

DE LA LEY SINDE EN ESPAÑA Y SUS REPERCUSIONES EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU POSIBLE INFLUENCIA EN MÉXICO

Salvador Francisco Ruiz Medrano (1)

ABSTRACT

Sinde Law in Spain and its impact on Fundamental Rights and its possible influence in Mexico. As a primary objective of this article, a critique framework of the "Law Sinde, recently approved by the Spanish Congress, which has as main task the closure of web Sites containing links to downloads of copyrighted material content Intellectual Property. Such acts are analyzed from a legal point of view two main arguments, one that is a violation of human rights, if we stick to the freedom that human beings possess, access to information and culture, embodied in the Charter on the Rights of Man, and, second, that a provision is legal, but nevertheless leaves an administrative body to prevent access to such web Sites, which produces the result that people are in a state of helplessness in not being able to go to a hearing and due in court, i. e. it is a body that has powers to overextend itself by invading the area of jurisdiction.

Results shown here as a conclusion, with the aim of making the reader think that we are approaching a tipping point where if they are not respected the fundamental rights of access to culture, information, through the private copying right, we enter a downward spiral where only those who have sufficient financial income will have such access, while other people have only a very limited or no access to information, with serious social consequences that would entail.

Key words: Sinde Law, Intellectual Property, Copyright, Private Copying, Sharing Networks, Human Rights.

RESUMEN

El objetivo primario del presente artículo consistió en realizar una crítica de la llamada Ley Sinde, de reciente aprobación por el Congreso español, la cual tiene como principal atribución el cierre de páginas web que contengan vínculos para poder realizar descargas de contenido de material protegido por la propiedad intelectual en el ámbito mundial, tal y como pueden ser música, programas de televisión, programas de computadora, películas, etc. Este tipo de actos se analizan desde el punto de vista jurídico con dos argumentos principales: primero, verificar si se trata de una violación de derechos humanos, esto en virtud a la libertad que posee todo ser humano de acceso a la información y la cultura, tal y como se encuentra plasmado en la Carta de los Derechos del Hombre, acordada y firmada por todos los países miembros de la ONU; y, segundo, que en virtud de que se trata de una disposición de orden jurídico, sin embargo, deja a un órgano administrativo, y no judicial, para que decida e impida el acceso a dichas páginas web, lo que produce como consecuencia que las personas queden en un estado de indefensión jurídica, es decir, sin que sean escuchadas y vencidas en juicio, al no poder acudir a los tribunales, lo cual significa que se trata de un órgano que posee facultades que se extralimitan al invadir propiamente la esfera de competencia judicial.

Los resultados que aquí se muestran en forma de conclusión tienen el objetivo de hacer reflexionar al lector en el sentido de los límites que puede imponer el Estado al acceso a la cultura e información, ya que nos estamos acercando a un punto de inflexión en donde si no son respetados los derechos fundamentales del acceso de la cultura, la información, a través del derecho a la copia privada, entraremos a una espiral decadente donde únicamente aquellas personas que posean los ingresos económicos suficientes tendrán dicho acceso, mientras que el resto de las personas sólo tendrán un acceso muy limitado o nulo a la información, con las graves consecuencias de carácter social que esto implicaría.

Palabras clave: Ley Sinde, propiedad intelectual, derechos de autor, copia privada, redes de intercambio, derechos humanos.

Código JEL: K11 derecho de propiedad, K42 conducta ilegal y aplicación de la ley.

(1) Doctor en Derecho Internacional Privado por la Universidad de Valencia, España. Actualmente es maestro en el área de Comercio Internacional de la Universidad de Guanajuato en la División de Ciencias Económico Administrativas de la Universidad de Guanajuato (DCEA UGTO) y adscrito al Departamento de Gestión y Dirección de Empresas de la misma División y Universidad. Contacto: salvador.rm@quijote.ugto.mx

INTRODUCCIÓN

Uno de los problemas más recurrentes para los estudiosos de la propiedad intelectual es la protección de archivos de música, programas de televisión, programas de computadora, libros, películas, etc., en el ámbito del internet. Principalmente, en contra de los archivos de intercambio, es decir, redes P2P, en donde, al amparo del Derecho de la Copia Privada, se permite la descarga directa de este tipo de contenidos.

Ante esta situación, España, siguiendo un modelo aplicado por la legislación francesa, y en algunas otras partes de Europa, en su anteproyecto de la Ley de Economía Sostenible establece una modificación a la Ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información por la que se permite el bloqueo de aquellas páginas web que vulneren los derechos de la propiedad intelectual. Este anteproyecto acaba de ser aprobado el pasado día 19 de marzo de 2010, con lo que se ha abierto un debate de las implicaciones que tendrá a corto y largo plazo dicha Ley.

Esta situación, que puede ser interpretada como una medida que limite o incluso desincentive el uso de este tipo de redes para la descarga ilegal de archivos, ha generado más dudas, de carácter jurídico, que respuestas. Entre las dudas que más inquietan a las personas están la de conocer si se requerirá, o no, de una autorización judicial para el cierre de estos denominados *Sites* o sitios de internet².

Lo anterior en el sentido de las libertades que, se supone, debe de gozar todo individuo sobre sus propiedades e ideas, en donde además lo que realmente resulta interesante para esta investigación es saber realmente cómo afecta esta Ley a un bien de carácter personal, y que

además es considerado una herramienta de trabajo como lo es la computadora, así como también las posibles implicaciones que pueda llegar a tener para México.

Así pues, se plantea en primer término un primer enfoque del fenómeno de la piratería desde el punto de vista de los personajes que se abocan a ella a través de los diversos nombres que han adquirido en la Red y su papel que juegan en la misma. Los trabajos consultados para este análisis han tenido que ser los propios documentos realizados por ellos mismos ya que en realidad no existe un estudio que podamos definir como “uniforme” para este tipo de cuestiones en virtud de la virtual secrecía con que se manejan.

El segundo enfoque trata de la visión de creación de las llamadas “redes de intercambio” o P2P, que son el objeto materia de estudio que da pauta a la creación de la llamada “Ley Sinde” en España, ya que estas redes, desde el punto de vista de la Ley, son violadoras de los derechos de autor. Para dar con los orígenes de éstas, una vez más fue necesario recurrir a la Red para poder, en fuentes de primera mano, encontrar los nichos de las mismas.

Igualmente, existe un tercer enfoque de carácter jurídico donde tratamos de dar respuesta a dos hipótesis que han sido planteadas, la primera, saber si la propiedad intelectual es un derecho humano, en virtud de lo que dispone la Declaración Universal de Derechos Humanos en su Artículo 27, donde se menciona el derecho de los autores, creadores e inventores a cierta forma de reconocimiento y a que se beneficien de sus productos intelectuales, así, tendríamos que con la aplicación de la Ley Sinde, se estaría violentado un derecho humano consagrado en diversos documentos de orden internacional. La segunda hipótesis planteada consiste en dar respuesta a si la denominada Ley Sinde es violatoria de principios jurídicos fundamentales, como lo son el de igualdad jurídica y seguridad jurídica; y si llega a conceder el poder de cerrar los denominados *Sites* a través de un sistema

² Un sitio web es un espacio documental organizado que está dedicado a algún tema particular o propósito específico. No debemos confundir sitio web con página web, esta última es sólo un archivo HTML, que forma parte de algún sitio web.

administrativo, estaría dejando en estado de indefensión al afectado, ya que se le negaría el poder recurrir a los tribunales para dirimir la controversia.

MÉTODO

La presente reflexión acerca de los temas enumerados en la introducción se centran, en la primera parte, en las investigaciones propias realizadas con motivo de la inclinación actual por temas como éste, relacionados con la Red. Si bien puede ser cuestionable el origen de las fuentes por que pudieran no ser consideradas como formales, cabe hacer mención que aquí se citan fuentes que son de carácter real, desde la perspectiva de los propios actores del tema de reflexión. Por este motivo resultan indispensables, para acceder a una reflexión crítica, los documentos que se encuentran en la Red y que, en este caso, fueron escritos por los mismos ciberpiratas y actores en el tema. Asimismo, resulta necesario hacer mención de que en el buscador de Google, al realizar la búsqueda por palabra exacta de la cadena de palabras "Ley Sinde", se arroja un aproximado de 489 000 resultados, con lo cual se demuestra la importancia que a fecha reciente está experimentado este tema, tanto en la Red como en las personas a quienes se les piensa aplicar esta Ley.

Posteriormente, para efectuar la reflexión de carácter jurídico, nos enfocamos en fuentes formales de la investigación centrándonos en artículos de renombre publicados en la *Revista de Propiedad Intelectual* editada por la UNESCO, en el apartado de Derechos Humanos, así como en distintos análisis que realizan diversas asociaciones como Green Peace, Derecho en Red, y el propio Ministerio de Educación y del Interior de España. Asimismo nos basamos en diversas notas periodísticas que fueron narrando la evolución y percepción ciudadana del tema con respecto al análisis de la propia Ley Sinde, para finalmente, y a modo de conclusión, en el apartado de Consecuencias para México, realizar una reflexión acerca de

todo lo aquí vertido.

Así, la categorías de análisis que se vierten en la presente reflexión versan en lo relativo a comentar en un primer término el contexto actual en que ocurre la piratería, así como sus principales actores que participan en la misma y la creación de las redes de intercambio o P2P que serán las destinatarias de la llamada Ley Sinde. Igualmente, la reflexión se aboca a las cuestiones de los elementos relativos a los derechos humanos en materia de propiedad intelectual y la intromisión del Estado en limitar lo que se ha denominado como acceso a la cultura a través de los distintos instrumentos internacionales en la figura de derecho de la copia privada, situación que se ve materializada en la Ley Sinde. El análisis pone énfasis principalmente en el hecho de que se trata desde un orden administrativo y no jurídico con las consecuencias que conlleva esto, es decir, una injerencia directa por parte del Estado en limitar el acceso de la cultura a través del cierre administrativo de páginas web que contengan enlaces para la descarga de archivos, sin dejar de lado la intervención directa que pueda sentir el ciudadano a una herramienta que contiene una enorme carga personal como lo es la computadora.

Cabe recordar que estamos tratando un tema extremadamente novedoso, por lo que localizar fuentes formales fue el verdadero reto de esta reflexión, puesto que la discusión no se ha finiquitado en el propio país emisor de la Ley Sinde, que es España.

Definiciones de los distintos tipos de piratas de software en la red

La piratería de software

Se refiere a la copia no autorizada de software de computadora y que se considera falta legal y ética. En muchos países la figura del pirata informático está definida en su código penal con las consecuencias legales aplicables al caso. Esta actividad, además de su relación con el

software de computadora, es muy antigua con las películas, discos, grafismo, revistas, libros, arte... Lo que ocurre actualmente es que a través del acceso a Internet y las facilidades de soporte informático, los niveles que ya alcanza ahora, y los que presumiblemente alcanzará, son y serán extraordinariamente altos. La piratería de software se puede simplificar, pues consiste en copiar y distribuir software sujeto a derechos de autor (*warez* dentro de la red). Los piratas informáticos son personas que disfrutan coleccionando y ejecutando los últimos programas generalmente para su archivo. El propagador, *brooker* de piratería informática, por lo general lo hace a precios prácticamente de coste de materiales y envío.

Es decir, toman los programas y los ponen al alcance de las personas, que de otro modo nunca hubieran accedido a su uso, con frecuencia por motivos económicos. Igualmente y con la política de innovación continua a la que nos tienen acostumbrados las compañías de hardware y software, cualquier usuario de computadora puede mejorar y actualizar su equipo y la biblioteca de sus programas hasta conseguir alcanzar su completa ruina, porque con demasiada frecuencia la obsolescencia de materiales y programas es más precoz y rápida de la que se deriva del uso de los mismos, desde un punto de vista técnico, lúdico o práctico y de amortización.

Para conseguir poner a disposición de las personas estos programas, existen en la Red los siguientes personajes, cada uno de ellos con distinta filosofía. Son parte ya de nuestro mundo y conforman toda una tribu virtual.

El *hacker*

Es una persona, usuario de computadora, que disfruta explorando los detalles de los sistemas programables, así como detectando y extendiendo sus puntos o capacidades críticas. Es opuesto a muchos usuarios que prefieren aprender sólo el mínimo necesario. Es decir, se trata de una persona que aprende, disfruta y

emplea a la computadora como una herramienta en todas sus potencialidades.

Dentro de su pensamiento, cabe mencionar que cree que el acceso a las computadoras debería ser ilimitado. Toda la información debería ser libre. Desconfiar de toda autoridad. Promover descentralización. Los *hackers* deberían ser juzgados por su *hacking* y no por otros criterios tales como titulaciones, edad, raza, etc. Están convencidos de que se puede crear arte y belleza con la computadora, además piensan que las computadoras pueden cambiar la vida para mejor (Hernández, *Hackers. Los clanes de la ReD*, 1999).

El *craker*

Es una persona que intenta maliciosamente conseguir un acceso autorizado a un sistema de la computadora. Estas personas disponen de muchos medios a su disposición para crackear el sistema. El término lingüístico fue acuñado por los *hackers*. (Hernández, *Hackers. Los clanes de la ReD*, 1999). El *craker* emplea programas llamados *Crack's* que son escritos con el propósito de desmenuzar los passwords inseguros. Cuando el Crack se encuentra disponible públicamente, permite al usuario acceder a software protegido.

El *phreak*

Es la acción de utilizar métodos maliciosos y fundamentalmente ilegales para conseguir no pagar algunas clases de telecomunicaciones, facturas, pedidos, transferencias u otros servicios. A menudo comprende el uso de instrumentos sofisticados e ilegales con el fin de saltar los sistemas de seguridad y conseguir el objetivo propuesto.

Su pensamiento se centra en cuestionar para conocer, es decir, prácticamente escéptico. Crean en una superior ideología de oposición al control tecnológico que consideran potencialmente peligroso, de donde se puede intuir una cierta anarquía y también poseen la

pasión de aceptar riesgos (Hernández, *Hackers. Los piratas del Chip y de Internet*, 2001).

El ciberpunk

Generalmente se trata de una persona conocedora de los secretos de la criptografía informática, como puede ser un matemático, y es parte integrante cultural de estos subconjuntos de la población que sociológicamente se conoce por muchos escritores y novelistas como *cibercultura*.

Funcionamiento de la piratería en conjunto

Un buen *hacker*, necesariamente, deberá conocer las demás áreas de actividad, los *crackers* encuentran la puerta, los *hackers* proporcionan los instrumentos y el sistema de encontrarla y abrirla, los *cibererpunks* consiguen determinar la combinación para *crackearla* y abrirla. Por último, los *phreakers* consiguen que el costo de la excursión sea prácticamente nulo. En honor a la justicia y la ley tal vez sería oportuno recordar aquí que las leyes que protegen los derechos de autor, protegen generalmente la expresión de la información, pero raras veces la idea o la información, ni sus desarrollos con sistemas, métodos, instrumentos y materiales, distintos a los del autor.

La copia ilegal de programas de cómputo ha existido siempre a la par de esta revolucionaria y cambiante industria. Antes, las copias eran un verdadero arte, ya que había que trasladarse físicamente al lugar en donde se tenía el original (o la copia de la cual se harían más copias), iniciar todo un lento proceso de meter y sacar disquetes, además de comprobar que se había podido romper el esquema de protección que en aquellos tiempos se usaba (estamos hablando de hace unos 18 o 19 años).

Conseguir primero el contacto, y después la copia era una forma de conocer nuevos productos, de estar al día, de saber qué es lo que las empresas de software ofrecían a los usuarios en general.

En México, al que durante mucho tiempo no llegaban los productos, las copias ilegales siempre fueron fuente de conocimiento, de experiencias, de darse cuenta del avance de la tecnología en software sin tener que pagar miles de dólares por el puro gusto de estar al día y saber más que los demás. Pero, como siempre, la tecnología ha cambiado. Hoy, sentado desde este escritorio, se puede ingresar a decenas de sitios en la Web que -supuestamente- tienen software pirata disponible para que cualquier usuario pueda descargarlo. Se puede encontrar una gran cantidad de páginas en donde existe software registrado, donde al poder anexar archivos a los mensajes, algunos "atentos" usuarios iniciaron el proceso de cortar y pegar un programa comercial en muchos pedazos, para poder bajarlo a la computadora e instalarlo.

Esto, técnicamente hablando, resulta un reto para el usuario común y corriente. Algunos programas se parten hasta en 20 secciones, que después de transmitidas hasta la máquina local, hay que "pegarlas" con varios comandos de software y posteriormente probar a ver si todo llegó bien y si no existen problemas. Ahora se pueden encontrar muchos sitios que ofrecen ya todo esto listo para el usuario. Es decir, en lugar de estar bajando y bajando pedazos de programas, con el simple clic del ratón se puede obtener todo tipo de material. Son las llamadas redes de intercambio.

Las redes de intercambio

Dentro de la historia de las redes de intercambio se puede localizar en la Red (Allexperts, 2010) lo siguiente:

"La primera aplicación P2P fue Hotline Connect, desarrollada en 1996 para el sistema operativo Mac OS por el joven programador australiano Adam Hinkley. Hotline Connect, distribuido por Hotline Communications, pretendía ser una plataforma de distribución de archivos destinada a empresas y universidades, pero no tardó en servir de intercambio de archivos de casi todo tipo, especialmente de contenido ilegal. Sin

embargo, y al ser una aplicación desarrollada fundamentalmente para Mac OS, no atrajo la atención”

Esto cambió con el nacimiento de Napster en 1999, el cual fue un sistema que presentaba una gran selección de música para descargar de forma gratuita. El *Site* fue cerrado por una orden judicial a través de la llamada Digital Millennium Copyright Act (DMCA), que va en concordancia para aplicar los tratados firmados en diciembre de 1996 en la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI): el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas.

El aspecto entre las redes de intercambio y el derecho a la copia privada

Resulta totalmente indispensable señalar el significado del derecho de la copia privada para la presente investigación, puesto que es aquí en donde se funda la permisibilidad que se ha observado con respecto a las legislaciones en el mundo para con las redes de intercambio P2P. Así, el fundamento de la copia privada nace en virtud del interés cultural, educativo e informativo de la obra en beneficio de la sociedad. Este principio nace del bien mayor, por encima del bien y de los derechos del autor. En el ámbito internacional se cuentan como antecedentes lo vertido en el Convenio de Berna de 1886 relativo a la protección de las obras literarias y artísticas, donde en su Artículo 9 fracción 2 señala: “2) *Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.*” Otro antecedente es el Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio o mejor conocido como convenio TRIPS (ADPIC, en castellano), donde en su Artículo 13 señala: “*Los Miembros circunscribirán las limitaciones o excepciones impuestas a los derechos*

exclusivos a determinados casos especiales que no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos.”

En otras palabras, exactamente lo mismo que lo vertido en el Convenio de Berna de 1886.

Es decir, se permite la existencia de una copia privada para las personas con el fin de que éstas puedan acceder a la cultura, información y educación. En este sentido, entonces, se ha de entender que se permite la descarga de archivos puesto que esta descarga se encuentra en el ámbito de protección de este principio.

Sin embargo, debemos entender que la ley española está castigando (y prejuzgando) a su población al considerar que todas estas descargas realizadas desde Internet son con una finalidad de apropiación y obtención de un beneficio de carácter económico, puesto que presupone que las descargas se realizan con fines de lucro, ya que es en sí, el lucro, la clave para entender la permisibilidad del derecho a la copia privada, puesto que si existe lucro, entonces si podemos hablar de piratería.

Ahora bien, ¿realmente se puede comparar el derecho a la copia privada con las descargas de Internet?. No debe existir ningún impedimento para entender esto, puesto que al realizar la descarga a una computadora se debe entender que la persona se encuentra descargando una copia de un original para poder acceder a la información. Copia que, bajo el principio de buena fe (ya tan olvidado en el mundo), debemos presuponer se utilizará únicamente de manera personal.

La realidad, por desgracia, nos demuestra que son muchos los casos donde, efectivamente, estas descargas son usadas para obtener un lucro, con lo que ya podemos hablar de piratería. Pero no por ese simple hecho se debe impedir el acceso a la información a la gente por los medios tecnológicos actuales, puesto que si se hace estamos ante una sociedad que puede también presuponer que como se cometen muchos

robos, se debe de prohibir a la gente salir a la calle, para evitar que sean víctimas del delito. Es decir, podemos llegar a absurdos de orden jurídico.

¿Es la propiedad intelectual un derecho humanofi

El pequeño matiz que se pretende observar y conseguir con esta pregunta es llegar a la conclusión de si la propiedad intelectual es un derecho humano o no. Y si lo es, entonces qué tanto puede el Estado restringir el acceso a ella con la excusa de la piratería como trasfondo.

Para llegar a entender si la propiedad intelectual es un derecho humano o no, es decir, un derecho que resulta inherente al ser humano y que debe reconocerse y protegerse en el ámbito internacional, primero hay que entender que en los instrumentos internacionales fundamentales en materia de derechos humanos se ha reconocido que los productos intelectuales poseen un valor intrínseco como expresión de la creatividad y dignidad humanas. En varios se menciona el derecho de los autores, creadores e inventores a cierta forma de reconocimiento y a que se beneficien de sus productos intelectuales, como es el caso de la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 27.

La legislación internacional

Según la reseña de Johannes Morsink de la historia de la redacción del Artículo 27 de la Declaración Universal, no hubo mucho desacuerdo con respecto a la noción del derecho de toda persona a disfrutar de los beneficios del progreso científico y a participar en la vida cultural. En cambio, el debate sobre las cuestiones de propiedad intelectual suscitó mucha más polémica. Así, las deliberaciones preliminares sobre la propiedad intelectual, presentadas por la delegación francesa, se centraron principalmente en dos cuestiones. La primera era el derecho moral de un autor a restringir las alteraciones y otros usos indebidos de la creación. La segunda era el derecho de los

autores y creadores a una remuneración por su trabajo³. El representante de México adujo que las Naciones Unidas necesitaban la autoridad moral para proteger todas las formas de trabajo, tanto intelectual como manual, a fin de salvaguardar la producción intelectual en las mismas condiciones que la propiedad material. La disposición sobre la propiedad intelectual fue rechazada en la Comisión de Derechos Humanos, pero aprobada en la Tercera Comisión. Sobrevivió a las críticas en el sentido que la propiedad intelectual no era un derecho humano fundamental propiamente dicho. “También se alegó que la propiedad intelectual no necesitaba protección especial además de la que le conferían generalmente los derechos de propiedad (recogida ya en el Artículo 17 de la Declaración Universal), así como a las afirmaciones de otros miembros del comité de redacción de que la protección especial de la propiedad intelectual entrañaba una perspectiva elitista” (Chapman, 2001, p. 5).

Asimismo, la elevación del derecho de la propiedad intelectual a la categoría de un derecho humano, también se encuentra presente en el texto del Artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y es muy similar al del Artículo 27 de la Declaración Universal.

Retomando la esencia del multicitado Artículo 27 de la Declaración Universal, se ha de observar que en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁴, en su apartado c) del párrafo 1 del Artículo 15, se prescribe que los estados partes, que son los países que han ratificado este instrumento, reconocen el derecho de toda persona a “beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o

³ Ésta Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre fue aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948.

⁴ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), del 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 3 de enero de 1976, de conformidad con el Artículo 27.

artísticas de que sea autora". Al igual que en la Declaración Universal, en otras partes del Artículo 15 se vincula esta obligación a los derechos a "participar en la vida cultural" y a "gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones". Para alcanzar esos objetivos, el Pacto impone a los estados partes una serie de medidas, entre ellas, "las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura". Los estados partes tienen también que "respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora" (Chapman, 2001, pp. 5-8).

Debido a la función central que desempeña la propiedad intelectual en casi todas las esferas de la vida económica, los tratados internacionales, los códigos y leyes nacionales, las decisiones judiciales que se refieren a la propiedad intelectual pueden tener considerables repercusiones en la protección y promoción de los derechos humanos. Por ese motivo, cuando diversos agentes económicos se precipitan a reivindicar derechos sobre obras creativas y formas de conocimiento, se vulneran los derechos humanos. Los creadores corren el peligro de perder el control de sus obras. Se restringe el libre intercambio de información, tan indispensable para el descubrimiento científico, y los recursos de dominio público, incluyendo el patrimonio cultural y biológico de los grupos, se privatizan.

Teniendo en cuenta que existen conflictos reales o potenciales entre la aplicación del Acuerdo sobre los ADPIC (Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio) y el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales, la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas aprobó una resolución sobre este asunto en su periodo de sesiones de agosto de 2000.

En la resolución se afirma que el derecho a la protección de los intereses morales y materiales que corresponden a una persona por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas

de que es autora es un derecho humano, con sujeción a las limitaciones en el interés del público. "Y se declara: que habida cuenta que la aplicación del Acuerdo sobre los ADPIC no refleja adecuadamente el carácter fundamental y la indivisibilidad de los Derechos Humanos, inclusive el derecho de toda persona a disfrutar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones, el derecho a la salud, el derecho a la alimentación y el derecho a la libre determinación, existen contradicciones aparentes entre el régimen de derechos de propiedad intelectual consagrado en el Acuerdo sobre los ADPIC, por una parte, y el derecho internacional relativo a los Derechos Humanos" (Chapman, 2001, pp. 5-8).

Por tanto, la única limitante que existe para la protección de la propiedad intelectual, como un derecho humano, es la del interés público. Este matiz es el que parece respaldar a la llamada Ley Sinde española, ya que se basa en un interés público para poder cerrar los *Sítes* de Internet, cuando estos contengan vínculos a descargas directas de archivos que contengan propiedad intelectual. Sin embargo, se ha de hacer notar, tal y como se verá a continuación, que este cierre se hace desde la esfera de lo administrativo, no de lo judicial, donde ésta se hará por cuestiones que, en opinión personal, serán de carácter subjetivo a través de la Comisión de Propiedad Intelectual, el órgano administrativo del Ministerio de Cultura que decidirá qué medidas adoptar contra aquellos que se apropien de los contenidos de otros en Internet.

El análisis de la Ley Sinde

Los aspectos de la presente investigación se encuentran dentro del marco de la llamada Ley de Economía Sostenible, en donde se maneja como objeto de la misma introducir en el ordenamiento jurídico las reformas estructurales necesarias para crear condiciones que favorezcan un desarrollo económico sostenible. Asimismo y en su artículo segundo se establece que *... se entiende por economía sostenible un patrón de crecimiento que concilie el desarrollo*

económico, social y ambiental en una economía productiva y competitiva, que favorezca el empleo de calidad, la igualdad de oportunidades y la cohesión social, y que garantice el respeto ambiental y el uso racional de los recursos naturales, de forma que permita satisfacer las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer las posibilidades de las del futuro para atender sus propias necesidades.

“En forma muy concreta, la reforma planteada supone la modificación de 4 textos legales vigentes que se concretan tanto en la inclusión de artículos nuevos como la modificación en el redactado de otros, de acuerdo al esquema siguiente” (Asociación Derecho en Red, 2010): Reforma a la LSSICE, Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico donde regula la obligación de entregar datos a los órganos competentes para la adopción de medidas; Modificación al Real Decreto Legislativo de 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual donde señala competencias del Ministerio de Cultura frente a la vulneración de los derechos realizada por los responsables de servicios de la sociedad de la información; amplía y concreta las competencias de la Comisión de Propiedad Intelectual del Ministerio de Cultura; Modificación a la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa donde establece el procedimiento administrativo para los casos previstos anteriormente.

Los puntos polémicos de la Ley

El punto central de la presente investigación es aquella en que se atribuye por completo al Ministerio de Cultura la función de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual, donde la Comisión podrá tanto ordenar la interrupción de la prestación de un servicio de la sociedad de la información como la retirada de un contenido vulnerador, asimismo recabar la información que identifique al presunto responsable. El problema surge a la hora de analizar si las páginas de

enlaces de hipertexto, contenidos en las páginas web, suponen realmente una infracción de derechos de propiedad intelectual a los efectos de permitir la actuación de esta Comisión de forma completamente legal.

Tampoco se establecen reglas que permitan valorar cuándo la Sección Segunda puede adoptar la retirada del contenido o la interrupción de la prestación del servicio, por lo que se puede interpretar que se hará de manera subjetiva.

Igualmente resultan polémicos los conceptos de lucro directo o indirecto y pretensión de causar un daño patrimonial, ya que en estos casos se permite interrumpir servicios que vulneren la propiedad intelectual, ya sea con ánimo de lucro, directo o indirecto, o simplemente contra aquellos que pretendan causar un daño patrimonial. “En este sentido, se puede entender que la Comisión podría actuar contra aquellos prestadores de servicios que obtuviesen lucro de forma directa (una contraprestación en términos económicos a cambio de dicha prestación), e indirecta (ya sea mediante publicidad o de cualquier otra forma)” (Asociación Derecho en Red, 2010, pp. 7-8). Aquí cabe recordar que daño patrimonial es un concepto jurídico indeterminado, en el que podría haber cualquier tipo de conducta que lesione o pudiera lesionar los intereses de los titulares de derechos de propiedad intelectual. De esta forma, se crea una situación de inseguridad jurídica para los prestadores de servicios de Internet que les impide conocer si una determinada actuación concreta está ajustada a derecho o no.

Finalmente, cabe mencionar como posición controvertida el hecho de que se realice el cierre de un *Site* de Internet a través de una Comisión de carácter administrativo, dejando de lado la situación de que se trata de una cuestión jurídica, en virtud de que no se trata de un órgano administrativo el que otorga el permiso a las personas para que puedan utilizar el Internet, sino que se trata del reconocimiento que hace el Estado de un derecho (acceso a la información y cultura) de los usuarios. Luego, se ha de

entender que ha de ser un órgano judicial el encargado de la decisión final, si, sobre la base de lesión a un interés público, puede cerrar o no un *Site* de Internet.

De lo hasta este momento expuesto, se ha de concluir, primeramente, que las modificaciones expuestas en la Ley de Economía Sostenible, aun y cuando pueden parecer ir encaminadas a la mejora de un aspecto del comercio, como lo es la propiedad intelectual, tal y como se recogen en el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), han demostrado que también pueden ser interpretadas como una forma de "censura", que disfrazada de protección de un bien común, cerrará los sitios de Internet que contengan vínculos para la descarga directa de archivos susceptibles de protección por parte de la propiedad intelectual.

Esta "censura", bajo la cual muchas veces se han alzado muchas voces en foros de opinión, principalmente en la Red y en los medios digitales de España, se basa en el hecho de que se hará desde un punto de vista netamente subjetivo a través del órgano de control, de corte administrativo, creado para tal fin, la Comisión, que es un órgano dependiente del Ministerio de Cultura, lo cual deja mucho al "sospechismo" y a las habladurías por parte del ciudadano de a pie.

Esto se hace bajo el aspecto de protección de la propiedad intelectual, saltándose entonces un derecho de la copia privada, que en principio puede llegar a ser considerado un derecho humano fundamental: el acceso a la información.

Luego, sólo queda preguntarnos, ¿cuál puede ser el verdadero trasfondo de que el Estado español llegue a este tipo de determinación? ¿Cuál es la que realmente debe prevalecer?, ¿el derecho a la copia privada o el respeto a los derechos de propiedad intelectual? ¿realmente ha de ser olvidado el principio de buena fe, para dar pauta a la creencia de que todos son culpables hasta que se les demuestre lo contrario?

Estas preguntas no pueden tener una respuesta fácil. Todo ha de ser fundamentado. Lo único que se puede decir hasta este momento es que las piezas están puestas sobre el tablero, y queda al gobierno español hacer el primer movimiento para poder deducir cual será, realmente, el trasfondo de estas reformas.

Conclusión en torno a la reflexión planteada y el impacto para México de este tipo de reformas en torno a la piratería

Como se habrá podido observar, estamos ante un fenómeno que puede ser considerado desde la perspectiva sociológica, ya que abarcaría los temas de la creación de nuevos grupos sociales en un espacio geográfico indeterminado, como lo es el Internet, que sin embargo cooperan entre sí en la búsqueda de lo que ellos mismos consideran un derecho inalienable del hombre: el acceso a la cultura y al conocimiento, para lo cual se valen de herramientas creadas por ellos mismos a través de sus conocimientos adquiridos, pero que choca este fin que buscan con los derechos de propiedad intelectual.

Así en la búsqueda de medios para encontrar una forma de seguir suministrando este acceso al conocimiento a las personas, se crean las redes de intercambio que funcionan en un vacío legal, como lo es el derecho a la copia privada.

España, siguiendo los modelos propuestos por otros países en Europa, saca a la luz una Ley, que popularmente se le ha denominado Ley Sinde, que pretende llenar ese vacío legal bajo el cual trabajan estas redes de intercambio, pero que debido a su mal planteamiento pone en entredicho su legalidad.

Así, y sin duda alguna, este tipo de actuaciones que se han visto recientemente van a tener repercusiones en el ámbito nacional, sin embargo, la cuestión fundamental será: ¿cuándo?

Resulta inevitable prever que eventualmente esta situación será discutida en las Cámaras del

país, sin embargo, para poder llegar a estas discusiones tendrá que acotarse primeramente el derecho a la copia privada a través de la imposición de un canon sobre el material electrónico susceptible de contener material de propiedad intelectual. Este tipo de ley sería similar e iría en concordancia a las que se ha venido dando en varios países del mundo (Alemania, España, Francia, Ecuador, etc.).

Este tipo de propuestas ya se han dado en nuestro país, en concreto el día 23 de febrero de 2006. El senador Guillermo Hebert Pérez del Partido Acción Nacional formuló su propuesta de reforma a los artículos 40 y 148 de la Ley Federal del Derecho de Autor, en donde se señala que “Se pretende crear un pago a cargo de los fabricantes e importadores de aparatos eléctricos o electrónicos, como las máquinas fotocopiadoras, de transmisión facsimilar, grabadoras, reproductoras de discos compactos, que sirven para reproducir las obras, así como a los fabricantes e importadores de los soportes materiales de los llamados vírgenes: como casetes, videocasetes, discos compactos y otros similares, en los que se lleva a cabo la reproducción de las obras. Las sociedades de gestión colectiva que representen a los autores y titulares de los Derechos Patrimoniales de Autor y de Derechos Conexos, recaudarán los derechos y deberán destinar 20 por ciento del total de sus ingresos por este concepto, a actividades culturales en la rama que les corresponda.” Sin embargo, hasta la fecha no existe respuesta alguna de nuestras autoridades para este tipo de propuestas.

Es decir, no se podrá llegar, cuando menos por el momento, a este tipo de restricciones en nuestro país, sino hasta que se pueda llegar a poner límites a la copia privada, en donde, además de cobrar un canon, se tenga que limitar este derecho en el Internet.

REFERENCIAS

➤ *Allexperts*. (2010). Recuperado el 5 de abril de

2010, de http://en.allexperts.com/e/a/ad/adam_hinkley.htm

- Asociación Derecho en Red. (2010). *Análisis de la Ley de Economía Sostenible: Derecho en Red*. Recuperado el 23 de marzo de 2010, Derecho en Red, de <http://www.derechoenred.com>
- Baylos, H. (1978). *Tratado de derecho industrial*. 2a. ed. Madrid: Civitas.
- Chapman, A. R. (2001). La propiedad intelectual como derecho humano: obligaciones dimanantes del apartado c) del párrafo 1 del Artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y Culturales. *Boletín de Derecho de Autor UNESCO*, XXXV(3), 11-14.
- Colombet, C. (1997). *Grandes principios del derecho de autor y los derechos conexos en el mundo*. Madrid: UNESCO/CINDOC.
- Fernández, C. (1999). *Propiedad industrial, propiedad intelectual y derecho administrativo*. Madrid: Dykinson.
- Freire, F. C. (2007). La nueva directiva europea sobre los medios audiovisuales remueve el mapa de la televisión. *Icono14* (9), 33.
- García, I. G. (2004). Derechos de propiedad industrial e Internet. Conflictos entre signos distintivos y nombre de dominio en la Unión Europea y su importancia en México. *Derecho comparado de la información*, I(4), 29-48.
- Green, P. (21 de enero de 2010). *Green Peace España*. Recuperado el 16 de marzo de 2010. Alegaciones de Greenpeace. Anteproyecto de ley de economía sostenible, de <http://www.greenpeace.org/raw/content/espana/reports/100122.pdf>
- Hernández, C. (2001). *Universidad de Guadalajara*. Recuperado el 5 de mayo de

2010. Centro Universitario de Ciencias Exactas e Ingenierías, de <http://proton.ucting.udg.mx/tutorial/hackers/hacking.pdf>

- Hernández, C. (1999). *WWW.TIERRADE LAZARO.COM*. (L. A. Ferrer, Ed.). Recuperado el 5 de mayo de 2010, Tierra de Lázaro, de <http://www.tierradelazaro.com/public/libros/hackers.pdf>
- Lipszyc, D. (1993). *Derecho de autor y derechos conexos*. París: UNESCO/CERLALC/ZAVALÍA.
- Marchante, V. J. (2010). Los consejos audiovisuales autonómicos: reflexiones en torno a algunos de los principales aspectos conflictivos. En F. J. García Roca, E. Albertí Rovira, et al. *Treinta años de Constitución* (pp. 351-374). Toledo: Tirant lo Blanch.
- Ministerio de Economía de España. Dossier de Estrategia para la Economía Sostenible en Red. Recuperado el 23 de marzo de 2010. Economía Sostenible, de www.economia.sostenible.gob.es/wp.../2009/.../1_3_DOSSIER_PRENSA.pdf

Recibido: abril de 2010
Aceptado: julio de 2010