. Este canon gravaría a los proveedores de productos y servicios cuyo valor fuera sustancialmente aumentado por el intercambio de ficheros o por la posibilidad de realizar copias privadas. Para su establecimiento, se debería establecer un sistema flexible, capaz de evaluar tanto el valor de las pérdidas a compensar como la distribución del canon entre los afectados, en función de la evolución tanto de los usos sociales como de la renovación continua del mercado de productos electrónicos y servicios de comunicaciones, y en función, también, del número de obras inscritas en el sistema de remuneración (el catálogo real de obras puestas a libre disposición).

En este marco sería posible limitar legalmente la proporción que se podría trasladar al precio final o de venta al público, para que, efectivamente, se dé una implicación de los proveedores de productos y servicios en el pago de la remuneración. De esta forma, se restituiría el beneficio parasitario que éstos obtienen de la industria de los contenidos, de modo que no se pudiera alegar que el gravamen perjudica el acceso de los ciudadanos a la sociedad de información, argumento que, por otra parte, no se sostiene, pues un aliciente evidente para la incorporación de usuarios al entorno en línea sería, precisamente, la posibilidad de acceder a un precio sólo ligeramente superior al que actualmente se cobra por la conexión ADSL a una amplia oferta de obras intelectuales. Otra posibilidad, que apunta el Consejo Económico y Social francés³⁵, es hacer recaer la totalidad del pago de la compensación en los proveedores de servicios de acceso a Internet.

³⁵ Acuerdo del Consejo Económico y Social sobre el informe presentado por M. Michel Muller (2004), en su sesión de 7 de julio de 2004. <http://www.conseil-economique-et-social.fr>.

El establecimiento de un sistema de remuneración por uso no comercial de obras en redes digitales, como parte de un sistema más global que autorizara los usos personales no comerciales a cambio de un canon digital, podría hacerse viable en términos funcionales, económicos y sociales. Su construcción jurídica presenta, sin embargo, algunos problemas y, posiblemente, debería ser precedido de un cambio del Derecho internacional y comunitario.

La cobertura jurídica más amplia del sistema se obtendría a través del establecimiento de una licencia legal, similar a la existente para la copia privada. Se trataría, pues, de establecer una excepción de nuevo cuño, que limitaría tanto el derecho de reproducción como el de puesta a disposición, conforme al carácter personal y no comercial del uso autorizado directamente por la Ley. Una licencia legal eliminaría absolutamente la posibilidad de ejercer esos derechos en relación con este tipo de uso, que se consideraría un derecho de los ciudadanos. Esta propuesta es incompatible con el marco jurídico internacional y comunitario, en la medida en que se eliminan los derechos exclusivos de puesta a disposición, ampliamente reconocidos en ese marco, y dado que la DSI sólo admite que los Estados establezcan la excepción de copia privada en relación con el derecho exclusivo de reproducción, mientras que en los sistemas de intercambio, tal y como están configurados hoy técnicamente, implican un acto de puesta a disposición que forma parte del derecho exclusivo de comunicación pública.

La transformación del derecho exclusivo de autorizar la puesta a disposición del público en un derecho de remuneración de gestión colectiva obligatoria también presenta problemas en el marco jurídico internacional y comunitario actual (Bernault y Lebois, 2005).

Por ello, en la mayoría de las propuestas se habla, más bien, de licencias voluntarias de gestión colectiva, que se otorgarían bien a los usuarios o bien a los proveedores de servicios de acceso a Internet, según quienes fueran, finalmente, los obligados al pago de la compensación por intercambio de obras. Se respetarían, de este modo, los derechos exclusivos reconocidos por el Derecho internacional, al reposar el sistema sobre licencias contractuales, de modo que los titulares de derechos conservarían el poder de excluir sus obras del catálogo de obras disponibles para su libre intercambio.

En definitiva, estas propuestas se plantean como una invitación para el debate y para el cambio de perspectiva por parte de los titulares de la propiedad intelectual y de los usuarios, a los que se pretende involucrar en un pacto global que permita la libertad de los usos no comerciales de las obras, garantizando, al mismo tiempo, una remuneración equitativa a los titulares de la propiedad intelectual. Para que el debate pueda llevar a algún resultado práctico debería plantearse a escala, como mínimo, comunitaria, dado el carácter global de Internet.

3. Otras cuestiones para el futuro debate sobre la propiedad intelectual

La necesidad de realizar una transposición urgente de la Directiva comunitaria está determinando que el debate sobre la propiedad intelectual que actualmente se está desarrollando en nuestro país tenga un alcance muy limitado. Sin embargo, hay cierto consenso en considerar que es necesaria una reforma más profunda del sistema legal de la propiedad intelectual. En ese debate futuro habrán de plantearse múltiples cuestiones, algunas a nivel nacional y otras en los organismos internacionales y comunitarios con competencias en la materia.

3.1 La adaptación de la gestión colectiva al entorno en línea

La gestión colectiva está llamada a desempeñar un papel cada vez más relevante, a medida que se diversifiquen los usos de obras protegidas por la propiedad intelectual y que se consolide la transformación que, en la práctica, se viene produciendo de los derechos exclusivos de gestión individual en derechos de remuneración de gestión colectiva, lo que plantea la ineludible necesidad de abrir un debate público sobre su finalidad y características.

En nuestro país, la cuestión se planteó al hilo del anteproyecto de reforma de la LPI que se presentó en la pasada legislatura³⁶. Aunque el objetivo fundamental del borrador era incorporar la DSI, también contenía algunas disposiciones que afectaban a las entidades de gestión, que acabaron por monopolizar el conjunto del debate. A partir de la publicación, en el año 2004, de la Comunicación de la Comisión sobre la gestión de derechos de autor y derechos afines en el mercado interior, ese debate se ha trasladado al ámbito comunitario.

En la Comunicación, la preocupación esencial de la Comisión es facilitar la aparición de licencias a escala comunitaria que autoricen la utilización del repertorio de obras, por

³⁶ En noviembre de 2002, el anterior Ministerio de Educación, Cultura y Deporte hizo público el texto de un Borrador de Anteproyecto que, con ocasión de la implementación de la DSI, introducía una revisión extensa de la Ley de Propiedad Intelectual.

parte de una entidad, para los servicios digitales en el conjunto del mercado interior. Parece existir cierto consenso sobre la necesidad de que las sociedades de gestión colectiva –ya sean europeas o extranjeras– se adapten, de manera urgente, a la era digital, si no quieren correr el riesgo de ver a los titulares de derechos retomar, masivamente, el control de la explotación en línea de sus derechos o de verlos recurrir a los sistemas de gestión digital. Sin duda, las licencias de alcance transfronterizo constituyen una condición esencial para el buen funcionamiento de la gestión colectiva en el entorno digital. Pero, a partir de esta cuestión central, la Comisión plantea algunas otras cuestiones que suscitan mayor controversia.

En relación con las licencias comunitarias, el modelo de referencia para la Comisión parece ser el que se analizó en la Decisión adoptada por la Comisión en el asunto “Federación Internacional de la Industria Fonográfica Emisión simultánea”³⁷. En esta ocasión, se solicitaba a la Comisión que se pronunciara sobre la compatibilidad con las normas comunitarias de competencia del acuerdo alcanzado por diversas sociedades de gestión colectiva de derechos de los productores de discos para la concesión de licencias de *simulcast*. Mediante el acuerdo, se facilitaba la obtención, por parte de los organismos de radiodifusión, de una licencia única que les permitía la utilización del repertorio del conjunto de las sociedades de gestión para la realización de servicios de emisión simultánea de sus programaciones a través de Internet (*simulcasting*) en los distintos territorios estatales representados por las sociedades de gestión adheridas al acuerdo. La Comisión negoció con los solicitantes una modificación del acuerdo, conforme a la cual, los organismos de radiodifusión podrían dirigirse a cualquier sociedad de gestión colectiva para solicitar y obtener una licencia multiterritorial de emisión simultánea.

Esta iniciativa de eliminar el principio de territorialidad en la gestión colectiva, es decir, de permitir al usuario elegir la sociedad de gestión colectiva que le otorgue la licencia, con independencia del lugar en que el usuario resida o desarrolle su actividad económica, ha tenido continuidad en la Recomendación de la Comisión, de 18 de mayo de 2005, relativa a la gestión colectiva transfronteriza de los derechos de autor y derechos afines en el ámbito de los servicios legales de música en línea. Los motivos que justifican esta iniciativa no se refieren sólo a la necesidad de adaptar la gestión colectiva al carácter global de los servicios en línea, sino, sobre todo, al deseo de la Comisión de introducir mayores niveles de competencia en el sector de las entidades de gestión, lo cual ha sido recibido con muchas reservas por las entidades afectadas, que temen una tendencia a la protección a la baja de los derechos de propiedad intelectual³⁸.

³⁷ Caso n° COMP/C2/38.014 – “IFPI Simulcast”, (DOCE L 107/58, 30 de abril 2003).

³⁸ Vid. GIART position to the Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the Economic and Social Committee on the Management of Copyright and Related Rights in the Internal Market, Bruselas, 17 junio 2004, http://europa.eu.int/comm/internal_market/copyright/docs/management/consultation-rights-management/giart_en.pdf.

Desde otro punto de vista, sin embargo, puede ser una medida positiva si la competencia se establece entre los costes de gestión que las sociedades colectivas incluyen como parte de las tarifas que imponen a los usuarios. La identificación de los costes de gestión de las sociedades de gestión es un asunto básico para incrementar la transparencia y las posibilidades de control real sobre la eficacia de la gestión realizada. La necesidad de imponer condiciones más estrictas de transparencia en la gestión colectiva es una cuestión recurrente, tanto a escala comunitaria como en nuestro país. En especial, se viene demandando, desde hace años, que las entidades de gestión se sometan eficazmente a los principios de publicidad y de rendición de cuentas, proponiéndose, entre otras medidas, la publicación de los repertorios de obras representados por las distintas entidades colectivas, de sus estatutos y de sus tarifas.

Otras cuestiones se plantean en el ámbito comunitario al hilo de la necesaria adaptación de la gestión colectiva al entorno digital, aunque, en realidad, reflejan carencias y lagunas antiguas en el sistema de la gestión colectiva. Entre ellas, el problema de las relaciones de las entidades de gestión colectiva con sus socios³⁹, los criterios para el establecimiento de tarifas conforme a un procedimiento que excluya la arbitrariedad en función del uso real del repertorio⁴⁰, las normas estatutarias en materia de reparto de las recaudaciones obtenidas por las entidades entre sus socios, y la intensidad y características del control público sobre todos estos elementos.

La complejidad de estos problemas, y el hecho de que la Comisión Europea se encuentre analizando actualmente la posibilidad de adoptar normas comunes a nivel europeo para la gestión colectiva, aconsejan posponer el debate en nuestro país a un momento posterior. En la futura revisión de la LPI deberán acometerse, sin duda, los problemas vinculados a la gestión colectiva, para corregir sus carencias y reforzar su legitimidad frente a las críticas frecuentes de abuso de posición dominante que se formulan contra las entida-

³⁹ Las relaciones de las entidades de gestión con sus socios o afiliados han sido analizadas en diversas ocasiones en el ámbito comunitario. Desde los años setenta, tanto el Tribunal de Justicia como la Comisión Europea vienen aceptando que las entidades pueden imponer restricciones y obligaciones a los titulares de los derechos, en la medida en que se encuentren justificadas por la necesidad de aumentar su fuerza de negociación frente a la industria. En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal de Defensa de la Competencia en su Resolución de 16 de diciembre de 2004 (Expediente R 609/04, Ediciones Musicales): “parece evidente que las restricciones y obligaciones que las entidades de derechos pueden imponer a sus socios o afiliados, en un régimen de monopolio de hecho como el existente en España, deben limitarse a aquéllas que sean indispensables para el ejercicio de su misión y estén proporcionadas a los fines propuestos”. En la Decisión de la Comisión Europea de 12 de agosto de 2002, asunto *Banghalter & Homem Cristo v. SACEM*, se indica que ese principio de proporcionalidad reclama la necesidad de revisar las condiciones impuestas a los titulares de derechos por las entidades en el contexto tecnológico actual, en el que es posible efectuar una gestión individualizada de derechos al margen de la gestión colectiva.

⁴⁰ Ésta es una demanda especialmente sostenida por los organismos de televisión, que tiene apoyo en la Sentencia del Tribunal de Justicia *Sena/Nos*, de 6 de febrero de 2003.

des de gestión y que tienen un efecto descalificador sobre el conjunto del sistema de protección de la propiedad intelectual.

3.2 La creación de una administración especializada en materia de propiedad intelectual

En el ámbito de la propiedad intelectual se dan algunos elementos que han motivado, en otros sectores, el recurso a la creación de administraciones especializadas, dotadas de cierta autonomía funcional en sus poderes de regulación jurídica y económica. Éste es un sector en el que se ven implicados no sólo numerosos y muy diversos intereses económicos y sociales de difícil conciliación, sino, también, derechos de los ciudadanos vinculados a derechos fundamentales o libertades públicas (libertades de la comunicación contempladas en el artículo 20 de la Constitución, derecho de acceso a la cultura, derecho a la intimidad). Es una materia sensible, desde el punto de vista de las libertades, y también una materia en plena evolución tecnológica.

En efecto, la construcción de la sociedad de la información determina un nuevo escenario cuyos contornos y reglas se encuentran mal definidos todavía. Dada la rapidez de la evolución tecnológica y de sus usos sociales, y la diversidad de las situaciones y los problemas planteados, con indudables repercusiones sociales, podría ser necesaria la creación de un organismo especializado de ordenación global del sector. Los rasgos básicos del organismo deberían quedar establecidos en la Ley, aunque la concreción de determinados aspectos organizativos podría confiarse a su desarrollo reglamentario.

La propiedad intelectual es un instrumento esencial de la política cultural en la sociedad de la información, por lo que la vinculación de este organismo debería establecerse, fundamentalmente, con el Ministerio de Cultura, si bien la ley debería asegurar la independencia del organismo, en sus aspectos orgánicos y funcionales, tanto frente al poder ejecutivo como frente a las distintas partes con intereses en el sector, en especial frente a las entidades de gestión. No se trataría tanto de incrementar las competencias y mejorar la eficacia de la actual Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual, regulada en el artículo 158 de la LPI, como de crear una instancia de nuevo cuño con perfiles orgánicos y competenciales sustancialmente distintos.

Desde el punto de vista competencial se ocuparía del conjunto de facultades que hoy se encuentran dispersas, atribuidas fundamentalmente al Gobierno, al Ministerio de Cultura y a la Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual. Podría desarrollar, en primer lugar, una función de órgano de debate y de proposición de iniciativas, dando participación a los sectores afectados, al estilo de la Comisión que se ha previsto en el Plan contra la piratería aprobado por el Gobierno. Sin embargo, la función de regulación económica y jurídica correspondería a un Consejo más reducido, cuya independencia debería garantizarse

por la forma de elegir a sus componentes y otros mecanismos, ya puesto en marcha en la configuración de otras autoridades administrativas independientes. Dentro de esta competencia general podrían encuadrarse, entre otras, las siguientes funciones:

a) La mediación y el arbitraje efectivo entre entidades de gestión y usuarios de la propiedad intelectual, siguiendo lo establecido en la moción del Congreso de los Diputados, aprobada por unanimidad el 11 de junio de 2002, según la cual se consideraba necesario crear “un organismo mediador y arbitral de la propiedad intelectual que, sin perjuicio de las competencias de las comunidades autónomas, y previa consulta con los representantes de los titulares de derechos y de los usuarios, se constituya en mecanismo permanente de comunicación entre los sectores afectados y de resolución de toda clase de controversias en materia de propiedad intelectual y en lo referente a los derechos de remuneración, con capacidad para dictar resoluciones que podrían tener, o no, carácter vinculante, según los casos, y sin perjuicio, en todo caso, de su revisión jurisdiccional”.

La moción del Congreso tenía por objetivo encontrar una solución para resolver, de forma más eficaz, el elevado número de conflictos que oponen a las entidades de gestión entre sí y a éstas con los colectivos de usuarios de los repertorios de obras. Estos últimos conflictos, que tienen que ver habitualmente con las tarifas establecidas por las entidades, son conocidos bien por la jurisdicción ordinaria bien por el Tribunal de Defensa de la Competencia. Apunta esta moción a dotar de una eficacia real a las funciones de mediación y arbitraje que la LPI atribuye a la Comisión Arbitral de la Propiedad Intelectual, cuya escasa relevancia práctica ha venido motivada, básicamente, por el hecho de establecerse en la Ley un arbitraje de carácter voluntario, frecuentemente rehusado por los afectados.

Frente a esta situación se pueden barajar diversas alternativas. Se podría dotar a la autoridad administrativa de una potestad de intervención previa en la homologación de tarifas, al modo de algunos organismos existentes en otros países como, por ejemplo, la Comisión de Derecho de Autor de Canadá, que se perfila como un organismo de regulación económica investido del poder de establecer, sea directamente por ley o a demanda de los interesados, las remuneraciones por la utilización de obras protegidas cuando la gestión de éstas está confiada a las entidades de gestión colectiva. O bien, dentro de una línea menos intervencionista, podría encomendarse a la autoridad la facultad de establecer tarifas sustitutorias a falta de un acuerdo entre las partes⁴¹, si bien esta vía, ya contemplada en la normativa vigente, no parece haber dado los resultados esperados⁴².

⁴¹ Ésta parece ser la opción que se recoge finalmente en el documento Propuestas de la Unión de Televisión Comerciales Asociadas (UTECA) sobre la reforma de la legislación de propiedad intelectual para establecer un sistema razonable de remuneración aplicable a los operadores de televisión. <http://www.uteca.com>.

⁴² El Real Decreto 1248/1995, de 14 de julio, por el que se modifica parcialmente el Real Decreto 479/1989, de 5 de mayo, regulador de la composición y el procedimiento de actuación de la Comisión Arbitral de la Propiedad Intelectual, introdujo un procedimiento para que la Comisión fijara una cantidad sustitutoria de las tarifas generales a petición de una asociación de usuarios o de una entidad de radiodifusión.

La función de la autoridad administrativa en materia de mediación y establecimiento de tarifas sería especialmente relevante en relación con la remuneración por copia privada, puesto que se le podrían encomendar las competencias que en esta materia el Proyecto de Ley confía a los Ministerios de Cultura y de Industria, así como al Gobierno.

b) La intervención en los conflictos relativos a las medidas técnicas de protección de obras y el ejercicio de las excepciones a la propiedad intelectual, competencia que el Proyecto de Ley prevé que se confíe con carácter general a la jurisdicción ordinaria. Es evidente que, en un entorno tan transitorio y cambiante como el actual, difícilmente podrá alcanzarse una jurisprudencia clara y estable. El establecimiento de las directrices en torno a esta cuestión debería corresponder a una administración especializada, que ejercería esta función a través de un procedimiento normativamente prefijado en el que pudieran expresar sus posiciones las diversas partes afectadas y sin perjuicio, como es obvio, del control judicial ulterior de sus resoluciones.

c) El control de las obligaciones de las entidades de gestión colectiva. Todas las partes que han presentado observaciones en el proceso de consulta desarrollado por la Comisión Europea sobre la gestión colectiva en el mercado interior coinciden en señalar la conveniencia de que se refuercen los mecanismos de control público sobre las entidades de gestión, si bien se discute si esta labor debe acometerse separadamente por los Estados miembros o deben establecerse algunas normas comunes a nivel europeo.

En nuestro país, la LPI establece la competencia del Ministerio de Cultura para autorizar la constitución de entidades de gestión y aprobar la modificación de sus estatutos. Por otra parte, en el artículo 159 se contemplan diversas facultades de intervención administrativa en orden a la inspección y el control de las entidades de gestión. La sentencia del Tribunal Constitucional 196/1997, de 13 de noviembre de 1997, resolviendo unos conflictos de competencia acumulados, consideró que la atribución al Ministerio de Cultura de estas facultades de control vulneraba la distribución constitucional de competencias, puesto que se trata de “funciones sobre actividades regladas que son por ello típicamente ejecutivas” y que, por lo tanto, pueden corresponder a las comunidades autónomas. Esta decisión del Alto Tribunal ha introducido un elemento distorsionador en el ejercicio práctico del control público sobre las entidades de gestión, que deberá ser tenido en consideración a la hora de repensar el actual sistema de organización administrativa en materia de propiedad intelectual.

Pero, más allá de esta cuestión, hay que destacar que las facultades de control previstas en la LPI no se traducen en posibilidades de actuación para la administración. Lo único que contempla la Ley es la facultad del Ministerio de Cultura para revocar la autorización otorgada a la entidad de gestión en caso de incumplimiento grave de las obligaciones legales. Si es necesario concretar las obligaciones de las entidades de gestión en determinados aspectos, también será oportuno concretar las consecuencias derivadas de su incumplimiento y habilitar a la administración cultural para que adopte las medidas ne-

cesarias, distintas de la revocación de la autorización, que sólo puede entenderse como una medida extraordinaria de muy difícil aplicación. El seguimiento y control de las entidades de gestión podría encomendarse a una comisión específicamente creada a tal fin, en el seno del organismo competente en materia de propiedad intelectual que se propone crear, que sería competente para elevar al Consejo del organismo las propuestas necesarias para mejorar la gestión de derechos realizada por las entidades colectivas⁴³.

El ejercicio de las competencias del organismo que se propone debería reflejarse en la elaboración y publicación de un informe anual, donde quedara reflejada su actividad y las decisiones adoptadas en los diferentes campos de actividad. Un documento de este tipo podría tener un papel esencial para facilitar el debate público sobre la política de propiedad intelectual, un aspecto esencial de la sociedad de la información.

3.3 Una revisión de la política y el marco jurídico internacional y comunitario

La revisión de la orientación política y el marco jurídico de la propiedad intelectual se demanda, cada vez con mayor intensidad, por parte de grupos de presión y especialistas. Dos temas en particular cuentan con un amplio apoyo: la introducción de la perspectiva de los intereses de los países en vías de desarrollo en el marco de las organizaciones internacionales que tienen atribuidas competencias en materia de propiedad intelectual, y la reducción de los plazos de protección de la propiedad intelectual, que se han ido, progresivamente, ampliando, y que pueden percibirse como un obstáculo para el avance de la creación.

La inclusión de la propiedad intelectual entre las negociaciones desarrolladas en el marco de la Organización Mundial del Comercio a partir de 1994, con la adopción del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, ha determinado la obligación de todos los Estados, con independencia de su grado de desarrollo y de sus necesidades reales de acceso a la cultura y al conocimiento, de establecer sistemas eficaces de protección de la propiedad intelectual siguiendo los modelos occidentales.

La revisión de esta extensión sin matices del sistema de propiedad intelectual a los países con menor grado de desarrollo se ha comenzado a plantear a nivel institucional a partir de la aprobación, en octubre de 2004, en la asamblea general de la Organización Mundial

⁴³ El modelo a seguir, en este punto, podría ser la francesa Commission permanente de contrôle des sociétés de perception et de répartition des droits d'auteurs. Los informes elaborados anualmente por dicha comisión ofrecen abundante información acerca de los problemas que se plantean en la gestión colectiva, especialmente en materia de costes de la gestión de derechos y de relaciones internas entre las entidades y sus representados. Estos informes pueden encontrarse en <http://www.culture.gouv.fr/culture/actualites/index.htm>.

de la Propiedad Intelectual (OMPI), de un documento propuesto por Brasil y Argentina conocido como Agenda del Desarrollo. Debe apoyarse en los distintos foros internacionales esta línea de acción política en defensa de un derecho de la propiedad intelectual que no aumente las disparidades entre el mundo industrializado y los países en desarrollo, sino que, por el contrario, facilite el acceso de éstos a la tecnología, a la información y a la cultura. También debería preconizarse, en estos foros, la necesidad de que se efectúe una interpretación de la denominada “prueba de las tres etapas” que sea respetuosa con la competencia que tienen los Estados para determinar el alcance de las excepciones a los derechos de propiedad intelectual como parte esencial de sus políticas culturales y tecnológicas⁴⁴.

La reducción de los plazos de duración de la propiedad intelectual es una propuesta que ha sido ampliamente difundida desde la doctrina norteamericana, sosteniéndose, en este sentido, la necesidad de volver a un sistema de formalidades previas para la protección de las obras por parte del sistema de propiedad intelectual. En efecto, el sistema de registro de obras, denostado en la cultura europea como una carga excesiva para los autores, puede ser un mecanismo eficaz para procurar una mayor afluencia de obras al dominio público, frente al automatismo con que las obras, por el mero hecho de su creación, ingresan hoy en la órbita de protección de la propiedad intelectual y se restringe su libre utilización. En el mismo sentido, se propone establecer un sistema de protección en dos fases, otorgando un plazo inicial de protección a las obras, mediante su registro, y un segundo plazo de protección a partir de la renovación de esa inscripción.

Un sistema de registro de obras, por otro lado, favorecería el conocimiento general de los derechos existentes sobre las obras y su titularidad, de modo que se facilitaría la negociación de las autorizaciones precisas para la utilización de las obras, y se promovería así en su conjunto la creación intelectual. Es evidente que ésta debe ser entendida como un proceso que se nutre de las obras preexistentes en cada momento, por lo que la simplificación de los mecanismos para obtener los derechos de uso sobre obras previas es un imperativo vital de la creación (Lessig, 2005).

Las propuestas en torno a la reducción de la duración de la propiedad intelectual forman parte de una preocupación más general por incrementar el dominio público de la información y la cultura, seriamente amenazado hoy por un omnipresente sistema de protección de la propiedad intelectual que rebaja, progresivamente, los requisitos de originalidad o de altura creativa que deben tener las obras para caer bajo el paraguas de la propiedad intelectual. Un sistema que incluye, cada vez más, la protección de las ideas y de la

⁴⁴ La decisión de la OMC, de 27 de junio de 2000, sobre el litigio que enfrentaba a las Comunidades Europeas y a los Estados Unidos de América en torno a la compatibilidad de una excepción prevista en la legislación estadounidense con el Derecho internacional sobre propiedad intelectual, evidencia que se viene admitiendo la competencia de esta organización para juzgar las legislaciones nacionales sobre excepciones a la propiedad intelectual. Sobre esta Decisión puede verse Gaubiac (2003).

mera inversión económica permite la apropiación privada de datos e informaciones de carácter público mediante su inclusión en bases de datos o en servicios de acceso condicional y favorece la reducción del alcance de las excepciones a los derechos de propiedad intelectual mediante la tutela jurídica de las medidas tecnológicas de protección de obras y servicios (Quéau, 2000). Entre las iniciativas para reforzar el dominio público de la información y la cultura se encuentran las de fomentar, desde el sector público, la digitalización de obras que han ingresado en el dominio público y el apoyo desde los poderes públicos a los diferentes tipos de licencias que propugnan el sistema de *copyleft*⁴⁵ en los diversos sectores del conocimiento y la creación para facilitar el uso libre y compartido de las obras sin finalidad comercial (Marandola, 2005).

Desde otra perspectiva, el Consejo Económico y Social francés demanda la adopción, en el marco de la Unesco, de una “carta universal de derechos de autor” en la cual se vuelva a situar al autor en el centro del sistema de propiedad intelectual y se atienda a la preservación de sus derechos morales sobre la creación, que han sido los grandes olvidados en la evolución del derecho de autor hacia un derecho económico de la propiedad de las industrias culturales (Bustamante, 2002).

El debate sobre la propiedad intelectual sólo se encuentra en sus inicios.

⁴⁵ El término *copyleft* describe un grupo de licencias que utilizan los principios del *copyright* con una finalidad distinta de la tradicional, para garantizar determinados usos libres de las obras, tales como su reproducción o su transformación. La aplicación de este tipo de licencias se inició en el ámbito del *software* y hoy se ha extendido también a la música, la literatura y el arte.

4. Conclusiones

La complejidad de las cuestiones planteadas por la propiedad intelectual en la actual sociedad de la información aconseja que el desarrollo del debate político y jurídico sobre la materia se efectúe en diversas etapas.

Una primera aproximación a la necesaria adaptación del sistema de propiedad intelectual al entorno digital ha sido realizada mediante el proceso de modificación de la Ley de Propiedad Intelectual para incorporar las disposiciones de la Directiva comunitaria sobre derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información. Sobre los temas contemplados en el debate parlamentario pueden realizarse las siguientes valoraciones:

- La necesidad de encontrar un equilibrio entre las medidas tecnológicas y el interés público aconseja realizar una regulación que permita el ejercicio más amplio posible de las excepciones a la propiedad intelectual. El carácter expansivo del derecho de propiedad intelectual debe compensarse, adecuadamente, con la garantía de los derechos de los ciudadanos de acceso a la cultura y el conocimiento. Es conveniente, en este sentido, adoptar las indicaciones dadas por el Consejo de Estado en su informe previo sobre el Proyecto de Ley presentado por el Gobierno.
- En el proceso de revisión de la regulación sobre préstamo público, que previsiblemente se seguirá como consecuencia del procedimiento abierto por la Comisión Europea contra los países que, como España, no han establecido un sistema de compensación equitativa por el ejercicio de esta excepción, debe valorarse la oportunidad de introducir nuevas excepciones al derecho de propiedad intelectual para promover nuevos servicios bibliotecarios y de documentación a cambio de la oportuna remuneración a los titulares de la propiedad intelectual. En esta línea, es esencial que el coste de la propiedad intelectual por usos libres realizados desde instituciones culturales y educativas públicas no tenga como consecuencia una disminución de los presupuestos económicos que éstas tengan asignados, debiendo, por ello, valorarse el incremento de gasto público subsiguiente a la autorización de nuevos usos libres bajo remuneración.
- El legislador debe optar, claramente, entre establecer un derecho de copia privada, impidiendo toda posibilidad de proteger las obras con medidas anticopia, o aceptar que la excepción de copia privada no podrá ejercerse en relación a obras tecnológicamente protegidas. Si bien la copia privada es una importante fuente de acceso a la cultura y al conocimiento, y por ello conviene preservar la posibilidad de su ejercicio, la necesi-

dad de tomar en cuenta todos los intereses en conflicto y las diferencias apreciables entre sectores industriales aconseja que el legislador adopte una postura neutral, aceptando la posibilidad de que las industrias culturales decidan bloquear sus productos tecnológicamente para impedir la copia privada.

- La decisión de permitir el bloqueo tecnológico, desfavorable para el interés público de acceso a una cultura abierta, debe acompañarse de algunas cautelas:
 - a) Se deben establecer garantías para el consumidor de obras tecnológicamente protegidas.
 - b) Deben introducirse, también, garantías para que la decisión de protección tecnológica se adopte, de forma equilibrada, con la participación de todos los titulares de derechos sobre la obra.
 - c) Las obras que lleven sistema anticopia no recibirán remuneración por copia privada y el volumen de las obras protegidas tecnológicamente deberá tenerse en cuenta a la hora de concretar el sistema de compensación por copia privada.
 - d) Los comportamientos de elusión de medidas tecnológicas sin fines comerciales sólo deben tener una sanción en la vía civil. En este sentido, es conveniente efectuar una revisión de la regulación sobre los delitos de propiedad intelectual contemplados en la reforma del Código Penal del año 2003, acomodándola a la nueva regulación civil sobre protección de medidas tecnológicas. Debe establecerse, con claridad, que la frontera divisoria entre los delitos y las infracciones civiles a los derechos de la propiedad intelectual es la concurrencia o no del ánimo comercial, directo o indirecto, en la comisión del acto ilícito.
- El sistema de compensación equitativa se reforzará en el entorno digital, dado el interés en fomentar obras libres de sistemas anticopia. En especial, interesa no excluir legalmente los discos duros u otros sistemas de almacenamiento, dado que, en el futuro, serán los medios que se utilicen preferentemente para realizar y almacenar las copias privadas de las obras. El legislador debe trazar las líneas directrices del sistema de compensación, pero la regulación concreta del sistema y su administración deben confiarse a un órgano especializado, que sea capaz de hacer un seguimiento continuado del sistema, dado que éste se encuentra sometido a la acelerada evolución de la tecnología y de sus usos sociales, así como a la propia evolución que decida la industria en cuanto al volumen de obras protegidas tecnológicamente excluidas del sistema de compensación por copia privada.
- El reparto de las cantidades obtenidas por las entidades de gestión como consecuencia del sistema de compensación por copia privada, así como el destino dado al fondo de formación y promoción que las entidades deben reservar, conforme a lo establecido en la LPI, deben ser objeto de un control público, estableciéndose algún tipo de mecanismo de coordinación con la política cultural de las administraciones públicas.

- Es conveniente fomentar, en el ámbito comunitario, la armonización de los sistemas nacionales de compensación por copia privada.

Los problemas planteados por la protección de la propiedad intelectual frente a la distribución en línea de obras a través de Internet apenas han sido abordados, todavía, en nuestro país. Con el objetivo de obtener el control en la distribución de obras en Internet, se viene aceptando, generalmente, que es necesario avanzar simultáneamente en dos líneas de acción: la represión del amplio fenómeno del intercambio no autorizado de obras en los sistemas de tipo *peer to peer* y el desarrollo de modelos legales de negocio para la transmisión de obras en línea. Una primera línea de intervención debe contemplar los siguientes aspectos:

- Es necesario establecer los límites de la intervención represiva del Estado para conciliar los intereses de los titulares de la propiedad intelectual con los derechos y libertades de los ciudadanos. La legislación penal debe excluir, con claridad, de su ámbito de aplicación el intercambio no autorizado de obras protegidas por la propiedad intelectual a través de Internet, cuando se realice sin fines comerciales directos o indirectos.
- No debe modificarse el sistema de responsabilidad jurídica actual de los intermediarios técnicos de Internet para obtener una mayor eficacia en la represión del intercambio no autorizado de obras. El derecho a la intimidad y la libertad de comunicación en la red deben primar sobre los intereses de los titulares de la propiedad intelectual. Sería conveniente, sin embargo, analizar la responsabilidad económica de los operadores de redes y proveedores de acceso a Internet y la posibilidad de que contribuyan al sistema de compensación por copia privada.
- Las medidas dirigidas a los proveedores de servicios de la sociedad de la información para que retiren contenidos ilícitos o para que impidan su tráfico deben respetar las garantías establecidas en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y, en todo caso, deben ser adoptadas por la autoridad judicial.
- Debe potenciarse la gestión colectiva en el desarrollo de los nuevos modelos legales de negocio consistentes en la distribución en línea de obras protegidas, al tiempo que debe incrementarse la vigilancia sobre los eventuales comportamientos anticompetitivos derivados de la gestión individualizada de derechos de propiedad intelectual. Igualmente deben adoptarse las adecuadas cautelas frente a los sistemas digitales de gestión de derechos, para preservar el derecho a la intimidad de los ciudadanos y sus intereses como consumidores y usuarios.
- Eventualmente puede ser necesario considerar, a nivel comunitario, la posibilidad de establecer una gestión colectiva obligatoria del derecho de puesta a disposición del público de obras a través de Internet, en aquellos sectores donde se demuestre que el

ejercicio individual de los mismos constituye un obstáculo para la libre competencia en el nuevo mercado de distribución en línea.

- Es necesario abrir un debate acerca de las disposiciones de la LPI que regulan los derechos exclusivos y de remuneración por comunicación pública, así como sobre la manera en que son ejercidos por los distintos colectivos que son titulares de los mismos.
- Si el mercado no fuera capaz de atraer a la oferta legal a los actuales usuarios de sistemas de distribución *peer to peer*, deberían considerarse las distintas propuestas formuladas para permitir estos intercambios a cambio de una compensación equitativa para los titulares de la propiedad intelectual.

En paralelo a la resolución de los problemas vinculados a la distribución de obras en Internet, es necesario, también, acometer algunas reformas estructurales en el ámbito de la propiedad intelectual:

- La revisión de los aspectos legales en materia de gestión colectiva tendrá que ser objeto de una atención preferente. La gestión colectiva debe adaptarse a las dimensiones transnacionales del mercado abierto alrededor de las nuevas redes digitales. Con independencia de las propuestas de la Comisión Europea, que deberán seguirse atentamente, es conveniente concretar algunas obligaciones de las entidades de gestión colectiva, especialmente en materia de publicidad, e incrementar los márgenes del control público sobre el cumplimiento de las mismas. Podría analizarse el establecimiento de una intervención pública en el proceso de fijación de tarifas por parte de las entidades, como vía alternativa o complementaria al procedimiento de arbitraje que se sigue en la actualidad. Un tercer tema, de especial importancia, es el reparto de los fondos derivados de la compensación por copia privada, que por obligación legal las entidades deben reservar para fines de formación y promoción.
- Sería conveniente crear una autoridad administrativa dotada de amplios poderes de ordenación jurídica y económica en materia de propiedad intelectual. Esta autoridad podría incluir dentro de su organización administrativa un órgano de representación del sector, como cauce de debate y de integración de los distintos sectores afectados. La autoridad asumiría las funciones administrativas en materia de remuneración compensatoria por copia privada, pero, además, tendría una capacidad ejecutiva para la resolución de los conflictos entre entidades de gestión y entre éstas y los colectivos de usuarios; podría intervenir en el proceso de fijación de tarifas por parte de las entidades de gestión; velaría por el respeto de las entidades a las obligaciones legalmente fijadas, especialmente en materia de publicidad; y tendría capacidad para efectuar propuestas en orden a las modificaciones para adaptar la normativa a los cambios en el entorno social, tecnológico e industrial de la propiedad intelectual.

- Debe atenderse y fomentarse el debate internacional y comunitario acerca de la orientación global que ha seguido la política y el derecho de propiedad intelectual en los últimos años. Los plazos de protección de los derechos, las medidas para defender el dominio público de obras frente a su apropiación privada, la incorporación de las necesidades propias de los países en vías de desarrollo a la política internacional de *copyright* y la preservación de la soberanía de los Estados para establecer limitaciones a los derechos de propiedad intelectual por motivos de interés público son, en este sentido, temas prioritarios.

Bibliografía

- Bernaut, C., y Lebois, A. (2005), Peer-to-peer et propriété littéraire et artistique. Etude de faisabilité sur un système de compensation pour l'échange des oeuvres sur internet, <http://www.lalliance.org>.
- Brugidou, A., y Kahn, G. (2005), Charte pour le développement de l'offre légale de musique en ligne, le respect de la propriété intellectuelle et la lutte contre la piraterie numérique: étude des solutions de filtrage des échanges de musique sur Internet dans le domaine du peer-to-peer: rapport d'étude. <http://www.culture.gouv.fr/culture/actualites>.
- Bustamante, E. (coord.) (2002), Hacia un nuevo sistema mundial de comunicación y cultura, Barcelona, Gedisa.
- Carbajón Cascón, F. (2004), El pulso en torno a la copia privada, *Pe.i Revista de Propiedad Intelectual*, n. 16.
- Dussolier, S., Pouillet, Y., Buydens, M. (2000), Derecho de autor y acceso a la información en el entorno numérico, *Boletín de derecho de autor*, Unesco.
- Ficsor, M. (2003), La gestión colectiva del derecho de autor y los derechos conexos en una triple encrucijada: ¿deberá seguir siendo voluntaria o podría "ampliarse" o establecerse con carácter obligatorio?, *Boletín de derecho de autor*, Unesco.
- Fisher, W. (2004), An Alternative Compensation System, <http://www.olin.stanford.edu>.
- Garrote Fernández-Díez, L. (2001), El derecho de autor en Internet. La Directiva sobre derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información, Granada, Comares.
- Garrote Fernández-Díez, L. (2005), La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual, Granada, Comares.
- Gaubiac, Y. (2003), Las excepciones y limitaciones al Derecho de autor en el sentido del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPI, *Boletín de derecho de autor*, Unesco.
- Gensollen, M. (2005), Distribution de contenus sur Internet: commentaire sur le projet de taxation de l'upload. <http://www.fing.org>.
- González de Alaiza Cardona, J. J. (2004), La lucha de los titulares de los derechos de autor contra las redes *peer to peer* (P2P)", en *Pe.i Revista de Propiedad Intelectual*, n. 18.
- Kreile, R., y Becker, J. (2003). La legitimación, la práctica y el futuro de la copia privada. Un artículo en que se utiliza como ejemplo el sistema de la copia privada en Alemania, *Boletín de derecho de autor*, Unesco.
- Lessig, L. (2005), Cultura libre. Cómo los grandes medios están usando la tecnología y las leyes para encerrar la cultura y controlar la creatividad, traducción de Antonio Córdoba, <http://www.elático.net/archives/001222.html>.

Lewinski, S. (2005), Algunos problemas jurídicos relacionados con la puesta a disposición a través de las redes digitales de obras artísticas y literarias así como de otros objetos, *Boletín de derecho de autor*, Unesco.

Marandola, M. (2005), ¿Un nuevo derecho de autor? Introducción al *copyleft*, acceso abierto y *creative commons*, Madrid, Derecho de Autor SL.

Miró Linares, F. (2005), Internet y delitos contra la propiedad intelectual, Madrid, Fundación Autor.

Muller, M. (2004), Les Droits d’Auteur, Informe presentado al Consejo Económico y Social de Francia, <http://www.conseil-economique-et-social.fr>.

Quéau, P. (2000), La planète des esprits, Editions Odile Jacob.

Documentos de trabajo publicados

- 1/2003. **Servicios de atención a la infancia en España: estimación de la oferta actual y de las necesidades ante el horizonte 2010.** María José González López.
- 2/2003. **La formación profesional en España. Principales problemas y alternativas de progreso.** Francisco de Asís de Blas Aritio y Antonio Rueda Serón.
- 3/2003. **La Responsabilidad Social Corporativa y políticas públicas.** Alberto Lafuente Félez, Víctor Viñuales Edo, Ramón Pueyo Viñuales y Jesús Llaría Aparicio.
- 4/2003. **V Conferencia Ministerial de la OMC y los países en desarrollo.** Gonzalo Fanjul Suárez.
- 5/2003. **Nuevas orientaciones de política científica y tecnológica.** Alberto Lafuente Félez.
- 6/2003. **Repensando los servicios públicos en España.** Alberto Infante Campos.
- 7/2003. **La televisión pública en la era digital.** Alejandro Perales Albert.
- 8/2003. **El Consejo Audiovisual en España.** Ángel García Castillejo.
- 9/2003. **Una propuesta alternativa para la Coordinación del Sistema Nacional de Salud español.** Javier Rey del Castillo.
- 10/2003. **Regulación para la competencia en el sector eléctrico español.** Luis Atienza Serna y Javier de Quinto Romero.
- 11/2003. **El fracaso escolar en España.** Álvaro Marchesi Ullastres.
- 12/2003. **Estructura del sistema de Seguridad Social. Convergencia entre regímenes.** José Luis Tortuero Plaza y José Antonio Panizo Robles.
- 13/2003. **The Spanish Child Gap: Rationales, Diagnoses, and Proposals for Public Intervention.** Fabrizio Bernardi.
- 13*/2003. **El déficit de natalidad en España: análisis y propuestas para la intervención pública.** Fabrizio Bernardi.
- 14/2003. **Nuevas fórmulas de gestión en las organizaciones sanitarias.** José Jesús Martín Martín.
- 15/2003. **Una propuesta de servicios comunitarios de atención a personas mayores.** Sebastián Sarasa Urdiola.
- 16/2003. **El Ministerio Fiscal. Consideraciones para su reforma.** Olga Fuentes Soriano.
- 17/2003. **Propuestas para una regulación del trabajo autónomo.** Jesús Cruz Villalón.
- 18/2003. **El Consejo General del Poder Judicial. Evaluación y propuestas.** Luis López Guerra.
- 19/2003. **Una propuesta de reforma de las prestaciones por desempleo.** Juan López Gandía.
- 20/2003. **La Transparencia Presupuestaria. Problemas y Soluciones.** Maurici Lucena Betriu.
- 21/2003. **Análisis y evaluación del gasto social en España.** Jorge Calero Martínez y Mercè Costa Cuberta.
- 22/2003. **La pérdida de talentos científicos en España.** Vicente E. Larraga Rodríguez de Vera.
- 23/2003. **La industria española y el Protocolo de Kioto.** Antonio J. Fernández Segura.
- 24/2003. **La modernización de los Presupuestos Generales del Estado.** Enrique Martínez Robles, Federico Montero Hita y Juan José Puerta Pascual.
- 25/2003. **Movilidad y transporte. Opciones políticas para la ciudad.** Carme Miralles-Guasch y Àngel Cebollada i Frontera.
- 26/2003. **La salud laboral en España: propuestas para avanzar.** Fernando G. Benavides.
- 27/2003. **El papel del científico en la sociedad moderna.** Pere Puigdomènech Rosell.
- 28/2003. **Tribunal Constitucional y Poder Judicial.** Pablo Pérez Tremps.
- 29/2003. **La Audiencia Nacional: una visión crítica.** José María Asencio Mellado.
- 30/2003. **El control político de las misiones militares en el exterior.** Javier García Fernández.
- 31/2003. **La sanidad en el nuevo modelo de financiación autonómica.** Jesús Ruiz-Huerta Carbonell y Octavio Granado Martínez.

- 32/2003. **De una escuela de mínimos a una de óptimos: la exigencia de esfuerzo igual en la Enseñanza Básica.** Julio Carabaña Morales.
- 33/2003. **La difícil integración de los jóvenes en la edad adulta.** Pau Baizán Muñoz.
- 34/2003. **Políticas de lucha contra la pobreza y la exclusión social en España: una valoración con EspaSim.** Magda Mercader Prats.
- 35/2003. **El sector del automóvil en la España de 2010.** José Antonio Bueno Oliveros.
- 36/2003. **Publicidad e infancia.** Purificación Llaquet, M^a Adela Moyano, María Guerrero, Cecilia de la Cueva, Ignacio de Diego.
- 37/2003. **Mujer y trabajo.** Carmen Sáez Lara.
- 38/2003. **La inmigración extracomunitaria en la agricultura española.** Emma Martín Díaz.
- 39/2003. **Telecomunicaciones I: Situación del Sector y Propuestas para un modelo estable.** José Roberto Ramírez Garrido y Juan Vega Esquerrá.
- 40/2003. **Telecomunicaciones II: Análisis económico del sector.** José Roberto Ramírez Garrido y Álvaro Escribano Sáez.
- 41/2003. **Telecomunicaciones III: Regulación e Impulso desde las Administraciones Públicas.** José Roberto Ramírez Garrido y Juan Vega Esquerrá.
- 42/2004. **La Renta Básica. Para una reforma del sistema fiscal y de protección social.** Luis Sanzo González y Rafael Pinilla Pallejà.
- 43/2004. **Nuevas formas de gestión. Las fundaciones sanitarias en Galicia.** Marciano Sánchez Bayle y Manuel Martín García.
- 44/2004. **Protección social de la dependencia en España.** Gregorio Rodríguez Cabrero.
- 45/2004. **Inmigración y políticas de integración social.** Miguel Pajares Alonso.
- 46/2004. **TV educativo-cultural en España. Bases para un cambio de modelo.** José Manuel Pérez Tornero.
- 47/2004. **Presente y futuro del sistema público de pensiones: Análisis y propuestas.** José Antonio Griñán Martínez.
- 48/2004. **Contratación temporal y costes de despido en España: lecciones para el futuro desde la perspectiva del pasado.** Juan J. Dolado y Juan F. Jimeno.
- 49/2004. **Propuestas de investigación y desarrollo tecnológico en energías renovables.** Emilio Menéndez Pérez.
- 50/2004. **Propuestas de racionalización y financiación del gasto público en medicamentos.** Jaume Puig-Junoy y Josep Llop Talaverón.
- 51/2004. **Los derechos en la globalización y el derecho a la ciudad.** Jordi Borja.
- 52/2004. **Una propuesta para un comité de Bioética de España.** Marco-Antonio Broggi Trias.
- 53/2004. **Eficacia del gasto en algunas políticas activas en el mercado laboral español.** César Alonso-Borrego, Alfonso Arellano, Juan J. Dolado y Juan F. Jimeno.
- 54/2004. **Sistema de defensa de la competencia.** Luis Berenguer Fuster.
- 55/2004. **Regulación y competencia en el sector del gas natural en España. Balance y propuestas de reforma.** Luis Atienza Serna y Javier de Quinto Romero.
- 56/2004. **Propuesta de reforma del sistema de control de concentraciones de empresas.** José M^a Jiménez Laiglesia.
- 57/2004. **Análisis y alternativas para el sector farmacéutico español a partir de la experiencia de los EE UU.** Rosa Rodríguez-Monguió y Enrique C. Seoane Vázquez.
- 58/2004. **El recurso de amparo constitucional: una propuesta de reforma.** Germán Fernández Farreres.
- 59/2004. **Políticas de apoyo a la innovación empresarial.** Xavier Torres.
- 60/2004. **La televisión local entre el limbo regulatorio y la esperanza digital.** Emili Prado.
- 61/2004. **La universidad española: soltando amarras.** Andreu Mas-Colell.
- 62/2005. **Los mecanismos de cohesión territorial en España: un análisis y algunas propuestas.** Ángel de la Fuente.
- 63/2005. **El libro y la industria editorial.** Gloria Gómez-Escalonilla.
- 64/2005. **El gobierno de los grupos de sociedades.** José Miguel Embid Irujo, Vicente Salas Fumás.
- 65(I)/2005. **La gestión de la demanda de electricidad Vol. I.** José Ignacio Pérez Arriaga, Luis Jesús Sánchez de Tembleque, Mercedes Pardo.

- 65(II)/2005. **La gestión de la demanda de electricidad Vol. II (Anexos)**. José Ignacio Pérez Arriaga, Luis Jesús Sánchez de Tembleque, Mercedes Pardo.
- 66/2005. **Responsabilidad patrimonial por daño ambiental: propuestas de reforma legal**. Ángel Manuel Moreno Molina.
- 67/2005. **La regeneración de barrios desfavorecidos**. María Bruquetas Callejo, Fco. Javier Moreno Fuentes, Andrés Walliser Martínez.
- 68/2005. **El aborto en la legislación española: una reforma necesaria**. Patricia Laurenzo Copello.
- 69/2005. **El problema de los incendios forestales en España**. Fernando Estirado Gómez, Pedro Molina Vicente.
- 70/2005. **Estatuto de laicidad y Acuerdos con la Santa Sede: dos cuestiones a debate**. José M.^a Contreras Mazarío, Óscar Celador Angón.
- 71/2005. **Posibilidades de regulación de la eutanasia solicitada**. Carmen Tomás-Valiente Lanuza.
- 72/2005. **Tiempo de trabajo y flexibilidad laboral**. Gregorio Tudela Cambroner, Yolanda Valdeolivas García.
- 73/2005. **Capital social y gobierno democrático**. Francisco Herreros Vázquez.
- 74/2005. **Situación actual y perspectivas de desarrollo del mundo rural en España**. Carlos Tió Saralegui.
- 75/2005. **Reformas para revitalizar el Parlamento español**. Enrique Guerrero Salom.
- 76/2005. **Rivalidad y competencia en los mercados de energía en España**. Miguel A. Lasheras.
- 77/2005. **Los partidos políticos como instrumentos de democracia**. Henar Criado Olmos.
- 78/2005. **Hacia una deslocalización textil responsable**. Isabel Kreisler.
- 79/2005. **Conciliar las responsabilidades familiares y laborales: políticas y prácticas sociales**. Juan Antonio Fernández Cordón y Constanza Tobío Soler.
- 80/2005. **La inmigración en España: características y efectos sobre la situación laboral de los trabajadores nativos**. Raquel Carrasco y Carolina Ortega.
- 81/2005. **Productividad y nuevas formas de organización del trabajo en la sociedad de la información**. Rocío Sánchez Mangas.