

REGULACIÓN DE LA COPIA PRIVADA A NIVEL EUROPEO Y JURISPRUDENCIA RECIENTE EN MATERIA DE REDES P2P

FRANCISCO JAVIER CABRERA BLÁZQUEZ, LL.M.

***ANALISTA, DEPARTAMENTO DE INFORMACIÓN JURÍDICA
OBSERVATORIO EUROPEO DEL AUDIOVISUAL***

*Ponencia expuesta en el « Congreso Internacional Copia Privada y Piratería de Obras Protegidas por el Derecho de Autor »,
Universidad de la Rioja, Logroño, 15 y 16 de Diciembre de 2005*

Buenas tardes,

Mi nombre es Francisco Javier Cabrera y trabajo como analista de información jurídica en el Observatorio Europeo del Audiovisual.¹ El Observatorio es un acuerdo parcial del Consejo de Europa,² y tiene por misión proporcionar la mayor transparencia posible del sector audiovisual en Europa, respondiendo a las necesidades de información de los profesionales del sector.

Quisiera antes de nada agradecer a la Universidad de la Rioja el haberme invitado a este congreso.

Mi misión esta tarde es presentar una perspectiva europea de una cuestión tan espinosa como es la de la calificación jurídica de la descarga en redes *peer to peer* (p2p).

Como dice el refrán, “quién mucho abarca, poco aprieta”. Necesariamente esta visión de conjunto que pretendo dar me va a impedir el entrar demasiado en detalles.

No esperen de mí que exponga opiniones personales ni entre en materia política, ya que el estatuto del Observatorio me impone una exquisita neutralidad en mis comentarios, lo cual en este delicado tema es algo difícil de llevar a cabo. Por ello, cualquier tipo de opinión que

¹ <http://www.obs.coe.int/>

² <http://www.coe.int/>

salga de mi boca esta tarde sólo representa mi muy personal forma de ver las cosas y no la posición oficial del Observatorio o del Consejo de Europa.

Desde una perspectiva europea, lo primero que se puede decir de la excepción de copia para uso privado es que está regulada de manera bastante diversa. Cierto es que en la mayoría de los países de la Unión Europea existe una excepción de copia para uso privado más o menos amplia. También hay ciertos países que simplemente no reconocen esta excepción.

Por su parte, la Directiva 2001/29/CE sobre los derechos de autor en la sociedad de la información,³ que España va a trasponer próximamente en derecho nacional con la modificación de la ley de propiedad intelectual, dice lo siguiente:

Artículo 5.2.b)

Los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones al derecho de reproducción contemplado en el artículo 2 ... en relación con reproducciones en cualquier soporte efectuadas por una persona física para uso privado y sin fines directa o indirectamente comerciales, siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa, teniendo en cuenta si se aplican o no a la obra o prestación de que se trate las medidas tecnológicas contempladas en el artículo 6.

Hay que decir que este artículo no supone una armonización completa a nivel europeo de la excepción de copia privada. Básicamente lo que hace este artículo es incluir esta excepción como una más de las excepciones al derecho exclusivo de reproducción que los Estados miembros de la UE podían introducir en sus legislaciones nacionales. Cuando digo que « podían introducirla » quiero decir que esta excepción en sí no es obligatoria para los Estados miembros. Además, el contenido y la extensión de la misma quedaban en buena parte a la discreción de cada Estado miembro. Eso sí, la Directiva ha dejado claras varias cosas, entre ellas, que:

1. efectivamente se trata de una excepción a un derecho exclusivo de autores y otros titulares de derechos, o dicho de otra manera, que no se trata de un derecho del usuario;
2. el usuario puede exigir en ciertos casos que esa excepción tenga una aplicación efectiva (me refiero a la relación entre la copia privada y las medidas técnicas de protección);
3. para que haya copia privada tiene que haber una compensación equitativa.

Dicho esto, pasemos al meollo de la cuestión. La excepción de copia privada ¿es o no es aplicable al intercambio de ficheros a través de las redes *peer to peer*?

Para que quede claro, cuando hable de intercambio de ficheros me estaré refiriendo siempre a casos en los que los titulares de derechos no hayan dado su autorización al citado intercambio. Es obvio que si alguien quiere compartir con el resto de la humanidad sus

³ Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información. Diario Oficial n° L 167 de 22/06/2001 p. 0010 – 0019. Disponible en : http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=es&numdoc=32001L0029&model=guichett

propias creaciones intelectuales o artísticas está en su derecho. Como después de mi ponencia nos van a explicar el sistema de licencias *Creative Commons*, no voy a incidir más en esta cuestión.

Restringiéndonos a casos de intercambio de ficheros sin autorización, aquí se observan dos comportamientos diferentes (por un lado la oferta, por otro la descarga) que conllevan una diferente evaluación jurídica.

1. OFERTA (*UPLOAD*)

La oferta de ficheros protegidos por derechos de autor en redes p2p es lo que la Directiva denomina una puesta a disposición del público de obras o prestaciones protegidas, y esto requiere la autorización del derechohabiente. De hecho, en todos las sentencias judiciales de las que tengo constancia en Europa los tribunales han concluido que la oferta infringe el derecho de comunicación pública, incluso en el caso de Francia, en el que todavía no se transpuesto en derecho nacional la Directiva. Por supuesto, me constan las discusiones acerca de si el *upload* puede ser considerado comunicación pública, pero puesto que el tema de este congreso es la copia privada prefiero dejar el tema de la oferta para el turno de preguntas.

2. DESCARGA (*DOWNLOAD*)

La persona que descarga obras protegidas por derechos de autor lo hace normalmente para lo que en el lenguaje común se llama uso privado, es decir, para escucharlo en casa, en el ordenador, en el móvil o el reproductor MP3... todo esto sin ánimo de lucro, al menos en el sentido estricto de la expresión. ¿La descarga puede beneficiarse por ello de la excepción de copia para uso privado?

Esto dependerá primero de que haya o no una excepción de copia para uso privado en el país correspondiente. En el caso de que la haya, habrá que analizar si el concepto de “uso privado” cubre las descargas realizadas en una red *peer to peer*.

Por ejemplo, en el Reino Unido no existe una auténtica excepción de uso privado, y la situación en Irlanda es sustancialmente similar a la británica. Lo que los británicos llamada *fair dealing defenses* permiten el uso de obras y prestaciones protegidas para investigación, estudio privado, crítica, comentario, noticias, varios usos educacionales, uso en librerías y archivos o en la administración pública.⁴ Estas excepciones no cubren las actividades de intercambio de ficheros en redes p2p, con lo cual parece que en el Reino Unido el tema está más que claro.⁵

En cuanto a los países que tienen en su legislación una excepción de uso privado, habría que distinguir dos grupos:

⁴ *Copyright, Designs and Patents Act 1988 (c. 48)* (Ley británica de Copyright, Patentes y Marcas de 1988), disponible en: http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1988/Ukpga_19880048_en_1.htm

⁵ Aun así, hay quién argumenta que la llamada excepción de interés público podría ser aplicable al caso. Ver Danay, Robert Jacob, *Copyright vs. Free Expression: The Case of Peer-to-Peer File-Sharing of Music in the United Kingdom*. *International Journal of Communications Law and Policy*, Vol. 10, 2005, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=847905>

1. aquéllos que han mantenido la excepción tal y como estaba antes de la llamada revolución digital, y
2. aquéllos que la han adaptado para excluir explícitamente las descargas no autorizadas desde páginas web o redes p2p.

Por ejemplo, la reciente modificación de la ley de derechos de autor sueca ha introducido una clarificación a la excepción de copia para uso privado: ésta no confiere un derecho a realizar copias de una obra cuando el original (*förlagan*) ha sido preparado o ha sido puesto a disposición del público en violación de un derecho de comunicación pública.⁶

En Alemania, la legislación actual⁷ dice que hay copia ilícita cuando ésta se realiza a partir de un original que ha sido producido de manera manifiestamente ilícita. Pese a haber sido introducida para excluir a las descargas del régimen de la copia privada, esta regla causa una cierta inseguridad jurídica, ya que en el caso de intercambio de ficheros via P2P la oferta es ilícita (como hemos visto), pero la copia ofrecida al público no ha sido producida de manera manifiestamente ilícita, ya que en muchos casos se trata de una copia privada del oferente. Con ello el usuario que descarga podía (al menos en teoría) acogerse a la excepción de copia privada recogida en el artículo 53 de la ley de derechos de autor alemana. Hay que decir que en la práctica ya ha habido casos en Alemania en los que se ha condenado a usuarios por oferta y descarga ilegal, como en Cottbus el año pasado.⁸ En cualquier caso, la nueva ley que debería ser introducida en breve debería cubrir este vacío legal. El nuevo artículo 53 considera ilícita no sólo la copia realizada a partir de un original que ha sido producido de manera manifiestamente ilícita sino también cuando la oferta en sí es manifiestamente ilícita. Así quedará claro que descargarse copias de obras protegidas a través de sistemas de intercambio de ficheros P2P sería ilegal.⁹ Todo hay que decirlo, el término « manifiestamente ilícito » contiene un elemento subjetivo que probablemente dará de qué hablar en el futuro.

Austria también tiene una excepción de uso privado, pero con la siguiente salvedad : una copia no se considera privada cuando « es realizada con el objeto de poner la obra a disposición del público. Las copias realizadas para uso privado no deben ser utilizadas para poner la obra protegida a disposición del público ».¹⁰ Esto es una referencia clara al intercambio de ficheros en redes p2p, aunque me parece que el derecho de comunicación pública ya cubría suficientemente este supuesto. En cualquier caso, toda clarificación debe ser bienvenida.

⁶ *Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk* (Ley sueca 1960:729 de 30 Diciembre de 1960 sobre derechos de autor en obras literarias y artísticas), modificada por última vez el 1 de Julio de 2005. Una versión consolidada en inglés está disponible en: <http://www.sweden.gov.se/content/1/c6/01/51/95/69b07709.pdf>

⁷ *Urheberrechtsgesetz - Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 9. September 1965 (BGBl. I S. 1273) – Stand 13. September 2003* (Ley alemana de derechos de autor y derechos conexos de 9 de Septiembre de 1965, versión consolidada según la última modificación de 13 de Septiembre de 2003), disponible en: <http://www.urheberrecht.org/topic/Info-RiLi/final/UrhG-2003-kons.pdf>

⁸ Ver sentencia del AG Cottbus de 14 mayo de 2004, Az.: 95 DS 1653 JS 15556/04 (57/04), disponible en : http://www.beckmannundnorda.de/urteil_filesharing.html

⁹ Ver comunicado de prensa del Ministerio Federal de Justicia alemán, 9 de Septiembre de 2004. Disponible en : <http://www.bmj.bund.de/media/archive/749.pdf>

¹⁰ *Bundesgesetz über das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Kunst und über verwandte Schutzrechte, StF: BGBl. Nr. 111/1936 i.d.F. der UrhG-Novelle 2003* (Ley Federal austriaca sobre derechos de autor y derechos conexos, versión consolidada según la última modificación de 1 de Julio de 2003), disponible en: http://www.internet4jurists.at/gesetze/bg_urhg2a.htm

En Italia ha habido una gran controversia al respecto. Allí existe una excepción de copia privada amplia, que es la copia realizada por una persona física para uso exclusivamente personal sin ánimo de lucro y sin fines ni directa ni indirectamente comerciales, siempre tomando en consideración las medidas tecnológicas introducidas por los titulares de derechos.¹¹ Pero existe también el llamado Decreto Urbani.¹² Este decreto (en su primera versión) incluía explícitamente sanciones administrativas a quién realizara descargas de material protegido por derechos de autor. Al final, este decreto no incluyó esas sanciones, en gran parte debido a la oposición popular a esta norma. Aquí estamos hablando de sanciones impuestas por el Estado. Esto no excluye la eventual responsabilidad civil del que descarga ficheros por infracción del derecho de reproducción.

Luego están los países que han conservado una excepción de copia privada más general y amplia.

Por ejemplo, en la República Checa la ley habla de copia « para uso personal ». En Polonia se trata de « copias para uso personal, incluyendo el uso por el círculo de personas que tienen una relación personal con el usuario, en especial familia, parentesco o relaciones sociales ».¹³

En Holanda, la ley habla de « un número limitado de reproducciones sólo para práctica, estudio o uso privado para fines ni directa ni indirectamente comerciales de la persona física que realiza la reproducción o que solicita esa reproducción sólo para ella ».¹⁴

Según el artículo 122-5-2 del Código de la propiedad intelectual francés,¹⁵ el autor no puede prohibir las copias o reproducciones estrictamente reservadas al uso del copista cuando la obra ha sido publicada de manera lícita. La ley de derechos de autor belga viene a decir poco más o menos lo mismo, pero especificando que se trata de reproducciones efectuadas en el círculo familiar y reservadas a éste (art. 22-1-5).¹⁶

En estos países, una interpretación literalista de la ley podría llevar a pensar que la descarga está cubierta por la excepción de copia privada. Por otro lado, una interpretación teleológica de la norma puede llevar a divergencias fundamentales entre partidarios del intercambio libre de ficheros y los que están en contra. Lo cierto es que hay una serie de

¹¹ *Legge 22 aprile 1941 n. 663 e successive modificazioni – Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio (Testo entrato in vigore il 23 maggio 2004)* (Ley italiana de derechos de autor y derechos conexos, versión consolidada según la última modificación de 23 de Mayo de 2004), disponible en: http://www.siae.it/documents/BG_Normativa_LeggeDirittoAutore.pdf

¹² *Legge 21 maggio 2004, n. 128 "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 22 marzo 2004, n. 72, recante interventi per contrastare la diffusione telematica abusiva di materiale audiovisivo, nonché a sostegno delle attività cinematografiche e dello spettacolo"*, publicada en la *Gazzetta Ufficiale n. 119 del 22 maggio 2004*. Disponible en: <http://www.parlamento.it/parlam/leggi/041281.htm>

¹³ Ver Graham, A., *Private Use, Public Consequence? The Future of the Private Copy Exception in Europe*, publicado en *Copyright World*, Diciembre 2004/Enero 2005, No. 146.

¹⁴ *Wet van 23 september 1912, houdende nieuwe regeling van het auteursrecht (Auteurswet 1912) Geconsolideerde versie, geldig vanaf 01-02-2003* (Ley holandesa de derechos de autor de 23 de Septiembre de 1912, versión consolidada según la última modificación de 1 de Febrero de 2003). Una versión consolidada en inglés está disponible en: <http://www.ivir.nl/legislation/nl/copyrightact.html>

¹⁵ *Code de la Propriété Intellectuelle* (Código de la Propiedad Intelectual), disponible en: <http://www.legifrance.gouv.fr/>

¹⁶ *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins de 30 juin 1994* (Ley de derechos de autor y de derechos conexos de 30 de Junio de 1994), versión consolidada según la última modificación de 22 de Mayo de 2005, disponible en: http://www.juridat.be/cgi_loi/loi_F.pl?cn=1994063035

argumentos de cierto peso que apoyan la tesis de que la descarga no es un acto de copia para uso privado.

Me gustaría presentar estos argumentos de manera sucinta.

Uno de los más recurrentes es que la copia debe provenir de un original adquirido legalmente. Este es un argumento que no tiene una plasmación legislativa (al menos de manera explícita). Lo que sí está escrito en la Directiva es el llamado « test de las tres etapas », en concreto en su artículo 5.5. Este viene a decir lo siguiente:

5. Las excepciones y limitaciones [...] únicamente se aplicarán en determinados casos concretos que no entren en conflicto con la explotación normal de la obra o prestación y no perjudiquen injustificadamente los intereses legítimos del titular del derecho.

Es decir, que ninguna excepción es absoluta, sino que hay que interpretarlas de manera restrictiva y que ante todo, no deben perjudicar los intereses legítimos del titular del derecho.

Esto no es más que una aplicación al derecho de autor del adagio latino *exceptio est strictissimae interpretationis*, es decir, que una excepción ha de ser interpretada de manera estricta.

Siguiendo con los latinajos, otro que viene al caso es *Fraus omnia corrumpit*, es decir, que el fraude implica también a los que se benefician de él, incluso cuando lo hacen de una manera supuestamente legal.

Hay también un artículo en la Directiva que me parece muy interesante: se trata del artículo 6 apartado 4 párrafo 4. Según este artículo, si de forma legal una obra ha sido puesta a disposición del público y está protegida con medidas tecnológicas anticopia, el usuario que ha pagado por el servicio no tiene derecho a exigir el poder realizar una copia privada. En el caso de las descargas *peer to peer*, la puesta a disposición es ilegal, como hemos visto. Por tanto no parece muy lógico que el que se beneficia de un acto ilegal tenga un derecho a realizar una copia para uso privado cuando el que paga por un uso legal no lo tiene.

Incluso si se considerase que la descarga en sí entra dentro de la definición de « copia para uso privado », no hay que olvidar que toda copia privada lleva aparejada una obligación de remuneración equitativa. Si los discos duros y reproductores MP3 no son gravados con el llamado « canon », al no haber esta remuneración equitativa seguiría habiendo un perjuicio para los derechohabientes, con lo cual no cabría tal excepción...

Finalmente, no hay que olvidar que al menos en ciertos programas de intercambio de ficheros la descarga suele conllevar también aparejada la oferta. Con lo cual, no sólo se está infringiendo el derecho de puesta a disposición sino que además el uso de la copia no sería privado sino que podría considerarse colectivo.

Todo esto al fin y al cabo no son más que interpretaciones de preceptos legales, con lo cual es natural que haya diversas opiniones sobre este tema. Finalmente son los tribunales los que tienen la última palabra en cuanto a la interpretación de la ley. Es por ello que me gustaría ofrecerles un breve paseo por la jurisprudencia en materia de p2p de diversos países europeos. Me voy a limitar a tres países que conservan una excepción de copia privada amplia, como son Bélgica, Holanda y Francia, en los que se ha planteado ante los tribunales el problema de determinar si la descarga es un acto de reproducción cubierto por la excepción de copia

privada. Por supuesto, esta relación de casos tiene una función ilustrativa y no pretende ser exhaustiva.

Curiosamente los tribunales de dos países vecinos como Bélgica y Holanda han dado soluciones contrapuestas. En Bélgica¹⁷ la sentencia de un caso que enfrentaba una sociedad de gestión colectiva a un proveedor de servicios Internet afirmaba de pasada que el intercambio de ficheros infringe tanto el derecho de comunicación como el de reproducción, es decir, tanto la oferta como la descarga. En Holanda, un tribunal decidía en Mayo de 2004¹⁸ que el motor de búsqueda Zoekmp3 no infringía derechos de autor, ya que simplemente listaba páginas web desde donde se podía descargar ficheros musicales sin la autorización de los titulares de derechos. Además, el tribunal afirmó que el simple hecho de descargar música sin compartirla está cubierto por la excepción de copia privada. Por desgracia no puedo decir con seguridad si estos casos han sido apelados o están cerrados.

En Francia ha habido una serie de sentencias para todos los gustos. Si bien todas confirman que el *upload* infringe el derecho de comunicación pública de los titulares de derechos, ciertas sentencias han considerado ilegal la descarga, mientras que otras han optado bien por no ocuparse del tema o simplemente lo han considerado un caso de copia privada.

Como decíamos antes, según el CPI francés el autor no puede prohibir las copias o reproducciones estrictamente reservadas al uso del copista. La legislación francesa no dice nada en cuanto a las circunstancias de producción de la citada copia privada. Esto último será por tanto interpretado por los tribunales caso por caso. La jurisprudencia francesa todavía no se pone de acuerdo.

En abril de 2004 el tribunal de Vannes condenaba a 3 meses de prisión y a una sanción pecuniaria a seis internautas que se habían descargado sin autorización de los derechohabientes películas, música, videojuegos y programas informáticos.¹⁹ La razón de esta condena, la ausencia de la citada autorización. Un razonamiento simple, claro y bastante escueto. Sin embargo, en un caso similar el tribunal de Rodez daba la razón a un internauta en base a la excepción de copia privada.²⁰ El tribunal añadía que el artículo 311-1 del CPI prevé un canon sobre los CD-ROMs vírgenes en los que él había grabado las obras en cuestión, con lo cual había habido una remuneración por copia privada. Esta sentencia ha sido confirmada por el tribunal de apelación de Montpellier,²¹ aunque esta recurrido en casación.

¹⁷ Ver sentencia del Tribunal Regional de Bruselas de 26 de Noviembre de 2004, 04/8975/A (no publicada).

¹⁸ Ver sentencia del tribunal de Haarlem de 12 de Mayo de 2004, 85489/HA ZA 02-992, disponible (en inglés) en: http://www.solv.nl/rechtspraak_docs/District%20Court%20Haarlem%20120504.pdf

¹⁹ Ver sentencia del *Tribunal de grande instance* de Vannes, de 29 de Abril de 2004, *Ministère public, Fédération nationale des distributeurs de films (FNDF), Syndicat de l'édition vidéo et autres c/ Claude Le C., Michel Le M., Grégory L., et autres*. Disponible en : <http://www.foruminternet.org/telechargement/documents/tgi-van20040429.pdf>

²⁰ Ver sentencia del TGI de Rodez, de 13 de Octubre de 2004, *Fédération nationale des distributeurs de films et autres c/ A. Delicourt*. Disponible en : <http://www.foruminternet.org/telechargement/documents/tcorrodez20041013.pdf>

²¹ Ver sentencia de la *Cour d'appel* de Montpellier, 10 de marzo de 2005, *Ministère Public, FNDF, SEV, Twentieth Century Fox et a. c/ Aurélien D.*, disponible en: <http://www.juriscom.net/documents/camontpellier20050315.pdf>

Más o menos por las mismas fechas otro tribunal, esta vez el de Pontoise,²² sí consideraba ilícita la descarga, recordando además que el programa de intercambio de ficheros utilizado en este caso imponía la apertura del disco duro del usuario a otros usuarios de la red p2p.

Otras sentencias no han tomado en consideración la cuestión de la descarga, como la del Tribunal del Havre, en la que se condenó al usuario sólo por la puesta a disposición de ficheros protegidos por derechos de autor.²³ Hay que decir que esta sentencia siguió el procedimiento llamado de comparición en base a un reconocimiento anterior de culpabilidad.²⁴ Según este procedimiento, el Procurador de la República (es decir, el fiscal) propone al juez una pena aceptada por el inculpado tras haber reconocido éste su culpabilidad. En este caso el Procurador de la República no retuvo como hecho ilícito la descarga en su propuesta de pena.

Finalmente me gustaría comentar dos decisiones contrapuestas, una del tribunal de Châteauroux²⁵ y otra del tribunal de Bayona.²⁶ En ambos casos un usuario de una red p2p había sido acusado no sólo de reproducción y puesta a disposición ilegal de ficheros de música, sino también del delito de receptación (*recel*). Según el código penal francés, la receptación es « el hecho de disimular, detentar o de transmitir una cosa o de hacer de intermediario para transmitirla, a sabiendas de que esta cosa proviene de un delito. También constituye receptación el hecho, en conocimiento de causa, de beneficiar por cualquier medio del producto de un crimen o de un delito ».²⁷

El tribunal de Châteauroux condenó al usuario por descarga, puesta a disposición del público y receptación. Sin embargo, el juez de Bayona determinó que no había lugar a la receptación, sumándose a la tesis de que la descarga es un acto de copia privada. Por ello sólo condenó al internauta por la puesta a disposición de ficheros protegidos.

Hay que decir que ninguno de estos casos ha sentado jurisprudencia definitiva en la materia. En Francia el tribunal de casación es la última instancia para este tipo de casos, y a él le va a tocar sentar jurisprudencia, salvo que la Asamblea Nacional francesa decida tomarse este asunto en serio y lo clarifique en la nueva ley, que se espera para principios de 2006.

Hasta aquí llega el paseo jurisprudencial al que he querido llevarles. Como se puede observar, en países donde existe una excepción de copia privada amplia la indeterminación de conceptos como el de « uso privado », « remuneración equitativa », « conflicto con la explotación normal de una obra », « perjuicio injustificado »... y la dificultad de aplicarlos al caso de las descargas en redes p2p hará que dependa del juez de turno decidir si la descarga es

²² Ver sentencia del TGI Pontoise, 2 Febrero de 2005, SACEM, SDRM, SPPF, SCPP c/ Alexis B., disponible en: <http://www.juriscom.net/documents/tgipontoise20050202.pdf>

²³ Ver sentencia del TGI Havre, 20 de Septiembre de 2005, Monsieur L. T. c/ SACEM, disponible en: <http://www.juriscom.net/documents/tgihavre20050920.pdf>

²⁴ *Procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité* (también conocida como *plaider-coupable*).

²⁵ Ver sentencia del TGI Châteauroux, 15 de Diciembre de 2004, Ministère Public c/ Monsieur F. P., disponible en: <http://www.juriscom.net/documents/tgichateauroux20041215.pdf>

²⁶ Ver sentencia del TGI Bayonne, corr., Ministère Public et SCPP c/ Monsieur D. T., 15 noviembre de 2005, disponible en : <http://www.juriscom.net/documents/tgibayonne20051115.pdf>

²⁷ Artículo L. 321-1 del código penal francés: « *le recel est le fait de dissimuler, de détenir ou de transmettre une chose ou de faire office d'intermédiaire afin de la transmettre, en sachant que cette chose provient d'un délit. Constitue également un recel le fait, en connaissance de cause, de bénéficier, par tout moyen, du produit d'un crime ou d'un délit.* »

ilegal o no. Este problema podría haberse resuelto a nivel europeo, pero la directiva no ayuda mucho a definir estos conceptos.

Me imagino que la pregunta que muchos de Uds. se están haciendo es la siguiente: ¿cuál es la conclusión que se puede sacar de toda esta jurisprudencia? ¿La cuestión del p2p va a continuar siendo un embrollo judicial?

Hasta ahora, no parece que las campañas informativas o las sentencias dictadas contra un puñado de internautas hayan servido de mucho. Los hay incluso que consideran que las descargas ilegales no son tan malas, y que hay que encontrar soluciones alternativas para remunerar a los titulares de derechos. Por ello, hay quién aboga por establecer medidas para que ese tráfico incesante de copias « privadas » produzca una compensación a los titulares de derechos. En este sentido se han escuchado diferentes propuestas.

Volviendo al caso de Francia, la Alianza Público-Artistas, que reúne a ciertos organismos que representan tanto a artistas como a consumidores e internautas, ha propuesto introducir en el Código de la Propiedad Intelectual francés lo que ellos llaman una « licencia global ».²⁸ Esta licencia global convertiría el intercambio de ficheros en legal, a cambio de una remuneración a los titulares de derechos, la cual sería pagada a través del proveedor de servicios de Internet y gestionada de manera colectiva. Hay que destacar que esta remuneración sería opcional, es decir, que los internautas que quisieran descargar de manera legal ficheros en redes p2p pagarían voluntariamente una cantidad establecida de antemano. Los que no lo hicieran y descargasen ficheros estarían contraviniendo la ley. No hace falta decirlo, esta solución no ha sido muy bien recibida por parte de la industria, e incluso el Consejo Superior de la Propiedad Intelectual, órgano consultivo del Ministerio de Cultura francés, se ha pronunciado recientemente en contra de esta solución. Sin querer entrar a valorarla, parece que esta propuesta introduce una excepción al derecho de comunicación pública que no está contemplada en la Directiva.

Me temo que debo cerrar esta ponencia sin una conclusión clara, ante todo porque no pretendo conocer una solución definitiva a esta espinosa cuestión. Además, como decía al principio de mi ponencia, la misión del Observatorio Europeo del Audiovisual es la de proporcionar transparencia informativa y no la de hacer recomendaciones. Ahora bien, puesto que hablamos de transparencia, hay una cosa que salta a la vista. Sería sin duda conveniente que esta cuestión quedase clarificada (sea en el sentido que sea) de manera diáfana e incontestable en la ley. Con ello al menos ganaríamos todos seguridad jurídica y evitaríamos que sean los jueces los que tengan que aclarar la supuesta oscuridad del derecho de autor, que ya conocen el dicho: « tengas juicios y los ganes »...

Muchas gracias por su atención.

²⁸ Ver <http://alliance.bugjweb.com/usr/Documents/DossierPresse-dec2005.pdf>