La propiedad intelectual en la sociedad de la información

Leer para descansar tranquilo

Fernando Carbajo Cascón

Fundación Germán Sánchez Ruipérez

CENTRO INTERNACIONAL DE TECNOLOGÍAS AVANZADAS

Contenido

Presentación de autor 5

Ficha técnica 5

I. Introducción a la Propiedad Intelectual. Derechos de autor y derechos afines o conexos 7

II. Cultura, información y mercado en la sociedad del conocimiento 11

III. Propiedad y acceso 15

IV. La adaptación de los derechos de propiedad intelectual al entorno digital. Aspectos básicos del copyright digital 21

V. Modelos de negocio en Internet 33

VI. Límites a los derechos exclusivos en Internet 39

VII. Conocimiento libre, acceso abierto 53

VIII. La piratería Digital 65

Cuanto estés conectado 77

PRESENTACIÓN DEL AUTOR

Fernando Carbajo Cascón es Profesor Titular de Derecho Mercantil de la Universidad de Salamanca, institución en la que ejerce también labores de Vicedecano de Docencia y Relaciones Institucionales de la Facultad de Derecho. Además, es Magistrado Suplente de la Audiencia Provincial de Salamanca desde 1999. Como experto en Derecho de la Competencia y de la Propiedad Industrial e Intelectual, ha prestado especial atención a la influencia que sobre estos campos ejercen las TIC y el comercio electrónico. Es investigador principal del Grupo de Investigación Reconocido de la USAL «Propiedad Intelectual, Innovación y Desarrollo Socioeconómico». Habitualmente, acude como profesor invitado.

FICHA TÉCNICA

Autor: Fernando Carbajo Cascón

Título: Propiedad Intelectual en la sociedad de la información. Leer para descansar tranquilo

Diseño electrónico y maquetación: Mares Virtuales y María García Rodríguez

Coordinación de la edición: Centro Internacional de Tecnologías Avanzadas.

Fundación Germán Sánchez Ruipérez

@copyright del texto del autor

@copyright de esta edición: Ediciones Bracamonte Plaza de España, 14. 37300 Peñaranda de Bracamonte. Salamanca. Telf.- 923 56 83 84 / 923 54 12 00

Edición no venal

FUTURE
START

I. INTRODUCCIÓN A LA PROPIEDAD INTELECTUAL. DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS AFINES O CONEXOS.

La propiedad intelectual está integrada por dos clases de derechos independientes, aunque compatibles y acumulables entre sí: los *derechos de autor* y los *derechos conexos o afines*.

Los *derechos de autor* recaen sobre creaciones intelectuales originales literarias, artísticas o científicas a las que denominamos en términos genéricos "*obras*". Los *derechos conexos* recaen sobre "*prestaciones*" personales de tipo profesional (una interpretación artística o una ejecución musical) o industriales (un fonograma, una grabación audiovisual, una emisión de radio o televisión) que generalmente sirven como vehículo de expresión y difusión de una obra preexistente.

Mediante el reconocimiento de un derecho de propiedad intelectual se concede un derecho exclusivo o absoluto sobre una creación intelectual o sobre una determinada prestación personal o industrial conexa, el cual permite a su titular (propietario) utilizar o explotar con exclusividad la obra o prestación sobre la que recae el derecho e impedir a terceros el uso o explotación de la misma si no cuentan con su autorización.

El derecho de autor se compone de derechos o facultades morales y derechos o facultades patrimoniales.

Entre los derechos morales destacan el derecho a decidir la divulgación, el derecho de paternidad o el derecho a exigir el respeto a la integridad de la obra.

Entre los derechos patrimoniales destacan los derechos de explotación (reproducción, distribución, comunicación pública y transformación) y los derechos de mera remuneración (compensación equitativa por copia privada, remuneración equitativa por préstamo público, remuneración equitativa por actos de comunicación en establecimientos abiertos al público).

Los derechos conexos sólo disponen de una dimensión patrimonial, salvo en el caso de los intérpretes y ejecutantes, a los que -como a los autores- se les reconocen también derechos morales.

La concesión de estos derechos exclusivos sirve para incentivar la creación, la innovación y la inversión en creaciones de tipo cultural, informativo o de entretenimiento, estimulando la competencia en el sector (industrias culturales) y el desarrollo de la sociedad de la información en beneficio de los consumidores. El efecto final perseguido es un aumento considerable de las obras y prestaciones disponibles en el mercado, lo cual favorece el desarrollo industrial, el consumo y la cultura e información en general.

Ahora bien, precisamente para garantizar la creación e innovación, así como el acceso a la cultura, la educación y la información a todos los ciudadanos, las leyes sobre propiedad intelectual establecen unos *límites* a los derechos exclusivos de autores y titulares de derechos conexos. Estos límites se basan en la función social de la propiedad reconocida en la Constitución y con ellos se pretende garantizar un equilibrio entre los intereses particulares de los titulares de derechos exclusivos y los intereses generales o de la colectividad.

Límites temporales, de modo que transcurrido el plazo de protección el derecho caduca y la creación o prestación protegida cae en el dominio público, pudiendo ser aprovechada por cualquiera con fines comerciales o

no comerciales. Los derechos de autor duran toda la vida del autor más setenta años después de su fallecimiento. Los derechos conexos oscilan en función de la prestación protegida: desde los 15 años de las bases de datos a los 50 de las emisiones de radio y televisión o los 70 de los fonogramas y de los intérpretes y ejecutantes.

Límites materiales, que dentro del periodo de protección permiten en casos muy puntuales tasados por la Ley la utilización de las obras o prestaciones protegidas sin necesidad de contar con la autorización de sus respectivos titulares: desde la copia privada, la cita, la ilustración con fines de enseñanza e investigación o el préstamo en bibliotecas y archivos, al uso de informaciones de actualidad con fines informativos, la reproducción para invidentes o la parodia.

II. CULTURA, INFORMACIÓN Y MERCADO EN LA SOCIEDAD DEL CONOCIMIENTO.

Internet y el ciberespacio son la principal muestra, el paradigma, de la Sociedad de la Información, representando por igual un espacio para la libre difusión de información de todo tipo y un espacio de mercado o comercial donde los principales objetos de comercio (comercio electrónico) son, precisamente, los materiales de tipo cultural, informativo o de entretenimiento protegidos por derechos de autor y derechos conexos.

Internet es la máxima representación de **la Sociedad de la Información; la sociedad conectada; la sociedad del conocimiento**. Pero también es la máxima expresión del **mercado electrónico o virtual**; de la **e-economía**; del moderno **capitalismo cultural o capitalismo cognitivo**.

A partir de aquí, son conocidas las tensiones que se producen entre los partidarios de reforzar el derecho de propiedad intelectual para impedir el acceso no autorizado a contenidos digitales, y quienes abogan por potenciar el acceso libre, gratuito y universal a todo tipo de información al margen de la propiedad intelectual.

Desde el sector de los creadores y de la industria se defiende un derecho de propiedad intelectual fuerte, ayudado por el derecho a utilizar medidas tecnológicas de protección y sistemas de gestión digital de derechos, así como nuevas fórmulas contractuales (licencias de uso), que permiten controlar el acceso y uso de contenidos protegidos.

Desde el sector de los usuarios (consumidores finales, bibliotecas, archivos, universidades, centros de investigación, webs de información, bloggers) se reclama un mayor margen

de aplicación de los límites o excepciones a los derechos exclusivos de propiedad intelectual para fomentar el acceso libre a la información. Y se estimula la utilización de modelos de difusión que faciliten el acceso libre y abierto a materiales protegidos (licencias Creative Commons, repositorios, programas de intercambio de archivos P2P; webs de enlaces y sitios de almacenamiento masivo).

Internet ofrece nuevas alternativas para la creación y difusión de información al margen de la industria de la cultura y medios de comunicación que, hasta la fecha, acaparaban el control de lo que debía publicarse y difundirse entre el público. Pero eso no puede servir para ignorar los aspectos positivos de la propiedad intelectual y apartarla como un modelo obsoleto, pues sirve como incentivo esencial para la existencia de creaciones y producciones de calidad que satisfagan las expectativas y necesidades de los consumidores de bienes culturales e informativos.

Es posible encontrar un punto de equilibrio entre ambas visiones del nuevo modelo de sociedad y economía basado en la información. El problema reside en encontrar el punto de equilibrio correcto, ante el avance imparable de las tecnologías de la información.

III. PROPIEDAD Y ACCESO.

La protección del derecho de autor abarcará las expresiones pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí. Tampoco se aplica el derecho de autor a las noticias del día ni de los sucesos que tengan el carácter de simples informaciones de prensa. La propiedad intelectual no protege las ideas, ni la cultura en general ni las meras noticias o hechos noticiables, los cuales forman parte del dominio público y, por lo tanto, se pueden utilizar libremente.

Pero una cosa es que las ideas, las noticias, el conocimiento y la cultura no sean apropiables, y otra cosa muy diferente es que no puedan ser objeto de apropiación las creaciones intelectuales literarias, visuales o audiovisuales donde se plasme un conjunto de ideas elaboradas fruto de la imaginación, o donde se plasme de manera coherente y ordenada las noticias, sucesos o simples informaciones del día a día.

En consecuencia, **el debate no debe plantearse sobre el acceso a la información, sino sobre el acceso a los materiales de los que se desprende esa información**. Se trata de establecer claramente la diferencia entre contenido (información) y continente (obras y prestaciones conexas que contienen información).

Información, cultura y mercado se encuentran estrechamente entrelazados en la Sociedad de la Información. Se complementan pero también pueden colisionar abiertamente si no se hace una interpretación equilibrada que coordine sus respectivos ámbitos de influencia.

Desde sus orígenes la propiedad intelectual se ha considerado un mecanismo jurídico para fomentar la creación y la

inversión en bienes culturales, aprovechando en primer lugar al creador, intérprete e industria, e indirectamente al conjunto de la sociedad.

No obstante, es cierto que la atribución de un derecho de exclusiva a creadores, intérpretes e industria puede bloquear el acceso a los contenidos y, en consecuencia, a la información. Por eso el mismo derecho de propiedad intelectual establece límites al alcance del derecho exclusivo, intentado favorecer el acceso a los contenidos; a saber: la copia privada, la cita y revistas de prensa, la ilustración, reproducción y préstamo en bibliotecas y archivos, informaciones de actualidad, la parodia, etc.

Los límites o excepciones al derecho exclusivo son la plasmación normativa de lo que los economistas llaman el dilema propiedad-acceso, que forma parte de la esencia misma de la propiedad intelectual. La propiedad intelectual quiere favorecer al titular de derechos sobre los contenidos para incentivar la creación y la inversión en bienes culturales, y con ello, indirectamente, engrosar el acervo cultural y favorecer el acceso de todos los ciudadanos a la cultura.

Ahora bien, en la era de la información y del acceso, parece claro que los límites previstos en la legislación de propiedad intelectual son claramente insuficientes para satisfacer la ingente demanda de información que exige el nuevo modelo socioeconómico. Y además la utilización de medidas tecnológicas para controlar el acceso no autorizado a los contenidos protegidos (encriptación, medidas de control del copiado, etc.), hace que en muchas ocasiones esos límites resulten inaplicables e inoperantes.

Los sucesivos avances tecnológicos complican la solución adecuada de ese dilema propiedad-acceso. Pero al mismo tiempo ofrecen nuevas soluciones para liberar los contenidos y facilitar el acceso a los mismos. La tecnología ha permitido

el desarrollo de alternativas al modelo tradicional de la propiedad intelectual, ofreciendo a los creadores la posibilidad de difundir sus obras en régimen de acceso abierto para los usuarios.

El autor o titular de obras y prestaciones conexas (intérpretes, productores, editores) puede optar por un régimen de explotación comercial de sus contenidos, en régimen de autoedición o cediendo sus derechos a editores y productores.

Pero puede optar también por poner libremente a disposición del público sus materiales, permitiendo el acceso, la copia, la distribución, la comunicación e incluso la transformación o modificación de esos materiales, mediante el mecanismo de las licencias públicas generales, como son las licencias "*Creative Commons*".

La propiedad intelectual, que surge por el simple hecho de la creación sin necesidad de registro alguno, otorga libertad al autor y titular de prestaciones afines para optar por uno u otro régimen, o incluso por simultanear ambos.

Otra alternativa son los programas de intercambio entre pares o sistemas "*peer to peer*" (P2P). O la combinación entre sitios de almacenamiento masivo (share-hosting megasites, como Mega y Rapidshare) y webs de enlaces, que permiten el intercambio masivo de archivos que contienen contenidos de todo tipo entre miles o millones de personas. El problema está en que la inmensa mayoría de los materiales que se intercambian en estos sistemas pertenecen a terceros, titulares de derechos de propiedad intelectual sobre los mismos, sin contar con su autorización, constituyendo así infracciones a los derechos de propiedad intelectual.

La existencia de un mercado ilícito (piratería) ampliamente extendido, supone una competencia desleal muy difícil de

superar para los titulares de derechos y para la industria, obstaculizando el desarrollo de un mercado legal y afectando gravemente al mercado tradicional del libro impreso. Aunque, los altos índices de piratería digital son resultado también de la poca iniciativa de la industria para desarrollar modelos de negocio de puesta a disposición de materiales a precios competitivos.

En definitiva, la clave reside en encontrar un equilibrio razonable entre los derechos exclusivos de propiedad intelectual y límites adaptados a la sociedad de la información que hagan posible un acceso razonable a materiales protegidos. Del mismo modo, es necesario fomentar modelos de negocio competitivos y, al tiempo, modelos de difusión en régimen de acceso abierto. Todo ello combatiendo activamente la piratería para no restar incentivos a la creación e inversión en un sector fundamental para el desarrollo de la sociedad del conocimiento y para mantener la diversidad cultural.

information
international student
creativity technology
teach
ideas search
intelligence expertise innovation
education learn school science
training business learning teaching
inspiration EXPERIENCE time
teaching training development
learning education school science
teaching training business learning
inspiration lesson learning
creativity
ideas
search

IV. LA ADAPTACIÓN DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL AL ENTORNO DIGITAL. ASPECTOS BÁSICOS DEL COPYRIGHT DIGITAL.

Las posibilidades que, desde un principio, ofrecieron las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación para la creación y explotación de obras y prestaciones afines, así como para el uso ilícito e indiscriminado de las mismas por parte de los usuarios particulares, obligaron a una adaptación de los derechos y límites tradicionales, e incluso de algunos principios y conceptos básicos de la misma institución de la propiedad intelectual.

Desde el año 1996 se produjeron modificaciones legislativas a nivel internacional (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual), de la Unión Europea (Directiva 2001/29/CE) y a nivel nacional (reforma de la Ley de Propiedad Intelectual de 1996, por las leyes 23/2006 y 21/2014). En la actualidad está proyectada una nueva reforma en la legislación de la UE, precisamente para potenciar las posibilidades de acceso a la información mediante límites a los derechos de propiedad intelectual.

1. El Derecho de reproducción en el ámbito digital

La digitalización de materiales protegidos por derechos de autor, independientemente de su formato original (texto, imagen, sonoro, audiovisual), constituye en todo caso un acto de reproducción sometido a la autorización del titular de los derechos de autor o derechos conexos.

Además, en el entorno digital es necesario reproducir para poner la obra o prestación del público y para que cada miembro individual del público pueda acceder a la obra o prestación en formato electrónico. Ya se trate de una copia digital de la obra incorporada a un ejemplar digital (CD, CD-ROM, DVD), o ya de una copia digital incorporada a un archivo informático (mp3, epub, pdf, mp4) puesto a disposición a través de redes telemáticas como Internet.

En definitiva, en el entorno digital fuera de línea (*off line*) y en línea (*on line*) para acceder a las obras y prestaciones digitalizadas es necesaria realizar uno o varios actos de reproducción; sea una reproducción permanente, mediante la descarga de archivos que contienen una copia digital de la obra o prestación *(downloading*); o sea mediante la reproducción provisional en la memoria RAM de un equipo digital conectado a una red (*streaming*).

Así pues, la reproducción constituye un acto esencial para la explotación de las obras y prestaciones, y también para el acceso y disfrute de las mismas por los usuarios.

En consecuencia, la explotación digital de una obra o prestación conexa requiere autorización para realizar varios actos de reproducción (*licencia de explotación*): la digitalización (en su caso), su incorporación a ejemplares electrónicos para distribuirlos en el mercado, o su carga en un equipo servidor para ponerla a disposición del público a la carta a través de Internet.

Pero también el uso y disfrute de la obra o prestación por cada usuario requerirá la cesión del derecho de reproducción para uso (*licencia de uso*), surgiendo desde ese mismo momento la posición de "*usuario legítimo*".

En consecuencia, si un editor o productor desea realizar una explotación digital de la obra o prestación, necesitará

la autorización del autor o titular de derechos conexos para realizar los actos de explotación previstos y también para poder autorizar luego a los usuarios para el acceso a la obra en régimen de licencia de uso.

El control de la reproducción en el ámbito privado, mediante el derecho a autorizar la copia privada para uso personal (contratos de licencia de usuario final), constituye una nueva forma de explotación comercial de la obra o prestación digitalizada, distinta de la tradicional venta de ejemplares.

Para hacer efectivo el control de los usos autorizados en la licencia, normalmente las copias digitales van acompañadas de medidas tecnológicas de protección (encriptación, control de copiado) y de identificación digital.

Los nuevos modelos de negocio digitales generalmente son una combinación de las licencias de reproducción y de los mecanismos de identificación digital y control de las copias. Es lo que se conoce como sistemas de gestión digital de derechos (*Digital Rights Management*).

2. El Derecho de puesta a disposición interactiva como modalidad de comunicación al público a través de redes telemáticas.

El derecho de comunicación pública cobra una especial relevancia en el entorno digital en línea, pues bajo su alcance entrarán los distintos actos de transmisión de contenidos en línea, a través de redes de telecomunicación tanto mediante cables como inalámbricos.

En Internet no se produce realmente un acto de distribución en línea de copias, pues en la legislación de propiedad intelectual la distribución sólo existe en el caso

de soportes tangibles de una obra o prestación; es decir, ejemplares, sean éstos analógicos o digitales.

La transmisión en línea o telemática es un acto de explotación inmaterial (sin ejemplares) que se reconduce al derecho de comunicación al público, en la modalidad de puesta a disposición o comunicación interactiva.

Así, se considera un acto de puesta a disposición en línea o comunicación pública interactiva, la puesta a disposición del público de obras, por procedimientos mediante cables o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija.

En consecuencia, los actos de transmisión en línea de una obra o prestación digitalizada a través de redes telemáticas como Internet, podrán ser realizados, prohibidos o autorizados por los titulares de la propiedad intelectual, al ser considerados actos de comunicación al público en la modalidad de comunicación interactiva.

También quedarán bajo el control de los titulares de la propiedad intelectual, los actos de transmisión en línea que tengan lugar en redes cerradas de comunicación (Intranets), ya que no son actos de comunicación en un ámbito puramente doméstico

Realmente los actos de explotación o puesta a disposición en línea de contenidos protegidos no afectan solamente a este nuevo derecho o facultad de puesta a disposición interactiva, sino que afectan también directamente al derecho de reproducción. Ambos, reproducción y comunicación pública interactiva se entrelazan por lo general en la transmisión en línea de contenidos a la carta, tanto en los actos de carga o almacenamiento (*uploading*), como en los de acceso en línea (*streaming*) y en los de descarga de contenidos (*downloading*).

En consecuencia, la puesta a disposición del público de obras o prestaciones protegidas a través de Internet o de una Intranet, requiere la autorización del titular de derechos de autor o de derechos conexos tanto para la comunicación como para la ulterior autorización para reproducir, necesaria para poder acceder y utilizar la copia digital de la obra o prestación.

En Internet no hablamos de productos, sino de prestaciones de servicios. Cada acto de comunicación y la reproducción necesaria para acceder a la obra prestación y utilizarla constituye un servicio que debe estar autorizado por el titular de derechos.

En Internet no se venden productos (copias digitales) que, una vez adquiridos, puedan luego circular libremente, tal y como pasa en el mundo analógico tradicional con los ejemplares de libros, discos, vídeos, etc. En Internet se autoriza la reproducción para acceder y utilizar copias digitales de la obra o prestación que se pone a disposición del público, sea mediante su descarga o mediante el simple acceso en pantalla.

Realmente se comercializan derechos de acceso en forma de licencias de usuario final que autorizan la reproducción para disfrutar de la obra o prestación. Autorizaciones que pueden ser temporales (modelos de mero acceso) o permanente (modelos de descarga).

2.1. ¿La generación de enlaces (de superficie, profundos, ensamblados o marcos) constituye un acto de comunicación pública interactiva que necesite la autorización de los titulares de derechos sobre las obras o prestaciones enlazadas?

Es un asunto muy discutido en los tribunales. La cuestión es si la actividad de enlazar constituye un nuevo acto de comunicación al público de una obra que ya ha sido puesta a disposición previamente en Internet, o si se trata de una mera técnica para reenviar a los usuarios a otro sitio en línea donde los contenidos ya están a su disposición y que, por tanto, no supone ninguna vulneración de los derechos del titular de la información enlazada.

Según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el hecho de crear enlaces a información situada en otros sitios en línea de Internet constituye un acto de comunicación desde el punto de vista técnico. Sin embargo, eso no significa que dicho acto quede incluido en el derecho de puesta a disposición.

Habrá un acto no autorizado de comunicación al público (que podrá ser objeto de acciones judiciales para solicitar su cesación o retirada y, si procede, una indemnización por daños y perjuicios) si el enlace se vincula a materiales subidos a Internet sin autorización del titular de derechos (por ejemplo, copias piratas). También habrá un acto no autorizado si el enlace se realiza de una forma tal que permite el acceso a materiales puestos a disposición del público desde sitios de Internet que tienen medidas de control de acceso o si el enlace se realiza a información que ya ha sido retirada del sitio de origen.

Antes las dificultades para determinar el conocimiento del carácter lícito o ilícito del material enlazado, el mismo Tribunal de Justicia de la UE señala que enlazar será comunicación pública si los hipervínculos son proporcionados con ánimo de lucro, directo o indirecto, o por una persona que conocía o podía conocer razonablemente el carácter ilegal de la publicación de obras o prestaciones en un determinado sitio de Internet.

Y añade que si concurre ánimo de lucro en el creador del enlace y resulta que los materiales enlazados son ilícitos, puede establecerse la presunción de que el creador del enlace conocía el origen ilícito y, por tanto, el enlace como tal será un acto de comunicación pública no autorizada. Si no existe ánimo de lucro y la información enlazada resulta ser ilícita (se subió a Internet sin autorización), habrá que demostrar si el creador del enlace conocía o no el origen ilícito de la información.

En consecuencia, crear enlaces a informaciones protegidas por derechos de autor y derechos conexos disponibles en Internet puede considerarse una actividad permitida (no incluida en el derecho de puesta a disposición de los titulares de derechos de autor y derechos afines sobre la información enlazada) siempre que:

i. Esa información se haya subido a Internet con la autorización del titular de derechos y siga disponible en el sitio de origen.

ii. Aun siendo ilícita la información enlazada, el creador del enlace no conozca o deba conocer sin faltar a la buena fe el carácter ilícito de la información enlazada.

iii. El acceso al sitio enlazado no esté sujeto a medidas de control de acceso.

iv. No exista ánimo de lucro directo o indirecto (por ejemplo, ingresos por publicidad) en quien genera el enlace.

3. Protección normativa de las medidas tecnológicas y de los sistemas de información para la gestión digital de derechos.

Uno de los rasgos más característicos y relevantes del copyright digital reside en la posibilidad de implementar medidas tecnológicas de protección (como sistemas de encriptación, control de acceso y medidas anticopia) y sistemas de identificación digital (como huellas digitales o marcas de agua que servirán para identificar la obra y a los titulares de la propiedad intelectual) de las obras y prestaciones en formato electrónico, para facilitar la gestión de licencias de acceso y uso sobre copias digitales de obras y prestaciones y para detectar posibles usos ilícitos de las mismas.

Se trata de los "*Digital Rights Management Systems*" (DRM) o sistemas de gestión digital de derechos para la comercialización de derechos de propiedad intelectual en Internet a través de plataformas de comercio electrónico.

Estos mecanismos son fundamentales en el desarrollo y eficacia de los nuevos modelos de negocio en Internet en régimen de pago por uso, siendo un soporte fundamental de la fórmula comercial de los contratos de licencia de usuario final.

Hay que tener en cuenta que el titular de derechos sólo autoriza la reproducción con fines de uso. De modo que para controlar reproducciones ulteriores no autorizadas y

el riesgo de una puesta a disposición masiva en Internet, es necesario recurrir a medidas técnicas que permitan impedir y rastrear posibles usos no autorizados.

La importancia de los DRM para los modelos de negocio en Internet forzó una modificación legislativa para otorgar protección específica, de carácter civil y penal, frente a actos de elusión por parte de terceros.

Quedan, pues, expresamente prohibidos:

i. Los actos de elusión de medidas de protección cometidos a sabiendas por una persona, que la permitan realizar un acto de explotación o simple uso de la obra o prestación prohibido por el titular de la propiedad intelectual;

ii. La fabricación, importación, distribución por cualquier medio o forma, la publicidad para la distribución o la simple posesión con fines comerciales de cualquier dispositivo, producto o componente, así como la prestación de servicios que sirvan para eludir la protección conferida a obras y prestaciones digitales por mecanismos o medidas tecnológicas adecuadas y eficaces.

iii. Cualquier acto realizado con conocimiento de causa para suprimir o alterar toda información (sobre la obra o prestación, su titular o titulares, códigos de identificación estandarizados, condiciones de licencia, etc.) que sirva para la gestión electrónica de derechos;

iv. La distribución o importación para su distribución en España, la emisión por radiodifusión, transmisión en línea o puesta a disposición del público en general por cualquier medio, de obras o prestaciones en las

> que se haya suprimido o alterado sin autorización la información para la gestión de derechos, sabiendo o teniendo motivos razonables para saber que al hacerlo inducen, permiten, facilitan o encubren una violación de los derechos de autor o de los derechos afines.

Así pues, en la actualidad la vulneración de medidas tecnológicas de protección y de sistemas de información para la gestión de derechos constituye una infracción indirecta contra los derechos de autor y derechos afines.

Es una infracción indirecta porque, en rigor, ni se reproducen, ni se distribuyen, ni se comunican obras o prestaciones afines, pero al eludir las medidas se estaría facilitando su explotación ulterior no autorizada.

Es indiferente que esa vulneración se haga con fines lucrativos o con fines de mero uso privado, siempre que no estén autorizadas por los titulares de derechos o excepcionalmente por la Ley. Una infracción indirecta de los derechos de autor y conexos, pues, en rigor.

Al igual que en los casos de infracción directa (reproducción, distribución, comunicación pública o transformación no autorizada), la elusión de medidas tecnológicas o alteración de información para la gestión de derechos puede acarrear una infracción civil o penal.

En el caso de la infracción civil los titulares de derechos podrán pedir el cese en la elusión de esas medidas y los daños y perjuicios que se les pueda haber causado, entre otras medidas. Si la elusión de medidas se realiza con fines comerciales puede suponer una infracción penal castigada con penas privativas de libertad y multas.

V. MODELOS DE NEGOCIO EN INTERNET.

Las tecnologías de la información han favorecido nuevos modelos de negocio donde el titular de derechos puede optar por ceder sus derechos a un tercero, editor o productor, para que sea éste quien lleve a cabo la explotación de la obra o prestación en Internet, o bien por autoeditar su obra o prestación y explotarla personal y directamente en la Red.

En ambos casos, titular de derechos o cesionario (editor, productor) podrá comercializar directamente la obra o prestación entre los usuarios, prescindiendo de intermediarios.

No obstante, Internet se caracteriza por la hipertrofia de información, lo cual ha provocado una tendencia a agrupar los contenidos en grandes comercializadores que actúan a modo de suministradores de contenidos generados por otros, actuando así como nuevos intermediarios "*online*". Es el caso de plataformas como Amazon, Google, Spotify, Netflix, etc.

En todos los casos, el modelo de negocio cambia el paradigma tradicional, pasando de la venta de copias a la concesión de licencias de uso.

En los modelos comerciales o propietarios se pasa a un modelo de "*pay per use*" o pago por uso, aunque también existen modelos comerciales de acceso libre y gratuito que se financian indirectamente por publicidad y tráfico de datos personales de los usuarios.

Surgen también, no obstante, modelos no comerciales que no buscan obtener rendimientos económicos directos o indirectos, sino la máxima difusión de la obra o prestación

entre los usuarios, facilitando el acceso y disponibilidad de la información.

1. Contratos de licencia de usuario final.

Informaciones de muy diferente tipo protegidas por derechos de autor y derechos afines constituyen el objeto principal de explotación en el mercado electrónico desarrollado en Internet.

Como se dijo antes, en Internet para acceder y utilizar materiales protegidos es necesario reproducirlo, lo cual permite el desarrollo de nuevos modelos de negocio donde se autoriza directamente al usuario final el uso de una copia digital, sin necesidad de intermediarios.

De esta forma, se ha pasado del tradicional concepto de comprador de ejemplares (libros, discos) al de usuario legítimo, que es autorizado mediante un contrato de licencia de usuario final para reproducir una copia digital de una obra o prestación conexa, de forma temporal, duradera o permanente, con fines de uso personal.

Los modelos de negocio se han desarrollado en torno a los contratos de licencia de usuario final sustentados sobre medidas tecnológicas y sistemas de identificación digital, es decir, sobre sistemas de gestión digital de derechos (DRM).

En cualquier caso, las distintas modalidades de negocio deben estar previstas en el contrato de licencia entre los titulares de derechos de autor y derechos afines con los editores, productores o cesionarios en general que explotan sus derechos.

No se pueden realizar explotación digitales sin la previa autorización y cesión de los derechos necesarios para realizar esas explotaciones.

Esa autorización incluye la cesión del derecho de puesta a disposición y la del derecho de reproducción, tanto para la carga de materiales en servidores como para autorizar luego la reproducción (provisional o duradera) a los usuarios para que accedan a los contenidos.

En esos contratos debe quedar clara también la remuneración que percibirá el titular de derechos por cada una de las modalidades de explotación o por todas en su conjunto.

2. Modelos de descarga y de mero acceso en línea.

Estos modelos se basan en el pago por uso ("*pay per use*"), sea por una única prestación (descarga de una canción, de un libro electrónico, o acceso puntual a un contenido en línea), o por prestaciones continuadas (acceso en "*streaming*" en régimen de suscripción).

Las elevadas cifras de piratería, junto a la poca eficacia de las medidas tecnológicas de encriptación de contenidos y control del copiado, hacen que la industria mire cada vez más a modelos basados en el mero acceso en régimen de suscripción (Spotify, Google Play, Netflix, etc.).

En no pocas ocasiones, se utilizan modelos mixtos, ofreciendo acceso en línea y, si lo desea, el usuario, descarga de contenidos concretos, realizando un pago adicional sobre el de suscripción para el mero acceso.

3. Acceso libre y gratuito mediante licencias implícitas.

En otros casos el modelo que se sigue es el de acceso libre y gratuito a la información, financiando el negocio con ingresos por publicidad y tráfico de datos personales.

Se entiende que existe una licencia implícita del titular de derechos a cada miembro individual del público, en virtud de la cual se le autoriza para reproducir la información con fines exclusivamente de uso personal.

Esto significa que la posibilidad de acceder libre y gratuitamente a una información protegida por derechos de propiedad intelectual, no habilita al usuario para reutilizar esa información más allá de su esfera personal o privada.

En particular, no podrá distribuir esa información en ejemplares fuera de la Red, ni tampoco realizar ningún tipo de comunicación al público dentro o fuera de la Red, sin contar con la autorización del titular de derechos. Independientemente de si esas reutilizaciones se realizan con fines de lucro o no.

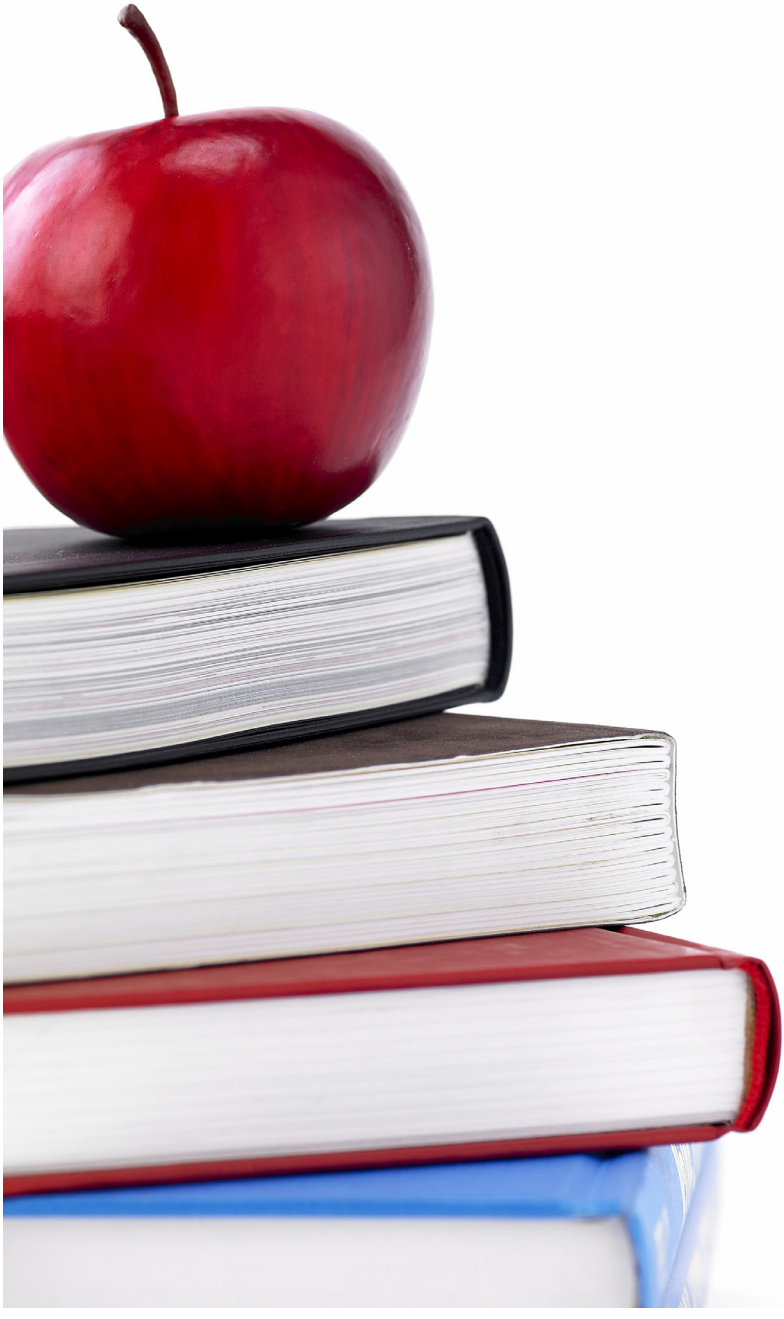
4. Acceso abierto mediante licencias públicas generales.

Otra posibilidad es renunciar al modelo comercial tradicional del "*copyright*", conocido como modelo propietario por basarse en la reserva de derechos, a un modelo de acceso abierto u "*open access*" en el que el titular de derechos permite no sólo el acceso libre y gratuito a la copia digital de su obra o prestación, sino también la libre reproducción, distribución fuera de la Red, comunicación pública en Red, e incluso la transformación. Todo ello, con

la única obligación de citar la fuente y permitiendo o no, según cada caso, usos comerciales.

Este modelo no es estrictamente comercial, sino de difusión en abierto, construyéndose sobre licencias públicas generales que el titular de derechos otorga a los miembros individuales del público que accedan al sitio desde el que se pone a disposición la obra o prestación en esas condiciones de acceso abierto.

No obstante, el modelo de difusión en régimen de acceso abierto no está reñido con la persecución de fines comerciales. Sea de forma indirecta, mediante ingresos por publicidad o comercio con datos personales en el sitio en línea desde el que se hace la puesta a disposición. O sea mediante explotaciones comerciales paralelas de la obra o prestación, dentro o fuera de la Red.



VI. LÍMITES A LOS DERECHOS EXCLUSIVOS EN INTERNET.

El dilema incentivo-acceso se agrava con la llegada de la tecnología digital. Las sucesivas reformas legislativas han intentado alcanzar un equilibrio razonable por medio de los límites a los derechos exclusivos de titulares de derechos de autor y de derechos conexos.

Sin embargo el equilibrio logrado con los límites es sumamente inestable, debido al imparable avance de las tecnologías, lo que obliga a una revisión periódica para favorecer el acceso a la información en condiciones razonables que no pongan en riesgo la explotación normal de las obras y prestaciones afines dentro y fuera de la Red.

En la normativa se distingue, dentro de los límites, entre excepciones y limitaciones.

Los límites-excepciones son aquellos que no llevan aparejada ninguna compensación o remuneración equitativa, al considerarse que su aplicación no impide la normal explotación de la obra o prestación protegida ni afecta sustancialmente los intereses legítimos de los titulares de derechos.

Los límites-limitaciones son aquellos que llevan vinculada una compensación o remuneración equitativa, por entender que su aplicación puede afectar a la explotación normal de la obra o prestación y, por tanto, a los legítimos intereses de los titulares de derechos.

A continuación, vamos a analizar someramente los límites que tienen una aplicación más relevante en el entorno digital "*online*".

1. Reproducciones provisionales.

La reproducción constituye el "*modus operandi*" de autopistas de la información como Internet y en general del acceso y disfrute de todas las prestaciones digitales.

Por eso, para no perjudicar el funcionamiento normal de la Red se excluyen del derecho exclusivo de reproducción los actos de reproducción meramente provisionales que:

a. Sirvan esencialmente para la transmisión de copias digitales de una obra o prestación a través de La Red: como son las reproducciones efímeras de los *routers* o "*enrutadores*" que sirven para canalizar el tráfico de datos en la red y las reproducciones accesorias realizadas por las memorias *proxy-caché* o memoria tampón de los proveedores de acceso a Internet (ISP), que facilitan el acceso sucesivo a páginas y sitios *web* y otros recursos en línea; y

b. Sirvan para facilitar una utilización lícita de la obra o prestación: entendiendo por utilización lícita la que haga un usuario autorizado previamente de forma expresa o implícita por el titular de la propiedad intelectual o que resulte habilitado expresamente por el legislador, mediante una excepción legal al derecho exclusivo, para utilizar y disfrutar de la obra en pantalla, reproduciendo provisionalmente la copia digital transmitida en la memoria RAM y en la memoria caché local o caché cliente del equipo usuario o receptor.

Muchos servicios de la sociedad de la información consisten precisamente en poner a disposición de los usuarios una copia digital de una obra mediante una transmisión en línea por redes telemáticas para su disfrute meramente

provisional en pantalla (o audición en altavoces) durante el tiempo que dure la conexión.

En consecuencia, habrá que entender que los usuarios necesitarán la autorización del titular de la propiedad intelectual para acceder a un determinado sitio *web* o similar donde se pone a su disposición temporalmente una obra o prestación mediante su reproducción en pantalla.

Autorización que se articulará jurídicamente mediante una licencia de uso que puede ser expresa (concertando un contrato de licencia a distancia por medios electrónicos, o bien mediante una autorización unilateral expresa del titular del servicio para utilizar la obra o prestación mientras dure la conexión) o implícita (cuando se permite el acceso libre a un sitio y la consulta y disfrute de la información que en él se contiene sin hacer ninguna mención explícita sobre la autorización).

El hecho de que una información esté disponible en Internet para su acceso libre e incluso se permita la impresión o descarga de la misma, no significa que los usuarios puedan hacer una reutilización de la misma dentro o fuera de la Red. Sólo estarán tácitamente autorizados para reproducir con fines de uso personal.

2. La copia privada.

El límite de copia privada autoriza a los usuarios a realizar copias para uso privado, estableciendo la ley una compensación equitativa a favor de autores, intérpretes, editores y productores.

En España se sustituyó el tradicional sistema de compensación equitativa en forma de canon aplicado sobre equipos y aparatos de reproducción que abonaban fabricantes y distribuidores (y luego repercutían en el

precio final), por un sistema de financiación con cargo a los Presupuestos Generales del Estado.

Este sistema ha sido considerado contrario al Derecho de la UE por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Eso ha motivo su anulación por el Tribunal Supremo español.

Lo más lógico ahora sería volver a un sistema de canon digital, tal y como sucede en la mayoría de países de la Unión Europea, gestionado por entidades de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual.

Hay quien piensa que en Internet no existe la copia privada, sino que es todo copia licenciada; sea porque está expresamente autorizada por un contrato de licencia de usuario final, o sea porque se considera implícitamente autorizada en los contenidos de libre acceso.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia ha entendido que las copias autorizadas en Internet, sea de forma expresa o implícita (independientemente del mecanismo de copia), pueden dar lugar a copias sucesivas que ya estarían amparadas por el límite de copia privada.

Sería algo similar a las copias realizadas a partir de un libro, disco o vídeo adquirido en una tienda o al que se tiene acceso por préstamo público en una biblioteca.

En consecuencia, el Tribunal afirma que esas copias deben generar también una compensación equitativa. El hecho de que existan medidas tecnológicas para controlar el copiado no impide que se genere el derecho a la compensación equitativa. El Tribunal parte de la poca eficacia de la mayoría de medidas tecnológicas y considera que éstas sólo se pueden tener en cuenta a la hora de fijar las cuantías (canon) a aplicar sobre los equipos y soportes de reproducción.

3. Uso de contenidos de prensa o información en general por motores de búsqueda y agregadores de noticias.

Un servicio de la sociedad información cada vez más frecuente es el de los agregadores que ofrecen un acceso panorámico a noticias de actualidad, mediante la generación y puesta a disposición de enlaces a sitios de información digital de terceros (diarios y revistas digitales, sitios web de información y entretenimiento, etc.).

También sirven para este fin los motores de búsqueda, que ofrecen listados de enlaces a sitios de información como respuesta al concepto de búsqueda introducido por el usuario.

En ocasiones, estos servicios son meras plataformas de alojamiento de enlaces generados y subidos a la web por los usuarios de la misma, limitándose el agregador a optimizar la presentación de esas informaciones, pero sin generar directamente los enlaces.

Estas actividades se ha venido haciendo siempre de forma espontánea en Internet, pero hace pocos años los editores de prensa y revistas se quejaron de una actividad que consideran parasitaria, ya que se nutre de los contenidos generados por ellos.

Eso motivó reformas normativas, como la sucedida en España en 2014, la cual establece una límite permitiendo que los agregadores de información y motores de búsqueda utilicen fragmentos de materiales de prensa (texto) elaborados por terceros, abonando a cambio una remuneración equitativa a través de las entidades de gestión de derechos, aunque solo en el caso de los agregadores (no en los buscadores).

No se trata de permitir la creación de enlaces, pues esto en principio es libre (si se dan las condiciones apuntadas anteriormente).

Lo que se permite es utilizar los pequeños fragmentos de la noticia enlazada ("*snippets*"), a cambio de abonar una remuneración equitativa. Las imágenes en miniatura ("*thumbnails*") que generalmente acompañan el enlace y el fragmento de texto necesitarán en todo caso la autorización del titular de derechos sobre esa imagen (el editor del diario, revista o sitios de información web).

Este nuevo régimen jurídico introducido en la Ley española tuvo como consecuencia inmediata el cierre del sitio "Google News" en España, en diciembre de 2014, toda vez que Google era el principal destinatario de esa normativa.

De momento, las entidades de gestión que representan a los titulares de derechos no han llevado a cabo reclamaciones de compensaciones equitativas a otros agregadores de noticias.

No queda claro, por lo demás, si se deben aplicar las mismas condiciones a los agregadores que actúan como meros prestadores de "hosting" o almacenamiento de enlaces generados y subidos por los usuarios, incluyendo redes sociales como Facebook o Twitter.

4. Límite de ilustración con fines docentes o de investigación.

La legislación española regula también un límite para el uso de materiales con fines docentes y de investigación en Universidades y otros centros docentes integrados en el sistema educativo español, además de organismos públicos de investigación.

Con ello se intentó poner fin al conflicto que durante años ha enfrentado a algunas entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual con las universidades españolas por el uso de contenidos de todo tipo en los campus virtuales o plataformas electrónicas de educación, y que se habían resuelto judicialmente a favor de los intereses de los titulares de derechos.

Por una parte, se establece una excepción (límite sin remuneración) para el uso de pequeños fragmentos (en papel o en formato digital) de obras de todo tipo y de obras plásticas o imágenes aisladas con fines docentes o de investigación, excluyendo libros de texto, manuales universitarios o publicaciones asimiladas (cualquier material que sirva para facilitar el proceso de enseñanza o aprendizaje).

Y por otra parte, se dispone una limitación (límite con remuneración) para usos docentes o de investigación de fragmentos significativos de obras o publicaciones impresas o susceptibles de serlo.

El nuevo régimen resulta sumamente oscuro y farragoso, planteando numerosas dudas sobre su correcta aplicación práctica (por ejemplo, cómo puede conocer una entidad de gestión qué usos de los que se llevan a cabo en las aulas y en los campus virtuales son de pequeños fragmentos y cuáles lo son de fragmentos significativos, a la hora de reclamar el pago de la remuneración equitativa al centro en cuestión).

Eso ha forzado un acuerdo marco entre entidades de gestión y universidades para fijar una tarifa plana por alumno matriculado, que permita utilizar fragmentos de materiales protegidos con fines docentes y de investigación, sin discriminar si se trata de pequeños fragmentos o de fragmentos significativos.

Con ello se da mayor seguridad tanto a los profesores como a los alumnos, al tiempo que se garantiza una remuneración para los titulares de derechos.

5. Límites a favor de bibliotecas, archivos, museos y establecimientos similares en la sociedad de la información.

Desde los orígenes de la sociedad de la información se viene insistiendo en el papel fundamental que deberían jugar las bibliotecas y archivos en el archivo, custodia y difusión de la información en la era digital. Sin embargo, las posibilidades conferidas actualmente por la Ley son muy limitadas.

No obstante, sucesivas reformas legislativas y la labor de interpretación de los tribunales de justicia están permitiendo que estos establecimientos puedan contribuir en la difusión de información, facilitando el acceso a materiales protegidos en condiciones que no lesionen en exceso los intereses de los titulares de derechos de autor y derechos conexos.

La legislación vigente establece tres límites a los derechos exclusivos de propiedad intelectual a favor de bibliotecas, archivos y otras instituciones similares:

i. Una excepción (límite sin remuneración equitativa) para reproducciones con fines de investigación o conservación;

ii. Una limitación (límite sujeto a remuneración equitativa) para el préstamo público de ejemplares del establecimiento;

iii. Una limitación (límite con remuneración equitativa) para la puesta a disposición mediante

red cerrada e interna en terminales instalados en el propio establecimiento de obras que figuren en las colecciones del establecimiento.

En principio, quedan fuera del límite los actos de puesta a disposición en línea de materiales protegidos fuera del propio establecimiento de la biblioteca o archivo; ni siquiera a través de una Intranet (Intranet universitaria, de un instituto de investigación, o de empresa o corporación pública).

Sin embargo, el Tribunal de Justicia de la UE ha realizado recientemente una interpretación amplia del límite de préstamo público, para considerar incluido dentro del mismo el préstamo de una copia de un libro en forma digital, siempre que se haya obtenido de una fuete legal, cuando se realiza cargando dicha copia en el servidor de una biblioteca pública y permitiendo que el usuario interesado la reproduzca por descarga en su propio ordenador.

El sistema sólo es válido para ser abarcado por el límite si sólo puede descargarse una copia durante el periodo de duración del préstamo, de modo que una vez transcurrido el mismo la copia descargada por el usuario deja de ser utilizable por éste y queda disponible para otros usuarios.

Es decir, se está abarcando el llamado préstamo virtual, a pesar de que jurídicamente el préstamo sea un acto de distribución y no de comunicación pública interactiva. El Tribunal de Justicia se fija no tanto en el nombre de la práctica (préstamo) como en el resultado práctico ofrecido por la misma.

Este préstamo virtual equivale al préstamo de libros y otros materiales físicos, a pesar de que se hace mediante

comunicación telemática seguida de actos de reproducción duradera.

Dado que el préstamo público es un límite sujeto a remuneración equitativa que recaudan las entidades de gestión, lo lógico es que el préstamo virtual -en tanto que extensión del primero- quede también sujeto a esa remuneración equitativa.

6. Obras huérfanas.

Para incrementar las posibilidades de bibliotecas, archivos y establecimientos similares en la sociedad de la información, recientemente se ha modificado la legislación para permitir ciertos usos con las llamadas "obras huérfanas".

En virtud de este límite, se autoriza a centros educativos, museos, bibliotecas y hemerotecas, así como a organismos públicos de radiodifusión, archivos, fonotecas y filmotecas, para digitalizar y poner a disposición del público mediante redes telemáticas las obras huérfanas que figuren en su colección o archivo, siempre que se haga sin fines de lucro y para alcanzar objetivos de interés público (conservación, restauración y difusión con fines culturales y educativos).

Se trata, en último término, de ofrecer a entidades o establecimientos de interés general la posibilidad de recuperar y poner a disposición del público parte del patrimonio cultural olvidado a través de redes telemáticas, para contribuir al objetivo de plena información de la sociedad del conocimiento y recuperación de obras casi perdidas.

No obstante, se establecen una serie de cautelas para evitar la vulneración de los titulares de derechos de propiedad intelectual, consistentes en la acreditación

previa del carácter de obra huérfana y en la retirada de la obra y compensación a los titulares en caso de que aparecieran posteriormente e hicieran reclamaciones sobre sus derechos legítimos.

Se consideran obras huérfanas aquellas cuyos titulares (autores o sucesores) no están identificados o, de estarlo, no pueden ser localizados a pesar de haberse efectuado una búsqueda previa diligente y de buena fe.

Los contenidos sobre los que se podrá aplicar el régimen de obras huérfanas son los siguientes:

a. obras cinematográficas o audiovisuales, fonogramas y obras publicadas en forma de libros, periódicos, revistas u otro material impreso que figuren en las colecciones de centros educativos, museos, bibliotecas, hemerotecas accesibles al público, así como de archivos, fonotecas y filmotecas;

b. obras cinematográficas o audiovisuales y fonogramas producidos por organismos públicos de radiodifusión hasta el 31 de diciembre de 2002 inclusive, y que figuren en sus archivos;

c. las obras y prestaciones afines que estén insertadas o incorporadas en las obras citadas antes o que formen parte integral de las mismas (como puede suceder en los casos de obras colectivas).

En todo caso es inexcusable llevar a cabo con carácter previo una búsqueda diligente de los titulares de las obra huérfana en el Estado donde se haya llevado a cabo la publicación o radiodifusión, o en aquel donde el productor de obras audiovisuales tenga su sede o residencia habitual.

Esa búsqueda diligente deberá realizarse de buena fe, mediante la consulta de, al menos, las fuentes de información que reglamentariamente se determinen, sin perjuicio de la obligación de consultar fuentes adicionales disponibles en otros países donde haya indicios de la existencia de información pertinente sobre los titulares de derechos.

Se establece asimismo la obligación de los centros beneficiarios de registrar el proceso de búsqueda y de remitir datos de la obra huérfana, el uso realizado de la misma de aquellos permitidos en la Ley, cualquier cambio en la condición de obra huérfana y la información de contacto de la entidad o establecimiento al órgano competente que reglamentariamente se determine.

Finalmente, los titulares de derechos que acrediten su condición de tales, podrán solicitar al órgano competente que se determine el fin de la condición de obra huérfana y su derecho a percibir una compensación equitativa por la utilización que se hubiera hecho de la misma.

VII. CONOCIMIENTO LIBRE. ACCESO ABIERTO.

1. Descripción general.

El conocimiento libre o conocimiento abierto hace referencia al modelo de difusión de información en virtud del cual, el titular de derechos de autor o derechos afines o un tercero autorizado por él pone a disposición del público una copia digital de una obra o prestación protegida, autorizando a cada miembro individual del público a:

i. Reproducir la obra o prestación en cualquier forma.

ii. Distribuir la obra o prestación mediante ejemplares de cualquier naturaleza fuera de la Red.

iii. Comunicar al público la obra o prestación en cualquier forma dentro o fuera de la Red.

iv. En ocasiones, transformar la obra.

Se trata, pues, de facilitar la máxima difusión de la obra o prestación, sin las restricciones propias del modelo propietario basado en autorizaciones puntuales a usuarios concretos, y con la única condición ineludible de reconocer la titularidad de derechos sobre esos contenidos.

El conocimiento abierto va más allá que el simple acceso libre a la información. Éste se limita a permitir el acceso sin barreras a un contenido, autorizando de forma implícita la reproducción con fines de uso personal, exclusivamente. Pero el acceso libre a la información no permite reutilizaciones de la obra o prestación, en forma

de reproducciones sucesivas, distribución de ejemplares o actos de comunicación y de transformación.

El soporte jurídico del conocimiento libre o abierto es la "*General Public License*" o licencia pública general (GPL), que supone una autorización expresa a cada miembro individual del público que acceda al sitio desde el que se pone a disposición la obra o prestación.

i. El origen de los movimientos precursores del conocimiento libre se sitúa en el ámbito del software, por parte de la "*Free Software Foundation*". Y en el terreno de la literatura científica y académica, en la "*Open Access Initiative*".

Posteriormente, el movimiento "*Creative Commons*" ha extendido la idea de la cultura libre a todo tipo de contenidos protegidos por derechos de propiedad intelectual, convirtiéndose en el principal exponente de la creación y difusión de contenidos al margen de los modelos y canales comerciales basados en el modelo de explotación tradicional del "*copyright*".

Lo que caracteriza a algunos de los movimientos precursores del conocimiento libre (como la Fundación para el Software Libre) es el establecimiento de criterios para facilitar el acceso, uso, difusión e incluso transformación de los contenidos, y no tanto su carácter gratuito (libre no significa gratis).

Posteriormente, el auge de las iniciativas de acceso abierto ("*open access*"), proclaman el acceso libre y gratuito a la información científica, además de la posibilidad de utilizar, difundir e incluso modificar los contenidos.

Actualmente la gratuidad es percibida por el público como algo inherente a estos modelos alternativos de difusión de

contenidos, por lo que, en la práctica, son muy escasos los contenidos abiertos por los que el usuario tenga que pagar, aunque después pueda utilizarlos, difundirlos e incluso modificarlos libremente.

2. La fundación de software libre y el movimiento "*Creative Commons*". La difusión de contenidos mediante licencias públicas generales.

El primer y decisivo impulso para difundir la idea del dominio abierto, proviene de la Fundación para el Software Libre, que creó la licencia GNU inventando un nuevo concepto: la *licencia pública general con* "*copyleft*".

La licencia pública general con "*copyleft*" significa que el autor o autores del programa de ordenador ponen a disposición de cualquier miembro del público que quiera, el acceso al programa y a su código fuente para que cada usuario decida libremente qué hacer con el mismo: copiarlo, distribuirlo, comunicarlo públicamente e incluso modificarlo libremente, con o sin fines comerciales (libre no significa gratis), pero con dos condiciones:

i. reconocer la autoría sobre el programa original y;

ii. volver a poner a disposición del público el programa modificado en las mismas condiciones que se licenció el original.

La cláusula "*copyleft*" excluye la apropiación de las versiones derivadas del programa original, que de esta forma podrá seguir siendo modificado libremente, generando un efecto de creación gregaria o en cadena (cláusula viral) de la que se beneficiará el conjunto de la humanidad.

El concepto de licencia pública general fue empleado luego por otras organizaciones para extenderlo a todo tipo de obras o prestaciones afines. Es el caso de las licencias "*Creative Commons*", o tierras comunales creativas (www.creativecommons.org).

"*Creative Commons*" se presenta como alternativa a la difusión de contenidos bajo el régimen tradicional de explotación comercial ("*copyright*").

Se trata de un modelo de difusión de contenidos intermedio entre el "todos los derechos reservados" del "*copyright*" y el "ningún derecho reservado" propio de las obras y prestaciones que caen en el *dominio público* por caducidad de los derechos de propiedad intelectual al transcurrir el periodo de protección fijado en la Ley.

Para ello se creó la original fórmula del "*algunos derechos reservados*".

No deben confundirse las licencias "*Creative Commons*", ni en general el modelo de licencias públicas generales (GPL), con la cláusula "*copyleft*".

Esta requiere en todo caso que el titular de derechos permita la transformación o modificación de su obra, obligando al responsable de la obra resultante de la transformación (obra derivada) a poner la misma a disposición del público en las mismas condiciones que lo hizo el autor de la primera creación.

Se hablar por eso de "*Proteger con Copyleft*". Esto significa que no cabe ningún tipo de apropiación ni de la obra originaria ni de la obra derivada que resulte de

la transformación. Siempre es obligado compartir las versiones sucesivas que se vayan creando.

Pero no todo autor está dispuesto a dejar que se modifique libremente su obra, y por eso el movimiento "*Creative Commons*" no es propiamente dicho un movimiento "*copyleft*" (como sucede con el movimiento de software libre y la licencia GNU).

"*Creative Commons*" y otros modelos similares de licencia pública general buscan devolver al autor la soberanía sobre su obra, poniendo a su disposición varios modelos de licencia para que escoja libremente entre ellas.

En definitiva, habrá licencias "*Creative Commons*" que permitan modificar la obra y otras que no. Licencias que permitan usos comerciales y otras que no. Y licencias que incorporen la cláusula "*copyleft*" ("*share alike*" o compartir por igual, conocida también como "cláusula vírica" por el efecto de creación en cadena que provoca) y otras que no lo hagan.

En cualquier caso se cubrirá el objetivo básico: poner las obras o prestaciones afines en la Red para su acceso libre y gratuito por parte del público, independientemente de que se permitan mayores o menores usos de esos materiales (transformación, usos comerciales…).

Estos son los seis modelos básicos de licencias "*Creative Commons*":

Reconocimiento: El material creado por un autor puede ser reproducido, distribuido, comunicado al público e incluso modificado libremente, con la única obligación de indicar el autor y la fuente.

Reconocimiento - Sin obra derivada: El material creado por un autor puede ser reproducido, distribuido y comunicado al público, con la obligación de indicar el autor y la fuente. No se pueden realizar transformaciones (obras derivadas).

Reconocimiento - Sin obra derivada - No comercial: El material creado por un autor puede ser reproducido, distribuido y comunicado al público, con la obligación de indicar el autor y la fuente. No se puede obtener ningún beneficio comercial. No se pueden realizar obras derivadas.

Reconocimiento - No comercial: El material creado por un autor puede ser reproducido, distribuido, comunicado al público e incluso modificado libremente, indicando el autor y la fuente. No se puede obtener ningún beneficio comercial.

Reconocimiento - No comercial - Compartir igual: El material creado por un autor puede ser reproducido, distribuido, comunicado al público e incluso modificado libremente, indicando el autor y la fuente. No se puede obtener ningún beneficio comercial y las obras derivadas tienen que ponerse a disposición del público en las mismas condiciones que la obra originaria.

Hay quien discute la existencia de un contrato en este tipo de licencias. No obstante, podría admitirse la existencia de un contrato entre el titular de derechos o un cesionario y cada miembro del público, apreciando una oferta en la declaración pública de voluntad del titular plasmada en la licencia, y una aceptación por actos concluyentes en

el usuario que accede a la obra y la usa dentro de los términos de la licencia.

Las licencias públicas generales tienen carácter perpetuo, mundial e irrevocable. Cualquier limitación en el tiempo o el territorio, así como la posibilidad de revocación de la licencia es directamente contraria a su espíritu y finalidad.

Una vez que el contenido se pone a disposición del público con una licencia pública general, se difundirá libremente por la red y fuera de la red, pudiendo incluso ser transformado.

Ahora bien, no se trata de una renuncia total a los derechos sobre la obra o prestación. Si un usuario se excediera en los usos permitidos por el licenciante, podrá ser perseguido por infracción de los derechos de propiedad intelectual.

En particular, si se realizan usos comerciales directos o indirectos cuando no han sido autorizados en la licencia, el titular de derechos podrá realizar las reclamaciones correspondientes, bien directamente o bien a través de entidades de gestión colectiva encargadas de recaudar derechos de remuneración equitativa por comunicación al público en bares, restaurantes, discotecas, centros comerciales, etc.

Esto demuestra claramente que el modelo de las licencias públicas generales entre las que cuentan las licencias "*Creative Commons*" (incluso las que incorporan la cláusula "*copyleft*") no se opone frontalmente al "*copyright*", sino -todo lo contrario- se justifican y amparan en el mismo.

Por lo demás, la decisión de difundir una obra bajo una licencia pública general a través de Internet, no impide al autor realizar actos de explotación económica de esa misma obra en otros formatos (libro, disco, vídeo), pues

la licencia pública general es en todo caso una licencia no exclusiva.

3. Las iniciativas de acceso abierto a contenidos científicos, técnicos y docentes (*Open Access*). Los repositorios institucionales.

El origen de las iniciativas "*open access*" se sitúa en la reunión del "*Open Society Institute*" celebrada en Budapest en diciembre de 2001, patrocinada por la Fundación Soros, y de la que surgió la "*Budapest Open Access Initiative*", con la declaración de 14 de febrero de 2002, que busca impulsar el acceso libre a contenidos científicos y académicos.

Posteriormente, adquirió un nuevo y decidido impulso con la "*Berlin Declaration on Open Access to Knowledge in the Sciencies and Humanities*", de 22 de octubre de 2003, patrocinada por la Sociedad Max Planck.

A partir de ahí, el movimiento OA fue asumido por organizaciones públicas internacionales (OCDE, UE) y por los Estados, para favorecer el acceso libre a la información científica y técnica.

La iniciativa OA propone dos estrategias básicas para alcanzar sus objetivos:

a. el autoarchivo de sus trabajos por parte de los propios investigadores en repositorios de acceso público creados al efecto, y;

b. la publicación de revistas alternativas en formato digital en las que no se utilice el "*copyright*" para restringir el acceso y uso de los materiales científicos publicados (modelo comercial), sino para autorizar expresamente el acceso y utilización libre de esos

materiales, buscando fórmulas alternativas de financiación.

El movimiento "*open access*" parte del necesario respeto a los derechos de propiedad intelectual, esgrimiendo la posibilidad que estos mismos derechos confieren a los creadores-investigadores para poner sus trabajos a la libre disposición del público.

Por lo demás, las contribuciones de acceso abierto deben satisfacer dos condiciones:

Los titulares de la propiedad intelectual deben garantizar a todos los usuarios por igual, el derecho gratuito, irrevocable y mundial de acceder a sus trabajos, lo mismo que licencia para copiarlo, usarlo, distribuirlo, transmitirlo y comunicarlo públicamente; incluyendo, así lo desean, la creación de trabajos derivativos.

Una versión completa del trabajo que incluya una copia de los términos de la licencia deberá depositarse, en un formato electrónico estándar, en -al menos- un repositorio online mantenido por una institución académica, sociedad erudita o agencia gubernamental.

Siguiendo las premisas marcadas desde las iniciativas de acceso abierto, es posible crear diferentes formatos de licencias "*open acces*".

Aunque en la actualidad lo común es recurrir a licencias "*Creative Commons*" para facilitar el acceso abierto a los creadores que decidan libremente apostar por este modelo de difusión de sus contenidos, aprovechando así el amplísimo reconocimiento de este tipo de licencias públicas generales en todo el mundo.

La autorización para modificar la obra y la inclusión de cláusulas "*copyleft*" debe ser en todo caso voluntaria. No debería imponerse por ninguna de las organizaciones que mantienen repositorios o revistas de acceso abierto, sino que debería poder ser escogida libremente por el titular de derechos.

Los contenidos difundidos en régimen de acceso abierto podrán ser libremente archivados y difundidos desde cualesquiera sitios en línea, especialmente repositorios de información.

Con ello se contribuye a revitalizar la función y el papel de los archivos en la sociedad de la información. Los archivos, bibliotecas y establecimientos similares (filmotecas) podrán así ayudar a sistematizar la información para facilitar su localización y libre acceso. Además de conservarla al margen de la desaparición de los sitios en línea donde se difundió por primera vez y de la posible obsolescencia de formatos digitales.

Debería ser necesario contar en todo caso con el consentimiento del autor para ingresar su obra en un repositorio institucional o en revistas de acceso abierto.

Sin embargo, la Ley puede forzar (hasta cierto punto) regímenes especiales para el autoarchivo y difusión en abierto de publicaciones científicas; al menos, para aquellas que sean fruto de proyectos de investigación financiados con dinero público.

Esta es la línea que ha seguido el legislador español, al disponer en la Ley de Ciencia, Tecnología e Innovación las Administraciones públicas deben impulsar el desarrollo de repositorios, propios o compartidos, de acceso abierto a las publicaciones de su personal de investigación, y

establecerán sistemas que permitan conectarlos con iniciativas similares de ámbito nacional e internacional.

Y señala, en este sentido, que el personal de investigación (universidades y centros públicos de investigación) cuya actividad investigadora esté financiada mayoritariamente con fondos de los Presupuestos Generales del Estado, hará pública una versión digital de la versión final de los contenidos que le hayan sido aceptados para su publicación en publicaciones de investigación seriadas o periódicas, tan pronto como resulte posible, pero no más tarde de doce meses después de la fecha oficial de publicación.

Más allá de las obras financiadas con dinero público, el almacenamiento y puesta a disposición de obras nuevas o preexistentes en estos repositorios exige contar con el expreso consentimiento del autor y, en su caso, del editor que hubiera adquirido derechos de licencia de explotación digital, al menos durante el tiempo de cesión o licencia otorgado por el autor.

VIII. LA PIRATERÍA DIGITAL.

Con el término piratería digital de contenidos se quiere hacer referencia a todos los actos de utilización no autorizada de derechos de autor y derechos conexos, cometidos de forma masiva e indiscriminada empleando aplicaciones informáticas y redes telemáticas.

Se trata de un concepto alegal que hace referencia globalmente al mercado ilícito ("negro" o "pirata") de contenidos protegidos en Internet, independientemente de las formas en que se produzca la puesta a disposición, acceso y reproducción no autorizadas de esos contenidos; y de si tales prácticas ilícitas se llevan a cabo o no con fines comerciales o lucrativos en sentido amplio.

La piratería digital de contenidos a través de Internet se presenta de muy diversas formas.

Algunas de ellas suponen una explotación directa (reproducción y comunicación pública) de obras y prestaciones afines protegidas, sin contar con la autorización de los legítimos titulares de derechos. Normalmente a través de alguna web u otra aplicación en línea, donde se facilita la descarga directa de archivos con copias ilegales o bien el acceso en streaming.

En otras -la mayoría- son los usuarios quienes intercambian masivamente archivos con copias no autorizadas de obras y prestaciones, valiéndose de los servicios de intermediarios digitales que van desde sitios de almacenamiento de ficheros a webs de enlaces. La cuestión en estos casos es si también los intermediarios infringen los derechos de propiedad intelectual al facilitar los actos ilícitos de los usuarios de sus servicios.

1. Servicios ilícitos de distribución en línea de contenidos.

El caso más claro y primario de piratería digital de contenidos consiste en un servicio de la sociedad de la información que, sin contar con la debida autorización de los titulares de derechos, almacena copias digitales de obras y prestaciones conexas protegidas para ponerlas a disposición del público directamente.

Estos servicios se prestan a cambio de una remuneración o gratuitamente, en cuyo caso los ingresos se perciben indirectamente mediante la publicidad insertada en el sitio y el tráfico -en su caso- de datos personales de los usuarios del sitio.

Pueden emplear modelos de descarga de ficheros con copias no autorizadas de materiales protegidos, o bien sistemas de mero acceso y disfrute en línea.

La realización de copias digitales y el almacenamiento de contenidos protegidos en el equipo servidor donde se aloja el sitio web ("*uploading*") para su puesta a disposición del público, sea en la modalidad de acceso en línea ("*streaming*") o sea en la modalidad de descarga de copias ("*downloading*"), constituyen actos de reproducción digital y de comunicación pública interactiva que requieren la debida autorización de los titulares de derechos sobre esos contenidos.

La infracción se produce independientemente de si concurre o no ánimo de lucro en la conducta del titular del web, pues los ilícitos civiles contra la propiedad intelectual no requieren por lo general la concurrencia del elemento lucrativo. Sin embargo, la concurrencia de éste es determinante para la criminalización de la conducta. Eso significa que, si concurre fin comercial, puede ser

perseguida la conducta como delito contra la propiedad intelectual.

La resolución judicial que ordene la suspensión cautelar o definitiva de un servicio de distribución en línea de contenidos protegidos o la retirada total o parcial de algunos de sus contenidos, necesitará normalmente, para resultar eficaz, exigir la colaboración de los prestadores de servicios técnicos de intermediación (como los proveedores de acceso a Internet o los operadores de redes) para que suspendan el servicio prestado al infractor o la retirada de algunos contenidos ilícitos del sitio del infractor.

Al margen de acciones judiciales penales y/o civiles, es posible también solicitar la retirada de la información que vulnera derechos de propiedad intelectual a través del procedimiento administrativo establecido por la legislación española y que se sigue ante la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual.

La Sección Segunda CPI podrá adoptar medidas para que se interrumpa el servicio o para retirar los contenidos que vulneren derechos de propiedad intelectual siempre que el prestador haya causado o pueda causar un daño patrimonial. También puede requerir la colaboración de prestadores de servicios de intermediación y de servicios de pagos electrónicos y de publicidad para suspender el servicio al infractor.

2. El intercambio de archivos con contenidos protegidos a través de programas y redes "*peer to peer*".

Los programas P2P permiten el intercambio masivo e indiscriminado de contenidos entre una pluralidad ilimitada de usuarios de todo el mundo que se conectan a

la misma red cuando descargan el programa en su equipo informático.

Cada usuario actúa al mismo tiempo como servidor y cliente, subiendo y bajando ficheros con contenidos mayoritariamente protegidos por derechos de propiedad intelectual sin contar la debida autorización de los titulares de derechos o de las entidades de gestión.

El usuario que pone a disposición de los demás usuarios conectados a la misma red copias de contenidos protegidos almacenados en su equipo, está llevando a cabo actos de comunicación pública no autorizados.

El usuario que descarga archivos con contenidos protegidos a través de la red P2P almacenándolos en una carpeta compartida asociada a dicha red a través del programa P2P, está realizando al mismo tiempo un acto de reproducción y otro de comunicación pública interactiva.

El usuario que descarga ficheros con contenidos protegidos almacenándolos en una carpeta no vinculada a la red P2P, y por tanto sin ponerlos nuevamente a disposición de los otros miembros de la red, estaría llevando a cabo actos ilícitos de reproducción, pues no puede ampararse en ningún caso en el límite de copia privada.

El ejercicio de acciones civiles en defensa de los derechos de propiedad intelectual contra los usuarios de redes P2P que comunican y reproducen obras y prestaciones afines protegidas sin la debida autorización, exige la previa identificación del usuario que se oculta tras la dirección IP desde la que se produce la subida y bajada de ficheros con contenidos protegidos a la red.

Esa identificación requiere la colaboración de los prestadores de servicios de acceso a Internet (ISPs), los

cuales la deniegan alegando la obligación de proteger los datos personales de sus clientes y la privacidad de las comunicaciones.

De modo que en España es inviable de momento el ejercicio de acciones judiciales contra los usuarios de estos programas, por cuanto la legislación solo obliga a los prestadores de servicios de intermediación a colaborar con las autoridades identificando a los usuarios de sus servicios, solamente en casos de delitos graves; y los delitos contra la propiedad intelectual no tienen esa calificación en nuestro país.

La Ley permite, no obstante, que los titulares de derechos se dirijan judicialmente contra los proveedores de acceso a Internet (ISPs) para obligarles a suspender el servicio de telecomunicación a usuarios claramente infractores de derechos.

Tribunales españoles han admitido ya este tipo de acciones de cesación dirigidas a intermediarios para suspender el servicio a infractores anónimos de derechos de propiedad intelectual.

El programa P2P no participa en el proceso de intercambio, esto es en las operaciones de carga, comunicación en línea interactiva y descarga de archivos. Razón por la que resulta difícil justificar una vulneración de derechos de propiedad intelectual por parte de los responsables de este programa, ya que, en rigor, ni reproducen ni comunican al público contenidos protegidos por derechos de autor y derechos conexos.

Sin embargo, a la vista de que su actividad persigue generalmente fines lucrativos indirectos asociados al uso del programa por millares de usuarios infractores, cabe preguntarse si de alguna manera no se les podría

considerar responsables por contribuir o colaborar en la infracción masiva e indiscriminada de derechos de propiedad intelectual.

Se ha barajado la opción de perseguir a los responsables de estos programas por la vía de la competencia desleal o de la responsabilidad civil extracontractual.

Pero en España los escasos pronunciamientos judiciales que se han dado hasta el momento descartan cualquier responsabilidad de los operadores de programas P2P en la infracción de derechos de propiedad intelectual por el intercambio masivo de archivos con contenidos ilícitos.

3. Prestadores de servicios de almacenamiento y puesta a disposición de enlaces a archivos con contenidos no autorizados (*web-linking*).

Las webs de enlaces almacenan y ponen a disposición del público enlaces generados y subidos al sitio por los usuarios (también los puede generar el propio *webmaster*, aunque será prácticamente imposible probarlo) que permiten el acceso a una obra o prestación (mediante *streaming* o descarga de una copia).

Cuando un usuario accede a estas webs y pulsa un enlace, éste le reconduce a una red P2P o a un *megasite* de almacenamiento (como Mega o Rapidshare) desde donde se inicia automáticamente el proceso de descarga (o, en su caso, acceso en línea) del fichero que contiene la copia de una obra o prestación.

Es claro que quienes suben contenidos al sitio de almacenamiento masivo (servicios de almacenamiento en la nube) y luego suben el enlace de acceso a esos materiales a una web de enlace, llevan a cabo actos de reproducción y comunicación pública interactiva ilícitos.

Pero nuevamente aparece el problema de la imposibilidad de identificar al infractor sin la colaboración de los intermediarios que prestan servicios de almacenamiento en la nube de ficheros o de almacenamiento de enlaces.

Intermediarios que, como se ha dicho, se niegan en redondo a esa identificación alegando la privacidad de las comunicaciones y de los datos personales, no pudiendo ser forzados por las autoridades.

La web donde se almacena y pone a disposición el enlace que inicia el proceso de descarga no participa técnicamente en ese proceso, actuando como mero intermediario. Sin embargo, de alguna manera contribuye al proceso de puesta a disposición o comunicación pública interactiva de copias no autorizadas de obras y prestaciones.

En cualquier caso, los intermediarios de la sociedad de la información (y una web de enlaces se puede considerar un prestador de servicios de almacenamiento o "*hosting*"), están protegidos por el principio de exención de responsabilidad o puerto seguro ("*safe harbour*") establecido en la legislación de comercio electrónico.

Según este principio, los intermediarios de la sociedad de la información no responden por los actos de sus usuarios, siempre que actúen de forma neutral, automática y pasiva; y en caso de que no actúen de esta forma, se exoneran de responsabilidad si retiran la información infractora de manera diligente una vez que tienen conocimiento efectivo de la existencia de la infracción.

Desde la perspectiva del Derecho de propiedad intelectual, se ha discutido tanto por tribunales penales como civiles si es posible considerar la puesta a disposición en un sitio web de enlaces que facilitan el acceso y descarga

de contenidos protegidos como un acto de comunicación pública sujeto a la autorización de los titulares de derechos.

Podría forzarse el concepto de comunicación pública para incluir en el mismo aquellos actos que consisten en la disposición instrumental de medios para facilitar actos de comunicación en línea.

En cualquier caso, sí parece más claro que las webs de enlaces contribuyen a la infracción masiva de derechos de propiedad intelectual, en tanto en cuanto no son servicios automáticos y neutrales, sino que optimizan la presentación de información.

Desde esta perspectiva, se puede considerar un comportamiento de competencia desleal, por resultar contrario a las exigencias de la buena fe en el mercado: el responsable de la web de enlaces, sabe o debería saber sin faltar a la buena fe, que con su servicio está contribuyendo a las infracciones masivas a derechos de autor y derechos conexos.

No se aplicaría el principio de puerto seguro al no actuar de forma neutral, automática y pasiva, ni reaccionar diligentemente retirando la información cuando reciben reclamaciones por parte de titulares de derechos.

El legislador español ha dado un salto cualitativo muy importante para perseguir este tipo de prácticas que constituyen la fuente principal de la piratería digital.

Actualmente, la ley de propiedad intelectual considera responsables de infracciones a los derechos de propiedad intelectual a quienes induzcan a sabiendas la conducta infractora; a quienes cooperen con la misma, conociendo la conducta infractora o contando con indicios razonables para conocerla; y a quienes, teniendo un interés económico

directo en los resultados de la conducta infractora, cuenten con una capacidad de control sobre la conducta del infractor.

Parece claro que las webs de enlaces incurrirán al menos en la conducta de cooperación conociendo o debiendo conocer la conducta infractora, sin perjuicio de que también puedan inducir a la infracción en ocasiones y de que tengan un interés directo si se consigue probar que pagan a usuarios para que suban enlaces a su plataforma.

A la respuesta civil se suma la penal. El nuevo código penal español considera responsable de un delito contra la propiedad intelectual a quien en la prestación de servicios de la sociedad de la información, con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto, y en perjuicio de tercero, facilite de modo activo y no neutral y sin limitarse a un tratamiento meramente técnico, el acceso o la localización en internet de obras o prestaciones objeto de propiedad intelectual sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos o de sus cesionarios: en particular ofreciendo listados ordenados y clasificados de enlaces a las obras y contenidos referidos anteriormente, aunque dichos enlaces hubieran sido facilitados inicialmente por los destinatarios de sus servicios.

Y por último existe también una respuesta administrativa a través del procedimiento de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual ante la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual. Este procedimiento podrá iniciarse hoy día contra servicios de la sociedad de la información que vulneren derechos de propiedad intelectual facilitando la descripción o la localización de obras y prestaciones que indiciariamente se ofrezcan sin autorización, desarrollando a tal efecto una labor activa y no neutral, y que no se limiten a actividades de mera intermediación técnica: en particular, contra quienes

ofrezcan listados ordenados y clasificados de enlaces a las obras y prestaciones, con independencia de que dichos enlaces puedan ser proporcionados inicialmente por los destinatarios del servicio.

En definitiva, en España el camino parece haberse despejado para combatir la actividad de las webs de enlaces y, con ello, uno de los engranajes fundamentales de la piratería digital.

4. Actividad de los prestadores de servicios de almacenamiento de archivos y acceso mediante enlaces (*share-hosting megasites*).

Los *megasites* de almacenamiento, como megapuload.com., rapidshare.com. 4shared.com o fileserve.com, entre otros muchos, participan también de forma importante en la distribución en línea de contenidos ilícitos.

Aparentemente estos megasitios de almacenamiento y acceso son tecnológicamente neutrales, pues su espacio se utiliza para subir a la red y almacenar contenidos de todo tipo que el "*uploader*" puede poner a disposición de terceros creando un enlace de acceso al sitio.

No obstante, en la práctica se utilizan masivamente para subir copias no autorizadas de obras y prestaciones protegidas, que se ponen a disposición del público alojando el enlace de enrutamiento en webs de enlaces, blogs, redes sociales, chats, grupos de noticias, etc. De ahí su denominación como *share-hosting megasite*.

En principio se presentan como servicios de intermediación en el alojamiento de datos de naturaleza meramente técnica, automática y pasiva, lo que implica que el prestador del servicio no tiene conocimiento ni control de la información transmitida o almacenada, y, en

consecuencia, podrá beneficiarse del régimen de exención de responsabilidad previsto en la legislación de comercio electrónico

Además, estos servicios (al menos los más populares) ofrecen normalmente un servicio voluntario de reclamaciones para los terceros que consideren vulnerado sus derechos por contenidos almacenados en el mismo, comprometiéndose a retirar dicho contenido si se acredita suficientemente la titularidad del derecho y la infracción (*notice & take down*). Lo cual puede ser percibido como una muestra de la diligencia debida en el conocimiento efectivo de posibles actividades ilícitas con vistas a la aplicación del régimen de exoneración de responsabilidad.

Sin embargo, la práctica demuestra que los servicios de recepción de denuncias y retirada de contenidos son absolutamente ineficaces si se tiene en cuenta el uso masivo y universal que de estos *megasites* se hace para subir a la red copias piratas de contenidos protegidos.

Por eso, si el alojamiento de copias no autorizadas en estos megasitios llega a convertirse en la actividad principal o preferente de los mismos, desplazando otras posibles utilidades, podría pensarse quizás en que el procedimiento de denuncia y retirada puntual de contenidos ilícitos puede resultar insuficiente, exigiendo un grado superior de diligencia en el responsable del sitio.

De modo que, si el procedimiento de detección (basados en denuncias puntuales) resulta a todas luces insuficiente y el prestador del servicio sabe o puede saber sin faltar a la buena que su servicio es utilizado masiva e indiscriminadamente para vulnerar derechos exclusivos de terceros, habría margen de maniobra para exigir una mayor diligencia al responsable del servicio creando filtros que impidan, cuanto menos, que los contenidos retirados

no puedan ser subidos nuevamente al sistema y que los infractores no reincidan en su comportamiento.

Y si no realizan ninguna actuación en ese sentido quizás habría margen para considerarlos responsables por contribuir a la infracción, recurriendo al derecho de competencia desleal o a la acción de responsabilidad extracontractual por daños y perjuicios.

Más complejo será la posibilidad de exigir responsabilidad por infracción indirecta de derechos de propiedad intelectual, recurriendo a la ley de propiedad intelectual y al código penal, así como al procedimiento administrativo ante la Comisión de Propiedad Intelectual.

Aunque estas nuevas vías quedan abiertas a varios tipos de intermediarios, es clara la voluntad del legislador de incluir sin ambages a las webs de enlaces, pero no tanto a otros intermediarios cuya actividad tenga mayores visos de ser neutral, automática y pasiva.

En tales casos, sólo quedaría el recurso a la responsabilidad civil extracontractual y a la competencia desleal, aunque el resultado puede ser muy similar al obtenido ya en las demandas dirigidas contra responsables de programas P2P.

CUANTO ESTÉS CONECTADO

Aproximación al derecho de la propiedad intelectual

https://youtu.be/LDRG4diquAI

Derechos de autor

https://youtu.be/Cq_imBwcuPI

Contenido del derecho de autor

https://youtu.be/n6T8RdaYfGg

Gestión individual y gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual

https://youtu.be/9Y6a5fWRI1A

Propiedad intelectual y sociedad de la información

https://youtu.be/jiKCCJgl9oM

La piratería digital de contenidos protegidos

https://youtu.be/Al-ullvb0wg

Nuevas realidades editoriales

https://youtu.be/qnDob_O8GRY

El conocimiento libre: concepto, orígenes, caracteres básicos y reconocimiento normativo

https://youtu.be/ErNJnNFA3nU

El papel de los archivos y bibliotecas en el acceso a la información

https://youtu.be/E7Ehb5PZmn8

Los repositorios institucionales

https://youtu.be/W9KUWWKqXCo

Subvenciona:

Junta de Castilla y León