
LA «LEY SINDE»: UNA OPORTUNIDAD PERDIDA PARA LA REGULACIÓN DEL OCIO ONLINE EN ESPAÑA

Ercilia GARCÍA ÁLVAREZ

*Catedrática Facultad de Economía y Empresa Universidad Rovira i Virgili
Investigadora del Centro de Estudios y Recerca de Humanidades (CERHUM) - UAB*

Jordi LÓPEZ SINTAS

*Profesor Titular de Universidad Facultad de Economía y Empresa Universidad Autónoma de Barcelona
Investigador del Centro de Estudios y Recerca de Humanidades (CERHUM) - UAB*

Sheila SÁNCHEZ BERGARA

Estudiante de Doctorado de la Universidad Rovira i Virgili

RESUMEN: Las nuevas tecnologías e Internet han transformado las experiencias de ocio y las formas de acceder y consumir bienes protegidos por la propiedad intelectual. Esta situación provoca tensiones entre los titulares de derechos de propiedad intelectual, los usuarios e intermediarios. Con el propósito de fortalecer la protección en el ciberespacio se aprueba la «Ley Sinde,» normativa aplaudida por unos y objetada por otros. En esta comunicación nuestro objetivo es cuestionar la eficacia de esta regulación como respuesta a la problemática del acceso y consumo de obras en Internet. Su contenido evidencia una desatención a las prácticas de ocio online a partir de las libertades de creación que la tecnología pone al alcance de los usuarios. Los derechos de las partes implicadas están en desequilibrio, no responde a la demanda de ocio online e impone cargas a los intermediarios. Es un remedio legal que obvia la eficacia de la arquitectura de la red como subterfugio para evadir las consecuencias jurídicas. Nuestra conclusión es que constituye una solución jurídico-formal que no responde a la complejidad del fenómeno porque se centra en la defensa a ultranza de una sola de las partes, además de ser insuficiente como mecanismo de regulación para las relaciones en el entorno digital.

PALABRAS CLAVE: ocio online, propiedad intelectual, Ley Sinde, regulación, nuevas tecnologías.

1. INTRODUCCIÓN

El ocio y las nuevas tecnologías siempre han estado relacionados, cada adelanto tecnológico ha repercutido en su concepto, formas de experimentación, acceso y organización (Bryce, 2001). A la relación ocio-nuevas tecnologías incorporamos el sistema de propiedad intelectual, en tanto regula las condiciones de acceso y transacción de bienes esenciales para las experiencias de ocio y cuya historia puede resumirse a partir de los principales adelantos tecnológicos. En el contexto actual la tensión entre intereses y derechos de las partes implicadas es creciente (de la Fuente & Ureña, 2006) y las soluciones jurídicas implementadas cuestionables.

La era digital ha transformado los espacios, actividades y organización de las experiencias de ocio, las personas interaccionan en nuevas comunidades de forma sincrónica o asincrónica al tiempo que permanecen en un espacio físico (Bryce, 2001). Las actividades de

ocio tradicional coexisten con las de ocio digital que en parte las incorporan al tiempo que existen otras propias del ciberespacio. Los tiempos también cambian, el ocio digital es más frecuente y se entremezcla con actividades laborales. En todo caso, cumple las mismas funciones que el tradicional, es decir, proporciona relajación, estimulación, escape, interacción social y desarrollo de la propia personalidad con repercusiones positivas para el bienestar (Bryce, 2001).

El incremento del ocio online también se evidencia en la importancia del acceso a Internet desde el hogar. Según los resultados del Eurobarómetro 362/2011 la media europea alcanza al 62% de los hogares con conexión y en España el acceso es de un 51%. Entre las actividades de ocio online más frecuentes según el Eurobarómetro 278/2007 destacan el intercambio de e-mails con 68%, la búsqueda de información sobre productos y eventos culturales y la preparación de las vacaciones ambas con 42% y la búsqueda de información sobre actividades deportivas y de ocio con 41%, la lectura del periódico con 39%, compra de productos culturales un 30%, escuchar la radio/música un 28%, descargar música gratis y compartir archivos con 27% y 26% respectivamente, los videojuegos ocupan el 25%, visitas a webs de museos y bibliotecas un 24 %, visitas a forúms y chats un 22%, consulta de blogs un 13% y un 9% destinado a la creación de webs y blogs propios. Estos datos, revelan el creciente interés y uso de las tecnologías e Internet para experiencias de ocio, en la mayoría de los casos relacionados con bienes de propiedad intelectual.

Al tiempo que transforma las experiencias de ocio, la era digital también permite manipular obras protegidas por la propiedad intelectual. Actividades antiguamente reservadas a profesionales y técnicos como: procesar, modificar, ampliar, reducir y copiar, están ahora al alcance de los usuarios. Por ello, se puede ser autor, editor, gestor e infractor al mismo tiempo o en diferentes momentos (Lipszyc, 2004). Estos hechos, se presentan como un desafío para la propiedad intelectual sustentada en el paradigma de la exclusividad. Una vez digitalizadas, las obras se convierten en bienes públicos desde una perspectiva económica y la escasez pierde toda importancia, de ahí que los fundamentos de la teoría de la propiedad tradicional no resuelvan con éxito las problemáticas del ciberespacio, puesto que la única limitación es la cantidad de bits que podemos almacenar (Murray, 2010).

Las oportunidades de las nuevas tecnologías para crear benefician a la cultura amateur que no es nueva ni originaria del ciberespacio, lo que sucede es que la red ha expandido su alcance a niveles extraordinarios que en el espacio real eran difíciles de obtener (Lessig, 2006). Según este autor, la remezcla ingeniosa de acontecimientos políticos o de canciones ha dejado de ser algo que solo podemos compartir con familiares y amigos. Así, Internet se presenta como un espacio con una asombrosa creatividad generada por los usuarios desde los blogs, las emisiones de podcast y videocast y las remezclas de contenidos –mashups– (Lessig, 2006).

Las respuestas a las nuevas vías de acceso y consumo de la propiedad intelectual han dado la espalda a la demanda, o si se prefiere, a los usuarios. A nivel internacional se ha promovido la implementación de una variedad de remedios procesales para la defensa de la propiedad intelectual en el ámbito online. Sin embargo según (Graber, 2011, p.22) existe una amplia brecha entre lo que la ley establece y lo tolerado por los intermediarios en el ciberespacio. En estas condiciones es necesario repensar los mecanismos que garanticen el

respeto de derechos constitucionales como la libertad de expresión y de recibir y comunicar información, teniendo en cuenta el poder de las estructuras tecnológicas como mecanismo de regulación (Graber, 2011).

En este contexto España ha reajustado el marco jurídico de la propiedad intelectual para responder a los compromisos internacionales y a las directivas europeas. Los titulares de derechos de propiedad intelectual cuentan con instrumentos de defensa en el ámbito civil, penal y administrativo (Padrós, 2011a) sin embargo, quedaban carencias por cubrir. Así, tras un arduo proceso de negociación parlamentaria se aprueba la Ley 2/2011 de 4 de marzo, de Economía Sostenible, cuya Disposición final cuadragésima tercera es la conocida como «Ley Sinde.» Con esta última denominación nos referiremos a la norma por economía y popularidad.

En esta comunicación nos proponemos analizar a partir del contenido de la «Ley Sinde» cómo se equilibran los derechos de las diferentes partes implicadas y las potenciales dificultades de su aplicación. Además incluimos las reacciones más representativas que a favor y en contra ha tenido. Nuestro propósito es demostrar que esta regulación es estrictamente una solución formal diseñada para salvaguardar monopolios en el mercado de bienes culturales siguiendo premisas jurídicas que desconocen las oportunidades tecnológicas.

2. DEBATE SOBRE LA REGULACIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL ONLINE

En las relaciones por actividades de ocio online convergen distintos derechos que en ocasiones colisionan y en la actualidad son objeto de un intenso debate académico, legislativo, jurisprudencial y social. Las posturas adoptadas proponen un amplio espectro de posibles soluciones no siempre fundamentadas pero en todo caso reflejo de los intereses en juego. En el contexto internacional la tendencia ha sido reforzar la protección, imponiendo a los Estados obligaciones que en ocasiones sobrepasan sus condiciones para implementarlas (Ruse-Khan, 2009). A través del argumento de la innovación (Campbell & Picciotto, 2006) se ha justificado la propiedad intelectual como incentivo a la creación, salvaguarda de la cultura y promoción del desarrollo económico. En este sentido (Campbell & Picciotto, 2006) afirman que la propiedad intelectual se utiliza para reforzar el poder del mercado a través de la intervención del Estado. Y se justifica la configuración del sistema debido a que los beneficios exceden los costes que supone (Landes & Posner, 2006).

Frente a estas posturas se han desarrollado teorías alternativas para regular las relaciones en el ciberespacio. La escuela de los ciberlibertarios¹ sostenía que la naturaleza incorporeal y descentralizada de la red solo podía ser regulada a través de su propio desarrollo orgánico con el consentimiento de la mayoría de los cibernautas (Murray, 2008). La escuela de los ciberpaternalistas² defiende la autorregulación a partir del código fuente como mecanismo de control sobre los individuos (Murray, 2008). En la propuesta de la Network Communi-

1 Más en: (Johnson & Post, 1996).

2 Más en: (Lessig, 1999).

tarian School se reconoce el poder de comunicación de la red y se incluyen otros mecanismos de regulación debido a su efectividad (Murray A., 2011). Por su parte, la regulación simbiótica (Murray, 2008) apuesta por un modelo que ofrezca a todos la oportunidad de intervenir, siendo clave la comunicación entre las partes.

Dentro de este debate a nivel europeo se ha optado por implementar soluciones legales del mundo físico al ciberespacio para la defensa de la propiedad intelectual online. En 2009, Francia con la Ley n°2009-669 de 12 de junio de 2009, conocida como Ley HADOPI instaura un mecanismo de protección que después de tres advertencias sanciona al usuario final por decisión jurisdiccional. España en 2011 aprueba la «Ley Sinde» centrada en los prestadores de servicios de la sociedad de la información como potenciales infractores. En ambos casos, se favorecen los intereses de las industrias de ocio y se implementan nuevas medidas contra el acceso y consumo de obras online.

La necesidad de regular el acceso y consumo de bienes protegidos por la propiedad intelectual en la red es evidente, el reto es obtener un resultado que responda a la complejidad del fenómeno, considere las transformaciones en los hábitos de ocio online y pondere adecuadamente los derechos en conflicto. La respuesta española es la conocida «Ley Sinde», realmente la Disposición Final cuadragésima tercera de la Ley 2/2011. Su contenido modifica aspectos de tres normas jurídicas: la Ley 34/2002, la Ley 29/1998 y el Real Decreto Legislativo 1/1996. Con la entrada en vigor el pasado primero de marzo del Real Decreto 1889/2011 de 30 de diciembre por el que se regula el funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual comienza su aplicación.

Aunque de esta norma es posible realizar un análisis exhaustivo sobre las repercusiones de su contenido, a continuación nos centramos en los elementos de mayor relevancia para el ocio online. Primeramente, abordamos las partes implicadas, sus intereses y la ponderación de los derechos en conflicto. En segundo lugar, los problemas que previsiblemente tendrá su aplicación y por último, las posturas adoptadas respecto a la norma por las partes.

3. PARTES IMPLICADAS, INTERESES Y DERECHOS EN LA «LEY SINDE»

En este apartado ilustramos los principales sujetos implicados en conflictos relacionados con la propiedad intelectual en el ámbito online. Primeramente, los titulares de estos derechos por ser la parte que reclama una observancia estricta al tiempo que ejerce una importante presión a nivel internacional y nacional. Como contraparte más evidente incluimos a los usuarios, tanto personas naturales como jurídicas, para ambas la regulación de la propiedad intelectual supone costes y límites. Adicionalmente, incluimos a los prestadores de servicios de intermediación por el rol que desempeñarán en defensa de la propiedad intelectual. En ningún caso los grupos son homogéneos, por lo que nos limitamos a señalar las posturas más representativas.

Al autor como principal titular se le reconoce un derecho exclusivo que le faculta para explotar su creación por diversas vías y durante un extenso período de tiempo (art.20.1 b) CE.; art.2 y 26 TRLPI). Además del interés por el reconocimiento a la autoría y la integri-

dad de la obra, les preocupa contar con ingresos que recompensen el trabajo realizado y les permitan continuar creando. En igual situación se hallan los artistas intérpretes y ejecutantes, en su condición de titulares de derechos conexos (arts. 106-109 TRLPI). Sin embargo, en ambos casos, el denominador común suele ser la existencia de un vínculo contractual que repercutirá en el ejercicio de las facultades de explotación. Por regla general, el contenido económico de los derechos de autor y conexos se transfiere, de ahí que (Ruse-Khan, 2009) afirme que el principal interés de estos sujetos se dirige hacia las normas que garanticen la equidad en las condiciones de cesión, en el contenido de los contratos laborales y en los regímenes de regalías por licencias.

Incluimos a las sociedades de gestión colectiva en este apartado pues si bien no ostentan *per se* derechos de propiedad intelectual, en su condición de representantes de los titulares, desempeñan un rol muy activo en su defensa. En el contexto español se han convertido en monopolios de hecho (Padrós, 2011b) y a pesar de los beneficios reconocidos tradicionalmente a la gestión colectiva, también se han identificado problemas comunes a sus posiciones monopolísticas como limitaciones al desarrollo de mercados no tradicionales de explotación de obras, dificultades para que los usuarios gestionen eficientemente sus costes, alto nivel de litigio entre oferentes y demandantes y un incremento en los costes de transacción. Actualmente, las nuevas tecnologías e Internet ofrecen mecanismos alternativos a la gestión colectiva tradicional (Torres Padrosa & Delgado, 2011; Garcelon, 2009) que se han considerado amenazas en tanto proporcionan a los creadores nuevos mecanismos para ejercer y licenciar sus facultades patrimoniales (Navarro, 2011).

Las industrias de ocio son un grupo muy variado tanto por el tamaño de las empresas como por las actividades que realizan, sin embargo, como regla son titulares de derechos de propiedad intelectual (arts. 8; 97.1.2.4; 115-117; 121-123 y 126 TRLPI). Su principal interés consiste en recuperar sus inversiones y obtener un beneficio mediante la explotación de las obras y otras prestaciones. Por ello, defienden la observancia a ultranza de la propiedad intelectual a través del perfeccionamiento de los mecanismos de aplicación y sanción previstos en las normas jurídicas (Ruse-Khan, 2009). También han promovido la globalización de los estándares de protección en el marco de la OMC aunque los recursos para implementarlos y sus consecuencias difieren entre países (Drahos, 1997). En la agenda internacional, el debate sobre la protección y salvaguarda de la propiedad intelectual representa fundamentalmente los intereses de las multinacionales del ocio (Ruse-Khan, 2009).

Tanto Internet como las tecnologías digitales han repercutido en sus modelos de comercialización de obras basados en la realidad analógica. La sustitución del soporte físico por el digital implica transformaciones en la configuración de la cadena de valor, donde algunas estructuras empresariales dejarán de ser necesarias o sufrirán transformaciones muy profundas. El instinto de conservación se pone en evidencia a través de las posiciones más extendidas a nivel internacional, donde las grandes industrias persiguen mantener su *status quo* a toda costa (Ruse-Khan, 2009). No obstante, a pesar de las resistencias Dyson (1994) advertía a los creadores de contenidos que el principal reto sería decidir qué dar gratis y qué cobrar en la red, teniendo en cuenta lo que hacen los competidores y las expectativas de los clientes.

A pesar de los inconvenientes que supone el cambio de los modelos de negocio para el entorno digital, las industrias paulatinamente se verán forzadas a encontrar nuevos caminos porque lo que pueda ser digitalizado lo será y con ello las obras serán cada vez más fáciles de copiar y más difíciles de vender por más de su precio nominal (Krugman, 2008). Las industrias deberán adaptarse al entorno digital o de lo contrario perecerán (Bailey, 2006). Sin duda el actual sistema de propiedad intelectual expresa y protege la existencia de las industrias de ocio, no obstante, la oferta online no responde a la demanda cada vez más exigente.

Por otra parte y cada vez con mayor trascendencia en este tema se encuentran los proveedores de Internet, titulares del derecho de libertad de empresa (art. 38 CE.). En los últimos años algunos países han optado por incorporarlos a la salvaguarda de la propiedad intelectual y de este modo, eximirlos de responsabilidad subsidiaria o en segundo grado (Ruse-Khan, 2009). Ya sea para la identificación de supuestos infractores como para la suspensión del acceso, son los que cuentan con herramientas tecnológicas para ejecutar estas u otras medidas. Por regla general, se han opuesto a asumir este rol defendiendo la libertad de empresa, la neutralidad en la red, los derechos de los usuarios finales y resaltando los costes que les suponen estas actividades. No obstante, por mandato legal han asumido obligaciones de colaborar en la salvaguarda de la propiedad intelectual (Win & Jondet, 2009; Lucchi, 2011) en Francia, Reino Unido, Irlanda, Suecia y ahora España.

Los usuarios de bienes protegidos por la propiedad intelectual, cuando son personas naturales, suelen consumir estos bienes en actividades de ocio y son titulares de derechos como el de acceso a la cultura, la libertad de expresión y la libertad de recibir y comunicar información (art. 44.1; 20.1 a), d) CE.). Además, se benefician de las excepciones previstas para los derechos de propiedad intelectual (arts. 31-40 TRLPI). Dentro de este grupo, los intereses se centran en la ausencia de penalizaciones exorbitantes por prácticas de ocio cada vez más recurrentes como la descarga de un archivo de música o la visualización online de una película sin autorización del titular de los derechos. Las posturas son tanto defensivas de sus derechos como de desarrollo de las excepciones previstas a través de mecanismos efectivos (Ruse-Khan, 2009).

Los casos de personas jurídicas como usuarios de propiedad intelectual en la red para el desarrollo de sus actividades profesionales o empresariales son cada vez más frecuentes. Por ejemplo, el uso de herramientas de comercialización y comunicación online es indispensable para mejorar la competitividad de las empresas. En el ejercicio de su derecho a la libertad de empresa (art. 38 CE.) incrementan su presencia en la red como canal de comunicación con sus actuales y potenciales clientes, co-creación de contenidos, cuidado de la reputación online, distribución y ventas. Estas actividades implican un incremento en el acceso a bienes protegidos por la propiedad intelectual, de los cuales no suelen ser titulares. El reforzamiento de los derechos de propiedad intelectual en la red les repercute en costes de transacción.

De lo expuesto hasta el momento, cabe resaltar que el acceso, consumo y creación de obras en la red son prácticas que generan colisiones entre los derechos de propiedad intelectual y los derechos de libertad de expresión, libertad de recibir y comunicar información, acceso a la cultura y libertad de empresa. La necesidad de regular estas relaciones es evidente, sin embargo, una solución conciliadora requiere analizar el fenómeno en su integridad. Para

ello se hace necesario conocer las relaciones que se entablan en la red, los cambios que han supuesto Internet y las nuevas tecnologías en las prácticas de ocio y en el consumo de obras. También sería recomendable anticiparse a las tensiones que entre estos actores se suscitan como resultado de derechos que se contraponen.

3.1. Cuestiones procesales con repercusiones para los derechos e intereses de las partes

En el contenido de la «Ley Sinde» existen varios aspectos relevantes que requieren de un estudio exhaustivo. En relación al tema abordaremos los que mayor cuestionamiento generan.

Creación de un órgano administrativo. La «Ley Sinde» apuesta por la existencia de un nuevo ente cuya única finalidad consiste en salvaguardar los derechos de propiedad intelectual en la red. Así, modifica el art. 158.4 del TRLPI establece la creación de la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual. Teniendo en consideración que ya existía tutela penal, civil y administrativa, esta última encomendada a la Comisión de la Propiedad Intelectual y el antiguo Ministerio de Cultura (Padrós, 2011a) a partir de una variedad de medidas preventivas, de sensibilización y normativas, la reestructuración la Comisión genera cuestionamientos sobre los costes y pertinencia de un nuevo órgano para su defensa.

Esta medida otorga ventajas a los titulares de propiedad intelectual en tanto les ofrece una vía alternativa a la jurisdiccional. En este contexto, supone perjuicios para los intermediarios y los usuarios. Respecto a los primeros tendrán que colaborar en el procedimiento asumiendo obligaciones. Los segundos, pueden ver limitado el acceso a obras para sus actividades de ocio online, sin que alternativamente cuenten con una oferta legal acorde a sus demandas y perfiles. Ambos grupos son titulares de derechos que sufren limitaciones y cuentan solamente con la tutela jurisdiccional con los costes en tiempo y dinero que le son inherentes. Lo cual refleja una preferencia por los derechos de propiedad intelectual respecto al resto de derechos involucrados.

Supuestos que generan responsabilidad. Ante la Sección Segunda podrá acudir en caso de presunta vulneración de derechos de propiedad intelectual en el ciberespacio por parte de un prestador de servicios de la sociedad de la información siempre que éste actúe directa o indirectamente con ánimo de lucro o haya causado o sea susceptible de causar un daño patrimonial al titular (art. 158. 4 párrafo 2 TRLPI y art. 13.3 RD 1889/2011). En la delimitación de los supuestos de hecho que legitiman el uso de este mecanismo de defensa resalta el uso de la conjunción «o» para ampliar los casos, incluso algunos desestimados judicialmente.³ Añadir el término «susceptible» permite incluir supuestos en los que el daño no se ha concretado pero existe riesgo de que suceda, lo cual supone la posibilidad de retirar contenidos o suspender el servicio *ex ante* del resultado dañoso.

Esta modificación faculta a los titulares de propiedad intelectual a iniciar el procedimiento siempre que acrediten por cualquier medio de prueba admisible en derecho la ex-

3 Cfr. Resoluciones judiciales: AC\2011\1630, JUR\2010\90760, JUR\2011\92416.

plotación lucrativa o no de la obra (art. 17.2 inc. c) RD 1889/2011). Esta previsión puede suponer limitaciones a los derechos de acceso y comunicación de información, acceso a la cultura y protección de datos, además de obviar que compartir obras es un hábito anterior a la era digital. Las nuevas tecnologías favorecen la masificación de estos comportamientos a los que la actual regulación pone barreras. Por una parte, impone obligaciones a los intermediarios en el procedimiento con los costes añadidos que supone para el desarrollo de sus actividades. Por otra parte, limita los recursos disponibles en la red para los usuarios, sin prever alternativas legales que los sustituyan. La regulación de la propiedad intelectual en el ciberespacio debe responder no solo a los intereses de los titulares de derechos de autor y conexos sino también a los nuevos hábitos de ocio online. Una vía podría ser repensar las excepciones a la propiedad intelectual desde la perspectiva del usuario que realiza actividades de ocio online.

Retirada de contenidos y suspensión del servicio. Contra los infractores se podrá ordenar la suspensión del servicio de la sociedad de la información o la retirada de contenidos (art. 8.1 e) Ley 34/2002). Junto a los supuestos ya previstos se adiciona «la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual.» Así se concede a un derecho de propiedad *sui generis* medidas previstas para la infracción de principios de naturaleza pública e interés general como la dignidad de la persona, la no discriminación, la protección a la infancia, la salud y la seguridad públicas, cuando son vulnerados en la red. Esta previsión refuerza la prevalencia de la propiedad intelectual frente a los derechos de usuarios e intermediarios cuyo ejercicio se limita cada vez que se refuerza la salvaguarda de aquélla.

Presunción de responsabilidad. También refuerza la posición de los titulares de propiedad intelectual la previsión del art. 20.1 RD 1889/2011. Iniciándose el procedimiento con un requerimiento al presunto infractor para que retire los contenidos, lo que supone una inversión de la carga de la prueba a costa de los prestadores de servicios de la sociedad de la información. Así, sobre quien todavía no ha sido declarado culpable pesa el deber de alegar y probar su inocencia. Cualquier otra acción u omisión supone un reconocimiento a la vulneración de derechos de propiedad intelectual.

Intervención de intermediarios. De modo coherente con la tendencia internacional (Graber, 2011) se incluye en el procedimiento a los prestadores de servicios de intermediación. En una primera fase, (art. 8.2 Ley 34/2002 y art. 18.1 RD 1889/2011) podrán ser requeridos para que identifiquen al prestador del servicio de la sociedad de la información⁴ responsable de la supuesta infracción previa autorización judicial (art. 18.1 RD 1889/2011). Obtenida la cual, es obligación ineludible ceder a la Sección Segunda los datos que permitan su identificación inequívoca en el término de 48 horas desde la recepción del requerimiento. Tanto la ejecución de la solicitud como el tiempo concedido suponen cargas para estos sujetos, además de limitaciones al derecho de libertad de empresa para salvaguardar derechos de propiedad que prevalecen sobre el primero sin que consten razones que justifiquen esta elección. En una segunda fase, también podrán ser compelidos a intervenir en la ejecución

4 Contrario a lo establecido en la STJUE de 29 de enero de 2008, en el asunto C-275/06, respecto al suministro de datos personales.

de la sanción si el infractor no cumple voluntariamente. Según el art. 22.3 RD 1889/2011, cuentan con 72 horas para ejecutar la suspensión del servicio a partir de la notificación del auto judicial que autoriza la medida. Se impone así un rol activo a los intermediarios a través de obligaciones que suponen nuevas cargas técnicas y de recursos para responder a los requerimientos en términos breves sin que consten consideraciones sobre cómo aminorar las repercusiones para el libre desarrollo de sus empresas y los costes a asumir.

Como conclusión preliminar podemos afirmar que la «Ley Sinde» se diseñó para favorecer a los titulares de propiedad intelectual frente a usos no autorizados en Internet. Con este propósito, se crea un órgano específico para estos conflictos, un procedimiento exclusivo con plazos breves y nuevas obligaciones para los intermediarios. Esta regulación da a entender una preferencia por los derechos de propiedad intelectual respecto al resto de derechos implicados, cuyo resultado echa en falta un análisis sobre el proceso y los mecanismos de ponderación de derechos empleados. Tampoco resuelve las exigencias de los usuarios respecto al acceso de obras online para actividades de ocio, ni propicia cambios en los modelos de distribución y comercialización de la propiedad intelectual en el entorno digital a medio o largo plazo. Su contenido no ofrece soluciones a los reclamos propios de la indetenible incorporación de las nuevas tecnologías en la vida de las nuevas generaciones de personas y empresas.

4. APLICACIÓN DE LA «LEY SINDE»: POTENCIALES DIFICULTADES

La aplicación de la «Ley Sinde» exigía de desarrollo reglamentario, tanto para la creación del órgano como para la delimitación del procedimiento. En este sentido, el primero de marzo de 2012 entró en vigor el RD 1889/2011, por el que se regula el funcionamiento de la Comisión de la Propiedad Intelectual. A partir de esta fecha podrán presentarse solicitudes fundadas en la nueva regulación. Por la trascendencia del tema en el contexto nacional, en este apartado nos centramos en identificar los elementos que previsiblemente dificultarán su aplicación a partir del análisis de su contenido y de las alternativas tecnológicas que permiten infringirla.

Entre las diferentes fases del procedimiento, destacan plazos tan breves como 48 horas para la retirada voluntaria de contenidos (art. 20.1 RD 1889/2011), dos días para la práctica de pruebas, cinco días para conclusiones (art. 21 RD 1889/2011) y tres días para la resolución (art. 22.1 RD 1889/2011). De este diseño inquieta la falta de tiempo con que contará la Sección Segunda para conocer el caso y conformar un juicio objetivo e imparcial. Además de la inevitable interrogante de cómo podrán en la práctica cumplirlos de presentarse un elevado número de solicitudes simultáneamente.

También los plazos con que cuentan los intermediarios son breves, 48 horas para aportar la información que permita identificar a los supuestos infractores (art. 18.4 RD 1889/2011) y 72 horas para la suspensión del servicio (art. 22.3 RD 1889/2011). Tampoco quedan ajenos a los términos breves los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo para autorizar la identificación del supuesto infractor cuentan con 24 horas,

dos días para convocar a audiencia a las partes y otros dos días para autorizar o denegar la ejecución de la medida (art. 122*bis* 1 Ley 29/1998). Resulta evidente que las exigencias de celeridad pueden de facto convertirse en un problema para el funcionamiento judicial. Además de imponer la prevalencia de estos asuntos respecto al resto de los sometidos a este órgano jurisdiccional⁵.

No obstante, la previsible ineficacia de la «Ley Sinde» no está determinada en exclusiva por las dificultades de cumplir cabalmente todas sus fases, tampoco por los recursos legales que contra ella se han interpuesto como se verá más adelante. Su talón de Aquiles radica en obviar las posibilidades de sortear con tecnología sus consecuencias jurídicas. Es un hecho que los adelantos tecnológicos e Internet favorecen el consumo masivo de obras, la co-creación y nuevos espacios y experiencias de ocio online (Bryce, 2001) que una vez incorporados son difíciles de erradicar o modificar a través de prohibiciones legales. Con esta norma se obvian las salidas tecnológicas como mecanismo de regulación en la red (Graber, 2011) que permiten mantener los hábitos de ocio online incluso en supuestos de ilegalidad. La presunta ineficacia de la norma ante estos casos denota que el fenómeno se ha analizado parcialmente y sugiere su fracaso como solución ante infracciones a la propiedad intelectual en la red.

Una parte de los usuarios ha manifestado su oposición al contenido de la norma a través de herramientas tecnológicas. Transcurrido un mes de su aprobación estaba disponible en la red un recurso tecnológico para burlar su cumplimiento, el Manual de Desobediencia de la Ley Sinde (Hacktivistas, 2011). Con un lenguaje claro y explícito identifican cinco métodos con que cuenta el gobierno para cerrar una página web y las posibilidades de sortear la clausura según se trate de un usuario o un *webmaster*. Como ejemplo de oposición desde la sociedad civil se propone demostrar a partir de herramientas tecnológicas la ineficacia de esta regulación, ofreciendo nuevos caminos para continuar creando y compartiendo en la red.

Las dificultades de aplicar normas jurídicas sin tener en cuenta las peculiaridades del ciberespacio pudieron constatarse en el experimento realizado por los abogados David Bravo y Javier de la Cueva. El pasado septiembre en el marco del festival de cine de San Sebastián, mientras Bravo ofrecía una charla, solicitaron a través de Twitter la colaboración de los cibernautas para crear una página web de enlaces. El propósito era demostrar la ineficacia de la «Ley Sinde» (Otto, 2011) antes de su entrada en vigor. El resultado superó las expectativas, en apenas una hora se crearon 20 páginas de descargas con cientos de enlaces cada una.

Por parte de los intermediarios también ha habido oposición a través de las herramientas tecnológicas, en tanto los cambios normativos les exigen reajustes en el desarrollo de sus empresas. Por ejemplo, Google para poder dar respuesta a los requerimientos judiciales, en especial en relación a la retirada de contenidos, ha cambiado los dominios de los blogs creados en Blogger de «.com» a «.es, .fr, .it» según el país que corresponda. Sin embargo, al

5 Más si se tiene en cuenta que la Ley 29/1998 ya contiene un procedimiento sumario especial para la protección de derechos fundamentales.

propio tiempo que explica los motivos del cambio, ofrece a los usuarios un recurso para saltarse esta restricción colocando al final de la url «/npr.» En este caso, nuevamente las herramientas tecnológicas se convierten en un subterfugio a las restricciones legales. Así, de ahora en adelante podremos encontrar blogs en doble versión (Cano, 2012).

Por último y sin que pretendamos exhaustividad de ejemplos, destacar que a nivel empresarial desde el sector tecnológico es posible ampliar los usos de dispositivos ya existentes para continuar en tiempos de ocio creando y compartiendo aunque esté prohibido. Por ejemplo, una herramienta que puede ser utilizada para burlar el cierre de páginas web es el disco duro en red (NAS). Constituye un sistema que permite almacenar información en una nube privada a través de una unidad de disco propia que se ha comprado y se tiene físicamente. Permite adjuntar y borrar información, tienen una amplia capacidad de almacenamiento y podría convertirse en una alternativa para el acceso a obras a prueba de intrusos (Alonso, 2012). Si se optara por ellos, la demanda se incrementaría con repercusiones positivas para este sector.

5. LA «LEY SINDE»: ENTRE VÍTORES Y ABUCHEOS

Durante todo el proceso de tramitación parlamentaria y elaboración de la norma las partes han mantenido sus posturas y argumentos. Resulta evidente a quiénes beneficia y a quiénes perjudica esta regulación. Entre los vítores más significativos está el emitido por la United States Trade Representative (USTR) en la publicación anual del Special 301 Report. Este informe recoge el estado de la protección de la propiedad intelectual en los diferentes socios comerciales de Estados Unidos y España desde 2008 forma parte de la Watch List. Sin embargo, las acciones realizadas a inicios de 2011 han sido reconocidas (USTR, 2011, pp. 39-40):

«Spain remains on the Watch List. The United States welcomes the recent passage of legislation that will provide a mechanism for rights holders to remove or block access to infringing content online. Spain has demonstrated a serious commitment to addressing piracy over the Internet with this initiative. The United States will monitor implementation of the legislation and urges Spain to ensure that it addresses all forms of piracy over the Internet and that it provides for the swift removal of infringing content. The United States also urges Spain to continue to work to address additional concerns about piracy over the Internet, including the inability of rights holders to obtain identifying information necessary to prosecute online IPR infringers. Additionally, a 2006 Prosecutor General Circular that appears to decriminalize illegal peer-to-peer file sharing of infringing materials remains of concern. Delays in the adjudication of cases are common within Spain's judicial system, and judges do not appear to impose criminal penalties for IPR infringement crimes. The United States looks forward to continuing to work with Spain to address these and other concerns.»

El texto es claro, tanto por lo que se espera de España como por las carencias que debía suplir en la protección a la propiedad intelectual en Internet. Y después de cuatro años seguidos entre los países de la Watch List, en el Special 301 Report de 2012 España no ha sido incluida. Desde esta perspectiva, la Ley Sinde ha sido todo un éxito. En el ámbito nacional, las sociedades de gestión colectiva también han apoyado la normativa e incluso en ocasiones

la han considerado «light»,⁶ han creado coaliciones⁷ para incrementar la presión y encargan estudios⁸ periódicos sobre el consumo de propiedad intelectual online para justificar sus exigencias. Consecuentemente, son pioneras en la presentación de denuncias con la entrada en vigor de la norma (Romero, 2012).

Entre los detractores más fervientes se hallan los usuarios, el desacuerdo con el contenido de la norma no se ha hecho esperar. Así, mediante soluciones tecnológicas como el Manual de Desobediencia a la «Ley Sinde» o a través de iniciativas previas a la «Ley Sinde» pretenden mantener las prácticas de acceso y uso de contenidos en el ciberespacio (Hacktivistas, 2011, p. 55), las más significativas:⁹

- Tools: Manual en construcción de herramientas de hacktivismo.
- Telecomix Crypto Munition Bureau: Wiki con extensa documentación sobre anonimato en Internet, tanto para usuarios como para proveedores de servicios.
- HerdictWeb: Proyecto colaborativo que registra las webs que están bloqueadas en todo el mundo.
- Streisand.me: Proyecto para la creación de servidores espejo (*mirrors*) de contenidos censurados en Internet.

Estas salidas tecnológicas para evadir normas jurídicas implican el uso de aplicaciones diferentes e incluso la elección de proveedores de servicios fuera del territorio español. Con ellas, hay ventajas para nuevos sujetos y potenciales amenazas para los intermediarios que pueden ser sustituidos por otros que estén en condiciones de prestar los servicios demandados. De ser el caso, nuevas tensiones pueden surgir en el futuro. Las polémicas que suscita este tema continúan creciendo, indubitadamente las soluciones adoptadas no han sido satisfactorias para todas las partes. No obstante, también han empleado instrumentos legales para oponerse a la norma, así la Asociación de Internautas ha impugnado el RD 1889/2011 ante el Tribunal Supremo (Internautas, 2012) junto a su suspensión cautelar. Entre los argumentos para sustentar el recurso esgrimen las limitaciones que puede significar esta norma para el correcto ejercicio de la libertad de información y expresión. Lo cual evidencia que los usuarios están empleando todos los mecanismos a su alcance para obtener el reconocimiento a sus demandas. Sin embargo, el pasado mes de mayo el alto Tribunal ha declarado improcedente el recurso interpuesto.

Por otra parte, también se oponen a la actual regulación los intermediarios, las compañías de acceso a Internet a través de Redtel, asociación que agrupa a principales operadores

6 *Vid.* Declaraciones del ex Presidente de la SGAE. Disponible en: <http://www.rtve.es/noticias/20110112/sgae-confia-que-ley-sinde-salga-adelante-porque-light/394503.shtml>. Consultado el 15/03/2012.

7 Coalición de Creadores e Industrias de Contenidos, grupo de presión formado por: EGEDA, Promusicae, SGAE, FAP, ADIVAN y ADICAN.

8 Informe sobre piratería y hábitos de consumo de contenidos digitales en España (1er y 2do semestre 2010), realizado por la Consultora IDC.

9 Más en: Manual de Desobediencia a la Ley Sinde (p.55) que proporciona los enlaces a cada uno de estos proyectos.

de telecomunicaciones con red propia como ONO, Orange, Telefónica y Vodafone, que han ejercido presión durante todo el proceso de negociación del contenido de la «Ley Sinde» y con posterioridad a su aprobación (Muñoz, 2010). Como principales argumentos sostienen su preferencia por órganos jurisdiccionales, la complejidad e ineficacia del procedimiento, el incremento de los litigios y el riesgo de pronunciamientos contradictorios (Muñoz, 2010).

También han expresado su oposición a la norma, la Red de Empresas de Internet (REI)¹⁰ y la Asociación Española de la Economía Digital (Adigital)¹¹. A pocos días de la entrada en vigor del reglamento han interpuesto un recurso ante el Tribunal Supremo (REI, 2012) y solicitaron como medida cautelar la suspensión del procedimiento de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual. Sus posturas las fundamentan en las limitaciones que supondría para el desarrollo de empresas e iniciativas con base digital o tecnológica en el contexto español. Este hecho evidencia que existen nuevos sectores empresariales que se oponen a la actual regulación de la propiedad intelectual por las repercusiones que supone para su desarrollo en Internet. Así, aunque el discurso oficial se centra en enfrentar a internautas e industrias de ocio, las normas de propiedad intelectual estrictamente concebidas para salvaguardar los intereses de estas últimas repercuten negativamente en otros sectores empresariales.

6. CONCLUSIONES

El ocio online y la utilización de Internet como canal de comunicación, distribución y venta son fenómenos en crecimiento e indetenibles. Ante el incremento de vulneraciones a la propiedad intelectual en la red, España ha optado por diseñar una herramienta legal con privilegios para una sola de las partes. La «Ley Sinde» sigue las exigencias internacionales en pos de reforzar la protección a los titulares de propiedad intelectual. Sin embargo, queda pendiente una salida satisfactoria para la demanda de ocio online que considere los nuevos roles de los usuarios en el ciberespacio. Por ejemplo, motivar y/o compeler a las industrias de ocio a reajustar sus modelos de negocio al ciberespacio o repensar el contenido de las excepciones a la propiedad intelectual en actividades de ocio online son tareas pendientes.

Esta regulación pretende erradicar los usos no autorizados de propiedad intelectual en Internet a través de la retirada de contenidos o la suspensión del servicio. Pero a pesar de reforzar la protección de la propiedad intelectual en la red, sus consecuencias pueden ser evadidas con subterfugios tecnológicos. La respuesta jurídica se erige como instrumento estrictamente formal que no consigue equilibrar los derechos de todas las partes implicadas al inclinar la balanza desmedidamente a favor de los titulares. Así, los derechos de consumi-

10 Su núcleo fundador está formado por 14 compañías cuyo objetivo es impulsar el desarrollo de Internet en España y defender los intereses de las empresas que desarrollan contenidos en su más amplio sentido. Véase: <http://redempresasinternet.es/que-es-rei>. Consultado el 15/marzo/2012.

11 Asociación que integra a una extensa variedad de empresas e instituciones cuyo objetivo en común es el interés en el desarrollo de la economía digital. Véase: <http://www.adigital.org/quienes-somos/quienes-somos>. Consultado el 15/marzo/2012.

dores e intermediarios han sido preteridos y a falta de una regulación satisfactoria para todas las partes, el ocio online se mantendrá en terrenos de ilegalidad.

7. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

- ALONSO, L. (2012). *Los archivos de discos duros en red, ahora accesibles desde Internet*. Consultado el 9/marzo/2012, en El País.com: http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2012/02/24/actualidad/1330069796_430231.html.
- BAILEY, C. W. (2006). Strong Copyright + DRM + Weak Net Neutrality = Digital Dystopia? *Information Technology and Libraries*, 116-139.
- BRYCE, J. (2001). The technological transformation of leisure. *Social Science Computer Review*, 19(1), pp. 7-16.
- CAMPBELL, D., & PICCIOTTO, S. (2006). The acceptable face of intervention: intellectual property in posnerian law and economics. *Social and Legal Studies*, 435-452.
- CANO, R. J. (2012). *Blogger, en doble versión para evitar la censura*. Consultado el 9/marzo/2012, en El País.com: http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2012/02/02/actualidad/1328204537_633652.html.
- DE LA FUENTE SOLER, M., & Ureña Salcedo, J. A. (2006). Las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual: la necesidad de una revisión general del sistema. A A. Boix Palop, & G. López García, *La autoría en la era digital: industria cultural y medios de comunicación* (p. 131-166). Valencia: Tirant lo Blanch.
- DRAHOS, Peter. (1997). Thinking strategically about intellectual property right. *Telecommunications Policy*, 21(3), pp. 201-211.
- DYSON, ESTHER. Intellectual Property on the net. Consultado el 22/junio/2011 en Release 1.0 Monthly Report: <http://cdn.oreilly.com/radar/r1/12-94.pdf>.
- GARCELON, M. (2009). An information commons? Creative Commons and public access to cultural creations. *New Media and Society*, 11(8), pp. 1307-1326.
- GRABER, C. B. (2011). *Internet Creativity, Communicative Freedom and Constitutional Rights Theory Response to «Code is law»*. Consultado el 15/febrero/2011, en Selected Works: http://works.bepress.com/christoph_graber/1/.
- HACKTIVISTAS. (2011). *Manual de Desobediencia de la Ley Sinde*. Consultado el 30/mayo/2011, en Traficantes de sueños: <http://www.traficantes.net/index.php/libreria/catalogo/libros/Manual-de-desobediencia-a-la-Ley-Sinde>.
- INTERNAUTAS, A. d. (2012). *La Asociación de Internautas impugna la Ley Sinde Wert y pide su suspensión cautelar*. Consultado el 9/marzo/2012, en Asociación de Internautas: <http://www.internautas.org/html/6962.html>.
- KRUGMAN, P. (2008). *Bits, Bands and Books*. Consultado el 25/mayo/2011, en The New York Times: http://www.nytimes.com/2008/06/06/opinion/06krugman.html?_r=1&oref=slogin.

- LANDES, W., & POSNER, R. (2006). *La estructura económica de la propiedad intelectual e industrial*. Madrid: Fundación Cultural del Notariado.
- LESSIG, Lawrence. (2006). *Code: version 2.0*. New York: Basic Books.
- LIPSZYC, Delia. (2004). *Nuevos temas de derecho de autor y derechos conexos*. Argentina: UNESCO-CERLALC-ZAVALÍA.
- LUCCHI, N. (2011). *Regulation and Control of Communication: The French Online Copyright Infringement Law (HADOPI)*. Consultado el 6/junio/2011, en Social Science Research Network: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1816287.
- MUÑOZ, R. (2010). *Los operadores advierten de que el cierre de webs atascará los juzgados*. Consultado el 1/junio/2011, en El País.com: http://www.elpais.com/articulo/cultura/operadores/advierten/cierre/webs/atascara/juzgados/elpepicul/20101015elpepicul_3/Tes.
- MURRAY, A. (2011). *«Internet Regulation» Handbook on Regulation*. Edward Elgar.
- MURRAY, A. (2010). *«The World of Bits» Information Technology Law: The Law and Society*. Ed. Andrew Murray. Oxford: Oxford University Press.
- MURRAY, A. (2008). Symbiotic Regulation. *John Marshall Journal of Computer and Information Law*, 207-229.
- MURRAY, A. D. (2003). Regulation and Rights in Networked Space. *Journal of Law and Society*, 187-216.
- NAVARRO, Fernando. (2011). Reportaje: vida & artes. Compartir la música para defenderla. Consultado el 18/mayo/2011, en El País.com: http://www.elpais.com/articulo/sociedad/Compartir/musica/defenderla/elpepisoc/20110518elpepisoc_1/Tes.
- OTTO, C. (2011). *Cómo demostrar en una hora la ineficacia de la ley Sinde*. Consultado el 17/septiembre/2011, en ElConfidencial.com: <http://www.elconfidencial.com/tecnologia/2011/09/16/como-demostrar-en-una-hora-la-ineficacia-de-la-ley-sinde-1064/>.
- PADRÓS REIG, C. (2011a). Debilidades y retos del régimen jurídico vigente de protección de la copia privada. A C. Padrós Reig, & J. López Sintas, *El canon digital a debate. Revolución tecnológica y consumo cultural en un nuevo marco jurídico-económico* (p. 169-246). Barcelona: Atelier.
- PADRÓS REIG, C. (2011b). Los monopolios de gestión de derechos colectivos de propiedad intelectual ante las autoridades españolas de defensa de la competencia. A C. Padrós Reig, & J. López Sintas, *El canon digital a debate. Revolución tecnológica y consumo cultural en un nuevo marco jurídico-económico* (p. 247-280). Barcelona: Atelier.
- REI. (2012). *REI y Adigital interponen un recurso contra la ley Sinde-Wert ante el Tribunal Supremo*. Consultado el 9/marzo/2012, en # Rei: <http://redempresasinternet.es/categoria/noticias-rei>.
- ROMERO, P. (2012). *Cultura confirma las primeras 'denuncias' por la Ley Sinde*. Consultado el 15/marzo/2012, en ELMUNDO.es: <http://www.elmundo.es/elmundo/2012/03/07/navegante/1331117567.html>.

- RUSE-KHAN, H. G. (2009). *IP Enforcement Beyond Exclusive Rights*. Consultado el 6/junio/2011, en Social Science Research Network: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1445292.
- Special Eurobarometer 278. European Cultural Values. (September/2007). Consultado el 29/junio/2011, en http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_278_en.pdf.
- Special Eurobarometer 362. E-Communications Household Survey (July/2011). Consultado el 26/abril/2012, en http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_362_en.pdf.
- TORRES-PADROSA, V.; DELGADO-MERCÉ J. (2011). Alternativas para la autogestión de los derechos de autor en el mundo digital. *Profesional De La Información*, 20(1), pp. 61-70.
- USTR. (2011). *2011 Special 301 Report*. Consultado el 1/junio/2011, en Office of the United State Trade Representative: <http://www.ustr.gov/about-us/press-office/reports-and-publications/2011/2011-special-301-report>.
- WIN, J., & Jondet, N. (2009). A «New Deal» for End Users? Lessons from a French Innovation in the Regulation of Interoperability. *William and Marie Law Review*, 547-576.