



REVISTA LEX MERCATORIA
ISSN 2445-0936



Vol. 16 2020. Artículo 10
DOI: <https://doi.org/10.21134/lex.vi16.1177>

UNA APROXIMACIÓN A LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS DE ESTADOS UNIDOS Y ALEMANIA SOBRE LAS DESCARGAS en Internet

Guillermo Velasco

*Profesor Titular de Derecho Mercantil
CUNEF*

José David Ortega

*Profesor Titular de Derecho Mercantil
CUNEF*

I. INTRODUCCIÓN

En este artículo se analizan algunas particularidades de los ordenamientos jurídicos de Estados Unidos y Alemania sobre la protección de la propiedad intelectual en Internet. La elección se basa no solo en que, por sí mismas, constituyen dos de las principales economías a nivel mundial, sino también por la importancia que tienen las creaciones del intelecto humano en su desarrollo. Nos centraremos en dos casos particulares, viendo cada uno de ellos sobre una modalidad de descarga concreta.

Articularemos nuestro análisis en cuatro apartados: a) El marco común de protección que comparten ambos Estados, b) Las modalidades de descarga vía Internet, c) El régimen jurídico en Estados Unidos y el caso del cierre de Megaupload, y d) El régimen jurídico de Alemania y un supuesto de persecución de una infracción en una red peer-to-peer, que llegó a ser conocida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

II. MARCO COMÚN DE PROTECCIÓN

Comenzando por unas breves consideraciones generales sobre la regulación del copyright en los ordenamientos jurídicos estadounidense y alemán, hemos de constatar su similitud estructural con las previsiones del Derecho español. Estos tres países comparten la condición de miembros de dos importantes organizaciones internacionales para las que la propiedad intelectual constituye una piedra angular del sistema jurídico y económico:

De una parte tenemos la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), un organismo especializado de Naciones Unidas que

pretende fomentar la protección de los bienes inmateriales. Uno de los textos más importantes que conforman su sistema jurídico es el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas de 1887.

De otro lado, está la Organización Mundial del Comercio (OMC). En el anexo 1C de su Tratado Constitutivo se encuentra el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio de 1994, conocido como el Acuerdo ADPIC.

Gracias a este marco internacional, en muchos ordenamientos se repite una idea básica: el principio de protección automática o ex lege de la propiedad intelectual, en virtud del cual no será necesario inscribir la obra en un registro público para salvaguardarla de posibles vulneraciones. Por tanto, la protección dimanará de la mera creación y el eventual registro tendrá efectos estrictamente declarativos, pudiendo admitirse prueba en sentido contrario para evidenciar que el autor es una persona distinta de la que lo hubiere registrado. Se aplica así una lógica distinta a la utilizada en la protección de la propiedad industrial, en la que el registro tiene efectos constitutivos para obtener la protección en un ordenamiento jurídico determinado.

El alcance de la protección de las obras se configura de un modo extenso, abarcando las producciones artísticas, científicas y literarias, así como los programas de ordenador. Estos derechos pervivirán durante toda la vida del autor y, al menos, 50 años después de su muerte, que, en la mayoría de los ordenamientos, se ha aumentado hasta 70 años. Además, también se reconoce la protección de los derechos conexos.

La salvaguarda se articula como un derecho

de exclusiva, que permite a su titular monopolizar la explotación de la obra y prohibir su aprovechamiento por parte de terceros. Se contempla, eso sí, la excepción del fair use o uso legítimo, en el que se enmarcaría el derecho de cita o, incluso, la posibilidad de hacer parodia o crítica de una determinada obra.

III. MODALIDADES DE DESCARGA

Centrándonos en las descargas de contenido vía Internet, explicaremos brevemente en qué consisten las modalidades de la descarga directa y peer-to-peer.

En primer lugar, la descarga directa recurre al sistema tradicional por el que un usuario accede a cualquier tipo de información vía Internet. Éste se fundamenta en la comunicación de un ordenador, al que denominamos cliente, con otro equipo, al que llamamos servidor. Disponiendo de una url, el navegador de Internet del cliente solicitará al servidor que le remita el contenido que está alojado en su disco duro, que puede ser una página web o cualquier otro tipo de archivo, como una imagen, una canción o una película. El servidor procesará la solicitud y, si el cliente cuenta con los permisos necesarios, le enviará la información requerida.

Peer-to-peer, que literalmente significa «de igual a igual», funciona de una forma diferente y necesita un programa especializado, como eMule o cualquiera de las aplicaciones basadas en el protocolo de BitTorrent. En este caso no se recurre a la comunicación entre un cliente y un servidor, sino que el contenido a descargar se encuentra en los equipos de los propios usuarios. Esta información, además, no se obtiene de una única fuente, sino que se descarga de diferentes discos duros al mismo tiempo; y el propio usuario que lo está descargando, al mismo tiempo, lo está poniendo

a disposición de otros usuarios.

Cabe indicar que ninguno de estos sistemas infringe el copyright per se. Al contrario, la licitud o ilicitud de la transferencia del contenido dependerá de si la persona que está compartiendo el archivo cuenta con los permisos necesarios de sus legítimos titulares para poder hacerlo.

IV. ESTADOS UNIDOS

Analizaremos algunas particularidades del ordenamiento jurídico de Estados Unidos y el caso del cierre de Megaupload por las autoridades de dicho país.

La propiedad intelectual se regula en la Copyright Act de 1976, que se ubica en el título 17 del Código Federal de Estados Unidos. Destacamos las siguientes singularidades que caracterizan este sistema de protección:

1. Lo primero que destacamos es que el legislador americano protege la expresión concreta de una idea, no la idea en sí misma considerada. La idea sería un concepto que necesitará ser desarrollado de un modo creativo, plasmándose en una obra concreta, para ser merecedora de protección jurídica.

2. A propósito de la necesidad de creatividad, debe haber un desarrollo propio del autor para que su trabajo pueda ser salvaguardado. De esta forma, no se protegería la mera compilación de datos. Un ejemplo histórico es la controversia que acaeció en relación con los derechos de autor del listín telefónico: se había hecho un trabajo impropio vinculando los números con un titular, poniéndolos de forma ordenada para que cualquier persona pudiese realizar una consulta, pero eso no podía considerarse un trabajo verdaderamente

creativo, ya que se limitaba a recopilar una información ya existente.

3. En definitiva, se protege todo aquel esfuerzo creativo de naturaleza artística; así se diferencia la propiedad intelectual de la propiedad industrial, que versa sobre la protección de objetos con una funcionalidad material.

4. Por último, todas aquellas obras que hayan sido creadas por el Gobierno Federal no podrán beneficiarse del copyright, perteneciendo su dominio a los estadounidenses, que han sido los que, por medio de sus impuestos, han financiado su realización.

Existe una particularidad en comparación con la regulación española: la existencia de los denominados Works for hire (o trabajos por encargo). La idea es que, mientras que en España el autor será siempre la persona que haya creado la obra, en Estados Unidos se permite que quien encargue la obra sea considerado su autor original, aunque realmente no haya salido de su ingenio. Desde un punto de vista jurídico, se estarían transmitiendo no sólo los derechos patrimoniales, que permiten explotar económicamente la obra, sino también se estarían asumiendo los derechos morales. Ello legitimaría la contratación del llamado ghostwriter (o escritor fantasma).

Internet, en la medida que es una expresión de la realidad humana, constituye un campo en el que se proyecta ese derecho de exclusiva de la propiedad intelectual. Nos parece oportuno referirnos al caso más importante en el que se vio implicada una plataforma de descarga directa, que fue clausurada por el Gobierno de Estados Unidos por una contumaz vulneración de los derechos de propiedad intelectual.

Nos referimos, claro está, al caso de Megaupload. El origen del denominado «Universo Mega» se encontraba en un sitio web que ofrecía un servicio de almacenamiento de archivos, a fin de que los usuarios pudiesen subir archivos que fuesen accesibles a través de Internet. Posteriormente ampliaron sus actividades, ofreciendo servicios de vídeo en streaming, fotografía y retransmisión de vídeo en directo (adelantándose una década a la plataforma Twitch). Además, estaba emprendiendo otros proyectos aún más ambiciosos, como un servicio de crowdfunding o una plataforma de venta de música.

En cuanto al servicio de almacenamiento eran los usuarios los que colgaban contenido en Megaupload, no la propia plataforma, de modo que eran ellos los responsables de la subida. La descarga, por su parte, no conllevaba ningún problema (pues tenía la consideración de copia privada).

El problema se hallaba en que gran parte del contenido subido a Megaupload había sido pirateado, y muchos internautas, conscientemente, accedían a sus servidores para obtener ilegítimamente dichos contenidos. Ello reportaba grandes beneficios a la plataforma, que se nutría económicamente de los ingresos por publicidad y por las suscripciones que pagaban los usuarios para obtener mejores prestaciones en la descarga. Aunque los titulares del copyright podían solicitar el borrado de aquellos contenidos que vulnerasen sus derechos, por el inmenso volumen de tráfico que acumulaba esta plataforma, resultaba extremadamente difícil limitar que pudieran compartir archivos por la vía de los borrados singulares. De ahí que pudiese plantearse la aquiescencia de Megaupload con una actividad delictiva.

Llegamos así al 19 de enero de 2012, momento en que el Gobierno norteamericano clausura

Megaupload, poniendo punto y final a uno de los sitios web con mayor número de usuarios a nivel mundial. Al acceder a la página web se podía ver la siguiente imagen, indicando que las páginas web del referido «Universo Mega» podrían haber incurrido en los siguientes delitos federales: (a) conspiración de crimen organizado; (2) conspiración para vulnerar la propiedad intelectual; (3) conspiración para el blanqueo de capitales; y (4) vulneración criminal de la propiedad intelectual.

Aunque la actuación del Gobierno de Estados Unidos fue alabada por los agentes que propugnaban la protección de la propiedad intelectual, porque la medida de clausurar Megaupload finiquitó, de facto, una de las principales vías de descarga de archivos ilegales, como juristas hemos detectado algunos problemas:

-Lo primero es que, estando Megaupload domiciliada en Hong Kong, tal vez podría considerarse que la justicia norteamericana estaba incurriendo en un exceso de jurisdicción y carecía de competencia para clausurar un sistema que estaba fuera de su competencia territorial.

-Lo segundo es que, aunque gran parte del contenido alojado en los servidores de Megaupload había sido pirateado, también había archivos legítimamente colgados. Entre otros, no pocas empresas habían externalizado su sistema de almacenamiento de archivos en la nube con el sistema que les proporcionaba la plataforma y, sin preaviso, perdieron un importante volumen de información valiosa para el desempeño de sus negocios. Aparte del evidente perjuicio económico, ello supuso la necesidad de readaptarse rápidamente a unas nuevas circunstancias para no perder competitividad en el mercado.

-Finalmente, únicamente se cerró Megaupload

y no otras web que prestaban servicios análogos y que igualmente alojaban contenidos pirateados, como podrían ser los casos RapidShare o Hotfile. La diferencia de trato, fundamentada en el componente fáctico del volumen de tráfico que acumulaba Megaupload, que resultaba superior al de cualquier otra plataforma, podría resultar jurídicamente injustificable.

V. ALEMANIA

En lo que respecta a Alemania, vamos a seguir la misma estructura: primero comentaremos las peculiaridades del sistema para, a continuación, analizar un supuesto de hecho concreto.

La principal característica del ordenamiento alemán consiste en que compartir material protegido por derechos de autor por Internet está tipificado como delito. La diferencia con el ordenamiento jurídico español es abismal, porque en España solo se prevé una sanción en vía penal si existe un ánimo de lucro cuando se pone a disposición del público dicho contenido sin que medie la oportuna autorización de su titular. En Alemania esto es irrelevante, de modo que la mera subida de un archivo está sancionada. Distinta consideración merece la descarga para el consumo propio, que sería perfectamente legal. Por tanto, si un internauta descargase algún contenido que hubiese sido almacenado en un servidor, no estaría incurriendo en ningún delito.

Nos encontraríamos entonces con dos posibles situaciones problemáticas:

-De un lado, que una persona haya subido un archivo a un servidor para que otros usuarios se lo puedan descargar.

-Y del otro, lo que tiene más relevancia a efec-

tos prácticos en la jurisdicción alemana, que se haya recurrido a un programa de peer-to-peer, porque, como hemos explicado anteriormente, el funcionamiento de estas herramientas se fundamenta en que se comparten archivos a la vez que se están descargando.

Sea cual sea el escenario frente al que nos encontremos, siempre que un usuario comparte archivos se hace pública la dirección IP de la red desde donde se efectúa la subida. Tratándose de un delito, los proveedores de Internet tienen la obligación de proporcionar los datos del titular de dicha conexión, lo que permite rastrear al autor de la infracción.

En Alemania el propietario de la red desde donde se realizó la infracción será, en principio, el responsable de la misma. Se trata de un criterio de imputación subjetiva fundamentado en una presunción *iuris tantum*, permitiéndose al titular de la conexión demostrar que él no fue el responsable de la subida ilegal del archivo, sino otra persona que también hubiese tenido acceso a la red. Ahora bien, hemos de recalcar que no se admitirá la alegación que un desconocido ha entrado ilegítimamente a la red para realizar una actividad ilegal, ya que el titular de toda conexión a Internet ha de garantizar que su acceso está protegido por una contraseña lo suficientemente segura como para evitar dicha intrusión.

A efectos prácticos, aunque cualquier persona podría solicitar al juez los datos del titular de una dirección IP desde la que se hubiese compartido contenido protegido por derechos de autor, en muchas ocasiones son despachos de abogados especializados los que realizan dicha tarea como una forma de negocio. Una vez han localizado al presunto infractor, le envían una carta solicitándole: a) que se autoinculpe de dicho comportamien-

to, lo que automáticamente implicaría que dicha persona quedaría registrada como infractor, y b) que pague al despacho por los gastos que hubiese originado la tramitación de su expediente. La cantidad requerida no es una multa, sino una mera contraprestación a un profesional por el trabajo realizado.

Ante esta situación, el titular de la conexión tendría dos alternativas: de una parte, podría pagar y aceptar la culpabilidad; y por la otra, negarse a ello. En este último caso el despacho de abogados podría presentar denuncia por la vulneración de la propiedad intelectual, lo que acabaría acarreando unos costes todavía mayores al titular de la dirección IP. Todo ello sin olvidar, por supuesto, la responsabilidad civil que se generaría con la infracción, que podría ser solicitada por el titular de los derechos de autor que hubiesen sido vulnerados. A continuación observaremos un supuesto de hecho relativo a este último extremo.

La editorial Bastei Lübbe era titular, en su calidad de productora de fonogramas, de los derechos de propiedad intelectual de la versión de audio de un libro. Dicha obra fue compartida en Internet mediante un programa de intercambio de archivos peer-to-peer a través de una conexión que estaba a nombre del Sr. Strotzer, a fin de que otros internautas se lo pudiesen descargar. La editorial interpuso demanda ante los tribunales alemanes para obtener la oportuna indemnización pecuniaria, que fue contestada por el Sr. Strotzer negando haber infringido ningún derecho de autor. A tal efecto alegaba: a) que su conexión a Internet era lo suficientemente segura, y b) que sus padres, que vivían con él, también tuvieron acceso a la conexión.

Aplicando la legislación alemana, se planteaba una dificultad: partiendo de la premisa que la

conexión a Internet estuvo a disposición de otras personas en el momento de cometerse la infracción, no puede presumirse ipso iure que su titular la haya cometido. No obstante, para liberarse de su responsabilidad, la jurisprudencia alemana imponía al titular de la conexión una obligación: especificar quién ha podido cometer la presunta infracción. El problema se hallaba en que, si era un miembro de la familia quien tuvo acceso a la conexión, el titular no estaba obligado a proporcionar detalles sobre el momento y la naturaleza del uso de la conexión.

El interés de este supuesto radica en que colisionan dos categorías de derechos: de un lado, la protección de la propiedad intelectual, y del otro, la protección de la familia. El primero está amparado tanto en el Derecho Constitucional alemán como en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, mientras que el segundo se consagra en la Directiva 2001/29/CE que exige la existencia de sanciones efectivas y disuasorias para las vulneraciones del derecho de poner a disposición del público una obra, y en la Directiva 2004/48/CE que establece la necesidad de regular medidas efectivas para garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual. Por ello, se optó por suspender el procedimiento y plantear la oportuna cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Según este Tribunal, en la Sentencia de 18 de octubre de 2018 (Sala Tercera), resulta evidente que una protección casi absoluta a los miembros de la familia del titular de una conexión a Internet a través de la cual se haya cometido una infracción de los derechos de autor conculcaría la protección de la propiedad intelectual, porque, al imposibilitar que se identifique quién ha subido contenido, se impide que pueda atribuirse responsabilidad a una persona en concreto. Esta situación es cues-

tionable porque debe garantizarse un justo equilibrio entre dos derechos fundamentales: la protección de la familia y la tutela judicial efectiva de la propiedad intelectual.

(*) Este trabajo se ha realizado en el ámbito del Proyecto de Investigación con título “¿Quién copia, quién descarga y por qué? Prevalencia y diferencias de género en las intuiciones de justicia y el cumplimiento de la propiedad intelectual”, cuyo IP es José Carlos Espigares Huete y financiado por la Generalitat Valenciana en virtud de la RESOLUCIÓN de 16 de septiembre de 2019, de la directora general de Ciencia e Investigación, por la que se conceden subvenciones para grupos de investigación consolidables (referencia AICO/2019/309)”.