

## Las descargas en España - Ley y tecnología

Los especialistas en propiedad intelectual e industrial José Ramón Gil Cantons, de la firma FGV Legal, y Eva Faustino Ribas, Gerente de la Asociación de Productores y Editores Fonográficos de Cataluña (APECAT), analizan la particular situación del marco legal y su impacto en el negocio de las descargas de música en España.

A continuación ofrecemos el artículo, especial para Aliado Digital y Music Ally.

Las ventas digitales en España son mucho menores que en los países de su entorno. Sólo el 11% de las ventas digitales corresponden a descargas digitales, mientras que a nivel internacional el promedio es del 21%. Frente a esta realidad surgen entonces varios interrogantes: ¿Qué pasa con la legislación española? ¿Porqué los tribunales no defienden los derechos de propiedad intelectual? ¿Por qué no se aplica la legislación vigente? ¿Sabe el usuario que comportamientos son ilícitos?

En el marco legal, son principalmente dos, las leyes que regulan estos comportamientos. Por un lado está el Código Penal en sus artículos 270 y siguientes y por otro lado el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

Jurídicamente, estas leyes regulan la parte sustantiva, es decir el fondo del asunto, pero en cuanto a la parte procesal, o sea la manera como se solicita la protección efectiva de estos derechos, nos encontramos con otras normativas de mayor o menor rango que, en la práctica, impiden obtener una resolución judicial favorable al copyright. Esta presunta imposibilidad es por motivos formales claramente influidos por motivos que podríamos definir como sociales o circunstanciales.

Para acabar con las vulneraciones de los derechos de autor que apuntaban su crecimiento, mediante la Ley Orgánica 15/2003, del 25 de noviembre se modifican tipos y se agravan penas de los delitos contra la propiedad intelectual previstos en el Código Penal, pero al penalizar el comportamiento del usuario, los principios aplicables al derecho penal han dificultado la protección efectiva de los derechos. Lo anterior ya que el derecho penal en España se rige por el principio de mínima intervención, la proporcionalidad de la pena y la prueba de todos los elementos del tipo, teniendo en cuenta la presunción de inocencia.

Además, el tipo delictivo contra los derechos de propiedad intelectual requiere, entre otros elementos, la concurrencia del famoso &ldquo;ánimo de lucro&rdquo; que tantas resoluciones judiciales han considerado inexistente en el comportamiento del usuario.

Por otro lado, la actividad de acceder a contenidos digitales sin respetar los derechos de autor es habitual en España, está socialmente aceptada y no es un comportamiento moralmente reprochable lo que se refleja en las sentencias penales y en los medios de comunicación.

Por la definición del ánimo de lucro que ha dado la jurisprudencia, criminalmente se hace imposible conseguir una sentencia que aplique la

fuerza de la jurisdicción penal contra el que consume música ilegalmente. En el usuario no concurre el ánimo de lucro y el que da el acceso a la tecnología que, a menudo tiene ánimo de lucro, no realiza el acto final que causa el daño al bien jurídico protegido.

En cuanto a las reclamaciones de responsabilidad civil por el perjuicio del que ha vulnerando un derecho es importante considerar los siguientes escenarios:

Si se pretende reclamar contra el usuario, el problema es que la protección del derecho a la intimidad tal como se concibe en el ordenamiento español impide que las operadoras de Internet y telefonía identifiquen a un usuario sin mediar una orden judicial y atendiendo a la importancia del derecho a la intimidad y a las limitaciones de los jueces en la jurisdicción civil no se puede dictar la preceptiva orden en la jurisdicción civil. Esto ha bloqueado la posibilidad de reclamar civilmente contra el usuario.

Si lo que se pretende es reclamar la responsabilidad civil del que pone a disposición del usuario la tecnología mediante la que se accede ilícitamente al contenido, entendiendo que es responsable del uso que se haga a través de la misma. En esta cuestión la defensa habitual suele ser que la tecnología no es buena ni mala, y que el control no se puede llevar a cabo sin atentar contra el derecho a la intimidad del usuario.

Por nuestra parte entendemos que el que pone a disposición una tecnología debe responsabilizarse del uso que se haga de la misma. Quien comercializa un servicio debe asegurarse que la utilización del mismo cumple con la legislación vigente y debe tomar las medidas necesarias para poder garantizar esa legalidad.

Por ejemplo: ¿puede un negocio vender armas a quien no tiene licencia para portarlas o utilizarlas?, ¿aceptaríamos la comercialización de una tecnología que permita abrir cualquier vehículo estacionado en la calle impunemente?

El problema es que existe quien se beneficia de la gratuidad de la música y por conveniencia abogan por mantener esa libertad sobre los contenidos en Internet, e incluso, gracias al consumo ilícito, hay quien mejora la rentabilidad de sus modelos de negocio.

Otro de los motivos que han llevado a España a esta situación, es el desconocimiento en cuanto a que consumos digitales de música son ilícitos. La confusión existente se ha agravado por la insuficiente comunicación sobre a que consumos da cobertura legal el canon digital que en 2003 se fijó sobre CDs y DVDs y en 2006 sobre el resto de soportes digitales.

El canon digital, "heredero" del canon por copia privada, tiene un carácter compensatorio dirigido a cubrir parte de los derechos de autor afectados por la ley, grava nuevos soportes manteniendo los requisitos de uso privado y copia original establecidos legalmente.

Para aclarar, el pago del canon digital sólo abarca las reproducciones realizadas por personas físicas para su uso personal y a

partir de un soporte original (alguien que compra un CD, y lo copia en un MP3) pero no comprende todos los usos privados o domésticos, por ejemplo, las copias de música a las que se acceden desde servicios P2P y se graban en cualquier soporte no cumplen la condición de que la fuente original desde donde se copia sea un soporte legítimo.

Esta situación jurídica ha tenido un efecto evidente en el mercado discográfico español que en 2008 ha caído un 7,8% con respecto a 2007, con un descenso acumulando del 56% desde de 2001. Es evidente que llegados a este punto es imprescindible un posicionamiento claro y una actuación contundente por parte del gobierno español y los legisladores que garantice el respeto de los derechos de autor en el entorno digital o de lo contrario en breve desaparecerá cualquier oportunidad de negocio con el correspondiente perjuicio para la creación.